

**APARATOS ORGANIZADOS DE PODER
APROXIMACIÓN AL CASO COLOMBIANO**

OMAR FRANCISCO SÁNCHEZ VIVAS

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS EN CONVENIO CON LA UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
BOGOTÁ
2016**

**APARATOS ORGANIZADOS DE PODER
APROXIMACIÓN AL CASO COLOMBIANO**

OMAR FRANCISCO SÁNCHEZVIVAS

Tesis de maestría

**Director
Doctor FRANCISCO MENDOZA**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS EN CONVENIO CON LA UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
BOGOTÁ
2016**

Nota de aceptación:

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

RESUMEN

El presente trabajo aborda la forma específica de autoría mediata referida a los aparatos organizados de poder como imputación con la cual se deriva responsabilidad penal al sujeto de atrás, incluso cuando el ejecutor directo es completamente responsable. Este tipo de imputación es característico de estructuras creadas con fines criminales o de organizaciones estatales, siendo estas últimas las que mayor desarrollo han tenido en el campo académico. La autoría mediata por aparatos organizados de poder ha sido aplicada en casos internacionales ya célebres, por las distintas jurisdicciones nacionales y ha recibido especial atención por parte de la Corte Penal Internacional, a diferencia de los tribunales internacionales penales adhoc que centraron su estudio en la empresa criminal conjunta. En Colombia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha aplicado la teoría en algunos casos. En esta investigación se analiza la viabilidad de la aplicación de esta forma de autoría en el medio jurídico colombiano tomando como punto de partida la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia referida a los vínculos de líderes políticos (senadores, representantes a la Cámara) con organizaciones armadas al margen de la ley y se plantea como posible solución la coautoría mediata, a su vez se analiza si estas figuras vulneran los principios constitucionales de culpabilidad y legalidad.

Temas relacionados: Dominio del hecho, autoría mediata, coautoría mediata, principio de legalidad, principio de culpabilidad.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	8
APROXIMACIÓN A LA TEORÍA DE LA AUTORÍA MEDIATA	12
EN VIRTUD DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER.....	12
1.1 ALGUNAS NOTAS ACERCA DEL ORIGEN DEL DOMINIO EN VIRTUD DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER	12
1.1.2 El dominio del hecho	14
1.2 El dominio de la organización frente al principio de responsabilidad.....	22
1.3 Elementos de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder	31
1.3.1 Poder de mando	32
1.3.2 Fungibilidad	36
1.3.3 La considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor....	42
1.3.4 La desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder.....	44
1.4 Soluciones alternativas al dominio de la organización.....	50
1.4.1 Coautoría	50
1.4.2 Inducción	58
1.4.3 Otras propuestas de solución.....	62
Conclusiones	64
EL DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL.....	66
2.1 INTRODUCCIÓN	66
2.2 Los tiradores del muro de Berlín	67
2.3 El dominio de la organización en América Latina.....	73
2.3.1 El expresidente del Perú Alberto FUJIMORI como autor mediato	74
2.3.2 Las juntas militares en Argentina	88
2.3.3 El asesinato de Orlando LETELIER en Washington	95
2.4 El dominio de la organización en el derecho penal internacional	97

2.4.1	Introducción	97
2.4.2	Aparatos organizados de poder.....	101
2.4.3	Coautoría	110
	Conclusiones.....	111
TOMA DE POSTURA		115
LA TEORÍA DE LOS APARATOS ORGANIZADOS DE PODER.....		115
EN COLOMBIA.....		115
3.1	Introducción	115
3.2	La doctrina internacional acerca de la aplicación de los aparatos de poder en Colombia	115
3.3	La discusión actual en Colombia.....	119
3.3.1	Como criterio útil de política criminal.....	122
3.3.2	Sobre la naturaleza del instrumento	124
3.3.3	Acerca de la introducción en Colombia de la figura del autor detrás de autor 127	
3.3.4	El primer intento de regulación de la figura.....	132
3.4	La teoría de los aparatos organizados de poder en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia	136
3.4.1	Introducción	136
3.4.2	La ubicación de los aparatos organizados de poder en el Código Penal colombiano. El concierto para delinquir agravado	138
3.4.3	Desarrollo del concepto de aparatos organizados de poder en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.....	142
3.4.3.1	Poder de mando.....	144
3.4.3.2	Fungibilidad de los ejecutores directos y disposición al hecho.....	148
3.4.3.3	Estructura de la organización e imputación	153
3.4.3.3.1	Coautoría por cadena de mando	156
3.5	Una posible solución: la coautoría mediata.....	164
3.6	El dominio de la organización y el principio de culpabilidad.....	175
3.7	La autoría mediata y la coautoría mediata a la luz del principio de	

legalidad	191
Conclusiones	208
BIBLIOGRAFÍA.....	213

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, en materia de criminalidad organizada, el derecho penal se enfrenta al reto de rectificar sus principios relativos a la imputación individual de la comisión del delito dado que, cada vez más, se observa el uso de sofisticadas estructuras para su ejecución. En efecto, el derecho penal de la centuria pasada se encargó de determinar los títulos de imputación teniendo en cuenta circunstancias que, por lo general, giraban en torno a un solo individuo, o a lo sumo, un pequeño grupo, ante lo cual se recurrió a las diferentes teorías de la autoría y de la participación. Sin embargo, debido a la complejidad de las sociedades modernas, las diversas formas de criminalidad han ido evolucionando de tal manera que para la comisión del delito no dependen ya de la conducta aislada de una sola persona, sino del concurso de individuos que se insertan en una organización que puede estar o no creada con fines delictuales.

En el presente se puede ver cómo la ejecución del delito recorre un intrincado proceso que implica la toma de la decisión delictual en la cúpula de la estructura, pasando por las diferentes instancias de la organización, llegando por último a la persona que de manera directa se encarga de cumplir el designio criminal. Es un mismo hecho ilícito que implica varios tramos y sujetos. Ante lo cual surge la pregunta de cómo se fundamenta la responsabilidad penal de la persona o personas que, dentro de una organización estructurada de forma jerárquica, no ejecutan de manera directa el hecho pero de una u otra forma han creado o puesto en marcha el plan criminal. Asimismo, se plantea la cuestión de cómo debe responder quien ejecuta directamente el hecho y cómo aquellos que en la estructura organizada se encargan de comunicar las decisiones.

Lo anterior supone en todo caso un nuevo planteamiento en las directrices que gobiernan la teoría de la autoría y de la participación. La responsabilidad de quien no toma parte de los hechos pero que determina la acción criminal se ha resuelto desde diferentes posturas, aunque con el tiempo se ha ido consolidando la autoría mediata. Por medio de esta, una persona comete un delito no de manera directa sino con la ayuda de un sujeto instrumentalizado por coacción o por error. Junto con estas formas características de la mencionada autoría, a partir de los años sesenta del siglo pasado, se reconoce una tercera, desarrollada por Claus ROXIN,

referida a la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, la cual ya ha sido aplicada en casos célebres. En Colombia recientemente se vislumbró la posibilidad de aplicar esta teoría para resolver los casos de la responsabilidad de líderes políticos que participaron o colaboraron en la comisión de delitos graves como miembros con poder de mando en estructuras criminales.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha abordado el tema de los presuntos vínculos de miembros del Congreso y otros políticos con grupos armados ilegales haciendo la respectiva imputación en un primer momento en calidad de coautores. Sin embargo, en algunas decisiones el alto tribunal ha cambiado dicha imputación por la de autores mediatos en virtud de aparatos organizados de poder, en atención a la naturaleza jerárquica de las organizaciones paramilitares y a la posición de dominio dentro de ellas de los líderes políticos involucrados.

Esta teoría surge en Alemania con el fin de resolver los casos de asesinatos masivos en los campos de concentración nazis durante la Segunda Guerra Mundial. Con esta figura se pretende derivar la responsabilidad del autor de atrás, es decir, de quien dirige una organización, por los crímenes cometidos por los subordinados. Esto sucede cuando existen estructuras que generalmente están constituidas para la comisión de diversos hechos delictivos en cuyo vértice se encuentran individuos que, en razón del poder otorgado por la organización misma, disponen de la comisión de actos punibles que son ejecutados de manera directa por sujetos que pueden o no conocer a quien da la orden.

Si bien la teoría se origina en un contexto diferente al latinoamericano ha sido aplicada en la mayoría de los casos por los tribunales suramericanos: Argentina, Chile, Perú y, recientemente, como se dijo, en Colombia.

En un estudio del año 2008 se abordó el tema de la autoría mediata y del capítulo correspondiente al caso colombiano se pudo concluir que dicha teoría es aplicable pues ni la figura de la determinación ni la coautoría impropia solucionan cabalmente este tipo de casos:

Con base en la Ley 599 de 2000, la responsabilidad de las estructuras paramilitares o guerrilleras colombianas obliga a una nueva interpretación del concepto de autor contenido en el artículo 29, para dar paso a la adopción de la figura de la autoría mediata con instrumento responsable, es decir, lo que la doctrina ha denominado “autor detrás del autor”. Por eso, reiteramos, ese artículo permite aplicar la autoría mediata con instrumento responsable; para tal efecto, sólo requiere una nueva interpretación ampliada conforme a

las características de la delincuencia organizada actual, en la que se encuentran, entre otras, las estructuras de los grupos armados organizados al margen de la ley en Colombia¹.

Sin embargo, en este estudio no se alcanzan a analizar las sentencias que por los procesos por parapolítica ha proferido la Corte Suprema de Justicia en los últimos meses, en las cuales parece que se reemplaza la imputación de la coautoría impropia y la de determinación por la de autoría mediata.

Lo anterior es importante desde el punto de vista teórico porque cabe preguntarse cómo las estructuras propias de la coautoría y de la participación se abandonan y, poco a poco, se impone la figura de la autoría. Si bien esta investigación no tiene injerencia en la pena a aplicar, pues los autores y determinadores en la legislación penal colombiana se castigan de igual forma, es importante verificar cuál ha sido el razonamiento de la Corte en el momento de establecer no sólo el problema del título de la imputación sino, una vez solucionado esto, señalar si aquellos requisitos que la doctrina y jurisprudencia internacionales han desarrollado en materia de autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder son tenidos en cuenta por la Corte Suprema de Justicia y si esta aplicación es acorde con la Constitución Política y la legislación penal.

Lo importante, entonces, para el presente trabajo, es analizar si en el grupo de casos que se puede llamar de la parapolítica es viable la utilización de la teoría del autor mediato por aparatos organizados de poder para determinar así, si los requisitos de la fungibilidad del ejecutor, la estructura jerárquica, la marginalidad del ordenamiento jurídico de la organización y la disponibilidad del autor directo en la comisión de delitos son tenidos en cuenta para imputar a título de autor. Además, deberá constatarse si esta teoría es la más apropiada de acuerdo con los principios de legalidad y culpabilidad consagrados en la Constitución.

La aplicación de una institución dogmática que permite sancionar como autor a quien no comete los hechos punibles de manera directa sino en razón a que de por medio existe una estructura de poder, implica rigor argumentativo no solamente desde el plano teórico sino también probatorio, de lo contrario, puede abrirse la puerta para que muchos actos delictivos sean imputados de tal manera sin que haya sustento que los justifique. Además de lo anterior, la diferencia entre la imputación por autoría mediata y determinación es fundamental porque,

¹ LÓPEZ DÍAZ, Claudia, “El caso colombiano”, en *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, Bogotá, Temis-Georg August Universität Göttingen, 2008, p. 180.

obviando el tema de la imposición de la pena que no se afecta, la comunidad hace un reproche diferente tratándose de una u otra imputación. LÓPEZ DÍAZ explica la importancia de diferenciar entre instigación y autoría mediata en este tipo de casos:

En efecto: en primer lugar, para garantizar la prevención general como función de la pena, pues la sociedad reprochará en mayor medida a los autores y no a los partícipes de las conductas punibles; segundo, porque al reprochar socialmente a la organización delictiva y a las diversas formas de participación que en ella se presenten, se desestimula la delincuencia y el dirigente se torna visible ante la sociedad; tercero, porque las diferentes formas de responsabilidad se justifican en razón al principio de accesoriedad y a la función de retribución justa que significa reconocer el principio de proporcionalidad, porque no es posible reprocharle a una persona su calidad de partícipe bien como instigador, determinador, cómplice o interviniente, sin haber reconocido previamente la identidad del autor (...)².

La solución que se adopte, entonces, no sólo debe ser satisfactoria en términos de administración de justicia sino que, además, debe tener en cuenta las garantías de los procesados respetando siempre el principio de culpabilidad y de legalidad.

La primera parte de este trabajo contiene una síntesis de los problemas teóricos relativos a esta forma de autoría mediata y en especial, lo relacionado con los requisitos que la doctrina exige para su existencia y las otras soluciones que se han dado para casos similares. En el segundo capítulo se aborda la consagración legislativa que de la autoría mediata se hace en los países donde se ha aplicado la teoría, y también se plantea el desarrollo jurisprudencial que en dichos ordenamientos jurídicos se ha dado al tema en estudio. Igualmente se analiza la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en lo que tiene que ver con esta clase de autoría. En la tercera parte se estudia la jurisprudencia que en materia de autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder ha proferido la Corte Suprema de Justicia en los casos específicos de la parapolítica. Asimismo se estudia la Coautoría mediata como posible solución al problema del hombre de atrás y por último se confrontan estas formas de imputación con los principios de culpabilidad y legalidad.

² Ibid., p. 167.

APROXIMACIÓN A LA TEORÍA DE LA AUTORÍA MEDIATA EN VIRTUD DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

1.1 ALGUNAS NOTAS ACERCA DEL ORIGEN DEL DOMINIO EN VIRTUD DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

El origen de la teoría de los aparatos organizados de poder está en el desarrollo dado por ROXIN, en los años sesenta, al concepto de dominio del hecho como construcción diferenciadora de las formas de autoría y participación.

La primera parte de este capítulo se dedicará, en grandes líneas, a la teoría del dominio del hecho, como concepto abierto, observando en primer término las teorías que desde posturas objetivas y subjetivas buscaron dar un sustento a la distinción entre autor y partícipe. En segundo lugar, se abordará el tema del principio de responsabilidad y su relación con la teoría de los aparatos organizados de poder. Por último, se hará una breve referencia a las características específicas de la teoría y a las otras soluciones planteadas por la doctrina, en especial a la coautoría y la inducción.

1.1.1 Antecedentes

La intervención en el hecho punible plantea uno de los principales problemas de la teoría del delito. La situación que, a primera vista, parece sencilla cuando de un solo interviniente se trata, es decir de un solo autor del hecho, se complica cuando hay pluralidad en su comisión. Ante esta situación la teoría puede seguir dos caminos. El primero es asumir que todos aquellos que intervienen de una u otra manera en la realización de un delito tienen la misma naturaleza y como tal se les aplica la misma pena a todos; es el conocido concepto unitario de autor.

Este concepto se basa en la teoría casualista de la equivalencia de las condiciones en la que la intervención de cada sujeto es tenida como causa del mismo resultado lo que permite considerarlos, sin hacer distingo, a todos como realizadores. De acuerdo con MIRPUIG³, esta doctrina no permite que se sopesen, desde el punto de vista social, la responsabilidad de cada sujeto. También se critica a esta teoría el hecho de pasar por alto el carácter accesorio del actuar del partícipe, que como se sabe, depende de un hecho principal realizado por el autor.

³ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, Tecnofoto, S.L, 2007, pp. 360-361.

La segunda opción es la de distinguir al autor del delito de los demás intervinientes a través del concepto extensivo y restrictivo de autor.

El primero de ellos está vinculado a la teoría causalista que al acudir a la tesis de la equivalencia de las condiciones considera autor a quien con su intervención provoca un hecho. No obstante, reconoce que la ley debe establecer las diferencias entre autores y partícipes señalando, para unos y otros, diversos tratamientos de acuerdo con su responsabilidad. Al no existir un criterio objetivo ni material para hacer dicha distinción, en la práctica se recurrió a criterios subjetivos como el ánimo del autor (*animus auctoris*) y el ánimo de partícipe (*animus socii*) lo cual permitió que se sancionaran como meros cómplices a los ejecutores directos. Con esto se buscaba castigar como autores a quienes habían inducido el crimen, básicamente como medida político-criminal al querer asignar una mayor responsabilidad a los determinadores de crímenes graves sobre todo en la Alemania nazi⁴.

Las críticas que se han planteado a las teorías subjetivas están relacionadas con un peligroso alejamiento del tipo penal y por la inseguridad que se deriva de apreciaciones no demostrables⁵.

Esta teoría subjetiva de la participación permitía el uso excesivo del arbitrio judicial e incluso el abuso en no pocos casos, por lo que fue decantándose una segunda forma de distinción de los intervinientes del hecho punible. Así surge el concepto restrictivo de autor donde la diferencia entre este y el partícipe viene dado “según la clase de contribución al hecho”, teniendo en cuenta lo dispuesto en cada tipo penal de la parte especial del Código Penal⁶. A este concepto pertenecen tres teorías: la del objetivo formal, la del objetivo material y la del dominio del hecho. En la teoría del objetivo formal el autor es quien realiza o ejecuta el tipo penal consagrado en el código penal. Desde esta postura no se puede fundamentar la autoría mediata pues el autor de atrás no ejecuta el hecho⁷.

⁴ Ibid., p. 362. En un sentido similar BUSTOS RAMÍREZ: “(...) el derecho penal nazi de la escuela de KIEL es subjetivista, pues atiende sólo a la voluntad de contravenir el deber, al ánimo traidor, y en ese sentido también se llega a un concepto unitario de autor, pues cualquier contribución al hecho expresa este ánimo traidor”, BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de derecho penal*, vol. I, Madrid, Trotta, 1999, p. 283.

⁵ BOLEA BARDÓN, Carolina, *Autoría mediata en derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 50.

⁶ MIR PUIG, *Op.cit.*, p. 362.

⁷ BOLEA BARDÓN, *Op.cit.*, p. 55.

Por su parte, la teoría objetivo material pretende fundamentar la diferencia entre autor y partícipe en la importancia de su contribución y en la mayor o menor peligrosidad de la misma⁸. Se le objeta a esta teoría el no tener en cuenta elementos de carácter subjetivo que se necesitan en todo caso para hacer la distinción entre autor y partícipe y, además, se considera que el criterio de la mayor o menor peligrosidad es demasiado vago⁹. Por último, corresponde a un concepto restrictivo de autor, la teoría del dominio del hecho.

1.1.2 El dominio del hecho

Ante la evidente limitación de las anteriores posturas se empieza a desarrollar la teoría del dominio del hecho que en la actualidad tiene gran acogida y que, como se verá, es la que sustenta la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder.

Esta doctrina proviene, entre otras fuentes, del proyecto metodológico del finalismo¹⁰ pues permite fundamentar la acción no en el acontecer causal sino en la facultad de prever: “Gracias a su saber causal previo puede [el hombre] dirigir sus diversos actos de modo que oriente el suceder causal externo a un fin y lo domine finalmente”¹¹. Se la considera como una teoría objetivo-subjetiva pues no sólo se requiere que el sujeto encamine conducta en pos de un fin (aspecto subjetivo)¹² sino también que, de manera concreta, tenga en sus manos el desarrollo del acontecer típico¹³. Según este criterio quien domina el hecho es autor y quien delega en otro el curso del hecho típico es solo partícipe¹⁴. Por esto se tiene como autor a quien puede “interrumpir” el acontecer criminal y partícipe al

⁸ VELÁZQUEZ V., Fernando, *Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Comlibros, 2009, p. 877.

⁹ MIR PUIG, *Op.cit.*, p. 364.

¹⁰ BOLEA BARDÓN, *Op.cit.*, p. 63.

¹¹ WELZEL, Hans, *El nuevo sistema de derecho penal, una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Buenos Aires, B de F, 2002, p. 41. Desde esta corriente de la teoría del delito MAURACH expresa que “dominio del acto es el doloso tener las riendas del acontecimiento típico, esto es: la posibilidad, conocida por el agente de dirigir finalmente la configuración del tipo”. MAURACH, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, t. II, Barcelona, Ariel, 1962, p. 309.

¹² Este aspecto subjetivo del dominio del hecho comprendido como el actuar del individuo de acuerdo a una voluntad que se expresa en la acción, conllevó a que sólo se aplicara a los delitos de comisión dolosos excluyendo lógicamente los imprudentes en los que no hay una voluntad determinante. Esta situación ha dado lugar a una de las más importantes objeciones a la teoría de ROXIN. Cfr. GARCÍA DEL BLANCO, María Victoria, *La coautoría en derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 250. En el mismo sentido se expresan LUZÓN PEÑA, Diego y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Manuel, “Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría”, en: *Derecho penal contemporáneo, Revista internacional*, Legis, No. 2, 2003, p. 101.

¹³ MIR PUIG, *Op.cit.*, p. 365.

¹⁴ VELÁZQUEZ, *Op. cit.*, p. 878.

que “auxilia” el hecho del autor¹⁵. Esta teoría, entonces, reconoce como principio de la participación, la accesoriedad en el hecho principal.

Ha sido ROXIN quien la ha desarrollado con miras a establecer una distinción entre autoría y participación.

Para este autor¹⁶ no existe duda de que el legislador alemán considera como eje del acontecer delictivo al ejecutor, en torno al cual giran el inductor y el cómplice. Esta valoración le permite determinar que quien se encuentra en el centro de gravedad del hecho punible es el ejecutor y no quienes participan en el hecho o lo auxilian; señala de esta manera como principio orientador para su investigación que autor es “la figura central del acontecer en forma de acción”. Sin embargo, esta pauta no es aún el contenido material que llenará los contornos del concepto de autor, pues representa exclusivamente un “criterio formal” a partir del cual se establecerá, teniendo en cuenta el análisis de los diversos grupos de casos, la naturaleza de la figura central.

ROXIN señala¹⁷ entonces que la imagen medular del hecho, junto con los satélites (determinadores y cómplices) representan no sólo la manifestación jurídico normativa del querer del legislador, sino también que desde el punto de vista objetivo corresponden con el entender común de que la conducta de quien es interviniente en un delito depende siempre del hecho del ejecutor, lo que en materia penal se concreta en el principio de accesoriedad.

Ante la pregunta de cómo se procederá para dotar de contenido al concepto de autor, que es la figura central, es decir, quien domina el hecho¹⁸, ROXIN argumenta¹⁹ que tal investigación no podrá hacerse a partir de conceptos indeterminados o cambiantes referidos a las normas culturales o éticas, pues el dominio del hecho como criterio definitivo del concepto de autor no es variable ni tampoco está constituido de forma plenamente prejurídica, es decir, que su punto de partida es siempre la norma dada por el legislador²⁰.

¹⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Op. cit.*, p. 286.

¹⁶ ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Barcelona, Marcial Pons, 2007, p. 44.

¹⁷ *Ibid.*, p. 45.

¹⁸ Respecto al dominio del hecho DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en derecho penal*, Barcelona, PPU, 1991, p. 547, explica que “Baste por el momento con decir que para esta teoría, autor es el que domina el hecho delictivo, el que con su actuación decide el sí y el cómo de la producción del delito, dirige el proceso que desemboca en dicha producción”.

¹⁹ *Ibid.*, pp. 136-137.

²⁰ *Ibid.*, p. 138.

Por otro lado, explica ROXIN²¹, que el trabajo de dilucidar el contenido de la autoría a partir del dominio del hecho no se hace tampoco teniéndolo como un concepto fijado²², pues ello implicaría señalar reglas rígidas a partir de las cuales, a través de la deducción, se daría una solución para cada caso, con lo cual quedarían por fuera todas aquellas manifestaciones de la conducta punible bastante problemáticas que no pueden ser abordadas desde la generalidad. Para el tratadista alemán, el camino correcto a seguir es el de dominio del hecho como concepto abierto, en el que se integren los “cambiantes fenómenos vitales” con un alto grado de determinación por medio de reglas abstractas; es decir, que en este tipo de conceptos “no va a ser posible una indicación exhaustiva de sus elementos en todo caso imprescindibles” y “no va a estar cerrado a admitir nuevos elementos de contenido”. A partir de esta premisa metodológica el autor, teniendo en cuenta la multiplicidad de grupos de casos que pueden darse, procede a verificar cómo se cumple el dominio del hecho en cada uno de ellos, sin perder de vista que el autor es la figura central del acontecimiento.

La doctrina del dominio del hecho, tal como ha sido desarrollada por ROXIN, tiene elementos objetivos y subjetivos²³. En este sentido, para JESCHECK-WEIGEND²⁴ el dominio debe verse como un fenómeno en el que confluyen factores tanto subjetivos como objetivos, pues no sólo se hace necesario una voluntad directora del proceso sino también una manifestación exterior representada en una intervención concluyente en el acontecimiento.

Desde el punto de vista objetivo²⁵ resultan determinantes los hechos externos, las circunstancias constatables que generan un control sobre determinado acontecimiento y no el contenido de la conciencia del sujeto, con lo cual se puede decir que quien crea que posee el dominio sin que cuente con los requisitos

²¹ Ibid., pp. 146-147.

²² Ibid., p. 141.

²³ Ibid., p. 362.

²⁴ JESCHECK, Hans Heinrich y WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Granada, Comares, 2002, p. 702. Con relación a los elementos objetivos y subjetivos del dominio del hecho, BACIGALUPO ha sostenido que: “objetivamente es necesario que el autor haya realizado por sí la acción ejecutiva (en sentido similar a la teoría formal objetiva); y subjetivamente que haya tenido la dirección final del suceso”. BACIGALUPO, Enrique, *Hacia el nuevo derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, p. 468.

²⁵ “El elemento objetivo de la autoría consiste en el poder de configuración del transcurso de los sucesos de actuación con relevancia jurídico penal, que se lleva a cabo mediante la prestación de una contribución eficaz y con peso objetivo para controlar y dirigir la ejecución del hecho injusto”. PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Granada, Comares, 1998, p. 179.

objetivos para detentarlo no será autor en ninguna de sus modalidades. Lo anterior, como ya se vio, era fruto de las teorías subjetivas de la autoría. En estas se sostenía que el autor se diferenciaba del cómplice por el interés o ánimo que impulsaba su proceder, sin importar su relación particular con el hecho.

En el caso del dominio del hecho se puede ver que esto ya no tiene injerencia en la distinción entre uno y otro, pues la única intención o dolo que permite una correcta interpretación del dominio, es la comprensión que tenga el agente del mismo, pues no puede existir señorío sobre un curso causal que genere imputación penal si no se es consciente de su dominio. Por eso se dice que la teoría de ROXIN tiene una exigencia subjetiva pero no entendida como la actitud interior de cada cual respecto a su propia conducta, sino al conocimiento que se tiene de los factores objetivos que permiten controlarla²⁶. Esto quiere decir que el aspecto subjetivo del hecho va más allá del dolo típico “incapaz de comprender el conocimiento y la voluntad de la condición de instrumento del hombre de delante y abarcará tanto la conciencia de las circunstancias fácticas que fundamentan el dominio del hecho como la voluntad de aprovecharlas”²⁷.

De acuerdo con el anterior planteamiento y después del análisis de grupos de casos, ROXIN²⁸ puede determinar la figura central (autor) en las siguientes situaciones: 1). Si tiene el dominio de la acción, es decir, si realiza directamente la acción típica. 2). Si tiene el dominio de la voluntad, que sucede cuando el hecho se realiza a través de otra persona. Esta eventualidad se presenta en tres casos: A. Cuando la persona no es libre de acuerdo con criterios jurídicos (coacción). B. El sujeto no conoce el “sentido objetivo” del actuar o su conocimiento es deficiente (error). C. Cuando el sujeto tiene el carácter de fungible en razón a su pertenencia a una estructura organizada de poder. 3). Si tiene el dominio funcional al hacer un aporte significativo al hecho en fase ejecutiva.

Estas tres formas de dominio del hecho son las que permiten fundamentar la autoría directa (dominio de la acción); autoría mediata (dominio de la voluntad) y

²⁶ Al respecto señala GIMBERNAT: “la doctrina del dominio del hecho es una totalmente objetiva –por lo menos, en el sentido que se da tradicionalmente a esta expresión dentro de las teorías de la participación–. El que tiene el dominio del hecho ya puede actuar con la voluntad que le dé la gana: el dominio del hecho lo seguirá teniendo”. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en derecho penal*, Madrid, Universidad de Madrid, sección de publicaciones e intercambio, 1966, p. 126. En una perspectiva similar GARCÍA CONLLEDO, *Op.cit.*, p. 575.

²⁷ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Eva, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Granada, Comares, 2006, p. 9.

²⁸ ROXIN, Claus, *Op.cit.*, p. 337.

coautoría (dominio funcional). Para efectos del presente trabajo, resulta importante el dominio de la voluntad que estructura la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder.

En este sentido se debe señalar que la teoría del dominio del hecho puede sustentar teóricamente la figura de la autoría mediata al considerar autor no a quien ejecuta los elementos del tipo penal de acuerdo con la teoría objetivo-formal sino al “señor del hecho” quien puede no estar directamente relacionado con el actuar pero sí lo dirige y lo determina; por esto se puede decir que la figura clave del acontecer es el hombre de atrás pues se sirve de un instrumento mediante la coacción, aprovechándose del error o induciéndolo y, finalmente, a través de una estructura jerárquica de poder. GÓMEZ BENÍTEZ²⁹ señala que para poder dar cabida a la figura de la autoría mediata es necesario vincular a la idea de autor la “realización del tipo” como dominio del hecho y no como ejecución de propia mano o ejecución física³⁰.

ROXIN explica así la diferencia entre dominio de la voluntad y dominio de la acción:

Mientras que allí [dominio por acción] la realización de la acción típica de propia mano fundamenta la autoría, aquí [dominio por voluntad] se trata de casos en los que falta precisamente la “acción” ejecutiva del sujeto de detrás y el dominio del hecho sólo puede basarse en el poder de la voluntad rectora. Por eso, allí donde haya que afirmar el dominio del hecho hablamos de “dominio de la voluntad” en el autor³¹.

En el caso específico de la autoría mediata por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, que no será tratada aquí sino en forma muy general por ser el tema de la tercera parte de este capítulo, el hombre de atrás domina el suceso debido a su poder de dirección de una estructura jerárquica que se encuentra a él (pueden ser varios) subordinada. En estos casos especiales la organización se despliega de forma automática y permite que el ejecutor directo sea reemplazado a voluntad, no importando entonces que se resista al cumplimiento de la orden, pues quien detenta el poder de mando confía en que su encargo en todo caso será ejecutado:

²⁹ GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, “El dominio del hecho en la autoría (Validez y límites)”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales* (ADPCP), t. XXXVII, Fasc. I. (Enero-Abril 1984), pp. 105-106.

³⁰ “Ciertamente se trata de una fórmula de trabajo superior a las anteriores, ya que no confunde autor con ejecutor permitiendo con ello fácilmente incluir al autor mediato y, además, llegar a una mejor comprensión del coautor”, BUSTOS y HORMAZÁBAL, *O. cit.*, p. 286.

³¹ ROXIN, *Op. cit.*, p. 166.

Basta con tener presente el caso, en absoluto de laboratorio, del gobierno, en un régimen dictatorial, que implanta una maquinaria para eliminar a los desafectos o a grupos de personas. Si dada esa situación (por expresarlo gráficamente) el sujeto de detrás que se sienta en los mandos de la estructura organizativa aprieta el botón dando la orden de matar, puede confiar en que la orden se va a cumplir sin que tenga que conocer al ejecutor. Tampoco es necesario que recurra a medios coactivos o engañosos, puesto que sabe que si uno de los numerosos órganos que cooperan en la realización de los delitos elude cumplir su cometido, inmediatamente otro va a suplirle, no resultando afectada la ejecución del plan global³².

Sin embargo, el criterio del dominio del hecho ha sido objeto de críticas debido a que su aplicación se circunscribe a los delitos de acción dolosos y a que su utilización en otras formas de manifestación de la conducta punible como la comisión por omisión, la imprudencia y los delitos especiales, requiere para su perfecto rendimiento de criterios adicionales como la posición de garante y la infracción del deber extrapenal³³.

En este sentido, es interesante la postura de SCHUNEMMAN al tratar de crear un concepto del dominio del hecho que abarque todos los tipos de delitos.

Para este autor³⁴, existe una forma primordial del dominio del hecho que está comprendido por el control que el individuo ejerce sobre su propio movimiento corporal y que fundamenta la autoría directa. Siguiendo la posición dominante considera que existe también una forma específica de dominio sobre otros individuos (autoría mediata) y el dominio compartido (coautoría). No obstante, este autor considera que, a diferencia de los seguidores del concepto tradicional del dominio del hecho que sostienen que no es aplicable a los delitos imprudentes, ni a los delitos de infracción de deber ni a los delitos de omisión impropia donde lo específico es la posición de garantía, es posible fundamentar todas las formas del delito con una noción global³⁵. Este concepto que SCHÜNEMANN llama “dominio sobre el fundamento del resultado”, no sólo explicaría los delitos dolosos de comisión sino también a esa categoría de delitos que el concepto de dominio del hecho desarrollado por ROXIN no cubre.

Para el autor alemán, en los delitos de comisión dolosos, el fundamento es el dominio del hecho y para los delitos imprudentes, de omisión impropia e infracción

³² Ibid., p. 272.

³³ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 436.

³⁴ SCHUNEMANN, Bernd, *Obras*, t. II, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 500.

³⁵ Ibid. 510.

de deber, es el dominio sobre un “ámbito social”³⁶. De esta manera, debe entenderse como destinatario de las normas jurídico penales a quien ejerce el control del acontecer delictivo y no exclusivamente a quien domina directamente el hecho o es el ejecutor directo del mismo; por esto, sostiene que es correcto el concepto de dominio del hecho si se le entiende no como un mero acontecer físico sino como un “fenómeno social”³⁷.

En efecto, a la teoría del dominio del hecho se le ha criticado el estar referida exclusivamente a circunstancias fácticas que desconocen el sentido social y normativo de la imputación³⁸. Para MIRPUIG el dominio del hecho no sólo debe comprender el control material del acontecer sino que debe abarcar también otros criterios que permiten determinar que un delito “pertenece al autor como suyo”; es decir, teniendo en cuenta elementos como la relación de causalidad y de riesgo entre el autor y el hecho, entre otros. Por lo anterior, para el autor español, el significado de lo que es autor y partícipe y la diferencia entre estos viene dado por la naturaleza de su relación con el hecho punible. Así, será autor quien cumpla con los requisitos exigidos por el tipo penal pero además aparezca en la relación sujeto-hecho como el “protagonista” de su ejecución.

En un sentido similar se expresa SILVA SÁNCHEZ³⁹, para quien el dominio del hecho es un criterio normativo que está referido al control sobre las consecuencias del riesgo que sean, desde el punto de vista penal, reprochables.

Ha objetado también el carácter sustancialmente naturalista del dominio del hecho, BOLEA BARDÓN⁴⁰.

Para esta autora, el dominio del hecho debe integrarse con criterios naturalistas y normativos⁴¹. Este concepto no puede desconocer la base ontológica o fáctica

³⁶ Ibid., p. 510.

³⁷ Ibid., p. 536.

³⁸ MIR PUIG, *Op. cit.*, p. 367.

³⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Estudios sobre los delitos de omisión*, Lima, Grijley, 2004, p. 121.

⁴⁰ El aspecto normativo del dominio del hecho está referido no sólo a la norma que estipula el tipo sino también a los criterios de la imputación objetiva; es decir, que no es un mero proceso causal. Cfr. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚÑEZ PAZ, Miguel y RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea, *Derecho penal. Parte general, principios fundamentales y sistema*, Bogotá, Ibáñez, 2010, p. 505.

⁴¹ BOLEA BARDÓN, *Op. cit.*, p. 73. Según AMBOS “la teoría del dominio por organización puede entenderse como un ‘entrelazamiento’ (*verflechtung*) de componentes normativos y fácticos. (...) De esta manera y partiendo del poder de conducción fáctica, la autoría del autor de atrás se deduce de las siguientes *consideraciones normativas*: en la organización crece la responsabilidad por el hecho individual o concreto junto con la distancia del nivel de ejecución, esto es, con la ubicación elevada del puesto de mando (la perspectiva denominada *top-down*). (...) El poder fáctico de conducción,

pues el derecho regula relaciones y conflictos interpersonales. Esto significa que en un determinado comportamiento humano las circunstancias fácticas o relaciones causales de los acontecimientos sólo son preponderantes si pueden ser remitidas a una norma jurídica que los dote de valor. No obstante, explica la autora española, existen formas de autoría en las que es más evidente el predominio de las características fácticas, como lo que sucede en la autoría directa en la que el sujeto se encuentra en una relación inmediata con el hecho.

En cambio, en la autoría mediata es difícil atribuir responsabilidad apelando exclusivamente al criterio fáctico, pues quien se encuentra detrás no tiene un control causal de los hechos, por lo menos tal como los tiene el ejecutor directo. En estos eventos, siempre es necesario recurrir a criterios normativos para poder imputar la responsabilidad. Para la autora deben evitarse expresiones como dominio del curso causal o dominio de la voluntad, pues generan una visión estrictamente naturalística del problema y no permiten que se tenga en cuenta el proceso de valoración normativa indispensable en estos casos⁴².

Por esta razón lo que se debe determinar es si un sujeto ha puesto en marcha, no necesariamente desde el punto de vista fáctico, un proceso lesivo que ha involucrado la esfera individual de un tercero, lo que se presenta cuando se crea un riesgo jurídicamente relevante o se permite su incremento. En estos casos se habla de “responsabilidad por el peligro”⁴³.

Según lo anterior se puede diferenciar entre la creación de riesgos en sentido naturalístico y la imputación normativa por el peligro, lo cual se puede evidenciar cuando una persona lo produce pero existe un sujeto de por medio que con su actuar interrumpe dicho curso causal. Aun en estos casos se puede decir que la persona de atrás que originó el riesgo, a pesar de perder desde el punto de vista causal el control de los acontecimientos, puede ser considerado autor a través de “criterios de imputación jurídica”⁴⁴.

decreciente hacia arriba en la jerarquía de mando, es compensado al mismo tiempo con la responsabilidad de quien están en las posiciones más altas. De esta manera, el punto de vista fáctico es corregido normativamente”, AMBOS, Kai, “El caso alemán”, en *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*. Bogotá, Temis-Georg August Universität Göttingen, 2008, pp. 28-29. El mismo, “Dominio por organización. Estado de la discusión”, en *Derecho penal contemporáneo*, No. 19, 2007, pp. 24-25.

⁴² Ibid., pp. 129-133.

⁴³ Ibid., p. 135.

⁴⁴ Ibid., p. 137.

Con esta última perspectiva es posible, entonces, imputar responsabilidad jurídica al autor mediato cuando existe un aparato de poder organizado y ejecutor completamente responsable. En estos eventos el verdadero instrumento es la maquinaria de poder que depende del hombre de atrás y no el ejecutor directo quien podrá ser imputado por el delito debido a que, al igual que el autor mediato, dominaba el riesgo⁴⁵.

En conclusión, el concepto unitario de autor en el que es imposible diferenciar las formas de intervención en un hecho delictivo no es sostenible en la actualidad, no sólo razones de índole legal lo impiden sino también de tipo social, ya que no es razonable imputar una misma responsabilidad a un autor y a un partícipe.

Esta solución es criticable, entre otras cosas, porque no tiene en cuenta la naturaleza accesoria del actuar del partícipe. Por esto, el modelo diferenciado es el que se impone en casi todos los países incluido Colombia. La distinción entre autores y quienes participan en el hecho del autor permite darles tratamiento diferente desde el punto de vista teórico como punitivo, aunque en este último evento en muchas legislaciones se prevean sanciones similares para el autor y uno de los partícipes que, por lo general es el determinador, inductor o instigador.

En Colombia se prevé una sanción similar para el autor y para el determinador sin que esto signifique que sean iguales desde el punto de vista dogmático. En este sentido la teoría del dominio de hecho, a pesar de sus limitaciones en cuanto a su aplicación a los delitos de omisión, imprudentes y especiales, ha rendido frutos en la tarea de distinguir de una manera sistemática los diferentes tipos de autoría en los delitos dolosos de acción. Sin embargo, su aplicación debe complementarse con criterios de naturaleza normativa que permitan imputar la responsabilidad no por la simple conducción de cursos causales sino por la creación de riesgos jurídicamente desaprobados.

1.2 El dominio de la organización frente al principio de responsabilidad

Como se analizó en la primera parte de este capítulo, el dominio del hecho, de acuerdo con la concepción de ROXIN, permite distinguir entre autores y partícipes a partir del criterio general de la figura central del acontecimiento.

⁴⁵ Ibid., pp. 368, 394.

El desarrollo de este concepto rector le permitió a ROXIN determinar que las formas como se manifiesta, desde el estudio de casos, es el dominio de la acción para la autoría directa o inmediata; el dominio funcional para la coautoría y el dominio de la voluntad para la autoría mediata. Dentro de esta última, el autor encontró que pueden darse tres formas de dominio de la voluntad: por error, por coacción y en virtud de aparatos organizados de poder.

Esta tercera forma de autoría mediata fue planteada por ROXIN en 1963 con el fin de establecer un fundamento para la responsabilidad por los delitos cometidos durante el tercer Reich, en los que el ejecutor o autor directo se encontraba ligado a una estructura jerárquica, pero a diferencia de los otros dos casos de dominio de la voluntad, en este, tanto el ejecutor como el autor de atrás eran plenamente responsables; lo que ha generado la disputa acerca de la posibilidad de la aplicación de dicha teoría a la luz del principio de responsabilidad.

Con este principio de carácter normativo⁴⁶ se pretendió fundamentar el dominio del hecho del hombre de atrás sin recurrir a argumentos fácticos o psicológicos y como tal se refiere a que cuando el ejecutor inmediato o directo del hecho tiene plena responsabilidad jurídico penal, el hombre de atrás no puede responder como autor sino como partícipe (instigador)⁴⁷ pues no resulta lógico que se considere instrumento a quien puede actuar con plena libertad⁴⁸. En la autoría mediata es indispensable la existencia de un instrumento que es utilizado para lograr el objetivo delictivo de quien domina el hecho desde atrás, y su carácter generalmente viene dado porque está coaccionado o porque está en error. Sin embargo, en la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder se presenta la circunstancia en la que el ejecutor no está ni coaccionado ni en error, por eso riñe con el concepto tradicional de instrumento que da cabida al principio de responsabilidad. La consecuencia necesaria de lo anterior es que se rechace la autoría mediata cuando el hombre de adelante o ejecutor es igual de responsable que el hombre de atrás.

Uno de los primeros en plantear este principio fue GALLAS:

El dominio del hecho mediante la utilización de otro como instrumento encuentra su límite allí donde el Derecho valora al autor inmediato como libre y, por tanto, como persona

⁴⁶ Cfr. BOLEA BARDÓN, *Op.cit.*, pp. 155-156; GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *La inducción a cometer el delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 223.

⁴⁷ FERNÁNDEZ, *Op.cit.*, p. 28.

⁴⁸ En sentido similar FARALDO CABANA, Patricia, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 101. BOLEA BARDÓN, *Op.cit.*, p. 157.

responsable. Porque medido en la escala de una misma ordenación valorativa, un mismo comportamiento no puede aparecer al mismo tiempo como libre y como dominado por otro...⁴⁹.

JESCHECK⁵⁰ sigue el principio de responsabilidad al considerar que la autoría mediata sólo es viable donde el ejecutor directo no es responsable, rechazando así la aplicación de la teoría de los aparatos organizados de poder y planteando la solución de la coautoría:

Sin embargo esta visión (la de los aparatos organizados de poder) sólo merece ser aprobada allí donde los ejecutores mismos puedan ser considerados como autores plenamente responsables. En caso de que lo sean, la persona que ocupa la posición central de la organización es coautor precisamente porque domina la organización⁵¹.

En sentido similar TOLEDO y UBIETO⁵², para quien aquel que actúe en forma antijurídica es ya responsable. Para este autor, quien actúa típicamente y sin justificación no puede ser calificado como instrumento, calidad que permitiría la existencia de una eventual autoría mediata; por eso concluye que la expresión “autor detrás del autor” es una contradicción pues no puede haber un sujeto que sea a la vez libre y responsable y que sea llamado instrumento. Cuando se da la circunstancia de que el autor directo comete una conducta antijurídica lo que se presenta es inducción o coautoría pero no autoría mediata.

También reconoce el principio de responsabilidad GÓMEZ BENÍTEZ⁵³ pero hace una excepción para los aparatos organizados de poder: “En los delitos dolosos comunes sólo puede ser “instrumento”, por tanto, quien en sí mismo no es un autor plenamente responsable (con la salvedad específica –ya señalada– de quien actúa como instrumento ejecutor en el seno de aparatos organizados de poder)”.

ROXIN⁵⁴ ha sostenido al respecto una postura que ha ido evolucionado con el tiempo, probablemente en razón a las objeciones que se han presentado en virtud del principio de responsabilidad. En la formulación inicial de la teoría recogida en

⁴⁹ Citado por GÓMEZ RIVERO, *Op.cit.*, p. 224.

⁵⁰ JESCHECK y WEIGEND, *Op. cit.*, p. 715.

⁵¹ *Ibid.*, p. 722. Postura similar sostiene JAKOBS quien rechaza la autoría mediata en desarrollo del principio de responsabilidad. JAKOBS, Gunther, *Injerencia y dominio del hecho en derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 100-101.

⁵² TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio, “La autoría conforme al Código Penal”, en *El nuevo derecho penal. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel VALLE MUÑOZ*, Navarra, Aranzadi, 2001, p. 590.

⁵³ GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*. Madrid, Civitas, 1984, pp. 141-142.

⁵⁴ ROXIN, *Op.cit.*, p. 275.

su escrito de habilitación de 1963 da a entender que el instrumento como tal es el individuo; así, al referirse a la fungibilidad, sostiene que “si uno fracasa (habla del ejecutor) otro le va a suplir, y precisamente esta circunstancia convierte al respectivo ejecutor, sin perjuicio de su propio dominio de la acción, al mismo tiempo en instrumento del sujeto de atrás”.

Posteriormente, ROXIN⁵⁵ sale al paso de las críticas que se hacen al dominio de la organización desde el punto de vista del principio de responsabilidad aclarando que cuando se trata de comisión de un hecho a través de interpuesta persona lo importante no es la característica del individuo, es decir si es responsable o no, sino la relación que tiene el hombre de atrás con el ejecutor y con el hecho, tal como se “expresa en el criterio del dominio del hecho” y luego afirma que lo determinante es “el poder del sujeto de atrás sobre la realización del tipo”⁵⁶.

Se evidencia así cómo el autor alemán considera prácticamente sin valía al autor directo en tanto que sólo concurre a la ejecución del hecho casualmente, porque el aparato lo impone y no depende de aquel la comisión del hecho, pues en el caso de negativa será reemplazado. Esto lo ratifica ulteriormente cuando explica, en contra de quienes sostienen que no puede haber autoría mediata cuando hay ejecutor directo responsable, que el instrumento no es quien ejecuta de propia mano el hecho sino el aparato como tal⁵⁷, es decir, la organización.

En la actualidad, ROXIN⁵⁸ ha consolidado su teoría del dominio por organización en torno a esta idea en la que para determinar la existencia de autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder no se debe verificar un “déficit” del autor directo, como en las otras dos formas de autoría mediata, sino en un “dominio de la producción del resultado” al que se llega a través de la estructura criminal; a su vez sostiene el autor que en el dominio de la organización coexisten dos formas de dominio del hecho⁵⁹, la de quien ejecuta la acción y la de quien dirige el aparato

⁵⁵ Ídem., p. 707.

⁵⁶ Ibid., p. 712. El mismo, “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, en *Revista penal*, No. 2, 1998, p. 62: “El hombre de atrás, pues, controla el resultado típico a través del aparato, sin tomar en consideración a la persona que como ejecutor entre en escena más o menos causalmente. Aquel tiene en sentido literal de la palabra el ‘dominio’ y por tanto es autor mediato”.

⁵⁷ ROXIN, Claus, “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, en *Revista penal*, No. 18, 2006, p. 244.

⁵⁸ ROXIN, Claus, “Dominio de la organización y resolución al hecho”, en *La teoría del delito en la discusión actual*, Perú, Grijley, 2007, p. 532.

⁵⁹ ROXIN, Claus, “Apuntes sobre la sentencia FUJIMORI de la Corte Suprema del Perú”, en *La autoría mediata. El caso FUJIMORI*, Perú, Ara Editores, 2010, p. 98.

de poder con lo cual, según ROXIN, se supera la crítica de quienes mantienen el principio de responsabilidad.

Por su parte SCHÜNEMANN⁶⁰ considera que ha sido la misma jurisprudencia alemana la que ha conllevado poco a poco al descrédito del principio de responsabilidad. El Tribunal Supremo alemán en una primera oportunidad acogió la tesis de autoría mediata en un caso en el que el ejecutor directo, si bien había actuado en error por las circunstancias específicas del caso, se logró determinar que tenía el conocimiento y el control del acontecer, propios de un sujeto responsable.

Pero es, según SCHÜNEMANN⁶¹, la sentencia que aplicó la teoría de ROXIN sobre aparatos organizados de poder, la que “entierra” dicho principio al sostener que aún en casos de criminalidad de empresa es posible la utilización de dicha tesis. En este sentido el autor alemán considera que la judicatura, al abandonar el principio de responsabilidad, está acogiendo la teoría de los grados de dominio del hecho como fundamento de la figura del “autor detrás del autor” en la que el autor de atrás, tiene por su posición, una mejor percepción y manejo del hecho que el ejecutor directo. La aceptación de dicha figura implica entonces que el dominio del hecho no se asume como una forma de imputación meramente normativa, pues tal opción conllevaría a una postura que obliga a decidir tajantemente por un sí o un no, es decir, que el dominio del hecho se tiene o no se tiene. En cambio, desde una perspectiva ontológica, este dominio permite una graduación que implica, como se dijo, que quien está detrás tenga una posición privilegiada en el conocimiento y manejo de los acontecimientos⁶².

⁶⁰ SHÜNEMANN, *Op.cit.*, pp. 529-530. Se refiere al famoso caso del “Rey de los gatos” en el que dos personas se aprovechan de la ausencia de capacidad crítica de un tercero para llevar a cabo un asesinato. Una mujer hace creer a uno de sus compañeros de vivienda que hace mucho tiempo existe un rey de los gatos que personifica la maldad con lo cual convence al incauto de comprometerse a luchar en su contra de cualquier manera. Posteriormente, aquella se entera de que su ex novio se acaba de casar y en un ataque de celos y aprovechándose de las creencias de su compañero de vivienda, y junto con otro cómplice, lo utilizan y convencen de que la mujer con quien se ha casado el ex novio de aquella es el rey de los gatos. El sujeto sugestionado apela a la prohibición de matar que rige en la sociedad pero su compañera le asegura que tal norma no rige para él pues está obrando justificadamente al acabar con el enemigo de la humanidad. La mujer es asesinada y los tres son condenados: el ejecutor como autor directo, a pesar del error de prohibición vencible en el que se encuentra y los otros dos como autores mediatos debido a que tenían dominio del hecho.

⁶¹ *Ibid.*, pp. 530-531. Se trata de la sentencia del 26 de julio de 1994 donde se condenó a los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la Antigua República Democrática Alemana por ordenar a los guardas del muro de Berlín disparar a quienes intentaran escapar. La imputación se hizo a título de autores mediatos a pesar de que los ejecutores directos eran completamente responsables. Sobre este tema se volverá en el capítulo segundo de este trabajo.

⁶² *Ibid.*, pp.532-533.

Debido a que la aplicación plena del principio de responsabilidad no permite la aceptación de la autoría mediata cuando el instrumento actúa con responsabilidad (sea esta completa o disminuida), tal como ocurre en los aparatos organizados de poder, se ha originado una progresiva revisión y relativización de dicho principio.

De esta manera, FERNÁNDEZ IBÁÑEZ⁶³ sostiene que sin pasar por alto el principio de responsabilidad se puede fundamentar autoría mediata aun en los casos donde tanto el autor de atrás como el ejecutor o instrumento son responsables; es decir, que tienen dominio compartido del hecho, siempre que se pueda constatar que el hombre de atrás, debido a la instrumentalización del hombre de adelante, “domina el suceso de un modo relevantemente superior a como lo hace el ejecutor”. Para la autora no es un criterio normativo el que va a determinar el dominio del hecho (el principio de responsabilidad), sino la posibilidad concreta del hombre de atrás de determinar el “sí” y el “cómo” del acontecimiento, lo cual puede suceder a pesar de que el instrumento actúe antijurídicamente o incluso culpablemente tal como ocurre en los aparatos organizados de poder⁶⁴. Es lo que se ha conocido como “autor detrás del autor”, en el que tanto el ejecutor como el autor mediato son jurídico-penalmente responsables.

Un camino diferente sigue AMBOS⁶⁵, aunque similar a la tesis actual de ROXIN, para fundamentar la autoría mediata por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, pues entiende como instrumento no al individuo que ejecuta directamente el hecho sino a la propia organización. Es lo que se conoce como injusto de organización en contrapartida del injusto individual sostenido por la mayoría de los autores. Según este autor, en los casos de criminalidad organizada no se habla de injusto individual sino de injusto colectivo, en el que el hombre de atrás no domina directamente al sujeto de adelante, que a su vez actúa en forma libre, sino que lo hace en forma indirecta a través del aparato organizado de poder. De esta forma AMBOS considera que se supera la aparente contradicción que se presenta en la existencia de un dominio sobre una persona responsable, pues el control no se va a verificar sobre este sino sobre el colectivo: “Un principio estricto de responsabilidad ha de fracasar en el contexto del injusto colectivo,

⁶³ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *Op.cit.*, p. 83.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 84.

⁶⁵ AMBOS, Kai, *Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, Bogotá, Universidad Externado, Cuadernos de conferencias y artículos No. 20, 1998, p. 31. El mismo, *La parte general del derecho penal internacional*, Bogotá, Konrad-Adebaauer-Stiftung, Temis y Duncker & Humblot, 2006, p. 227.

porque no puede aprehender el injusto del hombre de atrás ya por definición, en cuanto que parte de la autorresponsabilidad como principio liberal y jurídico-individual”.

Esta postura ha recibido variadas críticas⁶⁶. En términos generales, las objeciones tienen que ver con una interpretación del texto de la ley en España y en Alemania, pues en ambos países en sus códigos penales señalan (artículo 28 y parágrafo 25, respectivamente) que la autoría mediata se presenta cuando el hecho se realiza “por medio de otro” y que este “otro” es una persona, un individuo y no un colectivo, un aparato o una organización. Entonces, para los seguidores del injusto de organización, el autor mediato no es el individuo como tal sino la organización a la cual pertenece, lo que chocaría con las normas vigentes en materia de autoría mediata. En Colombia la redacción del artículo 29 del Código Penal permitiría una crítica similar pues al describir la autoría señala que es “autor quien realice la conducta por sí mismo o utilizando a otro como instrumento”, con lo cual se estaría indicando que el ejecutor directo no puede ser sino una persona y no una estructura de poder. En este sentido se ha entendido que el término instrumento es amplio y recoge no sólo aquellos casos de autoría mediata por coacción y por error sino también en aquellos donde tanto el ejecutor directo como el hombre de atrás responden jurídico penalmente, es decir en los casos de “autor detrás de autor”⁶⁷.

De acuerdo con FARALDO CABANA⁶⁸ lo esencial en la autoría mediata por aparatos organizados de poder no es la ausencia de libertad del hombre de adelante, pues tal circunstancia sería subsumida por el dominio de la voluntad en virtud de coacción, sino que el cumplimiento de la orden esté garantizado a pesar de la eventual negativa del ejecutor directo, debido al automatismo de la organización que provee un seguro ejecutor. Si bien puede afirmarse que sobre quien hace parte de una organización criminal, sea estatal o paraestatal, recae un alto grado de presión para el cumplimiento de las tareas delictivas encomendadas, esta injerencia no puede considerarse suficiente para anular la capacidad de culpabilidad o que la disminuya. En este sentido resultan determinantes los ejemplos de los trabajadores de los campos de exterminio y de la frontera en la antigua República Democrática Alemana (RDA) donde a lo máximo a que se exponían por no cumplir las órdenes era a la no promoción laboral o, en casos excepcionales, al despido.

⁶⁶ Entre otros, FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *Op.cit.*, p. 95; FARALDO CABANA, *Op. cit.*, p. 114.

⁶⁷ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *Op.cit.*, p. 97.

⁶⁸ FARALDO CABANA, *Op. cit.*, p. 94.

Sin embargo esta autora considera que la excepción a la aplicación del principio de responsabilidad responde más bien a la necesidad de otorgar la verdadera dimensión a quien dirige los designios de una organización criminal señalándolo como autor y no simplemente inductor, independientemente de la pena⁶⁹.

Según FARALDO CABANA⁷⁰, y complementando la tesis del dominio del hecho sostenida por FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, que hace énfasis en el aspecto fáctico del mismo, no es necesario hacer una excepción del principio de responsabilidad para fundamentar la teoría del autor detrás del autor en los aparatos organizados de poder, ni tampoco sustentarla a través del injusto de la organización; lo esencial en estos casos es la posibilidad de imputación objetiva y subjetiva del riesgo, a pesar de que el autor directo cuente con el dominio del hecho. Esta visión normativa del dominio permitiría aplicar la autoría mediata aun cuando el ejecutor sea plenamente responsable en virtud de la mayor posibilidad de manejo del riesgo del hombre de atrás, quien tiene el poder de accionar la estructura criminal.

En una dirección similar se ha manifestado BOLEA BARDÓN⁷¹ para quien el dominio del hecho no debe tenerse como una forma de control fáctico sobre la voluntad del ejecutor sino como la presencia de elementos que permiten constatar que el hombre de atrás ha dispuesto del riesgo en forma autónoma⁷². En este sentido, según la autora, debe hacerse una distinción, pues en los casos de autoría mediata estricta, es decir para aquella que depende del dominio de la voluntad en virtud de la coacción o del error, se habla de un manejo exclusivo del riesgo, mientras que en la figura del autor detrás del autor se presenta un manejo compartido. En este último caso, se imputa un mismo hecho a dos personas.

Esta situación se presenta en organizaciones criminales jerarquizadas donde el hombre de atrás y el ejecutor directo dominan un mismo peligro, aunque aquel por estar en poder de la estructura criminal va a tener la opción más significativa de poner en riesgo el bien jurídico, a pesar de que el autor directo sea también responsable. Esta autora concluye que lo más correcto sería referirse al dominio del hecho como la relación existente entre el hombre de atrás y el riesgo jurídicamente desaprobado con lo cual se permite que aún no dominando

⁶⁹ Ibid., p. 103.

⁷⁰ Ibid., p. 105.

⁷¹ Ibid., p. 161.

⁷² BOLEA BARDÓN, *Op. cit.*, p. 158.

psicológicamente la voluntad del ejecutor, ni participando directamente en el hecho, se le pueda tener como autor mediato⁷³.

En conclusión, se puede decir que el principio de responsabilidad no es una regla dogmática que permita caracterizar la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder pues, como se ha visto, en estos casos particulares de dominio por organización lo que se presenta es el típico “autor detrás del autor” donde el ejecutor es completamente responsable, pues su conducta no está viciada por falta de conocimiento o por error. En estos casos el dominio del hecho no es unilateral, no recae exclusivamente en el hombre de atrás; también lo posee quien de manera directa tiene contacto con el suceso de forma definitiva, quien incluso puede rehusarse a cometer el hecho. Si esto es así, si quien está llamado a cumplir el designio criminal puede negarse, ¿cómo es posible fundamentar una autoría mediata donde la característica fundamental es la utilización de un instrumento para la comisión de hechos punibles? Esta es una de las más importantes objeciones que se presentan a la teoría de ROXIN, la que no pocos autores rechazan y, en cambio, proponen la tesis de la coautoría o de la inducción. Sin embargo, una posible solución está relacionada con el concepto mismo de instrumento y con el manejo compartido del dominio del hecho.

En este orden de ideas, si como lo ha tratado algún sector de la doctrina española citada arriba, se considera al instrumento no como un sujeto cuya libertad está disminuida sino como un medio del que se sirve el hombre de atrás para llevar a cabo el plan criminal, se puede hablar de autoría mediata sin necesidad de recurrir a las figuras de la coautoría o de la inducción, que como se verá, sostienen quienes se alejan de la tesis de ROXIN. La posibilidad de lesionar o poner en peligro un bien jurídico en estructuras jerárquicas no la tiene exclusivamente el hombre de atrás, es decir, quien dirige o codirige la organización, también la tiene, como resulta obvio, quien puede escoger si ejecuta o no el hecho; por tanto, ambos tienen un dominio del hecho, una injerencia negativa compartida con relación al bien jurídico. Sin embargo, el dominio del hecho no es sólo el manejo causal de una secuencia de hechos, es también la posibilidad de crear e incrementar un riesgo, así el hombre de atrás no tenga contacto en forma directa con dichos cursos causales.

Por tanto, se está en presencia de dos manifestaciones del dominio del hecho: la del hombre de adelante y la del hombre de atrás, donde quien tiene la posibilidad

⁷³ Ibid., p. 165.

de manejar y poner en movimiento el aparato de poder con plena conciencia y casi certeza de que la orden será cumplida, dispone en forma evidente de una mayor posibilidad de lesionar el bien jurídico.

1.3 Elementos de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder

El tema de la imputación de crímenes de los subordinados al dirigente plantea el problema de la aplicación de la autoría, la coautoría o alguna de las formas de participación. Existe un sector importante de la doctrina que considera que tal grupo de casos debe ser tratado de acuerdo con las reglas de la teoría del autor mediato en virtud de aparatos organizados de poder. Tesis que requiere de ciertos requisitos que han sido desarrollados principalmente por la doctrina y la jurisprudencia extranjera.

En efecto, para poder fundamentar el dominio del hombre de atrás estas organizaciones deben tener una estructura jerárquica que garantice: subordinación, fungibilidad (que facilita el cumplimiento de la orden a pesar de la negativa del ejecutor inmediato) y la marginalidad del derecho que facilita el dominio de la voluntad al no existir parámetro normativo que inhiba al autor inmediato. No obstante, este último requisito resulta polémico y muy pocas veces es seguido por la doctrina como se establecerá.

Por su parte, si bien la fungibilidad se tiene como un elemento constitutivo de esta forma de autoría mediata, ha sido objeto de críticas debido a que no en todos los casos es posible comprobar su existencia, como, por ejemplo, cuando se exigen ejecutores especializados. Otros autores la aceptan, pero fundamentan la autoría mediata en la jerarquía y la subordinación, de las cuales se deriva la posibilidad del cumplimiento, sin cuestionamientos, de la orden criminal. Por último, la doctrina ha evidenciado un cuarto elemento referido a la disponibilidad de realización del hecho por parte del ejecutor, tema que había sido en principio rechazado por ROXIN, incorporándolo posteriormente a su teoría.

A continuación se analizará con más detalle cada uno de estos elementos y la crítica de la doctrina, para luego abordar las soluciones alternativas a la autoría mediata, especialmente la coautoría y la inducción.

1.3.1 Poder de mando

Los procesos que se surten dentro de una estructura de poder devienen en automáticos cuando esta tiene una naturaleza jerárquica en la que una orden emitida desde la cúspide es cumplida por los miembros de base sin necesidad de que se dé directamente; para esto es necesario, entonces, la existencia de un poder de mando que se valga de las relaciones de subordinación para imponer su designio dentro de una organización vertical⁷⁴.

La discusión en torno a este requisito ha permitido determinar que según se conciba a la estructura de poder como un sistema de relaciones de arriba hacia abajo o de relaciones horizontales, se podrá hablar de la presencia de autoría mediata o coautoría, respectivamente⁷⁵. La existencia de mandos medios en la organización ha sido interpretada como un obstáculo a la hora de imputar a título de autoría, planteándose en cambio en estos casos, la figura de la coautoría pues se pone en duda el dominio total de quien organiza el plan criminal sin estar en la cúpula del poder. De acuerdo con lo anterior, la importancia de este requisito proviene no sólo de que es uno de los elementos fundantes del dominio por organización sino porque permite señalar las diversas formas de intervención que se presentan en este tipo de criminalidad.

De acuerdo con ROXIN⁷⁶, el miembro de un aparato organizado de poder será autor mediato si puede impartir o transmitir órdenes a los subordinados detentando un poder de mando independiente sin importar el lugar que en la jerarquía de la estructura criminal ocupe. De esta manera se puede observar en este tipo de autoría un complejo sistema de toma de decisiones que por lo general se originan en el vértice de la estructura y que van descendiendo a través de los mandos medios, quienes a su vez serán autores mediatos si tienen empleados supeditados que pueden ser reemplazados en cualquier momento sin que dependa de estos el éxito del plan criminal.

⁷⁴ BOLEA BARDÓN, *Op.cit.*, p. 397.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 393; FARALDO CABANA, *Op.cit.*, p. 158.

⁷⁶ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, *Op.cit.*, p. 276. El mismo, *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*, *Op.cit.*, p. 64.

Dando lugar así a una suerte de autores mediatos en cadena, donde tanto el que se encuentra en lo más alto de la estructura, como el que transmite órdenes, siempre y cuando ostenten poder de mando, tienen dominio de la organización⁷⁷.

No toda forma de intervención en una estructura de poder está llamada a responder a título de autoría, pues aquellas que no tengan la virtualidad de poner en marcha la maquinaria se clasifican dentro de la participación; por ejemplo, como la de aquel que se limita a dar consejo (complicidad) o la de quien estando por fuera de la organización puede generar la decisión de cometer algún delito pero no tiene el dominio del hecho para garantizar que se lleve a cabo (inductor)⁷⁸.

Sin embargo, una cadena de autores mediatos dentro de la jerarquía de poder ha sido objetada por AMBOS⁷⁹. Para este autor, la postura de ROXIN según la cual es posible detentar el mando aun por debajo del vértice del poder, es criticable si se observa detenidamente el caso EICHMANN, quien no pertenecía al centro estratégico del tercer Reich. Este funcionario era el típico mando medio que tenía el encargo de llevar a cabo parte de la política de la “solución final” en contra del pueblo judío en Europa, el cual, al ser un miembro de la jerarquía nazi detentaba cierto poder que dependía de la cúpula del partido. No obstante, al tratar de aplicar al caso particular la teoría de ROXIN, en la que el dominio de la voluntad del hombre de atrás se basa en la fungibilidad del hombre de adelante, no se explica cómo un individuo, que a la vez es imprescindible para la ejecución de dicha tarea, debe ser a la vez fungible, es decir reemplazable y así fundamentar el dominio del hecho de los directores de la organización, lo cual también resulta problemático si se quiere derivar un dominio del hecho de este mando medio que es, como se dijo, fungible así tenga bajo su disposición sujetos dispuestos a obedecer sus órdenes: “su dependencia del vértice de la organización parece hablar en contra de la autoría mediata y a favor de una coautoría fundada en la división funcional del trabajo. Sin tal división del trabajo de ningún modo se hubiera podido realizar la “solución final”⁸⁰.

De acuerdo con lo anterior, para el autor alemán la doctrina aún no ha dilucidado claramente hasta qué punto de la estructura de poder puede predicarse dominio

⁷⁷ ROXIN, *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*, *Op.cit.*, pp. 244-245.

⁷⁸ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, *Op. cit.*, p. 276.

⁷⁹ AMBOS, *Dominio por organización. Estado de la discusión*, *Op.cit.*, p. 17.

⁸⁰ *Ibid.*, pp.31-32.

de la organización⁸¹ y considera que tal dominio no podrá ir más allá de la jerarquía que EICHMANN ostentaba⁸².

Para AMBOS⁸³ si bien es posible el reconocimiento de autoría para quienes están por debajo del vértice del poder y así lo atestigua el proceso contra Adolf EICHMANN, el poder absoluto sólo lo detenta quien desde lo más alto de la jerarquía puede dictar órdenes sin limitación ni “perturbación alguna”; es así que la autoridad por debajo de estos es, de una u otra forma, delegada, pues sólo el poder de mando supremo radicado en la cumbre de la estructura jerárquica puede detener los procesos que se dan una vez emitida una orden criminal, lo que constituye el verdadero dominio de la organización⁸⁴.

El autor alemán sostiene⁸⁵ que en los mandos medios la autoría mediata estaría justificada en virtud del dominio de la organización que detentan en parte de esta, es decir, aquella que está justo a su disposición y que le está subordinada; por el contrario, en relación con la parte de la organización en la que no ostenta mando, la que está justo por encima de su influencia, daría lugar a una coautoría en la que no es indispensable un acuerdo de voluntades específico para cometer crímenes, pues basta con uno genérico con división funcional del trabajo en la que el autor

⁸¹ AMBOS, *La parte general del derecho penal*, *Op.cit.*, p. 229.

⁸² AMBOS, *Dominio del hecho por dominio de la voluntad*, *Op. cit.*, p. 38. En contra de esta postura FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, *Op.cit.*, p. 170, quien sostiene que “siempre será posible bajar todavía más en la escala de mando, siempre y cuando pueda seguir apreciándose que quien da la orden, por muy abajo que se encuentre en la jerarquía de poder, dispone bajo su mando de un número suficiente de eventuales ejecutores fungibles”.

⁸³ AMBOS llama la atención que en la sentencia contra este funcionario nazi el tribunal de distrito señaló que la distancia con relación al hecho lejos de afectar la responsabilidad de los autores de atrás, la incrementaba, es decir “que su falta de proximidad frente al hecho, o la reducción de esta, quedaba compensada con un incremento de dominio por organización”. *Dominio del hecho por dominio de la voluntad*, *Op.cit.*, pp. 35-36. Es lo que se ha denominado la perspectiva *top-down*, que en criterio de AMBOS sirve para corregir la ausencia de control fáctico sobre los acontecimientos con aumento de dominio de aquellos sujetos que están en las posiciones más altas de la estructura. El mismo, *Imputación de crímenes del subordinado al dirigente*, *Op.cit.*, p. 29. El mismo, “Dominio del hecho por organización, La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth KÄSEMANN”, en *Revista Penal*, No. 12, 2003, p. 30. En contra de esta postura, entre otros, FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *Op.cit.*, p.164. HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. “La codelinuencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada”, en *Revista de derecho penal y criminología*, segunda época, No. 17, 2006, p. 74: “Si ello fuera así, sobre todo en aparatos estatales, los miembros ejecutores de la organización confiarían y les motivará actuar en la ‘política’ de Estado, que les amparará, lo que no les desinhibirá de cumplir las órdenes criminales, sino al contrario, les impulsará a cometer el delito”.

⁸⁴ AMBOS, Kai, “Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex presidente peruano Alberto FUJIMORI”, en *La autoría mediata. El caso FUJIMORI*, Lima, Ara editores, 2010, pp. 78-79. El mismo, *La parte general del derecho penal*, *Op.cit.*, p. 232.

⁸⁵ AMBOS, *Op.cit.*, pp. 79-80. El mismo, *La parte general del derecho penal*, *Op.cit.*, p. 232.

de escritorio que no ejecuta el hecho, “planea, prepara y ordena” y el subalterno lo realiza, contando los dos con el dominio del hecho.

La distinción entre autoría mediata vertical y coautoría horizontal, que es conceptualmente cierta, según AMBOS⁸⁶, no es propicia para aquellos casos límite donde entre el autor de más alto nivel y el ejecutor directo existe un mando medio, en cuyos casos la imputación del autor de escritorio, que es a la vez subordinado y jefe, se acopla a la figura del coautor pues no tiene un completo dominio del aparato.

Esta visión restringida de AMBOS que limita el dominio absoluto de la organización a quienes se encuentran en el vértice de la misma ha encontrado opositores. Por ejemplo, FERNÁNDEZ IBÁÑEZ⁸⁷ acepta que puede darse una cadena de dominio escalonado, aunque sostiene que todos aquellos que tienen dominio de la organización en su totalidad o en parte de esta son autores mediatos, por lo que para la autora española detentaban dominio del hecho en la jerarquía nazi, HITLER y EICHAMANN; y en la antigua RDA, hasta el superior jerárquico del guarda del muro. Por su parte FARALDO CABANA⁸⁸, reconoce que el dominio de la organización no puede extenderse de tal manera que se incluyan casos dudosos como el resuelto por el Tribunal Supremo Federal en el cual se reconoció autoría mediata por el delito de privación de la libertad a quien había delatado a un ciudadano de Alemania Oriental por su intento de fuga.

En esta ocasión el tribunal sostuvo que el imputado había utilizado un aparato de poder para la obtención de sus propios intereses. A pesar de esto, la autora no comparte la postura “extremadamente restrictiva” de AMBOS pues la naturaleza vertical de la estructura de poder es más acorde con la figura de la autoría mediata, siempre y cuando se encuentren presentes los demás requisitos del dominio de la organización (fungibilidad y actuación al margen del ordenamiento jurídico), en una línea similar a ROXIN en el sentido de que debe ser considerado autor “mediato quien, en el marco de la organización jerárquica, trasmite la orden delictiva con poder de mando independiente”⁸⁹. AMBOS ha respondido a esta última objeción argumentando que no se soluciona la cuestión de por qué se debe

⁸⁶ AMBOS, *Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex presidente peruano Alberto FUJIMORI*, *Op.cit.*, p. 81.

⁸⁷ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *Op.cit.*, p. 169.

⁸⁸ FARALDO CABANA, *Op.cit.*, p. 204, nota 426.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 205.

considerar como dominio de la organización el simple hecho de transmitir una orden⁹⁰.

La sala de cuestiones preliminares de la Corte Penal Internacional (CPI), en la decisión de orden de arresto contra el extinto presidente de Libia Muammar GADDAFI, su hijo Saif Al Islam GADDAFI y el jefe de la inteligencia militar de ese país, Abdullah AL-SENUSSI, sostuvo respecto a este último que existían motivos razonables para considerarlo autor mediato a pesar de no estar en lo más alto de la estructura de poder del estado libio pero detentando poder de mando suficiente para poner en funcionamiento la organización criminal a él subordinada en los hechos ocurridos en el mes de febrero de 2011, en los que las fuerzas del orden libias asesinaron a un número no determinado de manifestantes y disidentes del régimen, en lo que fue catalogado por la CPI como un crimen de lesa humanidad. Con esto se puede ver cómo la CPI, a pesar de que las diligencias se encuentran en fases preliminares, se ha ido decantando a favor de la tesis de ROXIN, según la cual también pueden ser autores mediatos quienes ocupan posiciones intermedias en la estructura de poder⁹¹.

En resumen, se puede decir entonces que es requisito esencial para la autoría mediata que aquí se trata el poder de mando de quien dicta las órdenes dentro de una estructura criminal jerárquicamente organizada, a pesar de las observaciones que se han consignado con anterioridad, que lejos de poner en duda tal requisito, buscan delimitarlo y precisarlo. Queda por resolverse, sin embargo, el problema de hasta qué punto el poder del hombre de atrás supe el contenido concreto del mandato que debe cumplir el ejecutor; en pocas palabras, debe dilucidarse aún si el poder de mando de quien se encuentra en la cúpula de la organización cubre todos y cada uno de los hechos cometidos por los subordinados o si sólo aquello que está comprendido en la orden. Esto es importante pues permite determinar el alcance de la responsabilidad del hombre de atrás. Sobre este tema se volverá en otro aparte de este trabajo.

1.3.2 Fungibilidad

La fungibilidad está referida a que, con la existencia de una estructura de poder fuertemente jerarquizada, la comisión de hechos punibles no está sometida al azar de la decisión del ejecutor directo pues, aunque este no preste la colaboración en

⁹⁰ AMBOS, *La parte general del derecho penal internacional*, *Op.cit.*, p. 231, nota 413.

⁹¹ OLÁSULO, Héctor, *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*, Bogotá, Dike-Ministerio de Justicia y del derecho-Unión Europea-Instituto Iberoamericano de la Haya, 2011, p. 259.

dicho fin, la maquinaria está dispuesta de tal modo que una falta de este tipo se encuentra inmediatamente suplida, garantizándose así la comisión de la conducta. Debe tenerse presente que el carácter reemplazable de los ejecutores es lo que le otorga a quienes proyectan el plan delictivo desde la máxima posición del aparato de poder la casi completa seguridad de que sus órdenes serán cumplidas⁹².

ROXIN parte de la pregunta de cómo se fundamenta la responsabilidad del sujeto de atrás en los casos en los cuales el ejecutor directo no está limitado por la coacción ni por el error. Para este autor⁹³ es claro que las circunstancias referidas a los asesinatos en masa en los campos de concentración respecto a quienes las planearon y pusieron en marcha corresponden a una forma de autoría mediata por dominio de la voluntad que no se puede encuadrar en los dos ya mencionados: “el factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en tales casos (que se presenta como la tercera forma de autoría mediata, delimitada claramente con respecto al dominio por coacción y por error) reside, pues, en la fungibilidad del ejecutor”.

Para ROXIN⁹⁴ existen tres formas para que un hecho se lleve a cabo a través de otro sin que el que lo dirige tenga que intervenir directamente: en primer lugar, coaccionando al instrumento; en segundo lugar, induciéndolo al error de diversas maneras o aprovechándose de una situación previa de error; y, por último, si el sujeto no está coaccionado o en error, cambiándolo a discreción. Este último “tipo ideal” es el que da lugar a la fungibilidad. De donde se puede colegir que si bien el autor directo tiene pleno dominio de la acción, es un simple “engranaje” de la organización y, por tanto, puede ser sustituido.

FERNÁNDEZ IBÁÑEZ⁹⁵ comparte con ROXIN la idea de que los aparatos organizados de poder poseen una estructura jerarquizada donde se configuran relaciones de “supremacía y subordinación”; sin embargo esta autora se aleja del criterio del tratadista alemán en cuanto a la preeminencia de la fungibilidad dentro de tales

⁹² BOLEA BARDÓN, *Op.cit.*, p. 396.

⁹³ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, *Op.cit.*, p. 272. En un sentido similar MUÑOZ CONDE, “Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?”, en *Revista penal*, No. 9, 2002, p. 65, quien sostiene: “La clave que, en todo caso, sirve a mi juicio, para fundamentar en estos casos la autoría mediata de los que están detrás de los autores inmediatos o ejecutores materiales de los hechos, es la fungibilidad de estos, ya que, en definitiva, se trata de personas carentes de autonomía, que ni siquiera son conocidas personalmente por el que da las órdenes e incluso no tienen una relación directa con ellos”.

⁹⁴ *Ibid.*, pp. 271-273.

⁹⁵ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *Op.cit.*, p. 121.

estructuras. En efecto, FERNÁNDEZ sostiene que la característica en mención sólo se manifiesta cuando se verifican los demás elementos: jerarquía, subordinación y supremacía; pues son estos los que permiten que una decisión se cumpla. Es decir, que la fungibilidad debe existir para que pueda darse autoría mediata, pero aquella debe estar fundamentada en relaciones jerárquico-verticales, quedando excluida en organizaciones meramente familiares u horizontales.

Desde un punto de vista normativo BOLEA BARDÓN⁹⁶ considera que si bien la fungibilidad puede darse en la criminalidad organizada, esta no tiene que ser determinante para fundamentar la autoría mediata, pues lo verdaderamente esencial es que se pueda corroborar un dominio compartido del riesgo entre el hombre de atrás y el ejecutor directo. El requisito de la intercambiabilidad del sujeto de adelante tendrá que ser visto en conjunto con la disposición previa de los posibles autores, lo que le permite concluir que dicha naturaleza reemplazable del autor directo no depende de que su número sea ilimitado⁹⁷ refiriéndose al caso específico de los tiradores del muro de Berlín quienes estaban autorizados para disparar a quien intentara atravesar en forma fraudulenta la frontera; en esta circunstancia es cierto que eran pocos los esbirros encargados de tal misión pero si hubieran faltado o fallado habrían sido reemplazado por otros “dispuestos a cumplir las órdenes dictadas por los superiores jerárquicos”⁹⁸.

En este punto coincide con FARALDO CABANA⁹⁹ quien considera que la aceptación de la fungibilidad no implica dar por sentado el carácter de mero instrumento del hombre de adelante; es más bien un reconocimiento de que la figura central del acontecimiento se traslada del ejecutor directo al autor de atrás, el cual cuenta, no tanto con que el elegido va a cumplir con la orden, sino que en el caso de que este se niegue, va a poder apelar a su facultad de mando para proveer un nuevo ejecutor, sin importar en últimas quien lleve a cabo el hecho¹⁰⁰.

⁹⁶ BOLEA BARDÓN, *Op.cit.*, p. 368.

⁹⁷ STRATENWERTH, Gunther, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, Madrid, Editorial Edersa, 1982, pp. 242-243, quien acepta el carácter fundamentador de la fungibilidad, sostiene: “Lo que de todo modos constituye un claro requisito, es que la organización tenga a su disposición una reserva suficientemente grande de personas de las que pueda servirse; de otra manera, el agente individual no sería reemplazable”.

⁹⁸ BOLEA BARDÓN, *Op.cit.*, p. 396.

⁹⁹ “Pero resulta que no es necesario un número ilimitado de personas para afirmar la fungibilidad de los ejecutores. Basta que el número existente en el momento de dar la orden sea suficiente para posibilitar el reemplazo en caso de negativa a actuar por parte de alguno de los miembros de la organización”. FARALDO CABANA, *Op.cit.*, p. 89.

¹⁰⁰ *Ibid.*, pp. 91-92.

Para AMBOS, sin embargo, el criterio de fungibilidad como fundamento del dominio del hecho del hombre de atrás, no puede tenerse como un requisito eminentemente fáctico o naturalístico, pues si bien la teoría de ROXIN no propugna una intercambiabilidad del ejecutor en concreto ya que está encaminada a una posibilidad abstracta de dirigir al conjunto de los ejecutores, existen casos en los cuales la ausencia de dominio del ejecutor concreto puede generar un fracaso del plan criminal¹⁰¹. Por ejemplo, explica AMBOS¹⁰², en el caso de los disparos del muro de Berlín, la circunstancia de que uno de los soldados hubiera omitido la acción de disparar a quien huyera, habría conducido al fracaso de la política de prohibir por cualquier medio la salida del país, es decir, que la negativa de un guardia de dispararle a un ciudadano que intenta escapar pone en duda la orden dada desde arriba, con lo que se demostraría el problema de tener a la fungibilidad o intercambiabilidad concreta como fundamento del dominio del hombre de atrás. Por esto, para este autor, la teoría del dominio del hecho debe ser “asegurada normativamente”¹⁰³.

De esta manera propone aplicar la teoría de la posición de garante en la relación entre el Estado y el individuo. En efecto, como en los delitos de omisión, el Estado, como “garante de los derechos fundamentales” del ciudadano, tiene el deber “especial de protección y de custodia”; deber que es violentado cuando profiere una orden antijurídica en contra de un ciudadano. El dominio del hecho en estos casos se fundamenta en la posición de dependencia que tiene el individuo frente al Estado al ser este quien tiene la función de velar por el bienestar general. En efecto, al pasar por alto el Estado, este deber principal, al propiciar un acto antijurídico en contra de un ciudadano, se ve afectada no sólo la relación individuo-Estado sino también aquella que existe entre los individuos entre sí, pues el ejecutor directo afecta el ámbito de libertad del otro sujeto.

¹⁰¹ AMBOS, *Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex presidente peruano Alberto FUJIMORI*, Op.cit., p. 84. El mismo, *Dominio por organización. Estado de la discusión*, Op. cit., p. 15.

¹⁰² ROXIN ha respondido a estas críticas diciendo que el hecho de que esto suceda lo único que demuestra es que el dominio de la organización puede fallar pero que en nada afecta en sí a la teoría. Además, explica que aun en los casos clásicos de autoría mediata (por error y por coacción) también es posible que el ejecutor directo falle en la comisión del hecho, lo cual no conlleva a que se niegue ninguno de los dos tipos de autoría. En *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*, Op.cit., pp. 64-65.

¹⁰³ AMBOS, *Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex presidente peruano Alberto FUJIMORI*, Op.cit.,p. 86.

A través de estos dos tipos de relación puede imputarse, según AMBOS¹⁰⁴, el hecho antijurídico en contra de la víctima, a la parte más alta del aparato estatal comprometido.

Sin embargo, reconoce este autor, que esta forma de imputar sirviéndose de la teoría de la posición de garante del Estado frente al individuo, como resulta lógico, no es aplicable a los casos en los que los dirigentes no pertenecen a una organización estatal. En estos casos, considera AMBOS¹⁰⁵, debe recurrirse a una fungibilidad eminentemente fáctica.

Este requisito también ha sido puesto en duda por SCHROEDER¹⁰⁶ para quien la fungibilidad no puede fundamentar el dominio de la organización sino un medio para alcanzarlo. En efecto, debido a la dificultad de los miembros de la organización para integrarse al medio delictivo, la especialización de estos y la dificultad para reemplazarlos, la intercambiabilidad va a depender de que existan personas dispuestas al hecho, que según él, es un criterio más sólido para fundamentar el dominio, es decir, una vez se constate la presencia de individuos previamente inclinados hacia la acción, la fungibilidad dispondrá de estos para el hecho. Sin predisposición no sirve la fungibilidad, aquel es un requisito previo.

Para este autor¹⁰⁷ la intercambiabilidad resulta problemática en los mandos medios de la estructura jerárquica y en el segundo al mando y pone como ejemplo el proceso contra el ex presidente peruano Alberto FUJIMORI quien fue haciéndose al poder del servicio de inteligencia y de la policía a través de personal muy cercano a él, y este personal de confianza no es fácilmente intercambiable.

ROXIN ha salido al paso a las objeciones de SCHROEDER explicando que en las organizaciones criminales existen especialistas indispensables para el éxito del plan criminal, pero no se puede hablar en estos casos de dominio de la organización, pues son eventos diferentes; si una organización criminal contrata especialistas para elaborar unos documentos, expresa ROXIN¹⁰⁸, no se presenta autoría mediata sino una inducción a cometer falsificación, lo que lleva a concluir

¹⁰⁴ Ibid., pp. 85-86. El mismo, *Dominio por organización. Estado de la discusión*, *Op.cit.*, pp. 20-21.

¹⁰⁵ AMBOS, *Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex presidente peruano Alberto FUJIMORI*, *Op.cit.*, p. 87.

¹⁰⁶ SCHROEDER, Friedrich-Christian. "Disposición al hecho versus fungibilidad", en *La autoría mediata. El caso FUJIMORI*, Lima, Ara editores, 2010, p. 118.

¹⁰⁷ Ibid., p. 122.

¹⁰⁸ ROXIN, *Dominio de la organización y resolución al hecho*, *Op.cit.*, p. 526.

que no todos los delitos cometidos en una estructura organizada se pueden enmarcar en la autoría mediata.

Por su parte HERZBERG¹⁰⁹, quien en un principio aceptaba la tesis de la autoría mediata explicándola en el injusto de organización, se ha apartado de la teoría de ROXIN y objeta que la fungibilidad de los receptores de la orden pueda generar la seguridad del resultado, pues los ejecutores pueden fallar, arrepentirse o dejarse sobornar¹¹⁰, por tanto la pretendida confianza en la obtención del resultado criminal que pregona ROXIN no es aceptable. HERZBERG¹¹¹, recurriendo al caso específico de los campos de concentración nazis, sostiene que las denominadas “ruedecillas en el engranaje del aparato de poder” no son tales, pues en todos los casos, aquellos que estaban encargados de llevar a los prisioneros judíos a los campos de exterminio podrían, por ejemplo, dejarlos escapar; de igual manera, tampoco se puede comprobar que quienes cumplieron con las órdenes de asesinato lo hubieran hecho siguiendo una predisposición o inclinación a cometer crímenes, con lo cual queda claro que no se puede aseverar que la estructura criminal asegure siempre el “resultado de muerte querido”.

ROXIN¹¹² ha respondido estas críticas diciendo que en el dominio de la organización también pueden presentarse fisuras las cuales van a resultar triviales comparadas con la posibilidad de fracaso que se presenta cuando el instrumento actúa coaccionado o en error. HERZBERG¹¹³ sostiene que la respuesta no es satisfactoria pues en los casos a que se refiere ROXIN, el instrumento no es responsable mientras que en el caso particular del exterminio judío los responsables directos tenían la libertad de decidir si cometían o no el hecho.

En conclusión, se puede decir que ROXIN¹¹⁴ ha flexibilizado este criterio hasta el punto de aceptar que la autoría mediata en aparatos organizados de poder no se debe fundamentar exclusivamente en este criterio y recomienda complementarlo con la elevada disponibilidad al hecho del ejecutor, tema que se tratará a continuación.

¹⁰⁹ FARALDO CABANA, *Op.cit.*, pp. 106-108.

¹¹⁰ HERZBERG, Rolf, “La sentencia-FUJIMORI: sobre la intervención del superior en los crímenes de su aparato de poder”, en *La autoría mediata. El caso FUJIMORI*, Lima, Ara editores, 2010, p. 133.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 137.

¹¹² ROXIN, *El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata*, *Op.cit.*, p. 246. El mismo, *Dominio de la organización y resolución al hecho*, *Op.cit.*, p. 527.

¹¹³ HERZBERG, *Op.cit.*, p. 133.

¹¹⁴ ROXIN, *El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata*, *Op.cit.*, p. 246. Del mismo, *Dominio de la organización y resolución al hecho*, *Op.cit.*, p. 527.

1.3.3 La considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor

A pesar de que la tesis del dominio de la organización fue elaborada partiendo de los requisitos antes mencionados (incluyendo la desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder), ROXIN ha considerado en tiempos recientes el criterio referido a la elevada disposición del ejecutor hacia el hecho. Este criterio fue desarrollado por SCHROEDER en su tesis doctoral de 1965 “El autor detrás del autor”, en la que explica que para la solución de un caso¹¹⁵ lo determinante no es la provocación del error sino el “aprovechamiento de la firme y dispuesta decisión al hecho” del ejecutor. Si bien el autor sigue la pauta de ROXIN al reconocer la naturaleza automática del acontecimiento, no sustenta el dominio del hecho en la fungibilidad sino en la disposición al hecho del actor que existe con independencia de la influencia del autor mediato¹¹⁶.

Esta fórmula que fue rechazada en un principio por ROXIN¹¹⁷, ha sido incorporada a su doctrina de los aparatos organizados de poder, no sin antes objetarla. En su comentario a la sentencia del Tribunal Supremo alemán en el caso de los disparos mortales del muro, la que, entre otras cosas, acoge junto con la fungibilidad la tesis de SCHROEDER, aquel autor considera que la disposición al hecho no puede fundamentar el dominio porque, a pesar de que el ejecutor no esté de acuerdo y eluda la orden, el hombre de atrás tiene la certeza de que esta se cumplirá, pues el aparato reemplazará al renuente, además así esté completamente dispuesto, sigue teniendo la libertad de abstenerse a última hora, con lo cual detentará de forma exclusiva el dominio del hecho¹¹⁸, configurando a lo sumo inducción.

ROXIN¹¹⁹, a pesar de las objeciones planteadas ha aceptado que dicho requisito puede admitirse sólo si se tienen en cuenta los demás elementos del dominio de la organización (poder de mando, fungibilidad y desvinculación de ordenamiento

¹¹⁵ El caso es como sigue “A se entera que B prepara un atentado contra C, y envía a su enemigo D al lugar donde el atentado tendría lugar; en donde B, a causa de un error *in persona*, lo mata de un tiro”. SCHROEDER, *Op.cit.*, p. 117.

¹¹⁶ ROTSCH, Thomas, “De EICHMANN hasta FUJIMORI. Sobre la recepción del dominio de la organización después de la Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Perú”, en *La autoría mediata. El caso FUJIMORI*, Lima, Ara editores, 2010, p. 36.

¹¹⁷ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, *Op.cit.*, p. 655. Igual postura sostiene ROXIN en *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*, *Op.cit.*, p. 62, e incluye: “Cuando un delincuente profesional se presta a cometer determinado delito a cambio del pago de dinero, está incondicionalmente dispuesto para el caso del pago. Pese a ello, el que acepta la oferta es únicamente inductor, y con razón: pues sólo el que se ofrece tiene en sus manos la realización del hecho”.

¹¹⁸ ROXIN, *El dominio del hecho como forma independiente de autoría mediata*, *Op.cit.*, p. 247.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 247.

jurídico), e incluso ha reconocido que la disponibilidad del ejecutor “condicionada por la organización” aunada a la intercambiabilidad de los ejecutores son los elementos que permiten a los hombres de atrás contar con que sus órdenes serán cumplidas¹²⁰.

En un reciente trabajo ROXIN¹²¹ ha sostenido que la disposición al hecho del ejecutor no se equipara con los demás elementos del dominio de la organización sino que se deriva de estos. En una organización jerárquica el sujeto tendrá la “tendencia de adaptación” y el poder de mando de los jefes determina de cierta manera la conducta del ejecutor, quien seguirá las reglas de la organización criminal para poder continuar en la misma; en igual sentido, la desvinculación del derecho de la estructura aumentará la inclinación a cometer el hecho “en la creencia que no rendirá cuentas con la justicia” y por último, con relación a la fungibilidad, sostiene ROXIN¹²² que el sujeto será proclive al hecho al ser consciente de que en caso de negarse cualquier persona podrá realizarlo.

A esta teoría se le ha objetado el carácter incondicional de la disposición del hombre de adelante, por considerar que es muy poco probable que se dé en la práctica¹²³; además, se ha criticado la difusa línea divisoria que se tiende entre autoría mediata e inducción con la aplicación de este criterio, pues en esta última existe también una evidente disposición hacia el hecho¹²⁴. El propio ROXIN¹²⁵ había sostenido, antes de aceptar este criterio en su teoría, que la forma

¹²⁰ ROXIN, *Dominio de la organización y resolución al hecho*, *Op.cit.*, p. 531. En una postura similar BOLEA BARDÓN, *Op.cit.*, p. 395, quien sostiene que “La disposición incondicional al hecho de los ejecutores materiales es una de las razones que permite a los superiores jerárquicos contar con el efectivo cumplimiento de las órdenes”.

¹²¹ Con esto se quiere decir que la pertenencia a una organización criminal fuertemente jerarquizada implica no sólo la aceptación de que en cualquier momento se deberá optar por la comisión de hechos punibles sino una manifiesta inclinación hacia estos, debido al acondicionamiento que tal vínculo proporciona por circunstancias como: “el excesivo celo en el servicio, sea por el deseo de hacer carrera, por la necesidad de destacar, por ceguera ideológica o también debido a impulsos sádicos o cualquier otro de carácter criminal, a los cuales el miembro de tal organización crea que puede ceder sin ser castigado”, ROXIN, *Dominio de la Organización y resolución al hecho*, *Op.cit.*, p. 531.

¹²² ROXIN, Claus, *Apuntes sobre la sentencia FUJIMORI de la Corte Suprema del Perú*, *Op.cit.*, pp. 100-101.

¹²³ Entre otros, FARALDO CABANA, *Op.cit.*, pp. 78, 176-177; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *Op.cit.*, p. 211; AMBOS, *Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, *Op.cit.*, p. 22, este autor sostiene que salvo algunos casos de omnímodo *facturus*, no se dan ejecutores “incondicionalmente dispuestos”; HERZBERG, *La sentencia FUJIMORI: sobre la intervención del superior en los crímenes de su aparato de poder*, *Op.cit.*, p. 138; quien expresa que entre los trabajadores de los campos de concentración se encontraban muchos que no estaban incondicionalmente dispuestos a cumplir las órdenes.

¹²⁴ Entre otros, FARALDO CABANA, *Op.cit.*, p. 77; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *Op.cit.*, pp. 212, 236.

¹²⁵ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, *Op.cit.*, p. 655.

característica del estar dispuesto es el “ofrecerse” y que tal cosa no podía tenerse como autoría mediata sino como inducción.

Por último, se ha sostenido que la teoría tiene escasa utilidad pues en una estructura de poder no es indispensable la disposición al hecho pues ante cualquier evidencia de desobediencia o renuencia de los ejecutores respecto de las órdenes de los superiores serán remplazados¹²⁶, es decir, que en la práctica resulta más determinante el carácter intercambiable de los ejecutores directos que la misma disposición de estos a cometer crímenes.

1.3.4 La desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder

Según el planteamiento original de ROXIN¹²⁷, la estructura de poder tiene que estar separada completamente del ordenamiento jurídico ya que para que se pueda fundamentar el dominio del hombre de atrás es necesario que las órdenes antijurídicas por él proferidas tengan mayor valía que aquellas contenidas en el ordenamiento jurídico, por tanto, al no estar al margen de la institucionalidad, la orden no genera dominio porque por encima de ella se encuentran las leyes con rango superior que excluyen el cumplimiento de tales órdenes contrarias a derecho.

Si la orden proviene de una autoridad legítima no se encuentran los requisitos de la autoría mediada referidos al dominio de la organización, como el poder de mando y la posibilidad de la intercambiabilidad del ejecutor y, en cambio, se presentará inducción pues el ejecutor tendrá que ser persuadido en cada ocasión para la comisión del hecho. ROXIN expone al respecto:

Una instrucción antijurídica no puede poner aquí la organización en movimiento; si es obedecida, no se trata de una acción de la maquinaria de poder, sino de una “iniciativa particular” llevada a cabo eludiendo su modo de funcionar, cuya característica entonces suele ser también la ocultación cuidadosa con respecto a los demás titulares de competencias de la organización. Así pues, en tales casos no se actúa *con* el aparato, sino

¹²⁶ FARALDO CABANA, *Op.cit.*, p. 77.

¹²⁷ Una postura similar sigue BOLEA BARDÓN, *Op.cit.*, p. 370, quien sostiene que: “La admisión de la autoría de los hombres de atrás queda condicionada a que las órdenes sean dictadas en el marco de una organización que opere al margen del ordenamiento jurídico de un Estado de derecho (ya se trate de criminalidad organizada o de aparatos de poder estatales). Y ello, porque sólo en el marco de este tipo de organizaciones tienen los mandos dirigentes suficientes razones objetivas para contar con el cumplimiento de órdenes de carácter delictivo”.

contra él, quedando excluidos de entrada del ámbito del posible dominio de la organización¹²⁸.

El autor alemán¹²⁹ ejemplifica lo anterior con el caso de los tiradores del muro, al señalar que de haber estado prohibida la acción de disparar contra los ciudadanos que intentaban abandonar la República Democrática Alemana, el hecho de que uno de los guardias fronterizos disparara bajo las órdenes de un superior sería un acto individual no enmarcable dentro del dominio de la organización y resuelto según las normas de la autoría y de la inducción. Además el centinela podía haberse negado al hecho invocando el derecho interno que prohíbe dichos comportamientos.

De acuerdo con lo anterior, el dominio de la organización podrá predicarse en dos casos específicos. El primero se presenta cuando la comisión de delitos es llevada a cabo por aquellos que detentan el poder sirviéndose de las organizaciones subordinadas; es el caso del régimen nazi (Adolf EICHMANN). El segundo caso es el referido al “Estado dentro del Estado” donde la estructura rígida que permite la intercambiabilidad del ejecutor tiene la finalidad de actuar en contra del ordenamiento jurídico. Corresponden a esta clasificación los “movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas de criminales y grupos semejantes” dedicados a delitos como “atentados políticos, asesinatos..., delitos patrimoniales, extorsiones, etcétera”¹³⁰.

En estos dos eventos la nota común es que los ejecutores no actúan de manera independiente sino como agentes de la cúpula de la organización que no está supeditada a la voluntad del individuo el cual no puede oponerse a la realización del hecho planeado por aquella, que se cumple a pesar de la renuencia o desobediencia del ejecutor directo en virtud de su propia fungibilidad; por esto, en pequeñas agrupaciones delincuenciales que se organizan para cometer delitos no se puede decir que haya aparato de poder como tal, pues se sustentan en relaciones individuales donde la posibilidad de intercambio del ejecutor es casi nula¹³¹.

¹²⁸ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, *Op.cit.*, p. 277.

¹²⁹ ROXIN, *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*, *Op.cit.*, p. 245.

¹³⁰ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, *Op.cit.*, p. 278.

¹³¹ *Ibid.*, p. 278.

Se ha querido ver¹³² en la postura de ROXIN en relación con los valores universalmente aceptados como forma de derivar autoría mediata de los dirigentes de Estados totalitarios, una clara referencia a RADBRUCH quien en un famoso artículo de 1946¹³³ había sostenido que el positivismo no estaba en condiciones de otorgar, por su propia fuerza, validez a la ley, pues la seguridad jurídica no es el único valor que debe perseguir el derecho¹³⁴. En efecto, también deben ser sus fines la conveniencia (del pueblo) y la justicia, y ante un posible enfrentamiento entre seguridad jurídica y justicia debe ceder esta última, salvo que “la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable, que deba considerarse “como derecho falso” y ceder el paso a la justicia”¹³⁵. Sin embargo, esta defensa del recurso al derecho supralegal para imputar dominio de la organización ha sido criticada por AMBOS, quien repara que no es fácil determinar en algunos casos cual es el valor universal que pueda sustentar la autoría mediata del hombre de atrás. Además, este autor considera “superfluo” el criterio de la desvinculación al derecho para fundamentar dicho tipo de autoría¹³⁶.

Para AMBOS¹³⁷, la escasa importancia del presente requisito se puede comprobar al analizarse las dos formas de aparato de poder de origen estatal que existen. En el primero de ellos cohabitan dos ordenamientos jurídicos: uno que tiene un cauce normal y contiene normas punitivas ordinarias, y otro de naturaleza “pervertida” que corresponde al fundamento jurídico del aparato de poder que de manera clandestina adelanta acciones criminales en contra de la sociedad; el autor señala que son ejemplos de estos tipos de aparatos de poder las dictaduras de los años setenta en Argentina y Chile.

¹³² FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *Op.cit.*, p. 183; AMBOS, *Dominio del hecho por dominio de la voluntad*, *Op. cit.*, p. 55.

¹³³ RADBRUCH, Gustavo, “Arbitrariedad legal y derecho supra legal”, en *Relativismo y derecho*, Bogotá, Temis, 1992. El mismo, *Introducción a la filosofía del derecho*, Bogotá, FDE, 1997, pp. 178-180.

¹³⁴ RADBRUCH, *Arbitrariedad legal y derecho supra legal*, *Op.cit.*, p. 34.

¹³⁵ RADBRUCH, *Arbitrariedad legal y derecho supra legal*, *Op.cit.*, p. 35.

¹³⁶ AMBOS, *Dominio por organización. Estado de la discusión*, *Op.cit.*, p.34.

¹³⁷ AMBOS utiliza un fragmento de la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones argentina en el caso de los antiguos comandantes de las juntas militares de ese país para ejemplificar esta dualidad de sistemas normativos: “...mientras este sistema se ponía en práctica, la sociedad seguía sometida al orden jurídico, la Constitución (con las limitaciones propias de un régimen de facto) estaba en vigor, al igual que el Código Penal. La policía detenía a los delincuentes y los jueces dictaban sentencias. Este sistema normativo se excluía con el aplicado para combatir la guerrilla, pues uno suponía la negación del otro. La increíble subsistencia paralela de ambos durante un prolongado periodo, sólo fue posible merced a la presencia de los procesados en la cumbre del poder”. Sentencia de la Cámara, citada por AMBOS, en *El dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, *Op. cit.*, p. 39.

Por otro lado, se encuentran aquellos casos donde el Estado de por sí tiene una naturaleza criminal donde las órdenes criminales se encuentran positivizadas y en la que no se puede aseverar que esté desvinculado del derecho, pues tal estructura es el derecho mismo; es el caso de la antigua República Democrática Alemana donde el ejercicio de la represión estaba completamente legalizado por lo que no se podía decir que estuviera al margen del derecho, por lo menos del derecho positivo interno del Estado.

Esta imposibilidad de señalar que el aparato de poder se encuentra al margen del derecho, incluso, según AMBOS, facilita el dominio del hecho del hombre de atrás, pues el ejecutor no tiene una norma de derecho que sirva de guía para inhibir su comportamiento ilegal pues no existe un sistema de normas paralelo, sólo uno que tiene naturaleza criminal, es decir, al no existir un dique normativo de contención donde la arbitrariedad se ha hecho norma, el hombre de atrás puede doblegar al autor directo que no tiene patrón de conducta que lo determine: “Puesto que el ordenamiento jurídico “vivido” y el fin “injusto” del Estado son una misma cosa; existe una *estructura de instrucción y de mando vertical que no se ve perturbada por dudas jurídicas*”¹³⁸.

Según el autor¹³⁹, quien quiera ver algún tipo de desvinculación en este último caso, tendrá que referirse a normas de carácter supra legal y derecho natural según el planteamiento de RADBRUCH, sin embargo tal desvinculación es demasiado abstracta como para poder fundamentar dominio de organización.

Por tanto, para AMBOS¹⁴⁰ existen dos formas de desvinculación del derecho. La primera se da cuando la organización se aparta del derecho escrito y se presenta en la mayoría de las formas de aparatos organizados de poder. Por otro lado están aquellas estructuras estatales en las que el derecho escrito sólo puede ser catalogado como injusto recurriendo a normas de derecho supra positivo. En la primera forma, el proceder ilegal anula la función de “barrera normativa” por la que los individuos se guían, pero que puede ser determinada al ser un patrón objetivo. En la segunda, el contenido de estas reglas no pueden ser apreciadas por quien comete el hecho. Según lo anterior, si bien se puede prescindir de este elemento, debe tenerse en cuenta que sólo el derecho legislado puede determinar de una manera inequívoca cuales son las normas a seguir, por lo que es posible que una

¹³⁸ AMBOS, *El dominio del hecho por dominio de voluntad*, *Op.cit.*, p. 55. Cursivas del autor.

¹³⁹ *Ibid.*, p.56.

¹⁴⁰ AMBOS, *Dominio por organización. Estado de la discusión*, *Op.cit.*, p.44.

desvinculación a dicho ordenamiento pueda fundamentar un dominio por organización.

Concluye este autor¹⁴¹ que al no poder establecerse una desvinculación del derecho en el caso de organizaciones donde el Estado es per se criminal, la idea de ROXIN de encontrar en este criterio la fundamentación de la autoría en el ámbito de las estructuras jerárquicas queda sin peso (en el caso específico de los disparos mortales del muro de la antigua República Democrática Alemana), pudiéndose, en cambio, sostenerse para los casos donde se dan estructuras normativas paralelas en las que existe un régimen normativo que brinda una pauta de comportamiento.

A diferencia de AMBOS, FARALDO CABANA¹⁴² acepta la tesis de RADBRUCH como forma de sustentar la marginalidad del derecho de aquellas estructuras organizadas de poder estatales que son per se criminales. En efecto, según la autora, al aplicar la fórmula de RADBRUCH se tiene un fundamento para considerar al Estado totalitario como desvinculado del derecho entendido este como ordenamiento jurídico “supra positivo, supra legal o natural”; sin embargo, advierte la autora española, que con este recurso no se estaría elaborando un nuevo derecho “ideal o utópico”, sino negándole eficacia jurídica a la normatividad cuya característica esencial es la “extrema injusticia”, por esta razón, quienes dirigen Estados injustos –entre los que incluye, la Alemania de HITLER, la Camboya de POL POT y la Rusia estalinista– violan tales valores supremos, lo que los pone por fuera de dicho derecho, presentándose así la marginalidad como uno de los requisitos del dominio de la organización¹⁴³.

En virtud de las críticas, ROXIN¹⁴⁴ ha ido matizando esta postura y en recientes planteamientos de su teoría se puede ver que, aunque lo sigue considerando un requisito para la existencia de autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, aclara que no es que la estructura criminal se encuentre completamente apartada del derecho “sino solamente en el marco de los tipos penales que él realiza”. Se refiere en este sentido a la circunstancia de que tanto en la Alemania

¹⁴¹ AMBOS, *La parte general del derecho penal internacional*, *Op.cit.*, p. 238.

¹⁴² FARALDO CABANA, *Op.cit.*, p. 219.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 209, la misma, “La fórmula de Radbruch y la construcción de la autoría mediata con aparatos organizados de poder”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, ISSN 1138-039X, No. 13, 2009, pp. 161-162. Sin embargo, la autora llega a la conclusión de que la RDA si bien no era un Estado de derecho no puede catalogarse como un Estado injusto y que por tanto no le es aplicable la fórmula de RADBRUCH.

¹⁴⁴ ROXIN, *Dominio de la organización y resolución al hecho*, *Op.cit.*, p. 528.

nazi como en el régimen posterior de la RDA, existían aspectos que se regían dentro del cauce del derecho. Asimismo, el autor considera que en la desvinculación al derecho no debe tenerse en cuenta la valoración que los detentadores de poder o los ejecutores hacían de los hechos cometidos, sino que dicho criterio depende de la apreciación jurídica que se tenga en el presente. De esta forma, estarán desvinculados del derecho los disparos del muro, así la dirigencia alemana considerara que se trataba de órdenes y acciones legítimas.

A partir de esta relativización de la tesis de ROXIN, MUÑOZ CONDE¹⁴⁵ plantea el interrogante de la aplicación del dominio de la organización a estructuras que no están al margen del derecho, como las empresas; aunque considera que en este tipo de criminalidad la fungibilidad del ejecutor no es algo característico, ya que quien realiza el hecho no es “intercambiable arbitrariamente”¹⁴⁶. Ante este diagnóstico del funcionamiento de la empresa, este autor recomienda aplicar autoría mediata normal si el dominio de la voluntad se fundamenta en un error del ejecutor y coautoría cuando el ejecutor es responsable.

Concluye MUÑOZ CONDE¹⁴⁷ que no procede la aplicación del dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder al ámbito empresarial, pero no en razón de la ausencia de desvinculación de la institución, sino porque no concurren los otros dos requisitos fundamentales: la fungibilidad y el dominio de la organización.

Para el autor español¹⁴⁸, la tesis de la autoría mediata es aplicable a los casos donde el aparato de poder es de origen estatal pero de difícil aplicación cuando se trata de organizaciones criminales en las cuales no se dan las mismas características de los regímenes totalitarios, como lo son la estricta jerarquía y la obediencia ciega, sino unas relaciones estrechas en las que no todos los miembros están en capacidad de llevar a cabo el hecho punible, recomendando por tanto una diferente forma de imputación, como la coautoría.

¹⁴⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, “¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones ‘no desvinculadas al derecho’?”, en *Revista penal*, No. 6, 2000, p. 111.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 112. En igual sentido, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general, Op. cit.*, p. 457.

¹⁴⁷ MUÑOZ CONDE, *¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones “no desvinculadas al derecho”?*, *Op.cit.*, p. 113.

¹⁴⁸ MUÑOZ CONDE, *Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿Cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?*, *Op.cit.*, pp. 65-66.

También se ha manifestado en contra de este criterio FERNÁNDEZ IBÁÑEZ¹⁴⁹ quien explica que la pertenencia o no del aparato al orden jurídico no interfiere en nada en el cumplimiento de la orden, pues tal circunstancia en ningún momento desvirtúa el dominio del hecho del autor mediato que se sostiene por la naturaleza jerárquico-vertical del órgano de poder: “Que el aparato se encuentre o no desvinculado del derecho o que el punto de partida de esta desvinculación sea sólo positivo o supra positivo, no contribuirá a que el hombre de atrás domine finalmente el suceso”. Por tanto, esta postura doctrinal permite que pueda aplicarse la teoría de los aparatos organizados de poder a estructuras desvinculadas como vinculadas donde podrían incluirse las empresas¹⁵⁰.

1.4 Soluciones alternativas al dominio de la organización

La solución de la autoría mediata para los casos en los que dirigentes de estructuras de poder cometen crímenes por medio de ejecutores intercambiables ha generado, como hasta ahora se ha visto, críticas que obligan a explorar otros recursos. La doctrina ha establecido que no concurren los requisitos de la autoría mediata pero sí los de la coautoría que tiene una misma pena. Otros autores sostienen que dichos casos encuentran una mejor explicación en las figuras de la participación: como la inducción (con la misma pena del autor en España y en Colombia), la cooperación necesaria y la complicidad; aunque estas dos últimas no tienen una acogida importante. A continuación se analizará, a grandes rasgos, cómo ha sido el desarrollo de estas posturas.

1.4.1 Coautoría

La figura de la coautoría se ha planteado como alternativa a la autoría mediata, pues la vigencia del principio de responsabilidad¹⁵¹ obliga a abandonar la tesis del autor detrás del autor, la cual ha fundamentado el dominio por organización en el que tanto el autor de escritorio como el ejecutor directo son plenamente responsables. Esto puede confirmarse, como se observará a continuación, en las

¹⁴⁹ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *Op.cit.*, p. 202. En un sentido similar ZUGALDÍA ESPINAR, José M., *Derecho Penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p, 783, para quien lo determinante no es que se encuentre al margen del derecho sino el funcionamiento automático de la estructura de poder.

¹⁵⁰ En contra de aplicar el dominio de la organización en la delincuencia empresarial se expresa PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación”, en *Revista Penal*, No. 9, 2002, p.119. “Además, mientras no exista una previsión legal que autorice expresamente esa ampliación de las categorías dogmáticas de autor, debe reservarse aquellos supuestos más graves, por tanto debe limitarse la teoría del dominio de la organización como fundamento de la autoría mediata a la delincuencia organizada al margen del derecho”.

¹⁵¹ FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, *Op. cit.*, p. 128.

posturas de JAKOBS y de JESCHECK quienes rechazan la teoría de ROXIN en este punto concreto.

La tesis de la coautoría en los casos de estructuras jerárquicas se formula a partir de nuevas lecturas de los elementos de la figura desarrollados en el seno de la teoría del dominio del hecho. De esta manera se puede corroborar cómo el acuerdo previo deja de ser necesario siendo reemplazado por la pertenencia a la organización o por un acuerdo tácito. Asimismo, el elemento objetivo de la coautoría, la intervención en la etapa de la ejecución, se ha relativizado de tal manera que se argumenta que para imputar coautoría basta una intervención determinante aun en la etapa previa. A continuación se estudiará cómo se ha ocupado de este tema un sector representativo de la doctrina.

Para ROXIN¹⁵² la solución de la coautoría no debe aceptarse ya que esta figura tiene unos requisitos que no son cumplidos en los aparatos organizados de poder. En primer lugar, la resolución común al hecho no se presenta en las estructuras jerárquicas, pues quien está al mando y el ejecutor no se conocen, por lo que difícilmente se puede hablar de acuerdo en común; más bien, según las características de estas organizaciones de poder, lo que se evidencia es un cumplimiento de órdenes por parte de los subordinados. Igualmente, no corresponde a la coautoría el hecho de que en los aparatos organizados de poder las relaciones entre los miembros de la cúpula y los ejecutores se den verticalmente y no de forma horizontal como lo exige la coautoría en la que, por lo general, quienes participan en la organización y ejecución del hecho punible poseen un nivel semejante¹⁵³. Por último, el requisito de la ejecución conjunta necesario para la existencia de la coautoría no es verificable en los aparatos de poder, pues quien se encuentra en el vértice de la organización criminal jamás ejecuta el hecho porque para ello cuenta con los miembros de base de la estructura¹⁵⁴.

El primer requisito de la coautoría (elemento subjetivo) referido al acuerdo previo entre los intervinientes, como se dijo, ha sido relativizado. El funcionalismo reniega de este como elemento fundante de la coautoría por ser de naturaleza psíquica¹⁵⁵.

¹⁵² ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, *Op.cit.*, p. 726; el mismo, *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*, *Op.cit.*, p. 63.

¹⁵³ En un sentido similar FARALDO CABANA, Patricia, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, *Op.cit.*, p. 131; BOLEA BARDÓN, *Op.cit.*, pp. 288-289.

¹⁵⁴ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, *Op.cit.*, pp. 726-727.

¹⁵⁵ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *Op.cit.*, p. 255

Por ejemplo, para LECH¹⁵⁶ la esencia de la coautoría es “no la existencia de un acuerdo común, sino la persecución de un objetivo común supra individual (no necesariamente fundado en reciprocidad), que consiste en la producción común y en trabajo dividido de un determinado delito”.

Pero es JAKOBS quien desde el normativismo ha planteado cuestionamientos serios no sólo a la figura de la coautoría como intervención en la etapa ejecutiva sino también a la teoría del dominio del hecho. Este autor ha desarrollado su doctrina de la intervención delictiva cada vez más al margen de la teoría de ROXIN por considerar que hace demasiadas concesiones a las circunstancias fácticas del hecho punible.

Para JAKOBS¹⁵⁷ la responsabilidad penal depende de la transgresión de un rol. Los roles son aquellas asignaciones de significado que recaen en una determinada función o posición que la persona detenta en el sistema social. Estos roles a su vez devienen de dos instituciones fundamentales de la sociedad. Por un lado está aquella que se deriva de la máxima “libertad de actuación y responsabilidad por los resultados”, en la que todos los miembros de la sociedad tienen el deber de organizar su propia esfera vital de tal modo que no interfiera en forma negativa en la esfera de los otros. De esta institución surgen entonces los deberes negativos y su desacato conlleva a los conocidos delitos de organización. Por otro lado, se encuentran aquellos roles que se originan por la pertenencia a las instituciones básicas de la sociedad: padre de familia, juez o funcionario. No se exige ya el deber de no inmiscuirse en la esfera ajena sino en la correcta configuración de las relaciones en dichos ámbitos. Se originan así los deberes positivos. La vulneración de esos mandatos se conoce como delitos de infracción de deber¹⁵⁸.

Es de estas dos instituciones básicas, según JAKOBS¹⁵⁹, de donde surgen los roles que son a su vez los que van a dotar de contenido o significado comunicativo a cada comportamiento.

¹⁵⁶ Citado por FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, en *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, *Op.cit.*, p. 257.

¹⁵⁷ JAKOBS, Ghunther, *La imputación objetiva en derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 73. El mismo, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 718, nota de pie 1.

¹⁵⁸ JAKOBS, Gunther, *Acción y omisión enderecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 10-13.

¹⁵⁹ Se ha querido ver en esta división de los roles expuesta por JAKOBS un paralelo con la diferencia que hace ROXIN de los delitos de dominio y delitos de infracción de deber. Así, las competencias en virtud de la organización se asemejarían a los delitos de dominio y las competencias institucionales serían

De acuerdo con lo anterior, ante el contenido naturalístico de la teoría del dominio del hecho que diferencia al autor y al partícipe en virtud de que este último no concreta la ejecución del hecho punible, JAKOBS propone su concepto normativo de autor que depende no de la posibilidad de dominio sino del quebrantamiento del rol, en la creación del riesgo¹⁶⁰. Para determinar si es posible imputar responsabilidad a una persona no se debe comprobar si de propia mano llevó a cabo el hecho; si lo hizo directamente; si era el señor del suceso; por el contrario, se debe definir si desde el punto de vista de la significación social invadió la órbita ajena. En este sentido, no sólo es autor quien de forma inmediata y material ejecuta el hecho sino también aquel de quien se puede decir que el hecho es obra suya¹⁶¹.

El concepto de autor en la teoría de JAKOBS es relativo porque su determinación no está condicionada por su posición privilegiada con relación con el hecho material, sino por su “competencia” o rol determinado dentro de los dos tipos de institución ya referidas¹⁶². Y aunque para responder la pregunta de a quién o a quiénes ha de imputarse el injusto, primero debe determinarse quién ha ejecutado el hecho, pues no pueden obviarse las circunstancias fácticas del delito, lo cual es apenas un primer paso, pues inmediatamente se ha de poder establecer que quien comete el hecho no es el “ser humano de carne y hueso” sino la “persona competente” sobre quien recae la imputación. Este receptor de la imputación puede ser una persona o un colectivo de personas¹⁶³.

Siguiendo estos razonamientos, la distinción clásica entre autores y partícipes fundamentada en la teoría del dominio del hecho no puede sostenerse más pues unos y otros configuran su actuación de tal modo que se tienen como creadores de un mismo hecho, el injusto es de todos, pues cada uno dotó de contenido delictivo su proceder con miras a un mismo fin. Por eso la circunstancia eventual de que uno de ellos haya tenido que ejecutar materialmente la infracción no aporta nada a una distinción, pues es posible que sea este el aporte final pero no el decisivo:

asimiladas a los delitos de infracción de deber. FERRÉ OLIVÉ; NÚÑEZ PAZ y RAMÍREZ BARBOSA, *Op.cit.*, p. 507.

¹⁶⁰ JAKOBS, Gunther, *Injerencia y dominio del hecho, dos estudios sobre la parte general del derecho penal*, *Op.cit.*, p. 68.

¹⁶¹ JAKOBS, *La imputación objetiva en derecho penal*, *Op.cit.*, p. 80.

¹⁶² JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho*, *Op.cit.*, p. 67.

¹⁶³ JAKOBS, *La imputación objetiva en derecho penal*, *Op.cit.*, p. 80

En la práctica, y esto probablemente haya contribuido a oscurecer la cuestión, las ejecuciones de mínima relevancia son escasas. ¿A quién se le pide, a pesar de no haber aportado nada hasta el momento, que ejecute el último movimiento? (...) Pero que estas ejecuciones de relevancia mínima sean escasas no cambia en nada la cuestión decisiva, y ésta es la siguiente: ¿a quién incumbe la configuración de la ejecución en el marco que existe?, y la respuesta es que a todos los intervinientes si es que han intervenido, es decir, si han prestado una contribución que los incluye en el colectivo, uniendo de este modo con las prestaciones de los demás¹⁶⁴.

Lo anterior conlleva a afirmar, siguiendo a JAKOBS¹⁶⁵, que la distinción entre autores y partícipes no es cualitativa como lo pretende la teoría del dominio del hecho sino cuantitativa; dicha distinción sólo debe tener injerencia en el campo de la pena y de acuerdo con el aporte de cada interviniente¹⁶⁶. En este sentido dicho concepto señala la “cantidad de la intervención”¹⁶⁷ de cada sujeto y según esto se puede decir que unos tendrán más o menos dominio del hecho de acuerdo con su contribución¹⁶⁸. Lo importante, según JAKOBS, es la posición de garante¹⁶⁹ y la competencia que se deriva de esta en relación con los delitos de organización que se originan si no se configura en debida forma la esfera propia; o de los delitos de deber si no se cumple con el rol como miembro una determinada institución de la sociedad¹⁷⁰.

De acuerdo con lo precedente, la imputación no puede depender de que una persona ejecute de manera directa el hecho punible sino de la específica apariencia en que aquella conforma su actuar desde el punto de vista normativo en la configuración total del delito¹⁷¹. De esta manera, quien actúa de último no es responsable porque domine el hecho, sino porque junto con los demás intervinientes ha dispuesto su conducta en torno a un hecho común¹⁷², por lo que se puede decir que el actuar de propia mano puede fundamentar responsabilidad como autor aunque no siempre¹⁷³, ya que el aporte de este puede ser tan limitado que no sea propicio tenerlo como tal¹⁷⁴.

¹⁶⁴ JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho*, *Op.cit.*, pp. 91-92.

¹⁶⁵ JAKOBS, Gunther, “La intervención delictiva”, en *Derecho penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Gunther JAKOBS y Claus ROXIN, y sobre las estructuras modernas de imputación*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 27.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 26.

¹⁶⁷ JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho*, *Op.cit.*, p. 84.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 85.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 89.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 107.

¹⁷¹ JAKOBS, *Intervención delictiva*, *Op.cit.*, p. 29.

¹⁷² JAKOBS, *La imputación objetiva en derecho penal*, *Op.cit.*, p. 81.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 82.

¹⁷⁴ JAKOBS, *Intervención delictiva*, *Op.cit.*, p. 26.

Los anteriores argumentos permiten a JAKOBS oponerse a la teoría de ROXIN, proponiendo en su lugar la tesis de la coautoría. JAKOBS¹⁷⁵ acoge el principio de responsabilidad en el sentido de que no puede tomarse como instrumento a un individuo que actúa con conocimiento y libertad. La autoría mediata está reservada para los casos en los que quien actúa posteriormente tiene un “defecto de imputación” pues sólo en estos eventos se puede decir que quien está detrás realiza directamente el hecho; en cambio podrá existir coautoría si entre varias personas colaboran conjuntamente en el suceso siempre y cuando dicha intervención tenga tal entidad que permita configurarlo, así no hayan actuado directamente en este¹⁷⁶; solución que según el autor alemán se acomoda más a los aparatos organizados de poder¹⁷⁷.

JESCHECK y WEIGEND¹⁷⁸ también consideran que la coautoría es la solución correcta para los casos en los que se presentan estructuras jerárquicas y descartan la autoría mediata teniendo en cuenta el principio de responsabilidad. En efecto, en una primera ocasión los autores alemanes sostuvieron que se satisfacía el requisito del acuerdo común con la mera pertenencia a la organización¹⁷⁹ lo cual fue criticado por ROXIN¹⁸⁰ en el sentido de que el simple hecho de hacer parte de una organización criminal no podía tenerse como una resolución conjunta.

¹⁷⁵ “Los ejecutores de un aparato organizado de poder, precisamente porque actúan por su parte de manera responsable, no constituyen instrumento alguno, y—en consecuencia— quien da la orden no es autor mediato, porque él —como cualquier otro interviniente— no puede ‘intervenir enérgicamente’ (esto es, decidir de manera responsable en último lugar sobre la realización del tipo penal), desde el punto de vista jurídico debido a la responsabilidad de los ejecutores”. JAKOBS, Ghunther, “Sobre la autoría del acusado Alberto FUJIMORI FUJIMORI”, en *La autoría mediata. El caso FUJIMORI*, Lima, Ara editores, 2010, p. 108.

¹⁷⁶ Para JAKOBS, *Derecho penal. Parte general, Op.cit.*, p.753, en los asesinatos de la época nacionalsocialista responden como coautores quienes coordinaron dichos delitos determinando a las víctimas, los medios y los resultados, a pesar de no haber ejecutado los hechos.

¹⁷⁷ JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho, Op.cit.*, pp. 100-101.

¹⁷⁸ JESCHECK y WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general, Op.cit.*, p. 715.

¹⁷⁹ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *Op.cit.*, p. 257. A favor de la pertenencia del sujeto a la organización como requisito de la coautoría, AMBOS, *Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex presidente peruano Alberto FUJIMORI, Op.cit.*, p. 80: “para el acuerdo de voluntades informales es suficiente que el ejecutor directo con su pertenencia a la organización criminal ponga en evidencia que está de acuerdo con quien emite la orden. Este acuerdo de voluntades se manifiesta con la ejecución del hecho en cierto modo tácitamente”.

¹⁸⁰ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho, Op.cit.*, p. 725.

Posteriormente JESCHECK y WEIGEND¹⁸¹ argumentaron que quien tiene la posición esencial en la estructura de poder es coautor porque domina la organización; sin embargo parece que el requisito de la resolución en común ya no se explica con la mera pertenencia del individuo a la organización, sino como la “conciencia” de quien está en lo más alto de la jerarquía y de los ejecutores de que las instrucciones u órdenes serán cumplidas de acuerdo con los designios de la cúpula. No obstante, de tal equivalencia psíquica del juicio entre director y ejecutores dentro de las estructuras de poder, se ha manifestado que no puede reemplazar la toma de decisiones conjunta en torno a un plan común, lo cual además ha sido calificado como un retroceso a las superadas tesis subjetivas¹⁸². Asimismo, la aceptación tácita del ejecutor del plan criminal del superior que da la orden, se ha visto no como una característica propia de la coautoría sino de la inducción¹⁸³.

El segundo requisito de la coautoría (elemento objetivo) que tiene que ver con la intervención en la etapa de ejecución del hecho ha sido el centro de varias objeciones. Por ejemplo, para MUÑOZ CONDE¹⁸⁴ si bien la autoría mediata es aplicable a los aparatos de poder de origen estatal, cuando se trata de criminalidad organizada debe recurrirse a otras fórmulas.

Para el autor español¹⁸⁵, una lectura apropiada del dominio funcional no circunscribe la participación de un sujeto a la ejecución del hecho; por el contrario, tal dominio se refiere a poder controlar y decidir la realización del mismo aun sin estar presente en la ejecución, lo cual ocurre en la mayoría de las organizaciones criminales donde el cerebro o cabecilla se encuentra lejos del lugar de la culminación del hecho. Esto significa que existen conductas que sin ser ejecutivas están vinculadas de una manera significativa a la afectación del bien jurídico que deben ser consideradas como parte de la ejecución conjunta¹⁸⁶.

De esta manera, al no tener en cuenta la presencia física sino la trascendencia de la intervención, podrán ser catalogados como coautoría comportamientos previos a la ejecución del hecho que por su importancia están asociados directamente a su realización. Es el caso de la coordinación de una acción terrorista o de un

¹⁸¹ JESCHECK y WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, *Op.cit.*, p. 722.

¹⁸² FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *Op.cit.*, p. 258.

¹⁸³ HERZBERG, *La sentencia FUJIMORI: sobre la intervención del superior en los crímenes de su aparato de poder*, *Op.cit.*, p. 140.

¹⁸⁴ MUÑOZ CONDE, *Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico*, *Op.cit.*, p. 65.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 67.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 68.

secuestro, aunque debe tenerse en cuenta que esto no significa que con la simple decisión previa conjunta se presente coautoría, pues debe acreditarse que la intervención del sujeto, no directamente ejecutiva, tiene una injerencia importante en el desarrollo total del hecho.

La teoría de MUÑOZ CONDE ha encontrado seguidores en el medio español, en lo que tiene que ver con la criminalidad de empresa. De esta manera, PÉREZ CEPEDA¹⁸⁷ acudiendo a la legislación penal española, que no exige que el coautor intervenga en la ejecución del hecho, sostiene que el consejo de administración de una empresa puede responder por coautoría en la medida de que existe codominio funcional en la fase preparatoria en la cual se proyectó la realización del hecho. En un sentido similar se manifiesta MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS¹⁸⁸ al considerar que el dominio del hecho es un concepto abierto que permite darle una visión más amplia a la figura de la coautoría, pudiéndose calificar de esenciales conductas previas a la ejecución del hecho como son el dirigir o dar la orden de realizar una conducta punible.

No obstante lo anterior, la paulatina relativización de la exigencia de la co-intervención en la etapa ejecutiva ha tenido muchas críticas en vista de una posible ampliación de la aplicación de la figura de la coautoría en la etapa preparatoria.

En este orden de ideas, para FARALDO CABANA¹⁸⁹, para determinar coautoría, es necesario que existan aportaciones en la etapa ejecutiva o que estas se actualicen en esta etapa; aunque señala que no es necesario que la persona intervenga físicamente sino que su contribución sea esencial, es decir, que tenga el dominio funcional del hecho en la etapa ejecutiva. Lo que quiere decir que el requisito del acuerdo previo no es suficiente para la imputación por coautoría, calificación que no podrían tener quienes, si bien organizaron el hecho, no intervinieron de forma determinante en la ejecución¹⁹⁰.

¹⁸⁷ PÉREZ CEPEDA, *Op.cit.*, p. 119.

¹⁸⁸ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena, *Criminalidad de empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 140-141.

¹⁸⁹ En igual sentido FERRÉ OLIVÉ; NÚÑEZ PAZ y RAMÍREZ BARBOSA, *Derecho penal. Parte general. Principios fundamentales y sistema*, *Op.cit.*, p. 516, quienes siguiendo a ROXIN consideran que no puede calificarse de figura central del hecho al interviniente que no participa en la fase ejecutiva. GIL Y GIL, Alicia, “El caso español”, en *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, Bogotá, Temis-Georg August Universität Göttingen, 2008, p. 110, señala también que considerar coautor a quien sólo interviene en la fase preparatoria conlleva a diluir la distinción entre autor y partícipe.

¹⁹⁰ FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente*, *Op.cit.*, pp. 137-138.

De acuerdo con esta autora¹⁹¹ no es posible aceptar la coautoría en los aparatos organizados de poder debido a que en estos quien dirige y da las órdenes no vuelve a intervenir en la fase ejecutiva, pues la realización del acción ha sido delegada a quienes están en la base de la estructura; situación contraria puede suceder en una banda criminal donde sus miembros no son fungibles, pues quien dirige y coordina las acciones criminales por lo general sigue actuando en fase ejecutiva supervisando o determinando la realización del hecho, en estos casos es posible hablar de coautoría pues se puede verificar un reparto funcional de tareas y un codominio del hecho de los integrantes de la banda, lo que no se presenta en los aparatos organizados de poder¹⁹².

En resumen, quienes se oponen a la aplicación de la figura de la coautoría en los casos de estructuras jerárquicas tienen en cuenta que en estas circunstancias no se evidencia la presencia de un acuerdo de voluntades entre quienes dirigen la organización y los ejecutores¹⁹³, en cambio, la relación entre estos es mas de subordinación y de cumplimiento de órdenes¹⁹⁴. Por otro lado, la ausencia de intervención en la etapa ejecutiva, o de actualización de la función¹⁹⁵ en esta etapa, impide que se hable de un codominio funcional necesario para consolidar la coautoría dentro de la teoría del dominio del hecho.

1.4.2 Inducción

El rechazo de la figura de la autoría mediata y la aceptación de la inducción según ROXIN¹⁹⁶ sucede en gran medida en virtud del principio de propia responsabilidad que no permite la aplicación de la teoría del “autor detrás del autor”. Esta teoría representa la “quiebra” de dicho principio, lo que ha conllevado a un incremento del ámbito de aplicación de la autoría mediata en detrimento de otras formas de intervención en el delito¹⁹⁷.

¹⁹¹ Ibid., pp. 139-140.

¹⁹² Ibid., p. 157.

¹⁹³ HERNÁNDEZ PLASENCIA, *Op.cit.*, p.78; CEREZO MIR, José, *Derecho penal*, Lima, Ara editores, 2006, p. 1088, nota52.

¹⁹⁴ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, *Op.cit.*, p. 254.

¹⁹⁵ GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, *Op.cit.*, p.131; el mismo, *El dominio del hecho en la autoría*, *Op.cit.*, p. 113.

¹⁹⁶ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, *Op.cit.*, p.727. En igual sentido, FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, *Op.cit.*, p. 163; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *Op.cit.*, p. 347.

¹⁹⁷ FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, *Op.cit.*, pp. 165-166.

El tema es importante si se tienen en cuenta las implicaciones que se derivan de la distinción entre autoría y participación y, en forma concreta, con la inducción. La trascendencia de tal diferencia, a pesar de tener en varias legislaciones penales el mismo rango punitivo, radica en los efectos del principio de accesoriedad y la tentativa¹⁹⁸. Por tanto, debe tenerse en cuenta que en virtud de dicho principio no puede presentarse tentativa del delito si el inducido (autor) no ha iniciado los actos ejecutivos, si esto es así no existirá hecho principal por lo que la inducción quedaría impune¹⁹⁹.

En consecuencia, decidir entre una y otra figura es determinante desde el punto de la responsabilidad, pues siempre habrá mayor posibilidad de castigo si se imputa a título de autor pues de él depende el hecho principal, en cambio, si se hace a través de la inducción, para poder derivar responsabilidad, se debe resolver el tema de la tentativa salvo que el inicio de esta sea considerada de manera similar en la autoría mediata y en la inducción.

A pesar de que en principio debe aceptarse que la inducción es afín con la autoría mediata debido a la estructura vertical de la cual se sirven ambas, así como el actuar a través de otro, la doctrina ha considerado que la inducción no resuelve adecuadamente el tema del autor de escritorio en las organizaciones criminales puesto que catalogar a los grandes criminales de los estados totalitarios (Alemania nazi, Rusia estalinista) como partícipes (inductores) de los peores delitos y no como autores, implica desconocer la realidad de lo acontecido desde el punto de vista histórico, social y jurídico²⁰⁰.

Asimismo, se ha sostenido que estos casos la diferencia entre el inductor y el autor radica en que el primero debe buscar y convencer al inducido para que ejecute el hecho, mientras el autor mediato, como ocurre en los aparatos organizados de poder, sólo debe proferir una orden para que sea acatada. Por otro lado, sostiene ROXIN, que no son comparables las posibilidades de poner en peligro o de afectar bienes jurídicos del inductor y del autor, siendo este último

¹⁹⁸ Ibid., p. 174. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *Op.cit.*, p. 367.

¹⁹⁹ MUÑOZ CONDE, *Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico*, *Op.cit.*, p. 59. En igual sentido, ZUGALDÍA ESPINAR, *Derecho penal. Parte general*, *Op.cit.*, p. 781.

²⁰⁰ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, *Op.cit.*, p.728; en igual sentido FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, *Op.cit.*, pp.188-189, quien expresa: “en conclusión, calificar al hombre de atrás como inductor no permite captar todo el desvalor de su conducta, además de relegarle el papel de partícipe en el hecho ajeno cuando el significado real de su contribución es bien distinto”.

quien más medios tiene para lograr sus fines al contar con un aparato de poder con ejecutores fungibles y dispuestos²⁰¹.

También es diferente la relación existente entre el inductor y autor directo por un lado y la que se da entre el autor mediato y el ejecutor. En la primera, quien induce a otro a cometer delitos se margina del hecho y deja en manos del inducido el dominio de la acción, pudiendo este declinar su realización. En cambio, el autor mediato es el director de la acción por medio del aparato de poder y el ejecutor directo, al ser reemplazable, no tiene la facultad de alterar el plan delictivo²⁰². Lo cual no significa que sea improcedente la inducción en estructuras jerárquicas, la que podrá aplicarse cuando quien induzca no ponga en funcionamiento el aparato de poder²⁰³.

En cuanto a la posible imputación de los miembros de la cadena de mando como inductores, según ha determinado la doctrina, tal posibilidad es bastante problemática pues el régimen de la accesoriedad exige la participación en un hecho ajeno y lo que se da en la inducción en cadena es la participación en la participación, pues quien induce no lo hace a cometer el hecho principal sino que instiga a inducir hasta el final de la cadena; de esta manera, el eslabón previo al ejecutor sería quien en estricto sentido determina porque estaría interviniendo en el hecho principal²⁰⁴.

²⁰¹ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, *Op.cit.*, p.728; el mismo, *problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*, *Op.cit.*, p. 64; el mismo, *Dominio de la organización y resolución al hecho*, *Op.cit.*, p. 520. En un sentido similar AMBOS, *El caso alemán*, *Op.cit.*, p. 25; el mismo, *Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elizabeth KÄSEMANN*, *Op.cit.*, p. 28.

²⁰² ROXIN, *El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata*, *Op.cit.*, p. 243.

²⁰³ FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, *Op.cit.*, p. 174.

²⁰⁴ *Ibid.*, pp. 185-186. En España la norma exige que la inducción sea directa, lo cual ha permitido negar la inducción en cadena pues el primer determinador no tiene contacto directo con el ejecutor pues la instigación pasa por varios eslabones. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *Op.cit.*, p. 357. Niega también la inducción en cadena HERNÁNDEZ PLASENCIA, *Op.cit.*, p. 78, pero acepta como inductor al último eslabón de la cadena pues es el que directamente instiga al autor, asimismo “los dirigentes de la organización quedarían como cómplices –mandos intermedio– o cooperadores necesarios –los que están en la cúpula– en función de la aportación que realicen al delito”. Da una interpretación diferente a la expresión “directa” contenida en el Código Penal español GIL Y GIL, *Op.cit.*, pp. 113-115. para quien todo miembro en la cadena de mando que tenga poder y transmita la orden debe ser determinador. Para esta autora no es que exista una inducción en cadena, es más bien que el dirigente ha escogido al aparato de poder para la transmisión de la orden, siendo los miembros intermedios los que comunican la orden, coinductores. Con esta solución, concluye la autora, el dirigente del aparato de poder puede ser catalogado de inductor en vista de que la estructura criminal actúa como un “mecanismo semiautomático” en la comunicación de la orden.

ROXIN²⁰⁵ ha referido como característica de la inducción el “tomar contacto”, que implica conocimiento entre el instigador y el autor; por su parte, AMBOS sostiene que “la inducción tiene como presupuesto que el autor directo o el hecho sean susceptibles de ser determinados desde la perspectiva del inductor”²⁰⁶, por tanto donde el superior no conoce al ejecutor y no puede determinar los hechos concretos así como a las víctimas, debe responder a título de autor mediato por los crímenes que estos últimos cometan; posición que ha sido rechazada por HERZBERG²⁰⁷ quien sostiene que los delitos que quedan por fuera del “marco de representación” del instigador no pueden ser realizados por este a través de otros ya que al no abarcarlos conscientemente no puede decirse que los haya promovido, pues “la autoría dolosa no es ningún receptáculo para todos los asesinatos que se cometen por orden de un superior”.

Para HERZBERG²⁰⁸, el hecho de que a partir de la iniciativa del instigador se pueda determinar claramente a los ejecutores y a las víctimas concretas o, por el contrario, se trate de un plan global, no influye en que la imputación se haga a título de autor mediato o de instigador, pues lo importante es que en cada caso se pueda constatar si se presenta una circunstancia que vaya más allá del “dolo de instigador”, es decir, un exceso. Este autor es partidario de que en aquellos casos en los que se presente un aparato de poder deba recurrirse a la instigación ya que se está ante quien determina dolosamente a otro a la comisión de un acto antijurídico doloso, y donde “metáforas” como “fungibilidad”, “ruedecillas intercambiables en el engranaje” y “apartamiento del derecho”, no arrojan mayor claridad para señalar con certeza si en un caso particular se está ante una autoría mediata o no, quedando en manos del juez un amplio margen de discrecionalidad²⁰⁹.

También para GIMBERNAT²¹⁰ la solución correcta en el caso del genocidio nazi es la inducción, pues sus dirigentes idearon el plan y convencieron a otros de llevarlo

²⁰⁵ ROXIN, *Problemas de autoría y participación en criminalidad organizada*, *Op.cit.*, p. 64. Acepta este argumento MUÑOZ CONDE, *¿Cómo imputar a título de autores a las personas, que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada empresarial?*, *Op.cit.*, p. 5. Se muestra crítica al respecto FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *Op.cit.*, p. 381, quien prefiere hablar de contacto en lugar de conocimiento, pues incluso con una llamada telefónica puede llevarse a cabo instigación.

²⁰⁶ AMBOS, *Dominio del hecho por dominio de la voluntad*, *Op.cit.*, p. 27; el mismo, *El caso alemán*, *Op.cit.*, p. 25.

²⁰⁷ HERZBERG, *Op. cit.*, p. 129.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 130.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 131.

²¹⁰ GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en derecho penal*, *Op.cit.*, p. 189.

a cabo, mientras que aquellos que están por debajo del vértice de la organización y que comunican la orden serán considerados cómplices salvo quien ejecuta el hecho que responde como autor, pues despliega más “energía criminal” que quien sólo comunica la orden²¹¹. De acuerdo con estas premisas, respecto al caso EICHMANN, el autor español considera que debió condenársele como cómplice siempre y cuando se hubiera atendido al plan principal no ideado por él; si, en cambio, el coronel de las SS(*Schutzstaffeln*) se hubiera apartado de dicho plan incluyendo, por ejemplo, víctimas no previstas por sus superiores, la responsabilidad sería a título de inductor²¹². En contra de la inducción se ha dicho que no representa correctamente lo que sucede en una estructura jerárquica de poder en la que los hombres de atrás, lejos de convencer al autor de cometer determinado delito, tienen dominio de la voluntad a través del aparato de poder²¹³ lo que les permite contar con la realización del hecho en virtud del automatismo y la fungibilidad²¹⁴.

En resumen, siguiendo a ROXIN²¹⁵, se puede decir que quien tiene la capacidad de organizar asesinatos masivos en campos de concentración en nada se asemeja a quien induce a la comisión de delitos comunes, pues es evidente que el primero tiene un “dominio global” que permite la comisión de hechos punibles sin contar con los individuos que pertenecen a la organización que funciona “automáticamente”; de esta forma la inducción no cumple con las características del dominio por organización debido a que el inductor no se encuentra en el centro de la estructura criminal ni en ninguna posición que le permita manejar parte de la misma, lo que significa que no depende de él el cumplimiento de la orden pues el ejecutor puede desistir; en cambio, en el dominio por organización, el autor de atrás puede hacer cumplir la orden porque de por medio se encuentra la maquinaria de la estructura que impone bajo cualquier circunstancia el cumplimiento, así el ejecutor directo desista²¹⁶.

1.4.3 Otras propuestas de solución

La doctrina ha planteado también, aunque de forma más bien marginal, soluciones alternas al problema de la responsabilidad penal dentro de estructuras jerárquicas. Se trata de las figuras de la autoría accesoria y la cooperación necesaria.

²¹¹ *Ibid.*, p. 188.

²¹² *Ibid.*, p. 193.

²¹³ GÓMEZ BENÍTEZ, *El dominio del hecho en la autoría*, *Op.cit.*, p. 113.

²¹⁴ BOLEA BARDÓN, *Op.cit.*, pp. 373-374.

²¹⁵ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, *Op.cit.*, p. 272.

²¹⁶ ROXIN, *Dominio de la organización y resolución al hecho*, *Op.cit.*, p. 521.

Respecto de la primera se ha dicho que se da cuando dos o más personas realizan de forma independiente un delito sin que compartan un plan de trabajo, lo que implica que de cada una de las intervenciones se haga una valoración separada²¹⁷.

BOCKELMANN y VOLK²¹⁸, quienes no sólo rechazan la figura del autor detrás del autor en aplicación del principio de responsabilidad, sino también la coautoría por la inexistencia de plan común entre los intervinientes, consideran viable esta opción.

Esta postura ha sido rechazada con el argumento de que la “descoordinación” entre las conductas de la intervinientes, típica de la autoría accesoria, no se presenta en los aparatos organizados de poder debido a que la ejecución de los hechos punibles se lleva a cabo en virtud de la interrelación entre órdenes surgidas en la cúpula de la estructura y el acatamiento de las mismas por parte de los ejecutores. Es decir, que la existencia “de cursos causales independientes”²¹⁹ no es propia de estas estructuras criminales. Se evidencia además que, a diferencia de la autoría accesoria donde todos los intervinientes ejecutan el delito, en las estructuras jerárquicas sólo quien cumple órdenes realiza en forma directa el hecho, porque quien se encuentra en el centro del poder de mando diseña el plan sin intervenir en la ejecución²²⁰.

Por otro lado, la tesis de la cooperación necesaria como forma de participación ha sido planteada por HERNÁNDEZ PLASENCIA²²¹ para quien los mandos intermedios serán cómplices y cooperadores necesarios cuando se encuentran en la cúspide de la organización, dependiendo del peso del aporte al hecho. Sin embargo, esta postura ha sido criticada ya que el hombre de atrás no puede ostentar tal calidad porque al tener dominio del hecho no sería un mero partícipe²²²; además, se ha sostenido que el problema de asimilar a un partícipe –cooperador necesario– a quien maneja las riendas de un aparato de poder es que su comportamiento va a depender siempre de la conducta de un autor en virtud del principio de

²¹⁷ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, *Op.cit.*, p. 307.

²¹⁸ Citados por MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, en *Criminalidad de empresa*, *Op.cit.*, p.112.

²¹⁹ BOLEA BARDÓN, *Op.cit.*, p. 375; AMBOS, *Dominio del hecho por dominio de la voluntad*, *Op.cit.*, p. 29.

²²⁰ FARALDO CABANA, Patricia, *Responsabilidad penal del dirigente*, *Op.cit.*, p. 161.

²²¹ HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La codelinuencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada*, *Op.cit.*, p. 78.

²²² FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *Op.cit.*, p. 402.

accesoriedad, lo que en muchos casos puede conllevar a la impunidad²²³. En pocas palabras, no se considera viable tener al hombre de atrás como mero partícipe porque no corresponde con la verdadera posición de quien domina una estructura de poder, quien lejos de detentar un lugar marginal en el hecho, es pieza clave del funcionamiento del aparato.

Conclusiones

La teoría de los aparatos organizados de poder representa un desarrollo del dominio del hecho en el sentido de que pretende explicar cómo una conducta punible puede ser imputada al hombre de atrás sin que este haya intervenido directamente en la ejecución, apelando a la figura del sujeto central del hecho y teniendo siempre presente que tanto el ejecutor directo como quien da la orden actúan de manera plenamente responsable, es decir, que ninguno de los dos tiene un déficit de voluntad o de conocimiento tal como ocurre en las otras formas de autoría mediata fundamentadas en el error o en la coacción. De esta manera se puede observar un paulatino alejamiento del principio de responsabilidad y un incremento de la utilización de la autoría mediata en aparatos organizados de poder que puede estar justificado en la intención pragmática de otorgarle su precisa importancia a las actuaciones de los hombres de atrás, que si bien pueden responder con penas similares al inductor o al cooperador necesario, se puede decir que tales figuras no representan en la realidad la verdadera posibilidad del hombre de atrás para poner en peligro o lesionar un bien jurídico.

De esta manera se observa que, a pesar de las diversas exposiciones en torno a la figura de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, salen a flote algunas características que son aceptadas por aquellos que respaldan dicha postura. En primer lugar es evidente que sólo se puede hablar de la figura del autor detrás del autor en organizaciones criminales de gran calado, diferentes a las típicas bandas criminales que por lo general se componen de relativamente pocos integrantes; en efecto, los aparatos de poder, estatales o no estatales, se caracterizan por un gran número de sujetos que actúan en cumplimiento de ciertas directrices emanadas de la cúpula del poder.

Este acatamiento de órdenes depende en gran medida de una estructura vertical que vincula y condiciona el comportamiento de los individuos que la componen. Es claro entonces que el primer elemento de esta figura es la estructura jerárquica. El

²²³ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *Op. cit.*, p. 103.

segundo elemento es el poder de mando que, aparte de la discusión que se suscita en torno al nivel donde esté, reviste un carácter efectivo, debe considerarse como un requisito fundamental, si no el principal, para poder determinar la comisión de una determinada conducta.

Los demás requisitos han sido objeto de numerosas críticas, aclaraciones o matizaciones como se establece en los párrafos anteriores. De esta manera, la fungibilidad o posibilidad de cambiar a discreción al ejecutor en virtud de la automaticidad del aparato se ha visto como el elemento crucial para el cumplimiento de la orden criminal, pues esta no dependería de la voluntad del autor directo. Por otro lado, un requisito que poco a poco se ha ido imponiendo es el referido a la disposición al hecho del ejecutor y con el cual se pretende rectificar las críticas que la doctrina hace a la fungibilidad.

Por último, la marginalidad del derecho de la organización como fundamento del dominio ha sido el requisito que más objeciones ha generado, a tal punto que la mayoría de los autores que siguen la teoría de ROXIN lo consideran superfluo.

De acuerdo con lo anterior, existe autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder cuando el hombre de atrás cuenta con el poder de mando necesario para poner en funcionamiento la estructura criminal, la cual garantiza que las órdenes de él emanadas sean cumplidas, sin importar que el ejecutor directo las rechace pues es completamente reemplazable, siendo de esta manera previsible que el designio criminal se lleve a cabo.

No obstante lo procedente, aún no se determinan aspectos importantes que se derivan de la responsabilidad en autoría mediata del hombre de atrás en lo que tiene que ver con el alcance del ámbito de esta en relación con los hechos cometidos por los autores directos. Es decir, sí es posible reemplazar el conocimiento y la voluntad del hombre de atrás para cometer delitos concretos por una suposición de que el poder de mando implica por sí mismo y de forma automática imputación por autoría de todos por los crímenes cometidos por los subordinados. Pareciera que el aumento de la aplicación de la autoría mediata se debiera a un relajamiento en las exigencias para probar el nexo necesario y contundente entre el contenido de un mandato criminal expedido por la cúpula del poder y las conductas punibles desarrolladas por los ejecutores. Entonces, cabe preguntarse si un jefe político de una organización armada debe responder como autor mediato por todas las infracciones contra el derecho internacional humanitario de los ejecutores directos, a pesar de no estar al tanto de ellas, tema

que se abordará en el último capítulo de este trabajo cuando se estudie lo relacionado con el principio de culpabilidad.

EL DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

2.1 INTRODUCCIÓN

En el primer capítulo de este trabajo se pudo ver cómo la doctrina extranjera, y específicamente la europea, ha desarrollado la teoría de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder. Se concluyó que algunos de los elementos que la configuran resultan problemáticos, como la marginalidad al derecho y la predisposición a la ejecución del hecho. También se constató que una de las razones más importantes para el eventual rechazo de la teoría de ROXIN era la vigencia del principio de responsabilidad según el cual, para que se presente la autoría mediata, el ejecutor directo de un hecho punible no puede ser considerado como un sujeto responsable. Esta crítica ha derivado en muchos casos a que se apliquen otras figuras como la coautoría o la inducción.

En la primera parte de este capítulo se analizará cómo la jurisprudencia extranjera ha trabajado en los casos más sobresalientes el dominio de la organización, cuáles de los elementos han suscitado mayor discusión y cuáles son considerados como elementos esenciales de la teoría. De esta manera se han escogido algunos casos emblemáticos en los cuales la jurisprudencia ha resuelto el problema jurídico aplicando esta forma de autoría mediata. Son sobresalientes el fallo del Tribunal Supremo alemán en el caso de los tiradores del muro de Berlín; el caso de las juntas militares en Argentina; el caso del ex presidente peruano Alberto FUJIMORI y el caso chileno referido a la muerte del ex ministro Orlando LETELIER por orden del organismo de inteligencia de ese país.

La segunda parte de este capítulo se ocupará de algunas decisiones de los tribunales internacionales como los fallos KATANGA y LUBANGA en los que se apela al dominio del hecho como teoría fundante. También se hará una breve referencia a los primeros casos en los que la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional(SCP I de la CPI) de manera autónoma, aunque en una fase preliminar del procedimiento (orden de arresto), aplica la teoría de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder en el caso de Omar AL

BASHIR en Sudán; Muamar GADDAFI, su hijo Saif Al-Islam GADDAFI y Abdullah AL-SENUSSI en Libia.

2.2 Los tiradores del muro de Berlín²²⁴

Este caso se refiere a la responsabilidad del Consejo de Defensa Nacional de la extinta República Democrática Alemana por la muerte de siete personas, entre los años 1971 y 1989, que trataban de huir atravesando el muro fronterizo que separaba las dos Alemanias. Los miembros de dicho organismo no actuaron directamente en los hechos sino en el diseño de la política fronteriza que incluía prohibir de cualquier manera, aun poniendo en peligro la vida de los ciudadanos, el paso de manera ilegal a través del muro de Berlín. Por tal razón, para cumplir su cometido los soldados apostados en la frontera estaban autorizados para disparar y usar minas.

El problema a resolver en esta sentencia es la responsabilidad de los ejecutores directos (soldados) y la de los miembros del Consejo Nacional de Seguridad, quienes habrían dado las órdenes. La sentencia de instancia encontró a los tres acusados culpables (Heinz KEBLER, ministro de defensa de la RDA; Fritz STRELETZ, viceministro de defensa, y Hans ALBRECHT) de los delitos a título de inductores²²⁵. Sin embargo, el Tribunal Supremo Alemán los condenó como autores mediatos en virtud de aparatos organizados de poder²²⁶.

El Tribunal Superior Alemán resalta que es extendida la opinión (se cita a JESCHECK, JAKOBS y a STRATENWERTH) de que la autoría mediata no se puede dar cuando el ejecutor directo o inmediato es responsable, pues no es posible que una persona sea a la vez instrumento de otro y también plenamente consciente para tomar decisiones. Sin embargo, pone de presente que existe un segmento de la doctrina (MAURACH y GOSSEL) que acepta la autoría mediata aun cuando el autor directo no tenga un déficit en su conocimiento y voluntad, siempre que el autor de atrás pueda influir en la comisión del hecho utilizando como instrumento al hombre

²²⁴ Las normas referidas al tema de la autoría y participación en el Código Penal alemán son las siguientes: Par. 25. Autoría. (1) Se castiga como autor a quien cometa el hecho punible por sí mismo o por medio de otro. (2) Si varias personas cometen el hecho conjuntamente, el hecho punible, se castigará cada una como autor (coautoría). Par. 26. Instigación (inducción a delinquir) Se castiga igual al autor como instigador a quien haya determinado dolosamente a otro para la comisión dolosa de un hecho antijurídico.

²²⁵ En la instancia, a los acusados se les consideró inductores en aplicación del principio de responsabilidad. FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, *Op.cit.*, p. 65.

²²⁶ BOLEA BARDÓN, *Op.cit.*, pp. 342-343.

de adelante²²⁷. Para JAKOBS²²⁸ no es posible aplicar autoría mediata en virtud del principio de responsabilidad y está a favor de que estos casos se resuelvan por la vía de la coautoría pues de acuerdo con su teoría no se requiere una intervención del hombre de atrás en fase ejecutiva sino sólo la colaboración en la configuración definitiva del hecho. Además, se ha sostenido que de aplicarse al grupo de casos constituido por la criminalidad de empresa, el principio de responsabilidad deberá desecharse como fundamento dogmático²²⁹. En tal sentido debe decirse que dicho fundamento ha dejado de ser un activo de la teoría del delito en el momento mismo en que se acepta la existencia del autor detrás de autor tal como sucede en la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder.

El alto tribunal alemán parte del “principio de responsabilidad” pero acepta la posibilidad de que en un grupo de casos pueda presentarse autoría mediata aún en presencia de autor directo responsable. En efecto, explica que no es aceptable la autoría mediata cuando el ejecutor directo actúa culpablemente y domina el acontecer jurídica y fácticamente; no obstante, existen casos en los que, a pesar de que el ejecutor es completamente responsable, el hombre de atrás responde a título de autor mediato, pues su aporte permite la casi segura ejecución del hecho punible en virtud de la existencia de determinadas características que desencadenan “cursos regulares” que permiten el funcionamiento automático de la organización.

Según el Tribunal, tales requisitos se presentan en ciertas organizaciones estatales, empresariales y de tipo jerárquico, en donde el autor mediato actúa con conocimiento previo de las circunstancias que le garantizan el logro efectivo de los fines criminales, así como el aprovechamiento de la disposición del ejecutor hacia el hecho. En estos eventos, de acuerdo con el Tribunal alemán, el dominio del hecho es mucho más efectivo que en los casos donde el hombre de atrás se vale de instrumentos en virtud del error o de coacción²³⁰.

Si bien la Corte Suprema Federal acepta que el principio de responsabilidad tiene excepciones en casos especiales, no señala cuáles son las “semejantes condiciones” que permiten que una organización actúe de forma automática.

²²⁷ AMBOS, *El caso alemán*, *Op.cit.*, p. 19.

²²⁸ JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho*, *Op.cit.*, pp. 100-101. También JESCHECK y WEIGEND, *Op.cit.*, p. 722, se apoyan en el principio de responsabilidad para descartar la aplicación de la autoría mediata y se inclinan por la coautoría.

²²⁹ SHUNEMANN, *Op.cit.*, p. 531.

²³⁰ AMBOS, *El caso alemán*, *Op.cit.*, pp. 21-22.

Asimismo, incluye dentro de las organizaciones a las que cabe aplicar la teoría de ROXIN, a las empresariales y comerciales, apartándose de la línea original de dicha doctrina en el tema específico del apartamiento del derecho como elemento fundante del dominio por organización, lo cual ha sido objeto de críticas por diversos autores. Debe resaltarse que el Tribunal Supremo alemán considera como elemento fundante de esta forma de autoría mediata la predisposición incondicional del autor directo, tesis que como se vio en el primer capítulo de este trabajo fue planteada por SCHROEDER y que fue rechazada en un primer momento por ROXIN, quien luego la aceptaría, tal como se constató en su momento.

De acuerdo con este último autor la sentencia del Tribunal Supremo alemán es importante por dos puntos fundamentales. El primero se refiere a que con la sentencia se acepta en el ámbito alemán el dominio por organización como una tercera forma de autoría mediata junto con aquellas derivadas de la coacción y del error. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que con esta decisión se permite aplicar la teoría del autor mediato a pesar de que el autor directo sea responsable, con lo que se supera la disputa, por lo menos en el plano jurisprudencial, en torno al principio de responsabilidad²³¹.

En este sentido para SCHÜNEMANN²³² el principio de la propia responsabilidad, al ser un criterio de orden normativo, no es adecuado para el correcto análisis de la figura de los aparatos organizados de poder, pues en estos y sobre todo en aquellos que están apartados del ordenamiento jurídico, la garantía del cumplimiento de las órdenes se encuentra precisamente en su imposición por la fuerza ante una posible resistencia o reemplazando a quien se niegue (fungibilidad), con lo que se puede verificar un alto contenido ontológico de esta forma de dominio del hecho. Por tanto, el autor alemán recomienda recurrir a la teoría de los grados del dominio del hecho en la que tanto el que ejecuta el hecho, los mandos medios, como quien se ubica en la posición más alta de la estructura “aportan su cuota en el dominio del suceso”, teniendo en cuenta que el hombre de atrás domina de mejor forma el hecho, pues tiene el poder de dirección. Sin embargo, este dominio del hecho no es un mero acontecer natural sino un fenómeno social que requiere ser complementado mediante consideraciones normativas o político-criminales en torno a la protección de bienes jurídicos.

Una forma de resolver el problema que surge por el principio de responsabilidad es dejar de ver el concepto de ejecutor directo (instrumento) como un sujeto con

²³¹ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, *Op.cit.*, p. 655.

²³² SCHÜNEMANN, *Op.cit.*, pp. 532-537.

déficit de responsabilidad y asumir que tanto este como el autor de atrás tienen un manejo compartido del riesgo, es decir, que tanto quien da las órdenes como quien las cumple poseen un dominio del hecho en virtud de que tienen, en diferentes grados, la posibilidad de afectar el bien jurídico y, por tanto, pueden responder a título de autores, los primeros como autores mediatos y los segundos como autores directos²³³.

Superado el problema del principio de responsabilidad las posturas doctrinales se han repartido entre la fundamentación del dominio de la organización a partir de la fungibilidad o partir de la predisposición del ejecutor hacia el hecho, o tal como lo reconoce expresamente la Corte Suprema del Perú una postura “integradora”²³⁴, como se apreciará en su momento.

Como quedó establecido en el capítulo primero de este trabajo, ROXIN²³⁵ se habría opuesto a que el dominio por organización pudiera fundamentarse en una supuesta predisposición al hecho del ejecutor ya que tal concepto estaría ligado más a la inducción; además, explica el autor alemán, la disposición no es determinante pues así el ejecutor se abstenga de cumplir la orden existirá quien lo reemplace, pues es una pieza intercambiable.

Posteriormente ROXIN²³⁶ aceptaría este criterio adoptado por el Tribunal Superior alemán siempre y cuando se presenten los demás elementos del dominio por organización (poder de mando, fungibilidad y desvinculación de ordenamiento jurídico), argumentado que este requisito junto con la intercambiabilidad garantiza el cumplimiento de las órdenes dadas por el hombre de atrás.

Por último, el autor alemán²³⁷ ha señalado que el criterio de la disposición incondicional al hecho se deriva de algunos factores (deseo de hacer carrera, necesidad de destacar, ceguera ideológica, impulsos sádicos, etcétera) y de la

²³³ BOLEA BARDÓN, *Op.cit.*, pp. 394-395.

²³⁴ PERÚ, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal Especial, Exp. No. A.V. 19-2001. Apartado No. 739-5.

²³⁵ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, *Op.cit.*, p. 655. El mismo, *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*, *Op.cit.*, p. 62. BOLEA BARDÓN, *Op.cit.*, p. 396, considera que la fungibilidad entendida como la capacidad general de reemplazar al ejecutor directo recurriendo a la disposición a la ejecución del hecho de los miembros del grupo es uno de los criterios básicos para determinar que las órdenes del hombre de atrás serán cumplidas.

²³⁶ ROXIN, *El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata*, *Op.cit.*, p. 247.

²³⁷ ROXIN, *Dominio de la organización y resolución al hecho*, *Op.cit.*, p.531. El mismo, *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*, *Op.cit.* p. 247.

naturaleza de la organización en la que el sujeto experimenta un proceso de adaptación aceptando cumplir con las reglas impuestas desde la dirección de la estructura. Para algún sector de la doctrina, en contraposición con la primera postura de ROXIN, es la disposición incondicional al hecho un factor que permite al hombre de atrás contar con el cumplimiento de las órdenes, siendo este requisito junto con la fungibilidad y la subordinación, el núcleo del dominio por organización²³⁸.

Se ha criticado²³⁹ esta fundamentación debido a que no permite una distinción entre autoría e inducción pues es claro que en esta última también existe dicha tendencia; asimismo, no puede decirse que este criterio determine el cumplimiento de las órdenes pues aun no existiendo subordinados predispuestos al hecho, la estructura de la organización está diseñada de tal forma que es posible su reemplazo, siendo entonces la fungibilidad el elemento fundante de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder.

El otro aspecto polémico de la sentencia es la aceptación por parte del Tribunal Superior alemán de la aplicación al campo empresarial de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder. Para ROXIN²⁴⁰ esta postura es una injustificada ampliación del ámbito de la autoría mediata. En efecto, considera el autor alemán que cuando un subordinado actúa determinado por el superior a cometer un delito no cabe la autoría sino la instigación. BOLEA BARDÓN²⁴¹ también se muestra en contra de utilizar la figura del dominio de la organización en el plano empresarial en virtud de que quien ordena desde puestos directivos de una empresa la comisión de hechos punibles no encontrará con facilidad subordinados dispuestos a ello, o por lo menos no contará con una estructura criminal preparada para ello, independientemente de que existan individuos aptos e inclinados a dichas conductas.

Para MUÑOZ CONDE²⁴² la aceptación del Tribunal Supremo alemán de la aplicación de la teoría de los aparatos organizados de poder al caso de la criminalidad de empresa se hizo sin suficiente argumentación y se mencionó como un simple *obiter dicta*.

²³⁸ BOLEA BARDÓN, *Op.cit.*, p. 396.

²³⁹ FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, *Op.cit.*, p. 77.

²⁴⁰ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, *Op.cit.*, p. 656.

²⁴¹ BOLEA BARDÓN, *Op.cit.*, p. 400.

²⁴² MUÑOZ CONDE, *Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico*, *Op.cit.*, p. 78, pie de página 23.

Ante esto, llama la atención que esa simple mención del Tribunal Supremo alemán, carente de desarrollo argumentativo, haya originado una polémica en torno a si el dominio de la organización debe aplicarse en la criminalidad de empresa; sin embargo, aunque es verdad que no es posible criticar el fallo en este sentido, pues no se conocen las razones de fondo para dicha conclusión, sí ha permitido que la doctrina preste atención a las diferencias existentes entre la criminalidad de las grandes organizaciones y la criminalidad económica eventual.

En este sentido MUÑOZ CONDE²⁴³ ha sostenido que aun negándole el carácter de requisito esencial del dominio por organización a la marginalidad del derecho, podría aceptarse, así sea teóricamente, su aplicación en el ámbito empresarial pero comprobando la existencia de los otros elementos de la teoría. El autor español argumenta que es de difícil aplicación el requisito referido a la rígida estructura jerárquica que es propia de las organizaciones criminales y que no está presente en las empresas; igualmente debe prestársele especial atención al criterio de la fungibilidad, elemento central de la tesis de ROXIN, pues por lo general quienes trabajan en empresas no son sujetos intercambiables con facilidad porque poseen conocimientos especiales.

Por tanto, según este autor, la aplicación de la teoría de los aparatos organizados de poder no es aplicable a las empresas, no por el hecho de que no estén apartadas del derecho, sino porque resulta problemático verificar en este tipo de organizaciones los requisitos de la fungibilidad o intercambiabilidad y el dominio de la organización. Considera en cambio que la figura procedente en estos casos es la coautoría, en una línea similar a la de JAKOBS.

Para MUÑOZ CONDE²⁴⁴ la acción ejecutiva en la criminalidad de empresa tiene una connotación diferente cuando se trata una posible coautoría, y para tal fin se requiere que el aporte se haga aún en la etapa preparatoria siempre y cuando esta intervención tenga un carácter definitivo o constitutivo que permita concluir que es esencial para la configuración global del hecho. Este autor concluye que se deben rechazar también otras formas como la inducción y la cooperación necesaria pues no demuestran toda la importancia del papel desempeñado por los dirigentes en el ámbito empresarial.

Al respecto el Tribunal Supremo alemán considera que rechazar la imputación por autoría no concuerda con la importancia de la intervención del hombre de atrás en

²⁴³ Ibid., pp. 79-82.

²⁴⁴ Ídem.

la comisión del hecho y que, por el contrario, la creciente distancia entre el foco de poder y la comisión del hecho no disminuyen la responsabilidad sino que la aumentan pues es demostrativa de un poder superior del hombre de atrás en el manejo de la organización, lo cual se presenta no sólo en organizaciones estatales sino también en aquellas dedicadas al crimen organizado (mafia) en las que la distancia entre el que da las órdenes y quien las ejecuta no permite considerar la existencia de coautoría que implica ponerse de acuerdo en las funciones y en la división del trabajo²⁴⁵.

La ausencia del autor mediato en la ejecución del delito como fuente del incremento de la responsabilidad es lo que se ha llamado perspectiva *top down*, argumento que según ROXIN, había sido utilizado por el Tribunal de Israel en el caso EICHMANN²⁴⁶. Tal recurso ha sido aplicado, como se explicó en el primer capítulo de este trabajo, para corregir el aspecto fáctico de la distancia que existe entre el hombre de atrás y el ejecutor con un criterio normativo en el que dicha ausencia en la ejecución del hecho punible es compensada con su poder de dirección.

2.3 El dominio de la organización en América Latina

Entre las razones para la lenta recepción en América Latina de la teoría de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder se puede mencionar el hecho de que la mayoría de los textos legales nacionales no consagran de manera expresa esta forma de autoría; por otro lado, la aplicación sin restricciones del principio de responsabilidad ha dificultado la aplicación de la autoría mediata y, por último, la pena establecida para este tipo de imputación, que por lo general es la misma con algunas formas de participación como la inducción, determinación y cooperación necesaria, tornaba superflua la discusión.

²⁴⁵ AMBOS, *El caso alemán, Op.cit.*, p. 22.

²⁴⁶ “Por cierto que esta consideración había sido expuesta primero por el Tribunal Regional de Jerusalén en el caso EICHMANN, y yo la había citado, aprobándola, en mi primer trabajo sobre el tema: ‘la magnitud de la responsabilidad crece, más bien, mientras más se aleje uno de aquel que maneje el arma asesina con sus propias manos, y llegue a los niveles de mando más elevados...’”. ROXIN, *La teoría del delito en la discusión actual, Op.cit.*, p. 516.

Sin embargo, el hecho de que imputar en estos casos autoría mediata refleje en mejor forma la dimensión y la importancia de la intervención del hombre de atrás en la ejecución del hecho es una razón determinante para aplicar la teoría²⁴⁷.

A continuación se abordarán los tres casos más importantes que con relación al dominio de la organización se han presentado en América Latina, dejando para el último capítulo de este trabajo el caso colombiano, constituido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en los casos de la llamada parapolítica.

2.3.1 El ex presidente del Perú Alberto FUJIMORI como autor mediato²⁴⁸

El asesinato de por lo menos 24 personas en dos acciones de los grupos de seguridad del Perú, son los hechos por los cuales el ex presidente de ese país fue condenado a 25 años de prisión. Estos casos son conocidos como “Barrios altos” y “La cantuta”. En el primero de ellos, ocurrido en 1991, un grupo de agentes del Estado llegó a un sitio en Lima ubicado en Barrios altos, donde se llevaba a cabo una reunión social. Luego de acusar a los presentes de ser terroristas los sometieron y les dispararon con armas automáticas con silenciador, acción en la que murieron quince de ellos y nueve resultaron heridos. Los ejecutores portaban consigo elementos que los identificaban como miembros de los organismos de seguridad. En el segundo caso, el mismo destacamento, conocido como Colima, llegó a la Universidad La Cantuta y procedió a llevarse a nueve estudiantes que luego fueron asesinados y enterrados a las afueras de la capital peruana²⁴⁹.

El grupo que cometió los hechos descritos dependía del Servicio de Inteligencia del Ejército (SIE), organismo que a su vez hacía parte de la Dirección de

²⁴⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco y OLÁSULO, Héctor, “La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en América Latina y España”, en *Derecho penal contemporáneo, Revista Internacional*, No. 34, enero-marzo de 2011, pp. 8-9.

²⁴⁸ Las normas referidas a la autoría y participación en el Código Penal peruano de 1991 son las siguientes: Artículo 23. Autoría, autoría mediata y coautoría. El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esa infracción.

Artículo 24. Instigación. El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que le corresponde al autor.

Artículo 24. Complicidad primaria y complicidad secundaria. El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiera perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena.

²⁴⁹ CARO CORIA, Dino Carlos, “Sobre la punición del ex presidente Alberto FUJIMORI FUJIMORI como autor mediato de una organización criminal estatal”, en *“La autoría mediata. El caso FUJIMORI”*, Lima, Ara editores, 2010, pp. 144-145.

Inteligencia del Ejército (DINTE). Este último cuerpo era dependiente de la Jefatura del Estado Mayor, a quien rendía cuentas. Establecida así la línea de mando en la jerarquía, los servicios de inteligencia recolectaban información en barrios y universidades y planeaban acciones en contra de la población civil con la aprobación de la comandancia del Ejército y del SIE, que era dirigido de manera subrepticia por Vladimiro MONTESINOS y estaba bajo la supervisión del entonces presidente Alberto FUJIMORI. Estos tomaban las decisiones para la lucha contra la subversión, las cuales eran comunicadas al grupo ejecutor a través de los órganos medios (SIE y DINTE). El ex presidente FUJIMORI se había convertido en el comandante del Sistema de Inteligencia Nacional a partir de varias reformas normativas lideradas por él. De esta manera las decisiones eran tomadas desde la parte más alta de la organización estatal y ejecutadas por el grupo especial denominado “Destacamento Colina”, que era el encargado de llevar a cabo las operaciones especiales de eliminación de supuestos colaboradores del grupo terrorista Sendero Luminoso²⁵⁰.

La Corte Suprema de Justicia peruana, previo análisis de los elementos configuradores de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, señala que el dominio del hecho en una estructura criminal organizada está referido al control que se ejerce no sobre un individuo en particular sino sobre la organización, pues el ejecutor es un sujeto libre, por tanto esta libertad del ejecutor directo no es un argumento válido en contra de la autoría mediata mientras el hombre de atrás cuenta con los medios para dominar la organización²⁵¹. La Corte Suprema sigue entonces un punto de vista similar al ya sostenido por la Corte Suprema argentina²⁵² en el caso de las juntas militares según el cual lo importante en la autoría mediata es determinar el poder del hombre de atrás y no la responsabilidad del ejecutor directo, postura seguida en Perú por un sector de la doctrina, como se verá.

²⁵⁰ Previo al caso del ex presidente de Perú Alberto FUJIMORI, los tribunales de ese país ya habían considerado la posibilidad de aplicar la teoría de los aparatos organizados de poder en casos de estructuras criminales donde quien ejecuta las órdenes es diferente a quien las toma. Este caso es el referido al homicidio de 69 campesinos en la localidad de Lucanamarca en abril de 1983. El hecho fue atribuido a la organización criminal “Sendero Luminoso” liderada por Abimael GUZMÁN REYNOSO quien fue imputado como autor mediato de los homicidios que habrían sido cometidos como reacción de la organización delincinencial por la muerte de uno de sus miembros. CARO CORIA, *Op.cit.*, p. 147.

²⁵¹ PERÚ: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal Especial. Exp. No. A.V. 19-2001. Apartado No. 724, pie de página 1051.

²⁵² FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *Op.cit.*, p. 93, pone de presente que en la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones argentina se recurre a la tesis según la cual el dominio del hombre de atrás no recae específicamente en el ejecutor directo sino sobre la estructura que permite que dicho ejecutor pueda ser reemplazado.

En relación con los elementos constitutivos de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, la Corte Suprema de Justicia parte de un presupuesto general comprendido por la existencia de una organización estructurada²⁵³ en la que se distinguen como características fundamentales la asignación de roles típicos de una estructura vertical y jerarquizada diferente a la división de trabajo propia de coautoría. También señala como elemento central de la organización el automatismo funcional que permite que las órdenes sean cumplidas por los subordinados sin la necesidad del previo conocimiento entre aquellos y estos. El alto tribunal se refiere de manera general a una “serie de mecanismos que interactúan al interior y desde el exterior de la estructura de poder” que permiten que la organización garantice el logro de sus objetivos criminales. Sin embargo, la Corte no explica cuáles y cómo funcionan dichos mecanismos.

Respecto a los elementos específicos del dominio de la organización²⁵⁴, la Corte procede a clasificarlos metodológicamente en objetivos y subjetivos(niveles). Entre los primeros incluye el poder de mando y la desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico, y entre los segundos, la fungibilidad del ejecutor mediato y la elevada disponibilidad del ejecutor hacia el hecho. Según el alto tribunal son los elementos objetivos aquellos sobre los que se asienta el dominio de la organización. Por su parte, los elementos subjetivos son consecuencia directa de la naturaleza automática de la organización conjugándose el grado de disposición al hecho y la intercambiabilidad.

De acuerdo con el tribunal peruano, el poder de mando²⁵⁵ es la capacidad que tienen los miembros del nivel estratégico “de impartir órdenes y asignar roles” a los miembros subordinados. Este poder proviene de factores tales como la autoridad y el liderazgo, entre otros, y se manifiesta por medio de órdenes que pueden ser tanto explícitas como implícitas y no se requiere recurrir a la coacción ni al engaño pues debe entenderse que el ejecutor comparte los objetivos delictivos de la organización.

²⁵³ PERÚ: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal Especial. Exp. No. A.V. 19-2001. Apartado No. 726.

²⁵⁴ PERÚ: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal Especial. Exp. No. A.V. 19-2001. Apartados Nos. 727-728.

²⁵⁵ PERÚ: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal Especial. Exp. No. A.V. 19-2001. Apartado No. 729.

Las formas de poder de mando se manifiestan siempre en línea vertical²⁵⁶ y se clasifican de acuerdo con el nivel al que pertenece quien expide la orden. Así, la primera de ellas se refiere a la que proviene de los niveles estratégicos superiores hacia los niveles intermedios. Por su parte, el segundo nivel está constituido por aquel que se ejerce desde los niveles intermedios hacia los ejecutores materiales. De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia peruana, existe una diferencia en el dominio de la organización de los niveles superiores que al tener un control sobre el conjunto de la organización tiene un dominio total, mientras que el dominio de los niveles intermedios es parcial pues sólo tienen control sobre la parte que está subordinada a ellos. Este dominio escalonado, como se pudo ver en el primer capítulo, es aceptado por ROXIN y ha sido aplicado en el caso EICHMANN y también ha dado lugar a diferentes objeciones, entre ellas la de AMBOS, para quien el dominio absoluto lo tiene el vértice de la organización mientras que en los grados intermedios puede aplicarse coautoría.

La Corte Suprema del Perú asume entonces que puede darse responsabilidad en autoría mediata aun en niveles intermedios²⁵⁷ y no sólo en la parte más alta de la estructura de poder²⁵⁸. Así, el alto tribunal considera que es aplicable el argumento sostenido en el caso EICHMANN donde este funcionario nazi a pesar de no contar con pleno control en la organización, tenía poder sobre un segmento importante de la misma; sin embargo, su responsabilidad no es comparable con la de aquellos que tienen en su poder el control total de la estructura criminal quienes proporcionalmente tendrán mayor responsabilidad en virtud de su mayor capacidad para afectar o poner en peligro bienes jurídicos (perspectiva *top down*); línea argumentativa ya sostenida por el Tribunal Supremo alemán en el caso de los tiradores del muro de Berlín.

El alto tribunal señala que además de estas formas de responsabilidad debe considerarse que tendrá en todo caso mayor reproche penal quien utiliza la institucionalidad formal para cometer delitos; es decir, quien estando en posiciones

²⁵⁶ PERÚ: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal Especial. Exp. No. A.V. 19-2001. Apartado No. 730.

²⁵⁷ De acuerdo con FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, *Op.cit.*, pp. 44-45, en el caso argentino el Tribunal Federal aplica el dominio de la organización tal como lo ha planteado ROXIN según el cual aquel puede presentarse en una cadena de autores, pues el fallo ordena poner en conocimiento del comando de las Fuerzas Armadas de Argentina para la respectiva condena de todos aquellos que ocuparon puestos de decisión diferentes a los acusados principales en la lucha contra la subversión. La autora asimila esta tesis al caso EICHMANN en el que el funcionario alemán tenía un cargo intermedio y no participó directamente en la ejecución de los crímenes ni en la toma de decisiones pero que en todo caso tenía poder de mando sobre un vasto sector de la organización.

²⁵⁸ PERÚ: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal Especial. Exp. No. A.V. 19-2001. Apartado No. 731.

altas en un Estado se vale de la legitimidad para delinquir, pues resulta más complicado identificar y prevenir esa forma de criminalidad.

La distinción que hace la Corte Suprema peruana entre autoría mediata y responsabilidad del superior jerárquico²⁵⁹ es coherente si se atiende a los elementos propios del dominio de la organización y al hecho de que la responsabilidad del superior surge a partir de omisiones, a diferencia de la autoría mediata en la que el autor de atrás responde típicamente por acciones. Esta distinción dogmática entre las dos figuras ha sido manifestada también por la doctrina²⁶⁰.

En efecto, si bien AMBOS²⁶¹ acepta la decisión de la Corte peruana de rechazar la figura de la responsabilidad del superior en virtud de que esta se refiere a omisiones cuando la responsabilidad de Alberto FUJIMORI lo es por acción, pone de presente que la Sala no analiza el tema de la situación especial del dirigente peruano que como presidente de la República ostentaba una posición de garante, lo cual implicaba que por acción u omisión debía responder a título de autor.

La anterior objeción del autor alemán no es del todo acertada pues la misma Corte acepta que un mayor reproche le cabe a quien estando en una posición de poder legítimamente constituida se aprovecha de la misma para cometer delitos, es decir que en esencia el alto tribunal acepta que Alberto FUJIMORI tendría mayor responsabilidad por la especial posición de poder que ostentaba, es decir, una forma de posición de garantía frente a los bienes jurídicos de la sociedad. Aunque debe reconocerse que el Tribunal no extrae todas las consecuencias de este argumento, como lo señala JAKOBS.

Según JAKOBS²⁶², FUJIMORI, como jefe de Estado, tenía una posición de garante en cuanto encargado de velar por el cumplimiento de la legalidad dentro del Estado. FUJIMORI no sólo vulneró estos deberes sino que de manera activa orquestó la comisión de hechos punibles. En consecuencia, el ex presidente peruano violó tanto los deberes negativos como los positivos. Por tanto el tema de definir y

²⁵⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal Especial. Exp. No. A.V. 19-2001. Apartado No. 743.

²⁶⁰ ROXIN, *Apuntes sobre la sentencia-FUJIMORI de la Corte Suprema del Perú, Op.cit.*, p. 101, llama la atención acerca de la distinción que el alto tribunal peruano hace entre autoría mediata y responsabilidad del superior en el derecho penal internacional por estar esta última fundamentada en una omisión.

²⁶¹ AMBOS, *Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex presidente peruano Alberto FUJIMORI, Op.cit.*, p. 86.

²⁶² JAKOBS, *Sobre la autoría del acusado Alberto FUJIMORI, Op.cit.*, pp. 111-114.

constatar tal infracción de deber está por encima de que la imputación se haga por coautoría o autoría mediata que son temas accesorios.

Para poder distinguir en la estructura de naturaleza vertical las formas de intervención, se señala en la sentencia²⁶³ que será autor quien tenga el poder de poner en funcionamiento la estructura criminal a través de órdenes, sin importar que sea de nivel superior o medio. En cambio será partícipe quien sin tener la facultad de iniciar los procesos reglados de la estructura, facilita la comisión de crímenes. El término mando estará asociado siempre, según la sentencia, a la figura del autor. La justificación con miras a una exoneración de que los mandos medios se encargan sólo de transmitir la orden, no es aceptable pues estos eslabones tienen efectivamente poder de decisión y colaboran como tales en la comisión de hechos punibles.

Según la Corte Suprema peruana el poder de mando se manifiesta a través de órdenes²⁶⁴, las cuales pueden ser verbales o escritas, e incluso se pueden presentar en forma de signos o gestos. Según el alto tribunal, se presentan en dos planos. En el primero están aquellas de tipo formal como las disposiciones, directivas y mandatos y se presentan por lo general en estructuras de poder que siendo legítimas manifiestan una progresiva transformación hacia formas criminales, como lo que sucedió, por ejemplo, con las juntas militares argentinas. Por otro lado, están las órdenes de segundo plano donde lo importante es su “efectividad material” o su contenido específico y entre ellas se pueden encontrar las “señales, expresiones, gesticulaciones, acciones concretas o expresiones afines de distinta índole”. Este tipo de órdenes son típicas en aparatos de poder constituidos con fines delictivos, como las organizaciones terroristas, por ejemplo, Sendero Luminoso.

El otro elemento objetivo que aborda la Corte peruana es el referido al apartamiento del derecho²⁶⁵. Como derecho el Tribunal considera sólo el orden jurídico positivo, de manera tal que sale a las críticas de quienes sostienen que el concepto de derecho es muy amplio como para poder fundamentar el dominio de la organización²⁶⁶.

²⁶³ PERÚ: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal Especial. Exp. No. A.V. 19-2001. Apartado No. 731-3.

²⁶⁴ PERÚ: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal Especial. Exp. No. A.V. 19-2001. Apartado No. 732.

²⁶⁵ PERÚ: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal Especial. Exp. No. A.V. 19-2001. Apartado No. 733.

²⁶⁶ En el caso contra Abimael GUZMÁN la defensa alegó que la figura de la autoría mediata no podía ser aplicada en este caso debido a que la organización criminal no era de naturaleza estatal por lo que los subordinados no estaban en obligación de cumplir las directrices de la máxima autoridad y que por tanto

En este sentido explica MEINI²⁶⁷ que si por ordenamiento jurídico se entiende el conjunto de normas vigentes, no podrán considerarse las manifestaciones de poder de facto (dictaduras) como separadas del derecho en virtud de la fachada de legalidad que ostentan. Asimismo, si por derecho se entiende los “valores y principios” que rigen la sociedad en un momento determinado, serán considerados no sólo los delitos cometidos desde las organizaciones criminales sino todo tipo de delito e incluso las infracciones menores.

Por esta razón el concepto de apartamiento del derecho para este autor peruano no puede fundamentar la autoría mediata. En todo caso, sostiene que el criterio de la desvinculación del derecho tendría alguna influencia en la determinación de la responsabilidad del ejecutor directo pues es quien debe aceptar o no la orden ilícita. Sin embargo, el criterio no tiene importancia cuando se trata del autor mediato ya que este no tiene en sus manos la ejecución del hecho²⁶⁸.

Por su parte GARCÍA CAVERO²⁶⁹ sostiene que el requisito de la marginalidad del derecho no puede verificarse en las acciones o actos de la organización que, como es obvio, deben ser ilegales, sino en los métodos y medios que tiene la organización para alcanzar sus fines, que en el caso FUJIMORI se concretaron en la creación de un grupo terrorista con el fin de cometer asesinatos selectivos.

Por otra parte, como se explicó en el primer capítulo, el alto tribunal sigue la postura de ROXIN y de FARALDO CABANA según la cual también el sistema jurídico internacional hace parte del ordenamiento jurídico, argumento que ha sido

la responsabilidad no era trasladable al hombre de atrás, es decir, a Abimael GUZMÁN. Sin embargo, dicho alegato fue rechazado en la instancia como en la Corte Suprema, en virtud de que la teoría de ROXIN no ha sido circunscrita a eventos en los que la organización se encuentra vinculada al Estado. Es más, en el planeamiento original de la doctrina de los aparatos de poder, es claro que uno de los requisitos es el marginamiento del derecho. MUÑOZ CONDE Y OLÁSULO ALONSO, *La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en América Latina y España*, *Op.cit.*, pp. 31-32. De acuerdo con CARO CORIA, *Sobre la punición del ex presidente Alberto FUJIMORI FUJIMORI como autor mediato de una organización criminal estatal*, *Op.cit.* p. 148, uno de los avances de la sentencia en el caso Abimael GUZMÁN es la confirmación de la posibilidad de aplicar la teoría de los aparatos organizados de poder a organizaciones no estatales como los grupos dedicados a actos terroristas.

²⁶⁷ MEINI, Iván, “El caso peruano”, en *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, Bogotá, Temis-Georg August Universität Göttingen, 2008, pp. 134-135.

²⁶⁸ MEINI, Iván, “El dominio de la organización de FUJIMORI. Comentario a la sentencia del 7 de abril de 2009”, en *La autoría mediata. El caso FUJIMORI*, Lima, Ara editores, 2010, p. 222.

²⁶⁹ GARCÍA CAVERO, Percy, “La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder: el caso de Alberto FUJIMORI”, en *La autoría mediata. El caso FUJIMORI*, Lima, Ara editores, 2010, p. 205.

rechazado por AMBOS, según el cual esta normatividad no permite fundamentar el dominio de la organización.

De acuerdo con la sentencia existen dos formas de desvinculación del ordenamiento jurídico en la criminalidad estatal²⁷⁰. La primera se presenta cuando el nivel superior de la organización crea un ordenamiento jurídico paralelo con el fin de facilitar el logro de los objetivos criminales. La segunda es característica de aquellos Estados donde la marginalidad del derecho se presenta en forma gradual y para la comisión de ciertos crímenes. Según la sentencia, esta última forma de desvinculación representa mayor peligro pues se utiliza de forma subrepticia la legitimidad de las instituciones y sus objetivos delictivos no son fácilmente detectables.

Con relación a los elementos subjetivos del dominio de la organización, la Corte peruana incluye en estos a la fungibilidad y a la predisposición a la realización del hecho ilícito. Según la interpretación de la Corte, el primer elemento, la fungibilidad²⁷¹ o intercambiabilidad, no depende de la realización del hecho punible por parte del autor directo sino de la específica forma como está integrada la organización. Esta postura no resulta coherente pues al incluir en los requisitos subjetivos a la fungibilidad y argumentar que dicho elemento no depende del ejecutor si no de la estructura reconoce tácitamente que es un criterio objetivo.

La fungibilidad es dividida por la Corte en negativa y positiva. La primera²⁷² se refiere al concepto tradicional de fungibilidad según el cual el rechazo del ejecutor directo a realizar el hecho no malogra el cometido criminal de la organización pues existirá otro miembro que lo realizará, lo cual es posible en virtud de “lo decisivo de la conducción del aparato; y, luego por la vinculación, la pertenencia y la subordinación por parte del ejecutor a la jerarquía de este aparato”. Por su parte la fungibilidad positiva²⁷³ tiene que ver con la posibilidad que tiene el mando superior de una estructura de poder escoger la opción más idónea para el cumplimiento de las órdenes.

²⁷⁰ PERÚ: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal Especial. Exp. No. A.V. 19-2001. Apartado No. 735-4.

²⁷¹ PERÚ: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal Especial. Exp. No. A.V. 19-2001. Apartado No. 737.

²⁷² PERÚ: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal Especial. Exp. No. A.V. 19-2001. Apartado No. 738-1.

²⁷³ PERÚ: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal Especial. Exp. No. A.V. 19-2001. Apartado No. 738-3.

Si bien este requisito de la teoría de ROXIN se ha ido consolidando tal como quedó establecido en el primer capítulo de este trabajo, no está exento de críticas. En efecto, se ha sostenido que debido a que el personal de confianza es utilizado para la comisión de los crímenes, la intercambiabilidad no resulta clara pues este personal no es fácilmente reemplazable²⁷⁴.

Como quedó establecido en el primer capítulo, se ha criticado la posibilidad de que la fungibilidad sea un elemento constitutivo del dominio de la organización. Este elemento a lo sumo podrá ser una característica de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder pero no un elemento de la esencia²⁷⁵, pues tal criterio hace depender la ejecución del hecho de la actuación de un tercero, no del ejecutor directo²⁷⁶.

Otro aspecto crítico de la fungibilidad es su supuesta naturaleza sucesiva. En el caso contra Abimael GUZMÁN REINOSO, la Corte Suprema se pronunció respecto de la fungibilidad aceptando que es un elemento esencial del dominio de la organización y sosteniendo que su característica sobresaliente es ser sucesiva en el sentido de que un hecho no ejecutado la primera vez puede ser intentado hasta que el mismo se lleve a cabo. Esta postura ha sido objeto de críticas pues no permite distinguir con claridad si en una determinada organización el hombre de atrás posee o no el dominio del hecho²⁷⁷. En este sentido MEINI²⁷⁸ ha rechazado la fungibilidad sucesiva pues en esta no se verifica la comisión concreta de un delito sino sólo la posibilidad de que este se cometa, lo que no puede, entonces, fundamentar el dominio de la organización. Siendo ambas, la fungibilidad sucesiva y la simultánea sólo “datos estadísticos” que no pueden constituir un elemento del dominio de la organización.

El segundo elemento de naturaleza subjetiva que trata el alto tribunal peruano es la predisposición a la realización del hecho ilícito²⁷⁹. Según la sentencia, este criterio se refiere a la inclinación psicológica de los integrantes de la organización a realizar las órdenes debido a su sometimiento a la estructura, la subordinación y la aceptación de los objetivos criminales de la misma. De acuerdo con la

²⁷⁴ SCHROEDER, *OP.CIT.*, p. 122. En igual sentido MEINI, *El dominio de la organización de FUJIMORI*, *Op.cit.*, pp. 225-226.

²⁷⁵ MEINI, *El dominio de la organización de FUJIMORI*, *Op.cit.*, p. 225.

²⁷⁶ MEINI, *El caso peruano*, *Op.cit.*, p.136.

²⁷⁷ MUÑOZ CONDE y OLÁSULO ALONSO, *Op.cit.*, p. 34.

²⁷⁸ MEINI, *El caso peruano*, *Op.cit.*, pp. 144-145.

²⁷⁹ PERÚ: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal Especial. Exp. No. A.V. 19-2001. Apartado No. 740.

sentencia, tal predisposición es más evidente en aquellas organizaciones de origen estatal, pero separadas del derecho pues el destinatario de las órdenes no se verá motivado por las normas propias del Estado de derecho; por tal razón, resulta difícil aplicar el dominio por organización a la criminalidad empresarial ya que tales organizaciones no están concebidas para actuar como un todo al margen del derecho y sus miembros en principio no se adhieren a una filosofía criminal.

De acuerdo con SCHROEDER²⁸⁰ la expresión “líder ordena, nosotros te seguimos” traduce la disposición del ejecutor a la comisión del crimen que es aprovechada por el hombre de atrás para ordenar su plan criminal. Para este autor debe rechazarse la fungibilidad o posibilidad de intercambio de los ejecutores como fundamento del dominio, debido a la dificultad que implica iniciarse en una organización criminal que requiere una formación especial lo cual no facilita el reemplazo, además de que se evidencia en estas organizaciones un “lento acomodo” de los individuos una vez ingresan, lo que representa un serio obstáculo para el cumplimiento automático de las órdenes. En consecuencia, la fungibilidad facilita la obtención de individuos dispuestos al hecho pero como tal no fundamenta el dominio del hombre de atrás, siendo sólo un medio para lograrlo.

Un criterio similar apoya BOLEA BARDÓN²⁸¹ para quien este elemento es un “dato relevante” en la medida en que permite que la estructura organizada de poder tenga un funcionamiento casi automático, es decir que el hombre de atrás cuente con el cumplimiento de la orden.

La predisposición al hecho, como se vio, junto con la fungibilidad, fueron aplicados en la sentencia del Tribunal Superior alemán en el caso de los disparos del muro. No obstante, aquel criterio ha sido objeto de diversas críticas, las cuales en esencia sostienen que no tiene la capacidad de fundamentar el dominio del hecho. Según FERNÁNDEZ IBÁÑEZ²⁸² si bien el sujeto está dispuesto por regla general al cumplimiento de órdenes criminales, esto de por sí no garantiza la incondicionalidad del ejecutor pues no asegura que esté decidido a la comisión de un hecho concreto debido a que siempre dependerá de una orden específica para determinar su voluntad. Además, sostiene esta autora, esta inclinación hacia el hecho punible no es característica exclusiva de organizaciones criminales, ya que

²⁸⁰ SCHROEDER, *Op.cit.*, pp. 117-118.

²⁸¹ BOLEA BARDÓN, *Op.cit.*, p. 395.

²⁸² FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *Op.cit.*, p. 211.

es completamente posible que se presente en individuos ajenos a estas, por lo que no se puede tener como un elemento determinante del dominio del hecho²⁸³.

FARALDO CABANA²⁸⁴ también rechaza este requisito ya que para ella no resulta trascendente en organizaciones criminales en las que la desobediencia de una orden no conlleva al fracaso del plan criminal, pues siempre será posible recurrir al reemplazo siendo, entonces, la fungibilidad el elemento central. También sostiene esta autora que la incondicionada disposición del ejecutor puede darse en la inducción, con lo cual se puede decir que no es un elemento que permita diferenciar autoría e instigación.

Este requisito ha dividido las opiniones en Perú. Para MEINI²⁸⁵ la razón por la cual el hombre de adelante lleva a cabo el plan criminal o es reemplazado por otro que de todos modos lo realizará, es precisamente la predisposición a la comisión de hechos punibles. Por tanto este requisito es un verdadero elemento de la esencia del dominio de la organización pues no es una “expectativa de comportamiento futuro” sino una relación concreta entre el hombre de atrás y el ejecutor directo y no entre aquel y un tercero que no participa en el delito tal como sucede en la fungibilidad. Esta predisposición está determinada por el poder del hombre de atrás quien se vale de ella para llevar a cabo sus fines. De esta manera, según MEINI²⁸⁶, el hecho de que una persona se incorpore a una organización criminal da a entender que se encuentra dispuesta a cumplir las órdenes que se le impartan; sin embargo, sostiene que la disposición al hecho sólo comprende aquellas conductas que regularmente se llevan a cabo en la organización, siendo de esta manera difícil imputar autoría mediata si se le ordena cumplir con mandados que no son propios de la organización, pues sus motivaciones no serán en virtud de la subordinación y pertenencia al grupo.

En contra de esta postura está PARIONA ARANA²⁸⁷ para quien en el dominio de la organización no es determinante la relación existente entre el hombre de atrás y el ejecutor directo, sino aquella existente entre el dirigente y la estructura misma, con

²⁸³ *Ibid.*, p. 236.

²⁸⁴ FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, *Op.cit.*, p. 77.

²⁸⁵ MEINI, *El caso peruano*, *Op.cit.*, p. 138.

²⁸⁶ MEINI, *El dominio de la organización de FUJIMORI*, *Op.cit.*, p. 229. En el caso contra Abimael GUZMÁN, La Sala Penal Nacional rechazó la fungibilidad, la que puede sólo aumentar la probabilidad del cumplimiento de las órdenes, y en cambio consideró como elemento central del dominio de la organización la disposición al hecho de los ejecutores, debido a su concepción ideológica la cual es aprovechada por el hombre de atrás. MUÑOZ CONDE y OLÁSULO ALONSO, *Op.cit.*, pp. 32-33.

²⁸⁷ PARIONA ARANA, Raúl, *Autoría mediata por organización. Consideraciones sobre su fundamentación y aplicación*, Lima, Grijley, 2009, p. 63.

lo cual se puede decir que no tiene mayor importancia el hecho de que el ejecutor directo esté o no impulsado a cometer el crimen. Además, el criterio de la predisposición al hecho no sólo plantea una distinción meramente subjetiva entre autoría e instigación sino que difumina la distinción entre estos dos fenómenos toda vez que en ambas se presenta una clara disposición al hecho²⁸⁸.

Se opone a la postura de SCHROEDER, seguida por MEINI, según la cual la posibilidad del reemplazo de los ejecutores directos en caso de incumplimiento de la orden viene dada por la disposición de los miembros de la organización a cometer crímenes, ya que previa a la supuesta inclinación al hecho está la posibilidad de intercambio de ejecutores evasivos, es decir, la fungibilidad, siendo este elemento importante porque permite el reemplazo del ejecutor, independiente de que esté o no dispuesto al hecho²⁸⁹.

La circunstancia constatable, según el autor²⁹⁰, de que la disposición al hecho no es un elemento constitutivo del dominio de la organización son los crímenes cometidos durante la Alemania nazi en donde, a pesar de que los sujetos no estaban dispuestos a cometerlos, los ejecutaban por motivos diversos (temor a represalias, posibilidad de ascenso, etcétera). Recalca este autor que lo indispensable en los aparatos organizados de poder es precisamente el dominio del hombre de atrás sobre la organización y no la disposición al hecho que junto con la fungibilidad puede o no darse. Con el dominio de la organización debe darse también el apartamiento del derecho pues este requisito permite que las órdenes ilícitas tengan un carácter vinculante.

Concluye la Corte²⁹¹ que está probado en el caso que el ex presidente del Perú Alberto FUJIMORI no sólo tenía poder de mando sobre la organización criminal (SINA), creada para cometer los delitos en el marco de la política antisubversiva, sino que la utilizó para llevarlos a cabo. Además están acreditados los requisitos de la fungibilidad, la disposición al hecho y el carácter jerárquico de las relaciones entre el hombre de atrás y los ejecutores directos, lo que excluye la coautoría. Por último, la Corte sostiene que el dominio de los autores mediatos se ejerce sobre el

²⁸⁸ Ibid., p. 69.

²⁸⁹ Ibid., p. 70.

²⁹⁰ PARIONA ARANA, Raúl, “La autoría mediata por organización en la sentencia contra FUJIMORI”, en *La autoría mediata*, Lima, Ara editores, 2010, pp. 246-248.

²⁹¹ PERÚ: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal Especial. Exp. No. A.V. 19-2001. Apartado No. 745.

aparato en sí²⁹²; línea argumentativa mantenida también por algún sector de la doctrina²⁹³ según la cual el dominio no debe verificarse en los ejecutores sino en la organización misma, solución que resulta apropiada con miras a superar el principio de responsabilidad, pues al no tener en cuenta ya al autor directo no importará si actúa o no de manera responsable. Esta argumentación habría sido aplicada por el Tribunal argentino en el caso de las juntas militares.

Una postura contraria a la conclusión de la Corte Suprema de Perú de aplicar la autoría mediata la mantiene JAKOBS²⁹⁴ debido a que los ejecutores directos serían sujetos completamente responsables, dando lugar en cambio a la posibilidad de aplicarse la coautoría o la inducción.

Ante la objeción de que en las estructuras criminales jerarquizadas no es posible aplicar la coautoría por estar el hombre de atrás en la imposibilidad de intervenir en la fase ejecutiva, JAKOBS²⁹⁵ responde que el coautor no es responsable sólo por lo que hace de propia mano sino por su aporte al hecho total. Frente a la crítica de que en los aparatos organizados de poder no existe común acuerdo entre los diferentes intervinientes como para alegar una posible coautoría, responde JAKOBS que no se trata de una “comunidad de corazones” sino de una “división de trabajo” que tiene naturaleza objetiva; es decir que, independientemente de las intenciones, lo determinante es que socialmente la intervención sea vista como aquella que permite la realización satisfactoria del hecho punible aun sin necesidad de un común acuerdo, con lo cual se desvincula del tema de la imputación el elemento netamente fáctico, igualando así jurídicamente a todos los intervinientes.

En una línea similar a la de JAKOBS, para GARCÍA CAVERO²⁹⁶ la teoría de los aparatos organizados de poder es artificiosa y no existe ningún obstáculo para aplicar coautoría cuando se presenta una estructura de poder en la que una o varias personas toman decisiones que otros ejecutan, a pesar de la objeción de la falta de intervención en la etapa ejecutiva, la cual, según el autor peruano, tiene

²⁹² PERÚ: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal Especial. Exp. No. A.V. 19-2001. Apartado No. 748.

²⁹³ PARIONA ARANA, *Autoría mediata por organización*, *Op.cit.*, p. 59.

²⁹⁴ JAKOBS, *Sobre la autoría del acusado Alberto FUJIMORI FUJIMORI*, *Op.cit.*, p. 106. Por su parte HERZBERG, *Op.cit.*, p. 138, rechaza la fórmula de la autoría mediata y propone la inducción en la medida en que está comprobado que FUJIMORI determinó a otros a cometer los hechos.

²⁹⁵ *Ibid.*, pp. 108-111.

²⁹⁶ GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Lima, Grijley, 2008, pp. 571-572.

razón de ser en una concepción naturalista de la autoría, pero no es de recibo en una de tipo normativista en la que lo esencial no es la ejecución a propia mano sino la importancia de la intervención en el hecho global.

En contra de lo previsto en el caso de Alberto FUJIMORI, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Perú (providencia de 20 de julio de 2012) en el fallo sobre el grupo Colina en Barrios Altos donde fueron condenadas 15 personas acusadas de ejecuciones extrajudiciales, se aparta del criterio de la autoría mediata. En esta decisión, la Corte considera que los delitos cometidos por el Destacamento Colina no son de lesa humanidad por una supuesta falta de sistematicidad²⁹⁷. Asimismo, la Corte se opone a la autoría mediata toda vez que el subordinado de un aparato de poder no tiene el carácter de instrumento (providencia de 20 de julio de 2012, párrafo 204). En consecuencia, en estos casos, cuando el ejecutor no está en error, coaccionado o no es inimputable, la imputación del hombre de atrás debe ser a título de inductor. Sin embargo, el Tribunal declara que los miembros con poder de decisión de la organización son coautores, pues estos “aportan la decisión y los ejecutores la ejecución, siendo ambos responsables penalmente”.

La coautoría, según la Sala Permanente de la Corte Suprema peruana, no requiere de la participación directa en la ejecución del hecho (providencia de 20 de julio de 2012, párrafo 206), tampoco considera como requisito de esta figura el acuerdo común, siendo determinante para su imputación, la importancia del aporte (providencia de 20 de julio de 2012, párrafo 207).

Por tanto en esta providencia el máximo órgano de la justicia peruana se margina de los postulados señalados en la sentencia contra Alberto FUJIMORI y considera que la estructura de imputación no debe ser la autoría mediata sino la coautoría siguiendo el análisis hecho por JAKOBS, quien se inclina por esta figura en virtud del principio de responsabilidad. De acuerdo con la decisión en comento, la coautoría se imputaría a toda la estructura, poniendo en un mismo nivel a directores de la organización y a los ejecutores, relación que de acuerdo con la doctrina se acompasa más con la autoría mediata²⁹⁸.

²⁹⁷ La Corte Interamericana solicitó, mediante resolución de septiembre 7 de 2012, que este fallo fuera anulado por el incumplimiento de la obligación a investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos. El 27 de septiembre la Corte Suprema de Justicia anuló la sentencia.

²⁹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco, “La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado”, en *Revista penal*, No. 31, 2013, pp. 171-189.

2.3.2 Las juntas militares en Argentina²⁹⁹

Argentina fue uno de los primeros países en Latinoamérica en aplicar la teoría de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, lo cual llevo a que el tema estuviera en primera línea de discusión hace ya casi tres décadas.

Un ejemplo de ello es la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal del año 1984, en el juicio contra los comandantes de las juntas militares argentinas que gobernaron dicha nación entre los años 1976 y 1983. En aquella ocasión el Tribunal se propuso establecer el título de imputación de los comandantes por los crímenes cometidos por los subordinados en cumplimiento de sus órdenes ilícitas en el marco de la política contrainsurgente³⁰⁰, partiendo del hecho de que ninguno de aquellos intervino directamente en la comisión de los delitos.

El Tribunal advierte que de seguirse el principio de responsabilidad (según autores como JESCHEK y WESSEL) deberá aplicarse la inducción y no la autoría mediata, cuya principal distinción se encuentra precisamente en el inicio de ejecución del hecho. En efecto, en la autoría se dará el inicio de ejecución dando la orden o empezando a actuar, en cambio en la inducción, sólo existirá inicio de ejecución con el obrar del inducido.

²⁹⁹ Las normas referidas a la autoría y la participación en el Código Penal y de Justicia Penal argentino son las siguientes:

Código Penal, artículo 45, Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo.

Código de Justicia Militar, artículo 513, En los delitos de la jurisdicción militar, la participación será considerada y reprimida según las reglas del Código Penal, salvo los casos expresamente previstos por este Código, para determinadas infracciones.

artículo 514, Cuando se haya cometido delito por la ejecución de una orden de servicio, el superior que la hubiere dado será el único responsable, y sólo será considerado cómplice el inferior, cuando este se hubiere excedido en el cumplimiento de dicha orden.

³⁰⁰ 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 descripto anteriormente en la clandestinidad más absoluta, para lo cual los secuestradores debían ocultar su identidad; 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”. Tomado de <http://www.derechos.org/nizkor/arg/causa13/consid7.html>.

Debe observarse que el Tribunal se separa del principio de responsabilidad en el que el sujeto central de la acción es el ejecutor directo, y en cambio se ocupa de aquellos que de una u otra forma dominan el hecho; es decir, de aquellos que desde los puestos de poder de la organización disponen de la misma para la comisión de hechos punibles sin tener en cuenta si los autores directos eran responsables o no³⁰¹. Esta explicación también es la adoptada por la Corte Suprema del Perú en el caso del ex presidente Alberto FUJIMORI.

El Tribunal llama la atención acerca de que el régimen militar argentino apeló a una forma de combate a la subversión en la que las órdenes emitidas desde la cúpula se iban transmitiendo a través de la cadena de mando, dejando sin vigencia toda aquella normatividad que estuviera en contra de dichas órdenes, pero manteniendo aquella que no se opusiera a sus objetivos.

Asimismo existió un completo sistema destinado a lograr la impunidad de los crímenes³⁰², sistema que incluía la negación de lo ocurrido, mantener al margen a los medios de comunicación que querían conocer la verdad acerca de las desapariciones, así como entregar partes falsos con relación a lo acontecido y el incriminar a los grupos subversivos de los crímenes cometidos por los militares.

De acuerdo con esto, el Tribunal deduce que los militares a cargo de las juntas actuaron de manera orquestada y que no fue la decisión de un solo individuo. Poner en marcha un plan de tal magnitud implica tener el dominio del acontecimiento, además de tener en su poder los organismos de seguridad encargados de prevenir los delitos, con lo cual se garantizaron el dominio completo del Estado³⁰³.

Según lo anterior, el Tribunal concluye que al no depender del ejecutor directo la suerte de las órdenes ilícitas, resulta superfluo fundamentar el dominio del hecho en su comportamiento ya que son integrantes intercambiables en la organización, pues son los que se encuentran en el vértice de la estructura los que dominan la misma y, por tanto, tienen el poder de hacer cumplir las órdenes así los integrantes no estén dispuestos a cometer el crimen, pues en caso de negarse

³⁰¹ AMBOS, *El caso alemán, Op.cit.*, pp. 46-49.

³⁰² “Más aún, hubo otra circunstancia de vital importancia para el éxito de los planes ilegales y que sólo los procesados pudieron proporcionar: la impunidad. Adviértase que mientras este sistema se ponía en práctica, la sociedad seguía sometida al orden jurídico, la Constitución (con las limitaciones propias de un régimen de facto) estaba en vigor, al igual que el Código Penal, la policía detenía a los delincuentes y los jueces dictaban sentencias”. *Ibíd.*, p. 50.

³⁰³ *Ibíd.*, pp. 49-50.

serán reemplazados. Asimismo no resulta determinante, según el Tribunal, el conocimiento directo de las víctimas ni cada uno de los hechos particulares cometidos en desarrollo de la política antisubversiva pues bastaba con la existencia de esta directiva general para poder deducir las intenciones de la comandancia, la cual dejó en libertad a los cuadros medios e inferiores el proceder en los casos concretos. Sin embargo, no existe duda de que la alta comandancia tenía el poder sobre las decisiones tomadas porque cuando fue necesario suspendieron dicha política y la comisión de delitos.

Concluye el Tribunal que la imputación que corresponde al caso concreto es la de la autoría mediata de acuerdo con una interpretación del artículo 45 del Código Penal argentino según la cual la expresión “determinar a otro tiene un alcance más vasto que la mera instigación”³⁰⁴.

Igualmente, la Cámara Federal determinó que el caso era subsumible en la jurisdicción militar y en especial en el artículo 514 del Código de Justicia Militar³⁰⁵ en virtud de que de tal disposición se puede colegir que las órdenes proferidas lo habían sido en el marco del cumplimiento del servicio y en este caso particular en la lucha contra la guerrilla, y en tal medida consideró dicho Tribunal que se configuraba la autoría mediata³⁰⁶.

Por el contrario, la Corte Suprema de Argentina defendió la tesis de la participación accesoria (jueces CABALLERO y BELLUSCIO) y puso en duda la solución de la Cámara de derivar del artículo 514 del Código de Justicia Militar autoría mediata cuando se trata de una forma de responsabilidad del superior en virtud de la disciplina y la obediencia. Asimismo la Corte Suprema rechazó la tesis de que se trataba de delitos cometidos en cumplimiento de órdenes del servicio en razón de que estos tienen relación con la función y no con los “externos perpetrados en tiempo de paz, que atacan la vida o la libertad de las personas”³⁰⁷. Finalmente, los mencionados jueces consideraron que deducir autoría mediata del artículo 45³⁰⁸ del Código Penal argentino, del texto según el cual tendrán la misma

³⁰⁴ Ibid., p. 56.

³⁰⁵ Artículo 514, Código de Justicia Militar: “Cuando se haya cometido delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere dado será el único responsable, y sólo será considerado cómplice el inferior, cuando este se hubiere excedido en el cumplimiento de dicha orden”.

³⁰⁶ MALARINO, Ezequiel, “El caso argentino”, en *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, Bogotá, Temis-Georg August Universität Göttingen, 2008, p. 59.

³⁰⁷ Ibid., p. 64.

³⁰⁸ El texto completo de la norma es el siguiente: *Artículo. 45. Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido*

pena de los autores quienes hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo, vulnera el principio de legalidad pues no es una forma de autoría sino de participación (cooperación intelectual y material).

Es importante tener en cuenta que la Corte Suprema argentina, a diferencia de la Cámara Nacional de Apelaciones, rechazó la aplicación de la autoría mediata en virtud del principio de responsabilidad según el cual no puede existir esta forma de autoría cuando el ejecutor directo es plenamente responsable³⁰⁹.

Tanto el fallo de la Corte de Apelaciones como el de la Corte Suprema argentina han suscitado en los analistas diversas posiciones por lo menos con relación a tres temas fundamentales: el principio de responsabilidad, la legalidad de la fórmula de la autoría mediata y las consecuencias jurídicas de estos fallos.

Según la doctrina³¹⁰ fue por el principio de responsabilidad, la poca aceptación de la autoría mediata en Argentina y la vigencia de criterios objetivos formales de autoría que la Corte Suprema de Justicia dejó de aplicar la teoría de ROXIN³¹¹. De tal manera que la postura de la Corte según la cual el hombre de atrás debe tener en sus manos la realización del tipo penal (teoría objetivo-formal) ha sido cuestionada, pues precisamente la distancia entre el autor mediato y el hecho punible es la característica central de la figura del dominio de la organización. Además, la doctrina argentina ha venido interpretando que el artículo 45 del Código Penal no sólo contiene formas de participación sino también formas de autoría, entre las cuales debe entenderse incluida la autoría mediata³¹².

Con relación a la postura de la Corte según la cual no es posible la aplicación de la autoría mediata por faltar una norma expresa que lo autorice, Julio FIERRO³¹³ sostiene que el artículo 45 del Código Penal argentino, al señalar que será inductor quien determina a otro a cometer el hecho, no sólo establece esta forma de participación en el delito sino que puede interpretarse también como

cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo

³⁰⁹ MALARINO, *El caso argentino*, *Op.cit.*, pp. 64-65.

³¹⁰ RIGHI, que sigue el principio de responsabilidad, considera que estos casos deben ser tratados bajo la fórmula de la coautoría. RIGHI, Esteban, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2008, p. 387.

³¹¹ FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, *Op.cit.*, pp. 39-40. En igual sentido FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *Op.cit.*, p. 31.

³¹² AMBOS, *Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, *Op.cit.*, pp. 43-44.

³¹³ FIERRO, Guillermo Julio, *Teoría de la participación criminal*, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 370.

autoría mediata, ya que las formas de intervención en el delito son “dispositivos ampliatorios del tipo”, lo que simplifica el trabajo del legislador y del intérprete al permitir remitir a la figura de la parte general cuando esta no se encuentra en forma clara en la parte especial.

Aunque debe decirse que esta es la postura del autor en cuanto a la asimilación de la autoría mediata en general en la norma penal argentina correspondiente, porque en relación con la aplicación en concreto de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, este autor se muestra renuente pues considera que es una construcción “claramente doctrinal y extralegal” e “innecesaria” toda vez que se podía llegar a la misma sanción haciendo uso de la doctrina tradicional que se ha desarrollado en torno al artículo 45, sin necesidad de “forzar” el texto de la ley y concluye que, en el caso particular de las juntas militares, debió condenarse por complicidad necesaria con la misma pena del autor en razón de que los comandantes habrían facilitado los medios, dado instrucciones y garantizado la impunidad de los hechos³¹⁴.

Una postura similar respecto a la autoría mediata ha sostenido Carlos CREUS³¹⁵ para quien de la lectura del artículo 45 del Código Penal argentino se puede concluir que es posible aplicar la autoría mediata pues aunque la norma no lo estipula taxativamente se puede decir que no es necesario que el autor intervenga directamente en el hecho, lo cual sería una visión netamente fáctica o naturalista de la teoría de la participación; más bien, expone el autor, debe interpretarse de tal manera que se tenga al autor como aquel que interviene en el hecho típico no directamente sino también a través de terceros.

Para ZAFFARONI³¹⁶ tampoco existiría problema en acomodar la teoría de ROXIN al derecho penal argentino pues para el autor es claro que quien ordena es un determinador, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 45 del Código Penal. La diferencia estaría en que si se aplica autoría mediata la tentativa se daría desde el momento en que el hombre de atrás empieza a dar la orden, en cambio si se imputa inducción, la tentativa surgiría desde el momento en que ejecutor final empieza la realización del hecho. Sin embargo, este autor ha considerado que la tesis de ROXIN no presenta ventajas y que la solución puede darse a través de la coautoría o de la cooperación necesaria. También sostiene que la teoría de los

³¹⁴ Ibid., p. 395.

³¹⁵ CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Astrea, 2004, pp. 389-390.

³¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar-Temis, 2006, p. 615.

aparatos de poder puede generar una disminución de la importancia de la actuación del ejecutor directo, situación que puede ser utilizada para la toma de decisiones políticas inconvenientes.

Para LASCANO³¹⁷ no habría obstáculo alguno para aplicar la teoría de ROXIN en Argentina a pesar de que el artículo 45 del Código Penal no señala de manera taxativa esta figura, es más, ni siquiera consagra la autoría mediata, pues debe considerarse que dentro del término “determinadores”, contenido en dicha norma, están comprendidos también los autores y no sólo los instigadores o inductores, sin que esta interpretación vulnere la norma constitucional referida al principio de legalidad. Por tanto, serán determinadores también aquellos que, sin ser ejecutores, tienen el dominio del hecho a través del autor directo que puede ser responsable o no pero que está sometido al plan criminal del hombre de atrás. Lo anterior entonces permitiría que se aplicara autoría mediata en lugar de inducción siempre que se demuestre la existencia de la fungibilidad de los autores directos.

Por último, lo relacionado con los efectos y las consecuencias del fallo no previstos o no aceptados por los tribunales argentinos ha sido el centro de la crítica de SANCINETTI.

Este autor³¹⁸ habría propuesto en un principio, pero sin profundizar, que en estos casos se presenta una forma de coautoría vertical en la que tanto quien profiere las órdenes como quien las ejecuta codominan la realización. Pero dicho concepto no es claro pues la coautoría está asociada con relaciones de igualdad entre los intervinientes, es decir horizontales, mientras que SANCINETTI habla de coautoría vertical, lo cual resulta una contradicción. Además, no renuncia al concepto de autoría mediata al decir que en la relación que se presenta en estos casos hay un desnivel entre autores mediatos y directos, pero dentro de la estructura de una coautoría, lo que de por sí resulta confuso. Sería mejor sostener que existe una relación de coautoría horizontal entre los miembros de la cúpula de la organización y entre estos y los ejecutores una coautoría mediata. Posteriormente SANCINETTI³¹⁹ ha aceptado que la forma como se deben resolver estos casos es a través de la autoría mediata.

³¹⁷ LASCANO, Carlos Julio, “Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales”, en *El libro homenaje a Claus ROXIN. Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Facultad de derecho y ciencias sociales*, Argentina, Universidad de Córdoba, 2001, pp. 363-365.

³¹⁸ SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría del delito y desvalor de acción*, Buenos Aires, José Luis de Palma Editor, 2005, p.714.

³¹⁹ SANCINETTI, Marcelo A. y FERRANTE, Marcelo, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Buenos Aires, HAMMURABI, José Luis Depalma (editor), 1999, p. 314.

SANCINETTI³²⁰ advierte las consecuencias prácticas de aplicar en el caso de las juntas militares autoría mediata o alguna forma de participación. En efecto, en virtud del principio de accesoriedad si se imputa participación se necesitaría la prueba del principio de ejecución de parte del ejecutor directo para poder condenar al inductor o determinador, por lo menos cuando no se haya podido demostrar la consumación; en cambio, si se procede en virtud de la autoría mediata, no será necesario determinar el comienzo de ejecución, puesto que la accesoriedad no aplica aquí. La sola iniciativa u orden da lugar a la autoría. Sin embargo, el autor argentino le reprocha a la decisión de la justicia el no haber tenido en cuenta ninguna de estas consecuencias, ya que si bien se aplicó autoría mediata, los efectos fueron los de un régimen de accesoriedad que en la práctica significaba probar las actuaciones de los ejecutores para poder castigar al autor. Lo que significa que el concepto de autoría mediata no fue aplicado en todos sus alcances.

Por otro lado, SANCINETTI³²¹ critica el hecho de que la Cámara Federal haya renunciado a imputar cargos a los miembros de la junta por los hechos cometidos por los otros miembros en coautoría o en cooperación necesaria entre sí y en cambio haya procedido a imputar a cada uno de acuerdo con la fuerza que comandaba. Por el contrario, la tesis del fiscal del caso, fue solicitar la imputación de los tres miembros de la junta en responsabilidad compartida con los otros miembros por hechos cometidos por las tres fuerzas.

La tesis de la Cámara Federal no se ceñía a los hechos pues se comprobó que las tres fuerzas actuaron no como compartimentos estancos sino en forma armónica y coordinada, lo que ponía a los líderes de cada organización al tanto de lo que

³²⁰ Ibid., pp. 313-314.

³²¹ Ibid., p. 317. Alberto DONNA sigue a SANCINETTI en cuanto a que no debió haber distinción en la aplicación de las penas de acuerdo a la fuerza a la que pertenecía cada acusado. Para DONNA en principio no debe aceptarse la teoría del autor detrás del autor debido a que el ejecutor directo, al ser un sujeto libre y responsable, no permitiría que el hombre de atrás respondiera a título de autor en virtud de la prohibición de regreso, por tanto sostiene que “detrás de un autor libre sólo hay un instigador”. Sin embargo, considera posible su aplicación excepcionalmente cuando “el principio de tipicidad esté debilitado, esto es, cuando no existe Estado de derecho, como en el caso del estado nazi o régimen del STALIN”. DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal. Parte general*, t. V, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni editores, 2009, p. 388 y siguientes; el mismo, “El concepto de autoría mediata y la teoría de los aparatos organizados de poder de ROXIN”, en *El Libro homenaje a Claus ROXIN. Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Facultad de derecho y ciencias sociales*, Argentina, Universidad de Córdoba, 2001, p. 316 y siguientes.

pasaba en las otras fuerzas³²². Tal desatino en la decisión de la Cámara Federal conllevó a que, de manera absurda, se otorgaran penas tan disímiles³²³.

Por último, sostiene SANCINETTI³²⁴ que una de las consecuencias más desastrosas del fallo fue el no haber imputado a los miembros de la segunda y tercera junta por delitos cometidos por estos en las comandancias anteriores, en las que si bien no estaban en la cúspide, eran completamente conscientes de las políticas de lucha contra la subversión aplicadas por estas.

2.3.3 El asesinato de Orlando LETELIER en Washington³²⁵

Es importante tener en cuenta que los tribunales chilenos también se han referido al tema de la imputación de responsabilidad por la comisión de crímenes ordenados por la cúpula militar en la época de la dictadura.

Se trata de la sentencia de la Corte Suprema de Chile por la muerte del ex ministro de Relaciones Exteriores y de Defensa del gobierno de Salvador ALLENDE, Orlando LETELIER, en septiembre de 1976 en Washington, Estados Unidos.

El homicidio habría sido cometido por disposición de la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) la cual, a través de sus directores, contactó a un agente de la misma para que se trasladara a los Estados Unidos con el fin de dar muerte al ex funcionario de la administración ALLENDE, quien desde el extranjero se había convertido en un fuerte opositor a la dictadura militar de Augusto PINOCHET. El objetivo criminal fue cumplido por el agente de facto al colocar una bomba en el

³²² SANCINETTI y FERRANTE, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, *Op.cit.*, p. 317.

³²³ “En la primera junta, la ‘comunicabilidad horizontal’ habría conducido a una pena privativa de libertad perpetua para sus integrantes, mientras que la sentencia fue de reclusión perpetua para el teniente general VIDELA (Ejército), prisión perpetua para el almirante MASSERA (Armada) y prisión de cuatro años y seis meses, para el brigadier AGOSTI (Fuerza aérea). En la segunda junta habría conducido al menos a la pena mayor impuesta al teniente general VIOLA (Ejército), condenado a diecisiete años de prisión, en tanto que el almirante LAMBRUSCHINI lo fue a ocho años de prisión y el brigadier general Rubens GRAFFIGNA (Fuerza aérea), en cambio, absuelto”.SANCINETTI y FERRANTE, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, *Op.cit.*, p. 317.

³²⁴ *Ibid.*, p. 317.

³²⁵ Las normas referidas a la autoría y participación en el Código Penal chileno son las siguientes:
Artículo 15. Se consideran autores: 1. Los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite. 2. Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo. 3. Los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él.
Artículo 16. Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos.

automóvil donde se desplazaba el ex diplomático en compañía de su asistente personal, quien también falleció en el atentado.

El alto tribunal chileno parte de que el ejecutor material dependía directamente de la organización de inteligencia y que en virtud de ello existía una especie de “asimilación psicológica al aparato militar de la DINA y su consiguiente concepto de lealtad hacia esta”. Para la Corte Suprema de Chile, en este caso se presenta una relación jerárquica dentro de una estructura organizada de tipo militar en la que los que se encuentran en la cima utilizan el poder de mando para disponer la comisión de delitos sin importar la renuencia de los ejecutores directos, los cuales pueden ser reemplazados a conveniencia.

En virtud de lo anterior, al estar sometido a una cadena de mando, el ejecutor estaba “compelido” a la ejecución de las órdenes. Por tanto, de acuerdo con el fallo, son “responsables del delito de homicidio en calidad de coautores en razón de lo que preceptúa el artículo 15, número 2 del Código Penal, cuando define entre los autores de un delito, a los que fuerzan a otros a cometerlo”. Se excluye, entonces, la posibilidad de una inducción³²⁶ pues, de acuerdo con el fallo, tal figura requiere convencer a otra persona para la comisión de un delito y en este caso el ejecutor directo está lejos de poder pactar pues se encuentra sometido a una cadena de mando fuertemente jerarquizada³²⁷.

Respecto a lo anterior cabe decir que el alto tribunal chileno reconoce los elementos característicos del dominio de la organización, esto es, la jerarquía, el poder de mando y la fungibilidad, sin analizar el tema de la marginalidad al derecho del aparato organizado de poder.

Sin embargo, la Corte Suprema de Chile no es clara cuando, a pesar de hablar de la figura de autoría mediata, concluye que los acusados tienen una relación de coautoría. Como se sabe, la doctrina mayoritaria acepta que tales figuras no son asimilables, pues en la autoría existe un dominio del hecho a través de una tercera persona o aparato de poder, mientras que en la coautoría debe existir un dominio mediado por un acuerdo común y con intervención en la etapa ejecutiva, intervención que no existe en la autoría mediata. Debe decirse que podría existir

³²⁶ Para José Luis GUZMÁN la solución debió ser la inducción porque quienes ordenaron el homicidio no tuvieron injerencia directa en su ejecución por lo que no se les podría imputar autoría sino una forma de participación. GUZMÁN, José Luis, “El caso chileno”, en *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, Bogotá, Temis-Georg August Universität Göttingen, 2008, p.83.

³²⁷ *Ibíd.*, pp. 73-75.

coautoría mediata entre los miembros del comando del organismo de inteligencia que ordenaron el crimen, pues es fácil deducir que por lo menos existió un acuerdo previo entre personas del mismo rango, utilizando para la comisión de crímenes, la estructura de poder. Por otro lado, el fallo parece aceptar, por lo menos de una manera tácita, que el ejecutor directo tiene cierta disposición al hecho al hablar de que está psicológicamente vinculado a la organización y responde a la ascendencia del jefe de la DINA, lo que concuerda con la postura de ROXIN que ve este requisito como consecuencia de la peculiar naturaleza de la organización y de la gradual asimilación de sus miembros a la misma.

2.4 El dominio de la organización en el derecho penal internacional

2.4.1 Introducción

La aplicación de la teoría de los aparatos organizados de poder en el derecho penal internacional es un hecho novedoso, pues la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* apeló en el pasado reciente a formas diversas de imputación no fundamentadas en el dominio del hecho.

Puede decirse entonces que ha sido la Corte Penal Internacional (CPI) la que en diferentes decisiones y de manera paulatina ha desarrollado con algunos matices la teoría del dominio de la organización alejándose poco a poco de criterios subjetivos o unitarios de autor como los aplicados por los Tribunales para la Antigua Yugoslavia (TPIY) y para Ruanda (TPIR).

Como pudo verse en el primer capítulo de este trabajo, el dominio por organización ha sido una teoría desarrollada en el ámbito de los sistemas jurídicos nacionales de algunos países en Europa y América Latina, donde los tribunales respectivos poco a poco han decantado la teoría desarrollada por ROXIN³²⁸. En este sentido es claro, entonces, que dicha evolución doctrinal y jurisprudencial de una u otra manera ha influenciado el tratamiento dado al tema en la CPI sin obviar que tal aplicación o asimilación no está exenta de dificultades.

En consecuencia, si bien la doctrina y la jurisprudencia de los ordenamientos jurídicos internos han servido muchas veces de fundamento para su posterior desarrollo en los tribunales penales internacionales, no debe pasarse por alto que la imputación en estos órdenes es diversa. Así, mientras en los sistemas jurídicos

³²⁸ RAMELLY ARTEAGA, Alejandro, *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*, Bogotá, Giz, Universidad de los Andes, Embajada de la república federal Alemana, 2011, p. 469.

nacionales la imputación recae en un individuo concreto, el sistema internacional se refiere a casos relacionados con organizaciones donde la imputación resulta más complicada³²⁹. De esta manera es problemático el traslado de la doctrina penal de responsabilidad individual de los sistemas jurídicos nacionales al derecho penal internacional, pues en aquel se tiene en cuenta primordialmente la intervención concreta de cada individuo en el hecho delictivo mientras que en el derecho penal internacional se está frente a formas sistemáticas y colectivas de criminalidad³³⁰.

En la actualidad las formas de imputación existentes en el derecho penal internacional pueden resumirse en dos. Por un lado se encuentra el criterio subjetivo desarrollado por los tribunales *ad hoc*, donde una buena parte de su jurisprudencia en materia de autoría y participación no hace distinción en este sentido, sosteniendo un concepto unitario de autor que no tiene en cuenta la contribución concreta de cada interviniente, en un claro ataque al principio de culpabilidad que está referido a la conducta individual y no a la mera pertenencia a un grupo³³¹, en tanto que, por otro lado, se encuentra el criterio del dominio del hecho como modelo diferenciador entre autor y partícipe, donde tal distinción depende de elementos objetivos como la capacidad concreta de decidir el cuándo y el cómo del delito, así como la intervención efectiva en la comisión del mismo. Este último criterio de imputación es la tendencia en la Corte Penal Internacional, y permite el desarrollo y la aplicación de la teoría de los aparatos organizados de poder como desarrollo del dominio del hecho.

En este orden de ideas, el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) en el artículo 25 (3) (a)³³² acepta la autoría mediata aun en aquellos casos en los que el ejecutor directo es plenamente responsable³³³. Con lo cual se puede decir que en el derecho penal internacional se supera la discusión acerca del principio de responsabilidad como obstáculo para la aceptación de la aplicación de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder.

³²⁹ AMBOS, Kai, *¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el derecho penal internacional?*, Bogotá, Universidad Externado, 2008, p. 153.

³³⁰ *Ibid.*, p. 153.

³³¹ *Ibid.*, pp. 164-165.

³³² Artículo 25. 3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) Cometa ese crimen por sí sólo, con otro o por conducto de otro, sea este o no penalmente responsable.

³³³ OLÁSOLO, Héctor, “El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata”, en *Derecho penal contemporáneo*, No. 27, abril-junio de 2009, pp. 79-80.

Por otro lado, la jurisprudencia de la Corte ha rechazado que el artículo 25 (3) (a) del Estatuto de Roma siga un concepto subjetivo de autor, concepto que permitió la elaboración de la teoría de la empresa criminal conjunta en la jurisprudencia del TPIY y del TPIR³³⁴. Es evidente, entonces, un paulatino abandono del concepto unitario de autor aplicado en los tribunales militares después de la Segunda Guerra Mundial y la consolidación de la distinción entre autoría y participación con fundamento en la teoría del dominio del hecho como se puede observar en los casos LUBANGA y KATANGA³³⁵.

El desarrollo teórico del criterio subjetivo de autor conllevó a que los tribunales *ad hoc* elaboraran la doctrina de la empresa criminal conjunta como una forma de coautoría en la que la imputación se determina por la intención del sujeto en la comisión del hecho punible. Por el contrario, las primeras decisiones de la Corte penal Internacional dan a entender que se abandona este criterio subjetivo para incorporar a la jurisprudencia penal internacional el criterio objetivo del dominio del hecho de acuerdo al contenido del artículo 25 (3) del Estatuto de Roma³³⁶.

La Corte ha señalado, que la única forma de intervención delictual consagrada en el Estatuto de Roma que puede asimilarse a la empresa criminal conjunta es el contenido en el artículo 25 (3) (d)³³⁷, pero no como una manifestación de la coautoría, que según la teoría del dominio del hecho se gobierna por criterios diferentes, sino como una forma específica y residual de participación³³⁸.

La Corte Penal Internacional en el caso LUBANGA en lo relacionado con el alcance del concepto de autor establecido en el Estatuto según el cual responde como tal quien por sí solo, con otro o por conducto de otro, sigue el concepto del dominio del hecho como criterio diferenciador entre autoría y participación³³⁹. Y en este sentido sólo serán coautores aquellos que hayan tenido el codominio del hecho. Los demás a lo sumo serán considerados cómplices³⁴⁰.

³³⁴ Ibid., pp. 79-80.

³³⁵ Ibid., p. 77.

³³⁶ OLÁSULO, Héctor, *Reflexiones sobre la doctrina de la empresa criminal común en derecho penal internacional*, En Indret, Barcelona, 2009, p. 5. Tomado de http://www.indret.com/pdf/648_es.pdf.

³³⁷ Artículo 25 3) De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional.

³³⁸ Ibid., p. 5.

³³⁹ OLÁSULO, Héctor, *Ensayos sobre la corte penal internacional*, Bogotá, Universidad Javeriana, 2009, p. 303.

³⁴⁰ Ibid., pp. 304-305.

Se tiene, entonces una diferencia esencial con la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* en cuanto a la distinción de autoría y participación, pues mientras en la empresa criminal conjunta dicha distinción proviene de un criterio subjetivo de intencionalidad, en la jurisprudencia de la CPI, en el caso particular de la coautoría, utiliza el criterio objetivo del dominio del hecho. Además los autores también han resaltado otra diferencia entre la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* y el Estatuto de Roma en cuanto a la tentativa. Así, mientras en este último cualquier intervención delictiva genera responsabilidad penal siempre que alcance el grado de tentativa³⁴¹, así en últimas, el delito se consuma o no; en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* sólo genera responsabilidad si el delito se consuma³⁴².

De acuerdo con un sector de la doctrina³⁴³, el modelo establecido por el Estatuto de Roma en el artículo 25.3 no hace distinción alguna entre autores y partícipes y lo acerca bastante al concepto unitario de autor.

Sin embargo, debe señalarse que si bien el ECPI no señala expresamente quién es autor y quién partícipe, la norma sigue una división en la que se delimita de manera clara la distinción entre uno y otro siguiendo a grandes líneas las normativas nacionales que utilizan el criterio del dominio del hecho. Así, el artículo 25 del Estatuto en su numeral 3 literal a) señala las tres formas de autoría que desde ya varias décadas se acepta: autoría directa, coautoría y autoría mediata; y en los literales b), c) y d) establece las formas de participación.

Puede considerarse que existe un tratamiento similar para estas formas de intervención delictiva, y en eso le asiste razón a WERLE, en la medida de que la norma mencionada no hace distinción en cuanto a la sanción para cada una de ellas; además, en los criterios de imposición de la pena, el Estatuto no hace referencia al grado de intervención en el delito, lo cual sería un criterio material para la distinción entre autoría y participación (artículos 77 y 78 ECPI).

Resumiendo, puede decirse que la CPI, siguiendo el Estatuto de Roma (artículo 25 (3) (a)), desarrolla el criterio del control sobre el crimen como forma de distinguir entre autor y partícipe, dejando de esta manera, atrás el uso de criterios

³⁴¹ WERLE, Gerhard, *Tratado de derecho penal internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 213.

³⁴² OLÁSULO, *Ensayos sobre la corte penal internacional*, *Op.cit.*, p. 310.

³⁴³ WERLE, *Op.cit.*, p. 213.

o elementos subjetivos³⁴⁴. Lo cual evidencia una nueva línea de la jurisprudencia penal internacional que va del propósito común de los tribunales adhoc (empresa criminal conjunta) al control sobre el crimen o dominio del hecho de la CPI.

2.4.2 Aparatos organizados de poder

La Corte Penal Internacional ha empezado a construir su jurisprudencia de la intervención delictiva siguiendo el parámetro diferenciador objetivo del dominio del hecho (casos LUBANGA, KATANGA, BEMBA, ABU GARDA)³⁴⁵.

En el caso LUBANGA, por ejemplo, la Sala de Cuestiones preliminares de la CPI hizo la distinción entre autor y partícipe de la mano de este criterio rechazando la empresa criminal conjunta, pues se consideró que el artículo 25 3 a) del Estatuto de Roma consagra una forma de autoría y no de participación. De esta manera se ha concluido que la empresa criminal conjunta es una figura subsidiaria aplicable según lo establecido en el artículo 25.3 d) cuando al imputado no se le pueda hacer responder por ninguna otra forma de autoría y participación³⁴⁶. En pocas palabras, la empresa criminal conjunta ha pasado a ser una mera fórmula accesoria de responsabilidad que se aplica siempre que no existan méritos para aplicar las otras formas de intervención consagradas en el Estatuto de Roma.

El ECPI en su artículo 25 (3) (a) señala que es autor quien *cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea este o no penalmente responsable*, tal definición permite concluir que se reconoce a nivel internacional la autoría mediata no sólo como está prevista en muchas legislaciones nacionales sino que permite entender que dicha figura se aplicará también cuando el sujeto de adelante o instrumento pueda responder por sus acciones de manera plena, lo cual permitiría sin mayores obstáculos dar cabida a la figura de los aparatos organizados de poder como forma específica de autoría mediata.

Debe tenerse en cuenta entonces que al permitir el ECPI la existencia de autoría mediata aun con la existencia de sujeto de adelante plenamente responsable, se soluciona el problema del principio de responsabilidad que ha sido sostenido por

³⁴⁴ MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis, “Problemas de autoría en la sentencia del 29 de enero de 2007 de la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional (Confirmación de cargos contra Thomas LUBANGA DYILO)”, en *Cuestiones esenciales en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*, Granada, Instituto de estudios europeos - Konrad Adenauer Stiftung, 2008, pp. 93-94.

³⁴⁵ RAMELLY, *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*, Op. cit., p. 532.

³⁴⁶ Ibid., p. 533.

varios autores (JESCHECK, JAKOBS y GÓMEZ BENÍTEZ, entre otros) como un obstáculo importante para la aceptación del dominio de la organización.

Con razón afirma MEINI³⁴⁷ que con la consagración en el Estatuto de Roma de la posibilidad de la autoría mediata, el dominio de la organización pasa de ser una posibilidad dogmática a una realidad legal.

Se ha considerado que la teoría de los aparatos organizados de poder es una herramienta dogmática muy importante en la aplicación del derecho penal internacional en cuanto a la persecución de crímenes de ocurrencia masiva, esto es explicable en virtud de que tales delitos son cometidos por organizaciones³⁴⁸.

Esta forma de autoría mediata no había sido aplicada en la jurisprudencia de los tribunales internacionales, pues antes de la entrada en vigencia del Estatuto de Roma no se encontraba regulada legalmente³⁴⁹. Ha sido en el caso Germain KATANGA y Mathieu NGUDJOLO CHUI (confirmación de cargos del 30 de septiembre de 2008) en el que la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP) de la CPI ha empezado a desarrollarla con fundamento en la teoría del dominio del hecho. En este caso particular, la SCP aplicó la figura de la coautoría mediata como conjunción entre codominio funcional del hecho y autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder³⁵⁰.

El caso está referido a los acontecimientos sucedidos en febrero del año 2003 en la villa de Bogoro, República Democrática del Congo en la que miembros de las milicias³⁵¹ lideradas por los acusados perpetraron crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra³⁵².

La solución de la SCP I en este caso fue imputar coautoría mediata, teniendo en cuenta que los dirigentes no habían participado directamente en los hechos sino a través de una organización (dominio de la organización). Asimismo se consideró a

³⁴⁷ MEINI, *El caso peruano*, *Op. cit.*, p. 147.

³⁴⁸ RAMELLY ARTEAGA, *Op. cit.*, p. 475.

³⁴⁹ WERLE, *Op. cit.*, p. 218. La Sala de Primera Instancia II del TPIY en el año 2003 había aplicado esta figura en el caso contra Milomir STAKIC, sin embargo la Sala de Apelaciones del mismo Tribunal dejó sin efectos dicha decisión en virtud de que semejante teoría al momento de los hechos (1992) no hacía parte de la costumbre internacional ni era parte de la jurisprudencia del tribunal. OLÁSULO, *El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata*, *Op.cit.*, p. 75.

³⁵⁰ OLÁSULO, *El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata*, *Op.cit.*, p. 74.

³⁵¹ Front National Intégrationniste (FNI) y de las Forces de Résistance Patriotique (FRPI).

³⁵² AMBOS, Kai, *Sobre la "organización" en el dominio de la organización*, en Indret, Barcelona, 2011, p. 12. Tomado de <http://www.indret.com/pdf/839.pdf>.

los líderes como coautores en razón de que actuaron en desarrollo de un plan común, controlando el hecho y haciendo un aporte esencial³⁵³. Además se exige desde el punto de vista subjetivo, la conciencia de que del cumplimiento del plan común se producirá el delito, así como el conocimiento de que la intervención es de carácter esencial³⁵⁴.

Son elementos del dominio de la organización, de acuerdo con el caso KATANGA, la existencia de una organización de estructura jerárquica a la cual deben pertenecer los líderes (militares o civiles) imputados y los ejecutores directos³⁵⁵. Esta es una diferencia importante con la empresa criminal conjunta en la que no es necesario que quienes se ven comprometidos en los crímenes pertenezcan a la organización.

La fungibilidad, tal como fue tratada en el primer capítulo, también es un requisito exigido por la jurisprudencia internacional y serviría para garantizar el cumplimiento automático de las órdenes criminales. Esta tendría lugar en aquellas organizaciones conformadas por significativo número de individuos o en aquellas en las que siendo más reducidas, sus miembros son sometidos a regímenes estrictos³⁵⁶. La esencia, entonces, de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder es la poca importancia que tiene el ejecutor directo en la comisión de los crímenes, pues es el poder de la organización la que garantiza de forma automática la realización de las conductas³⁵⁷.

Para VAN DER WILT³⁵⁸ la sala de Cuestiones preliminares de la Corte Penal Internacional logró realizar la imputación en el caso KATANGA a través de la mezcla de elementos característicos de la autoría mediata y de la coautoría, acogiendo criterios diferentes a la fungibilidad para determinar el cumplimiento automático de las órdenes. De acuerdo con esto, para sostener el carácter automático del cumplimiento de las órdenes el Tribunal habría tenido en cuenta el estricto régimen de la organización que dirigían los imputados, donde se les enseñaba a

³⁵³ Ibid., p. 12.

³⁵⁴ Noelia Núñez el Dial -DC1424Año XIII – No. 3097 Martes, 31 de Agosto de 2010. Visto en: <http://jurisprudenciacriminal.blogspot.com/2010/08/jurisprudencia-de-lacorte-penal.html>

³⁵⁵ OLÁSULO, *El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata*, *Op.cit.*, p. 90.

³⁵⁶ Ibid., p. 91.

³⁵⁷ MODOLELL GONZÁLEZ, *Op.cit.*, p. 104.

³⁵⁸ VAN DER WILT, Harmen, “Sobre la comisión funcional en el derecho penal neerlandés. Algunas reflexiones a partir del caso contra el ex presidente peruano Alberto FUJIMORI”, en *La autoría mediata. El caso FUJIMORI*, Lima, Ara editores, 2010, pp. 268-269.

los miembros (niños-soldados) diferentes maniobras delictivas (disparar, robar y matar) y eran castigados en caso de no cumplirlas.

Se logra, entonces, una forma de imputación a quienes cometen directamente los hechos, como a aquellos que comparten el poder a título de coautores mediatos. Lo que quiere esto decir es que si bien la SCP I de la CPI acoge el concepto de fungibilidad prevé también la posibilidad de que al no ser la organización considerablemente grande se pueda recurrir a otros elementos sin tener que abandonar el dominio de la organización, en este caso, al evidente sometimiento de los subordinados a la estructura de poder a través de estrictos entrenamientos.

El segundo requisito se refiere al control efectivo que debe ejercer el superior para garantizar el cumplimiento de las órdenes, imposición de sanciones y provisión de recursos a los subordinados³⁵⁹. Este control garantiza que a través de la maquinaria de poder que pone en funcionamiento el líder o los líderes, se cumplan, sin importar la voluntad de los ejecutores, todas las órdenes. Esto quiere decir que para que exista dominio de la organización, de acuerdo con las decisiones de la SCP de la CPI, deben complementarse la naturaleza mecánica de la estructura y la fungibilidad de los ejecutores. Si no se dan estos requisitos, no podrá aplicarse autoría mediata sino participación en la medida en que el superior haya inducido a los subordinados a la comisión de hechos punibles³⁶⁰.

Debe tenerse en cuenta que el requisito de la marginalidad del derecho sostenido por ROXIN y otros autores no es tenido en cuenta por la SCP I de la CPI, criterio que como se explicó en otro lugar ha ido matizándose y relativizándose de tal manera que se considera la posible aplicación de tal teoría incluso a organizaciones de tipo legal como las empresariales.

Por tanto, puede decirse que el artículo 25 del Estatuto de la Corte Penal Internacional literal a, parte tercera, es aplicable a los aparatos organizados de poder, siempre que se cumpla con los requisitos del dominio de la organización; si, por el contrario, existe una estructura de poder pero no se presentan el resto de requisitos, no se puede hablar de autoría mediata sino de alguna forma de participación como la inducción³⁶¹.

³⁵⁹ OLÁSOLO, *El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata*, *Op.cit.*, pp. 91-92.

³⁶⁰ Ídem, p. 92.

³⁶¹ FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, *Op.cit.*, p. 226.

Una evidencia concreta de que los requisitos de la estructura vertical, del poder de mando y de la fungibilidad tienen gran importancia en las decisiones adoptadas por la CPI es el referido a Tomás LUBANGA (condenado en marzo de 2012 por la CPI), quien fue acusado por la política llevada a cabo por el grupo dirigido por él, la cual consistió en el “aislamiento, reclutamiento y utilización activa en las hostilidades de jóvenes de la etnia Hema (incluyendo también a niños menores de quince años)”³⁶², entre los años 2002 y 2003 en la República del Congo. Para esa época LUBANGA ostentaba el cargo de presidente del partido Unión de Patriotas Congoleños (UPC) que ejercía el gobierno provisional del distrito donde acontecieron los hechos (distrito de Ituri). Pero LUBANGA no sólo tenía el control sobre dicho partido.

Esta organización política contaba con el auxilio de una organización armada de reciente creación para la época, llamada Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo (FPLC), de la que también era dirigente Tomás LUBANGA, quien estaba enterado de las actuaciones de sus miembros y de la ejecución de las políticas.

Sin embargo, las facciones dentro de la organización y las crisis presentadas dentro de la misma originaron una desconcentración de la facultad para tomar decisiones, la que no recaía ya exclusivamente en este líder. Por tal razón, este ya no tenía la potestad de decidir sobre todas acciones del partido y del grupo armado³⁶³. Los otros líderes del grupo organizaban actividades sin ser consultadas a LUBANGA, lo que ponía en evidencia la existencia de una estructura de poder, no de naturaleza vertical sino horizontal, en la que los demás líderes no estaban sometidos al líder máximo y, por tanto, no eran fungibles. En virtud de lo anterior, la SCP I de la CPI consideró que la fórmula de la autoría mediata no era aplicable a LUBANGA³⁶⁴. Puede observarse cómo la SCP I de la CPI utiliza el criterio de la fungibilidad y el tipo de estructura de la organización para optar por la vía de la autoría mediata o de la coautoría.

De tal manera que el optar por la figura de la coautoría o de la autoría mediata depende de la naturaleza de la organización criminal y de la relación que tengan los miembros de la cúpula de la organización con el resto de sus integrantes. Por lo cual, si la estructura es vertical y los superiores mantienen una relación anónima con los subordinados, puede darse la autoría mediata; y, por el contrario, si la

³⁶² OLÁSULO, *El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata*, *Op.cit.*, p. 95.

³⁶³ *Ibid.*, p. 95

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 96. El mismo, *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, *Op.cit.*, p. 314.

estructura es más flexible y los integrantes tienen una relación horizontal entre sí, la solución más apropiada es la coautoría³⁶⁵.

Resumiendo, en el caso específico de LUBANGA la estructura horizontal no permitió que se aplicara la teoría de los aparatos organizados de poder la cual, como se ha explicado, requiere una organización de tipo vertical que garantice el cumplimiento casi automático de las órdenes de los dirigentes³⁶⁶. En estos casos se debe tener en cuenta que una estructura horizontal es propia de la figura de la coautoría como lo ha sostenido ya la doctrina (Entre otros, ROXIN y Patricia FARALDO CABANA) y que la Corte Penal Internacional parece corroborar.

De acuerdo con lo visto anteriormente, la aplicación de la teoría de la autoría mediata en las decisiones de la CPI ha estado ligada por diferentes motivos, entre ellos la relación entre los imputados y la disposición de la estructura, al tema de la coautoría mediata o coautoría, como se pudo ver con los casos KATANGA y Thomas LUBANGA respectivamente; sin embargo, la SCP I de la CPI ha iniciado el desarrollo de una forma independiente, la autoría mediata por aparatos organizados de poder, tal como ocurrió en los casos relacionados con Omar AL BASHIR en Sudán; Muammar GADDAFI, su hijo Saif Al Islam GADDAFI y el jefe de la inteligencia militar libio Abdullah AL- SENUSSI³⁶⁷.

De acuerdo con la SCP I de la CPI (decisión de arresto del 4 de marzo de 2009), existen motivos fundados para concluir que Omar AL BASHIR es responsable como autor mediato de crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra en la campaña contrainsurgente librada por él y sus fuerzas en Sudán entre el año 2003 y 2008.

El caso está referido a la respuesta del líder sudanés a la movilización armada de grupos insurgentes en el año 2003 (caso del ataque al aeropuerto de Fasher), a través de una política en contra de los grupos disidentes: Movimiento sudanés por la Liberación (MSL) y Movimiento por la justicia y la Equidad (MJE), que consistió en agresiones sistemáticas a la población de Darfur que se consideraba cercana a estos grupos, la cual incluyó saqueos, asesinato de civiles, violaciones masivas, desplazamiento forzado, actos de tortura contra la población civil y genocidio³⁶⁸.

³⁶⁵ MODOLELL GONZÁLEZ, *Op.cit.*, p. 109.

³⁶⁶ OLÁSULO, *El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata*, *Op.cit.*, p. 96. El mismo, *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, *Op.cit.*, p. 315.

³⁶⁷ OLÁSULO, *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*, *Op.cit.*, p. 242.

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 243.

Estos hechos habrían sido cometidos por las organizaciones de la estructura de poder en todos sus niveles de manera coordinada y controlada por AL BASHIR. Sin embargo, de acuerdo con Héctor OLÁSULO, la SCP I, ante el problema de determinar si la relación entre el líder sudanés y su círculo de poder más cercano era de coordinación o de subordinación, prefiere no dar una solución determinante debido al estado del proceso, que se encuentra en fases preliminares. Como se pudo ver en el caso contra LUBANGA, para determinar si se presenta coautoría o autoría mediata, es decisiva la forma cómo se presentan las relaciones entre el líder o líderes y el resto de la organización y, en especial, con los otros miembros que ostentan poder de decisión y mando. En este caso particular la Corte concluye que AL BASHIR fue más allá de la simple coordinación de la política contrainsurgente aplicada contra la población civil, pues tenía el control total de las fuerzas de seguridad de su país y las utilizó para la ejecución de los crímenes³⁶⁹, de tal manera que fue considerado alternativamente como autor mediato o coautor mediato³⁷⁰.

El segundo caso tiene que ver con la decisión de orden de arresto contra el extinto líder libio Muammar GADDAFI, su hijo Saif Al Islam y Abdullah AL SENUSSI, jefe de inteligencia del ejército libio. En un primer término, la Fiscalía de la CPI había solicitado a la SCP I de la CPI la emisión de orden de arresto en calidad de coautores mediatos a los dos últimos como subordinados y en calidad de autor mediato a GADDAFI, por los delitos de lesa humanidad cometidos contra los ciudadanos que rechazaron masivamente el régimen en febrero de 2011.

Sin embargo, la SCP I consideró que lo más apropiado era proferir decisión de orden de arresto en contra de GADDAFI y su hijo en calidad de coautores, en virtud de que este último también tenía en su poder un sector importante del aparato de Estado, y al jefe de inteligencia del ejército libio por autoría mediata, en razón a que existían motivos fundados para concluir que tenía bajo su control no sólo el ejército sino todo el aparato de seguridad del Estado, por lo que tenía la capacidad de poner en funcionamiento la estructura de poder y, a través de esta, a los miembros intercambiables de la misma que fueron fundamentales en los hechos ocurridos entre el 15 y el 25 de febrero de 2011³⁷¹.

³⁶⁹ Ibid., p. 245.

³⁷⁰ Ibid., p. 246.

³⁷¹ Ibid., p. 254.

Estos hechos se refieren a las protestas que en dicha fecha llevaron a cabo miles de manifestantes en contra del régimen del entonces líder libio Moammar GADDAFI, lo que generó la reacción desmesurada del establecimiento en las ciudades más importantes del país (Trípoli, Misrata y Bengahzi), a través del asesinato de cientos de ciudadanos y disidentes políticos, siendo GADDAFI y su círculo de poder más cercano los responsables directos. En la tesis de la Fiscalía de la CPI, el líder libio era el máximo responsable de la violencia indiscriminada por estar a cargo del Gobierno y debía comparecer a título de autor mediato, mientras que en un segundo escalón estarían su hijo Al-Islam como primer ministro y el jefe de inteligencia AL-SENNUSI quienes, en calidad de subordinados de GADDAFI, no sólo habían aceptado el plan criminal del líder sino que lo habrían llevado a cabo³⁷².

Al contrario, en la tesis de la SCP I, tanto Muammar GADDAFI como su hijo, tenían una responsabilidad compartida en razón que de que ambos tenían el poder de poner en funcionamiento la estructura con el fin de contrarrestar las protestas civiles, para lo cual habían llevado a cabo diferentes acciones:

(u)tilizaron los medios de comunicación bajo su control, monitorearon los correos electrónicos y los mensajes de los celulares, emitieron discursos públicos dirigidos a perturbar las manifestaciones, amenazaron los posibles disidentes e incitaron a la población a actuar contra quienes eran percibidos como disidentes. La ejecución del plan común incluyó también el bloqueo de varias páginas de internet y canales de televisión para evitar que la población pudiera acceder a información que no fuera emitida por los canales oficiales del estado³⁷³.

La SCP I de la CPI concluye que tanto el líder libio como su hijo, en calidad de primer ministro, habían concebido, diseñado y ejecutado todo el plan común, aportando contribuciones esenciales entre las cuales cabe señalar para el primero de los sospechosos, el dictar órdenes a las fuerzas de seguridad para atacar a los civiles disidentes, ordenar el arresto de los mismos, amenazar a la población, asegurar los recursos materiales para la ejecución de los crímenes, entre otros; y, en relación con el segundo, el valerse de su poder para asegurar el cumplimiento del plan común, ordenar la detención y eliminación de los opositores y colaborar en la campaña de encubrimiento y desinformación en el país, entre otros; todo lo cual se llevó a cabo a través de las instituciones del estado libio.

Por último, la SCP I de la CPI señala que los dos coautores mediatos tenían la intención de cometer los delitos, eran conscientes de que tales hechos hacían

³⁷² Ibid., p. 247.

³⁷³ Ibid., p. 249.

parte de su propia política en contra de la población civil y que, asimismo, eran plenamente conocedores de que su posición de mando en la organización posibilitaba la comisión de los hechos punibles y finalmente, que sabían que la ejecución del plan común conllevaría a la realización de los elementos objetivos de los tipos penales de los crímenes de lesa humanidad³⁷⁴.

En relación con el jefe de inteligencia militar del régimen libio, la SCP I de la CPI sostuvo que su responsabilidad en los acontecimientos de febrero de 2011, a pesar de posición intermedia en el aparato estatal y el estar sometido a la autoridad de GADDAFI, era a título de autor mediato debido a que tenía toda la capacidad de control del aparato a él subordinado, lo que le permitía disponer de ejecutores fungibles para la comisión de crímenes contra la humanidad. En otras palabras, Abdullah AL-SENUSSI tenía el poder sobre las fuerzas armadas libias, lo que le garantizaba influir directamente en la decisión de cometer delitos y la forma de su comisión, por lo que la Corte concluye que es responsable por los delitos cometidos por sus subordinados.

La SCP I consideró que Al-Senussi tenía la intención de que las fuerzas bajo su mando entre el 15 y el 20.02. 2011 en Benghazi cometieran los delitos de asesinato y persecución. Al-Senussi era también consciente de que su conducta era parte de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil en ejecución de una política de estado de atacar a los civiles que se veían como disidentes políticos. Además, la CPI I subrayó que Al-Senussi era conocedor del papel de liderazgo que jugaba dentro de la estructura de las fuerzas militares y del pleno control que ejercía sobre sus subordinados³⁷⁵.

Un aspecto fundamental de la decisión de orden de arresto en contra del extinto líder libio Muammar GADDAFI, es que la SCP I de la CPI deja en claro cuáles son los requisitos de la autoría mediata, señalando que es indispensable que al supuesto autor mediato se le compruebe su vinculación con los hechos cometidos por los subordinados, exigiendo que el hombre de atrás posea todos los elementos subjetivos de los delitos. Con esto, la Corte empieza a delimitar los contornos de esta forma de autoría, que a primera vista genera dudas por lo indeterminado que resulta el alcance de responsabilidad de los imputados.

La Corte entonces ha determinado que los requisitos de este tipo de autoría son los siguientes:

1. El sospechoso debe tener control de la organización.

³⁷⁴ Ibid., pp. 250-251.

³⁷⁵ Ibid., p. 255.

2. La estructura de poder debe ser organizada y jerárquica.
3. El aparato de poder debe tener una estructura que determine la casi automática ejecución de los hechos.
4. El sospechoso debe cumplir con los elementos subjetivos de los delitos.
5. El sospechoso debe tener conciencia de que existen las circunstancias fácticas que le permiten tener el dominio del hecho³⁷⁶.

2.4.3 Coautoría

Respecto a esta figura, la jurisprudencia de la CPI (caso KATANGA) ha sostenido que el elemento objetivo, según el cual debe existir contribución en la fase de ejecución del delito, no es aceptable ya que no se encuentra como exigencia en el Estatuto de Roma; por tanto, lo importante para esta figura es la esencialidad del aporte y no la intervención en la fase de ejecución del delito³⁷⁷.

Según lo anterior, algunos autores como MUÑOZ CONDE, PÉREZ CEPEDA y MARÍN ESPINOSA CEBALLOS, siguen una postura semejante, tal como quedó expresado en el primer capítulo. Para estos autores lo determinante en la coautoría no es la intervención en la etapa ejecutiva sino la importancia de la intervención, así esta se presente en una etapa previa, es decir, que la contribución tiene que ayudar a conformar en forma definitiva el hecho punible, tal como acontece en los casos de secuestro y acciones terroristas, donde quien prepara la operación por lo general no se encuentra presente en el lugar de los hechos, pero su participación es esencial para el buen suceso del delito.

También está en contra de este requisito JAKOBS³⁷⁸, para quien lo importante a la hora de determinar responsabilidad no es quién tiene el dominio del hecho, sino señalar con claridad quién, al quebrantar un rol, incrementó el riesgo. Como puede verse, esta postura permite imputar a título de coautor en los casos de criminalidad internacional con mayor facilidad, puesto que quienes tienen responsabilidad en la dirección de las acciones, por lo general no son ejecutores directos.

Según esta interpretación, la coautoría no debe considerarse como un simple participar en forma directa en la comisión del hecho; es decir, no es un concepto naturalístico entendido como dominio fáctico sino de tipo normativo, de atribución

³⁷⁶ Ibid., p. 232.

³⁷⁷ MODOLELL GONZÁLEZ, *Op.cit.*, p. 106.

³⁷⁸ JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho, Op.cit.*, p.68.

de responsabilidad³⁷⁹. Este criterio fue seguido en el caso LUBANGA, en el que no se evidencia que este dirigente hubiera actuado directamente en la comisión de los hechos delictivos, fuera de la utilización de menores de 15 años en la confrontación, puesto que es el jefe de la organización en la que son otros los que se encargan de llevar a cabo las conductas punibles³⁸⁰.

Sin embargo, la doctrina ha entendido que la ausencia de codominio funcional del hecho, es decir, la falta de capacidad de decidir el cómo y el cuándo del delito o su poder para detenerlo, excluye la posibilidad de imputación a título de coautor generando responsabilidad por complicidad³⁸¹.

Conclusiones

Como ha quedado evidenciado, lejos de tener una mera aplicación marginal en casos aislados, el dominio de la organización ha logrado posicionarse paulatinamente como una opción sólida en el momento de la imputación de los crímenes cometidos dentro de una estructura organizada de poder.

Algunos elementos de esta teoría no ofrecen mayor discusión, como sucede con la naturaleza vertical de la estructura y el poder de mando efectivo que debe detentar quien dicta las órdenes desde lo más alto de la organización, aspectos que han sido discutidos ya por la doctrina y la jurisprudencia. Sin embargo, temas como la fungibilidad del ejecutor directo, su disposición al hecho y la marginalidad del derecho de la estructura criminal han generado disputa en la jurisprudencia internacional.

A pesar de las críticas de la doctrina la fungibilidad ha sido elemento clave en casos como el de los tiradores del muro de Berlín, FUJIMORI en el Perú, las juntas militares en Argentina y el asesinato de Orlando LETELIER, hechos en los cuales los tribunales respectivos apelaron, de una u otra forma a este criterio para fundamentar el dominio de la organización con matices entre uno y otro caso. Este requisito también ha servido, junto con otros elementos, para rechazar el dominio por organización como en el caso LUBANGA de la CPI, en el que la ausencia de estructura vertical de la organización y la ausencia de poder de mando conllevaron al alto tribunal a rechazar la existencia de la fungibilidad del ejecutor directo, lo que además ha permitido ver cómo este requisito no es autónomo sino que se deriva

³⁷⁹ MODOLELL GONZÁLEZ, *Op.cit.*, p. 103.

³⁸⁰ *Ibid.*, pp. 92-93.

³⁸¹ OLÁSULO, *Ensayos sobre la corte penal internacional, Op.cit.*, pp. 304-305.

de la naturaleza de la organización y del poder de mando de quien dicta las órdenes. Igualmente, la automaticidad en la ejecución de las órdenes, es decir, el hecho de que el hombre de atrás cuente con el casi seguro cumplimiento de la orden, depende en alto grado de la fungibilidad, la cual es más fácil hallar en una organización criminal de tamaño considerable y en la que la relación entre dirigentes y subordinados es jerárquica.

Con relación a la disposición al hecho del ejecutor debe decirse también que fuera de las distinciones teóricas que suscita, los fallos arriba mencionados de alguna manera se fundamentaron en dicho elemento. De esta manera, en el caso de los disparos del muro de Berlín, el Tribunal Supremo alemán basó su decisión sin profundizar su explicación, debe decirse, en una mezcla entre el requisito de la fungibilidad (ROXIN) y la disposición al hecho del ejecutor (SCHROEDER), postura integradora a la que también recurrió la Corte Suprema peruana para condenar al ex presidente Alberto FUJIMORI, si bien, en este último caso las opiniones doctrinales en ese país se han dividido al respecto, pues algunos sostienen (MEINI) que el elemento central es la disposición al hecho, mientras que otro sector (PARIONA), lo rechaza por borrar la distinción entre autoría e inducción. También en el caso del asesinato del ex ministro chileno Orlando LETELIER la Corte Suprema de ese país, de forma tácita, recurre a este requisito para imputar autoría a los comandantes de las fuerzas de seguridad, pues se dijo que el ejecutor directo se sentía parte de una organización, lo que generaba inclinación al cumplimiento de las órdenes.

La marginalidad al derecho es un aspecto polémico, ya que no está del todo claro cuál es el alcance del concepto de derecho como para poder fundamentar de forma razonable y objetiva el dominio de la organización. En algunos eventos se tiene como derecho incluso el supra legal (RADBRUCH, ROXIN) como lo atestigua el caso del ex presidente peruano Alberto FUJIMORI. Postura que ha sido rechazada por generar inseguridad jurídica (AMBOS). Este requisito también ha generado la discusión de si en las estructuras empresariales es aplicable esta forma de autoría mediata pues al excluirlo de la teoría resultaría aplicable al ámbito empresarial por no existir en estas una marginalidad al derecho. En el caso KATANGA, este requisito así como la disposición al hecho no fueron desarrollados por la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI.

Por otro lado, el principio de responsabilidad que ha sido hasta el momento un serio obstáculo para la aceptación de la autoría mediata en virtud de aparatos de poder, empieza a ser relativizado en razón de que el Estatuto de la Corte Penal

Internacional, en su artículo 25, al describir las formas de autoría, se refiere a la autoría mediata incluso cuando el ejecutor directo sea responsable, lo cual significa que el problema, por lo menos en el campo del derecho penal internacional, está resuelto, aunque no del todo en el ámbito de las legislaciones nacionales, donde todavía la aplicación de este tipo de autoría mediata bajo la vigencia de un principio de responsabilidad es objeto de discusión. Sin embargo, debe decirse que existe una solución válida a este problema al no considerar al sujeto de adelante o ejecutor directo (que puede ser o no responsable) como el eje sobre el cual gira el dominio de la organización, sino al hombre de atrás, que al tener a su disposición una estructura de poder, puede contar con el cumplimiento de las órdenes.

Respecto a las órdenes, es claro que la jurisprudencia internacional vista y especialmente en los fallos contra Alberto FUJIMORI y contra las juntas militares argentinas, considera que no es sólo aquella que es impartida desde lo más alto de la estructura criminal de poder sino aun desde aquellas posiciones intermedias que, sin contar con un dominio global de la organización, cuentan con el poder suficiente para hacer cumplir órdenes al sector de la organización que les está subordinado. Este dominio escalonado de la organización permitiría la imputación por autoría mediata, incluso a los mandos medios, que sin estar en el vértice del aparato de poder, ni ser ejecutores directos, tienen también poder de mando. Lo cual puede verificarse también en la decisión de arresto de la SCP I de la CPI contra el jefe de inteligencia libio Abdullah AL-SENUSSI que, aunque es una etapa previa, da a entender que el dominio puede predicarse también de quien no está en lo más alto de la organización, en una solución acorde con la postura sostenida por ROXIN.

Además, se ha aceptado que la distancia existente entre el autor mediato y el hecho no es problema para la aceptación de esta forma de autoría, pues este defecto se ve compensado con el poder de mando, que es el que garantiza el cumplimiento de las órdenes, como pudo comprobarse en los casos alemán y peruano.

Sin embargo, a pesar de la acogida generalizada del dominio de la organización, incluso en la jurisprudencia de la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional, en la que, como pudo verse anteriormente, hay un desarrollo cada vez más consistente del dominio del hecho para fundamentar la autoría mediata a diferencia de las teorías subjetivas, típicas en la jurisprudencia de los tribunales ad hoc, aún no se ha podido determinar con claridad cuál es el

verdadero alcance de esta forma de autoría mediata, es decir, hasta dónde va la responsabilidad del hombre de atrás por los hechos cometidos por los ejecutores directos; si se necesita una orden específica para cada suceso criminal o si una orden genérica de cometer delitos comprende aun aquellos que no habrían sido consentidos por los autores mediatos y que fueron en todo caso cometidos por los subordinados. En resumen, falta verificar, al margen de la disputa en torno a los elementos del dominio de la organización, la posibilidad de que los comandantes respondan por delitos que van más allá de sus propias disposiciones concretas, lo cual es importante con miras a determinar el respeto al principio de culpabilidad. Según lo anterior, la autoría mediata sería peligrosamente utilizada en aquellos casos en los que no se pueda encontrar una prueba concreta de la inducción.

Por último, puede decirse respecto a la coautoría, que en las decisiones de la SCP de la CPI se ha relativizado el requisito de la intervención en la etapa ejecutiva. De acuerdo con este parecer, dicha figura no debe considerarse como un simple participar en forma directa en la comisión de un hecho, es decir, no es un concepto naturalístico entendido como dominio fáctico sino de tipo normativo de atribución de responsabilidad, lo que permite un incremento del campo de aplicación de esta figura.

TOMA DE POSTURA

LA TEORÍA DE LOS APARATOS ORGANIZADOS DE PODER EN COLOMBIA

3.1 Introducción

En este capítulo, dividido en cuatro partes, se verá en primer lugar cómo la doctrina extranjera ha tratado el tema de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder en Colombia, para lo cual se señala a grandes rasgos la acogida de la figura bajo la vigencia del Código de 1980 y posteriormente su desarrollo en vigencia del Código Penal actual. En la segunda parte, dedicada a la discusión actual en Colombia, se explicará cómo el tema se ha abordado desde tres puntos de vista: como instrumento de política criminal, la naturaleza del instrumento como obstáculo para la aplicación de la teoría y la posible introducción de la figura del autor detrás del autor. En la tercera parte, se analizará la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia relacionada con el tema que aquí se trata. Por último, en este capítulo se estudia cómo la coautoría mediata puede ser la solución al problema del hombre de atrás y si estas formas de imputación son respetuosas de los principios de culpabilidad y legalidad.

3.2 La doctrina internacional acerca de la aplicación de los aparatos de poder en Colombia

Una lectura de la doctrina extranjera sobresaliente que se ha ocupado del tema de la autoría mediata en Colombia indica que las opiniones son divergentes dependiendo de si se trata de la legislación derogada de 1980, que no contenía norma expresa al respecto, o del Código Penal vigente que sí la consagra, así como del alcance del concepto de instrumento consagrado en el artículo 29 del Código Penal colombiano.

De este modo, se puede ver que para AMBOS³⁸² la teoría de ROXIN, si bien no puede aplicarse a situaciones ocurridas antes del Código Penal del año 2000, debido a que el Decreto 100 de 1980 no contemplaba la figura de la autoría mediata, es completamente viable en vigencia de la ley actual, pues esta normatividad sí la consagra. José Luis GUZMÁN³⁸³ se muestra contrario a la aplicación de esta teoría en Colombia, con el argumento de que el artículo 29 del

³⁸² AMBOS, *El caso alemán, Op.cit.*, p. 31.

³⁸³ GUZMÁN, *El caso chileno, Op.cit.*, p. 84.

Código Penal señala que se tendrá como autor a quien utiliza a otro como instrumento, entendido este como sujeto inculpable, concluyendo que quienes están atrás serán inductores y quienes ejecutan, autores directos, en aplicación del principio de responsabilidad.

Por otro lado, la ausencia de norma expresa que consagre la autoría mediata en algunas legislaciones latinoamericanas, ha suscitado diversas interpretaciones que buscan remediar esta omisión y que pueden contribuir a la discusión en Colombia. Pudo constatarse cómo en Argentina, ante la inexistencia de norma concreta en este sentido, algún sector de la doctrina se ha permitido acudir a las formas ampliadas de adecuación en las que se remite a normas generales cuando las normas especiales no sean claras respecto a las formas de autoría y así reconocer que cuando el Código Penal argentino, en el artículo 45, señala que los que hubiesen determinado directamente a otro a cometer el delito, no sólo se está refiriendo al inductor sino también al autor mediato³⁸⁴.

En una interpretación diferente, pero que se mantiene en la línea de ampliar el sentido de la norma, se manifiesta Carlos CREUS³⁸⁵, quien respecto a este artículo ha señalado que la expresión “los que tomasen parte en la ejecución del hecho” no se refiere a la ejecución típicamente natural o directa del hecho sino a la ejecución jurídica, lo que permite concluir que se puede llevar a cabo aun por intermedio de terceros, es decir, a través de autoría mediata.

Por otro lado, la interpretación según la cual la norma de la autoría de la parte general no es constitutiva sino declarativa, ha permitido que en legislaciones donde no se encuentra regulada expresamente la autoría mediata, esta sea fundamentada en los tipos penales consagrados en la parte especial del Código Penal. Este recurso argumentativo ha sido planteado por Ezequiel MALARINO³⁸⁶, quien considera posible que esta forma de autoría mediata fuera aplicada bajo la vigencia del Código colombiano de 1980, basándose en las normas de la parte especial o recurriendo a la figura del determinador del artículo 23³⁸⁷ del Código Penal del mismo año, similar al artículo 45 del Código Penal argentino. En tal sentido, acepta este autor que el Código Penal colombiano del año 2000 permite la aplicación de la teoría así la respectiva norma no señale que procede autoría

³⁸⁴ FIERRO, *Op. cit.*, p. 370.

³⁸⁵ CREUS, *Op.cit.*, pp. 389-390.

³⁸⁶ MALARINO, *El caso argentino, Op.cit.*, p. 67.

³⁸⁷ Código Penal de 1980 (Decreto 100 de 1980), artículo 23. Autores. El que realice el hecho punible o determine a otro a realizarlo, incurrirá en la pena prevista para la infracción.

mediata cuando el ejecutor directo es responsable, pues se entiende que el concepto genérico de la autoría engloba también el dominio de la organización.

Un argumento similar sostiene Iván MEINI³⁸⁸, para quien a pesar de que en el Código Penal colombiano de 1980 (artículo 23) no se consagraba la autoría mediata, si se considera que el artículo relativo a la autoría es simplemente declarativo, esta puede deducirse de las normas de la parte especial en una interpretación normativa tal como procedió la Corte Suprema de Justicia peruana en el caso de la masacre de Lucanamarca, juzgado según las normas del Código Penal peruano, derogado en 1991, que no consagraba este tipo de autoría.

Alicia GIL Y GIL³⁸⁹ está de acuerdo con este argumento. Si bien esta autora se inclina por la inducción en casos de aparatos organizados de poder, considera que el problema de la ausencia de norma concreta acerca de la autoría mediata puede solucionarse al considerar el artículo relativo a la autoría, no como constitutivo, sino simplemente declarativo, lo que permite derivar de los artículos de la parte especial otras formas de autoría, incluyendo la autoría mediata por aparatos organizados de poder, lo cual sería predicable, no sólo del Código Penal de 1980, sino también del Código vigente. Además, sostiene esta autora, que en Colombia, a pesar de que el artículo 29 del Código Penal habla de instrumento, puede aplicarse la autoría mediata si se le da una interpretación amplia sin exigir de él la ausencia de responsabilidad³⁹⁰.

Se puede decir entonces que esta postura es afín a los postulados de un concepto restrictivo de autor, en el que no todo el que participa en un hecho es autor, sólo quien realiza el tipo, de acuerdo con lo cual se sostiene que las reglas acerca del alcance de la autoría son extraídas de los tipos penales consagrados en la parte especial de las normativas penales, siendo aquellos que no cumplen con los elementos del tipo sólo partícipes en un hecho ajeno, que necesitan para su tipificación y punición una consagración expresa en la parte general.

Así, según GARCÍA CONLLEDO³⁹¹, la accesoriedad representa la característica principal del concepto restrictivo de autor porque permite una delimitación más

³⁸⁸ MEINI, *El caso peruano*, *Op.cit.*, p. 148.

³⁸⁹ GIL Y GIL, *Op. cit.*, p. 114.

³⁹⁰ *Ibid.*, p. 120.

³⁹¹ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “La autoría en derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano”, en *Derecho penal y criminología*, vol. 25, No.76, julio-diciembre de 2004, p. 37.

clara del tipo de autoría. Para este autor³⁹² no es necesaria la definición de la autoría y sus formas en la parte general de los códigos penales, pues si aquella es considerada como la “estricta realización del tipo”, es decir, de los tipos penales de la parte especial, resulta innecesaria su definición general en la parte sistemática del código, aunque recomienda por lo menos para la autoría mediata su consagración, más que por el principio de legalidad, para dejar claro que es una forma de autoría y así superar cierta “reticencia” de la jurisprudencia a reconocerla. En un sentido similar para REYES ALVARADO³⁹³, el tipo penal está dirigido a los autores y no a los partícipes, quienes tienen su fundamento punitivo en la parte general a través de la fórmula del “dispositivo amplificador del tipo” que se apoya en la idea de que el partícipe sólo es sancionado en virtud de su intervención en el hecho del autor, que lo es en tanto que realiza los elementos del tipo penal.

Sin embargo, este problema de la falta de consagración normativa en materia de autoría mediata en Colombia, no tendría mayor discusión con el Código vigente, pues el legislador la consagra como una forma de autoría en el artículo 29. El problema, en cambio, tiene que ver con el alcance de dicho tipo de autoría, o sea del alcance del término instrumento y si tal concepción permite la aplicación de autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder.

De todas maneras, debe decirse que la interpretación amplia de los conceptos contenidos en las normas generales acerca de la autoría y participación recomendada por autores argentinos como Guillermo Julio FIERRO o Carlos CREUS, genera verdaderas dudas desde el punto de vista del principio de legalidad pues el destinatario de la norma no tiene claridad del alcance de dichas figuras, por lo que se considera que no son de recibo posturas que permitan deducir autoría desde redacciones normativas relativas a la determinación o instigación, muy a pesar de que se generen vacíos de punibilidad.

Comentario diferente se merece la tesis de extraer de las normas especiales del código penal las formas de autoría, apoyándose no sobra decir, en la norma sobre autoría de la parte general³⁹⁴, pues al estar el tipo penal destinado al autor, puede

³⁹² *Ibid.*, p. 52.

³⁹³ REYES ALVARADO, Yesid, “Relaciones entre autor e inductor en la jurisprudencia colombiana”, en *Estudios penales. Homenaje al maestro Bernardo GAITÁN MAHECHA*, Bogotá, Universidad Javeriana-Legis, Bogotá, 2005, p. 546.

³⁹⁴ Sostiene BOLEA BARDÓN, *Op.cit.*, pp. 127-128, que el artículo del Código Penal español referido a la autoría no es ni constitutivo ni declarativo, es un punto de partida que debe complementarse con los contenidos de los tipos penales en particular.

llegarse a una interpretación general del querer del legislador en cuanto a las diferentes manifestaciones que puede asumir la autoría, sin vulnerar el principio de legalidad, siempre y cuando las normas relativas a la participación estén consagradas en la parte general del código, pues al no ser el partícipe el destinatario directo de los tipos penales requiere un fundamento diferente para su tipificación y correspondiente punición, aunque siempre será preferible que aun la responsabilidad por autoría y su alcance queden establecidas desde un principio en la parte general del código.

3.3 La discusión actual en Colombia

Si bien la discusión acerca de la aplicación en el ámbito nacional de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder no tiene una implicación práctica, pues así se aplique esta o la coautoría e incluso la inducción, la pena a imponer será la misma³⁹⁵; la doctrina colombiana ha advertido que esta forma de imputación es la que mejor permite verificar “el contenido del injusto” del hombre de atrás³⁹⁶, además de otras consideraciones de prevención general y de política criminal.

Es este sentido, para LÓPEZ DÍAZ³⁹⁷, la controversia en torno al dominio de la organización, a pesar de no tener injerencia en el campo de la aplicación de la pena, es importante, pues acoger una postura u otra determina asuntos trascendentales como el mayor reproche que recae en quien es autor comparado con el que es partícipe, así como lo referido al principio de accesoriedad en el que es indispensable conocer al autor para poder sancionar a aquellos que participan en el hecho de aquel; asimismo es importante para la sociedad poder conocer la imputación exacta de los verdaderos responsables y la respectiva cadena de mando con miras a la satisfacción de los derechos de las víctimas y la consecuente sanción social de los culpables. De tal manera se puede decir, siguiendo a MÁRQUEZ CÁRDENAS³⁹⁸, para quien la solución de los aparatos organizados de poder está precisamente en la autoría mediata, que las figuras de la participación no manifiestan de modo preciso la importancia del hombre de atrás

³⁹⁵ VELÁSQUEZ V, Fernando, *Manual de derecho penal*, Bogotá, Ediciones jurídicas Andrés Morales, 2010, pp. 576-577.

³⁹⁶ POSADA ECHAVARRÍA, Plinio, “Una visión del ‘dominio de voluntad por organización’ y su aproximación al derecho penal colombiano”, en *Revista Nuevo Foro Penal* No. 62, septiembrediciembre 1999, p. 38.

³⁹⁷ LÓPEZ DÍAZ, Claudia, *El caso colombiano*, *Op. cit.*, p. 167.

³⁹⁸ MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique, *La autoría mediata en el derecho penal, formas de instrumentalización*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2009, pp. 220-221.

que al estar en el centro de la organización y ejercer el poder de mando no se le puede considerar sólo como un partícipe (inductor o cooperador necesario), siendo autor por los delitos ordenados, independientemente de la responsabilidad del ejecutor directo que lo es en la medida en que la estructura criminal dispone de una u otra manera la realización del hecho.

Si bien la doctrina colombiana reconoce los beneficios de la figura, se ha sostenido que ante la existencia de cadenas de mando no siempre es posible afirmar que haya autoría mediata³⁹⁹ ya que es necesario confirmar primero si no es posible aplicar coautoría o inducción, si se presentan los requisitos para estas, o también responsabilidad del superior jerárquico o incluso se ha dicho que podría aplicarse la empresa criminal conjunta⁴⁰⁰. De todas formas se recomienda examinar caso por caso⁴⁰¹ con el fin de constatar la existencia de los requisitos de la autoría mediata según la tesis de ROXIN. Además, se ha evidenciado que debe rechazarse su aplicación a simples asociaciones ilícitas (concierto para delinquir) por estar basadas en relaciones netamente individuales que no generan fungibilidad⁴⁰².

La doctrina colombiana también ha señalado que la autoría mediata está más acorde con los procesos que se presentan en las estructuras de poder. De esta manera HERNÁNDEZ ESQUIVEL⁴⁰³ ha considerado que la fórmula de la autoría mediata se corresponde más con el fenómeno de las estructuras de poder si se le comparara con las características de figuras como la coautoría la que si bien, de acuerdo con el Código Penal colombiano, no exige aporte en la etapa ejecutiva, sí requiere del acuerdo común, el cual se echa de menos en estas estructuras, en las que el hombre de atrás no acuerda nada con el ejecutor⁴⁰⁴; es decir, que ni este requisito ni la intervención en la etapa de ejecución del delito, típicos del dominio funcional del hecho, se presentan en las estructuras organizadas de poder donde el hombre de atrás, más que acordar con el ejecutor, le impone una directiva y, lejos de intervenir en la ejecución espera, desde su posición

³⁹⁹ LÓPEZ DÍAZ, *El caso colombiano*, *Op.cit.*, p. 180.

⁴⁰⁰ RAMELLY ARTEAGA, *Op. cit.*, pp. 475-476.

⁴⁰¹ VELÁSQUEZ V, *Manual de derecho penal*, *Op.cit.*, pp. 576-577.

⁴⁰² POSADA ECHAVARRÍA, *Op.cit.*, p. 39.

⁴⁰³ Este autor en un principio sostuvo que la teoría de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder no era aplicable al Código colombiano pues el fenómeno que describe responde mejor a la figura de la inducción. HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Jorge Alberto, “Autoría y participación”, en *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Bogotá, Universidad Externado, 2002, p. 274.

⁴⁰⁴ HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Jorge Alberto, “Evolución doctrinal y jurisprudencial de la teoría del dominio del hecho”, en *Derecho penal y criminología*, Bogotá, Universidad Externado, vol. 29, Nos.86-87, enero-diciembre 2008, p. 21.

privilegiada, su realización. Es así que para este autor, la Corte Suprema, al apelar al concepto de coautoría para los casos particulares de criminalidad organizada a gran escala está sobrepasando los límites que tradicionalmente se le han asignado a dicha figura (aporte o actualización del mismo en etapa ejecutiva, especialmente), razón por la cual considera que la autoría mediata es la mejor opción⁴⁰⁵.

No obstante lo anterior, puede decirse que aunque la teoría de los aparatos organizados de poder ha ido ganando terreno en Colombia, no está exenta de críticas y existen aspectos polémicos que suscitan debate. Así, un sector de la doctrina se ha separado de esta tesis y se ha alineado con la figura de la coautoría. En efecto, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA⁴⁰⁶ sostiene que quien se encuentra en la cúspide de la organización, la domina, comparte el designio criminal e interviene en la ejecución, con división de trabajo. Además, señala que el artículo 29 del Código Penal habla de instrumento, es decir, un sujeto carente de libertad lo cual es incompatible con la teoría de ROXIN toda vez que el ejecutor directo en la autoría mediata, por aparatos organizados de poder, tiene pleno dominio del hecho⁴⁰⁷. Concluye el autor que dicha teoría representa una “innecesaria complejización de los mecanismos dogmáticos de la imputación”⁴⁰⁸ y recomienda aplicarla sólo a verdaderos aparatos de poder y de forma subsidiaria cuando los institutos tradicionales no tengan cabida.⁴⁰⁹

Otros puntos discutibles, por sólo nombrar algunos, están relacionados con el creciente interés de la figura por parte de los operadores de justicia y de la doctrina por la facilidad que presenta para la persecución y condena de aquellos que están en el vértice del poder en organizaciones criminales, es decir, como instrumento de política criminal.

Por otro lado, el principio de responsabilidad que ha generado en otras latitudes disputas aún no definidas, tiene en Colombia su propia manifestación en aquellos que ven en dicho principio un obstáculo para la aplicación de la figura y que han planteado una revisión del alcance del artículo 29 del Código Penal en lo referido al concepto de instrumento, elemento esencial de la autoría mediata.

⁴⁰⁵ Ibid., p. 23.

⁴⁰⁶ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho penal. Parte general*. Bogotá, Ibáñez, 2012, p. 872.

⁴⁰⁷ Ibid., p. 847.

⁴⁰⁸ Ibid., p. 848.

⁴⁰⁹ Ibid., p. 841.

Por último y dentro del marco de la nueva interpretación del concepto de autoría mediata, debe mencionarse la propuesta de aplicar la figura del autor detrás del autor.

A continuación se hará una breve referencia a estos temas.

3.3.1 Como criterio útil de política criminal

Algunos autores colombianos han considerado oportuna la aplicación de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder en el sentido de que es una herramienta efectiva en la persecución de crímenes cometidos a gran escala, donde las reglas tradicionales de la autoría y la participación no tienen cabida.

De esta manera se ha dicho que la tesis de la autoría mediata⁴¹⁰, según el reciente desarrollo por parte de los tribunales internacionales, es un “instrumento dogmático útil” para la imputación de responsabilidad a aquellos que se encuentran en la cúspide de las organizaciones y que cometen graves infracciones contra el derecho internacional humanitario, porque en estos casos lo que se evidencia no es la intervención descoordinada o individual de sujetos que actúan por cuenta propia sino la realización de crímenes masivos por grupos de personas pertenecientes a estructuras dotadas de organización.

Un autor que ha insistido en la aplicación de esta forma de autoría mediata en Colombia desde un punto de vista de política criminal es Alejandro APONTE, para quien el uso de este recurso en Colombia es viable pues la “realidad fáctica lo amerita o lo permite”⁴¹¹. Según este autor, la autoría mediata es un instrumento necesario a la hora de resolver el problema de las estructuras de poder ilegales pues con esta, resulta más fácil imputar responsabilidad a los hombres que desde una posición privilegiada organizan la comisión de crímenes. Esto es posible porque la teoría tiene un elemento “contraintuitivo”⁴¹² según el cual, a medida que el autor de atrás se aleja de la comisión fáctica del crimen, su responsabilidad no disminuye sino que aumenta en virtud de su capacidad de poner en funcionamiento la estructura criminal. Y es justamente esto, de acuerdo con el autor, lo que sucede en las organizaciones criminales colombianas.

⁴¹⁰ RAMELLY ARTEAGA, *Op. cit.*, pp. 475-476.

⁴¹¹ APONTE CARDONA, *Op.cit.*, p. 238.

⁴¹² *Ibid.*, p. 247.

Una línea similar a la anterior sigue SUAREZ SÁNCHEZ⁴¹³ quien considera que la teoría de ROXIN es un “hallazgo dogmático” importante en la medida en que brinda una solución adecuada a los casos en que dirigentes de aparatos de poder se valen de estos para la comisión de crímenes bajo una relación de estricta verticalidad y fungibilidad⁴¹⁴. Para este autor⁴¹⁵, la figura en comento constituye una respuesta dogmática y de política criminal para casos en los que estructuras de poder tanto en el seno del Estado como en organizaciones criminales separadas del derecho se dedican a la comisión de delitos.

Ante lo anterior debe decirse que si bien es importante la lucha contra el crimen a gran escala y la correspondiente sanción, tanto de los ejecutores materiales como de los hombres de atrás, debe actuarse con cautela al ser esta una figura nueva por lo menos para el derecho colombiano, y no puede permitirse un exceso de pragmatismo poco conveniente para la administración de justicia ya que la necesidad de dar resultados en este campo puede generar una aplicación acrítica de una figura que, como se ha podido ver, no tiene aún claros sus contornos y que responde muy bien para aquellos casos en los que la prueba de la inducción más exigente no es contundente, como puede verse en algunas decisiones de la justicia colombiana⁴¹⁶.

⁴¹³ SUÁREZ SÁNCHEZ en una primera oportunidad había considerado que no debía aplicarse la autoría mediata pues el autor no actuaba ni por coacción ni por error sino por disciplina siendo el sujeto de atrás un determinador. SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto, *Autoría y participación*, Bogotá, Universidad Externado, 1998, p. 273.

⁴¹⁴ SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto, *Autoría*, Bogotá, Universidad Externado, 2007, p. 321.

⁴¹⁵ *Ibid.*, p. 338.

⁴¹⁶ Se trata del fallo de la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá de enero 30 de 2012 en contra del coronel PLAZAS VEGA por el delito de desaparición forzada en la retoma del palacio de justicia. Sobre el particular debe decirse lo siguiente: según el Tribunal Superior se recurre a la autoría mediata en virtud de que ninguna de las modalidades de la autoría y de la participación le eran aplicables al coronel PLAZAS VEGA. El Tribunal reconoce que no existen aun ejecutores materiales, lo cual explicaría la solución polémica de utilizar la teoría de aparatos organizados de poder, es decir, ante la ausencia de una prueba específica de la inducción y lo que es más importante, de la falta de evidencia concreta de quienes fueron los autores que actuaron inducidos, se recurre a la autoría mediata a pesar de la dificultad de argumentar con claridad la presencia de un aparato organizado de poder criminal. En efecto, el Tribunal se refiere a la presencia de una estructura ilegal dentro de la organización legalmente constituida que se “activa” para la comisión de delitos; de la existencia de una “organización criminal paralela” o un “aparato estatal ilegal”. Sin embargo no se entiende cómo una institución legítima se convierte en criminal por una orden de tal naturaleza; parece más acertado pensar en decisiones y actuaciones criminales, que en una organización espuria. La tesis del Tribunal puede dar lugar a que la voluntad criminal de los agentes convierta a la organización en la cual están enmarcados en aparatos de poder al margen del derecho con el consecuente abuso de la figura de autoría mediata. Si bien se puede comprobar la existencia de procedimientos abiertamente criminales en la retoma del palacio de justicia no puede afirmarse tajantemente que el ejército nacional o una parte de este, siguiendo los postulados de ROXIN, haya actuado como un aparato de poder criminal. En este caso, se insiste, existe evidencia de una decisión criminal pero que no puede considerarse, sin pruebas, como política de Estado.

Recuérdense las críticas que se han hecho a una figura que en su tiempo se asumió como criterio político criminal para encausar con mayor facilidad a los criminales en la antigua Yugoslavia y África con miras a “superar las dificultades probatorias” de otras figuras más exigentes. Se trata de la empresa criminal conjunta, figura que poco a poco ha ido perdiendo importancia en el debate del derecho penal internacional debido a que la CPI ha empezado a desarrollar su teoría de la participación criminal a partir del criterio del dominio del hecho.

3.3.2 Sobre la naturaleza del instrumento

Debido a que la teoría que aquí se trata tiene una relación directa con el alcance del artículo 29 del Código Penal, toda vez que el requisito para la existencia de autoría mediata es que el sujeto de adelante tenga el carácter de instrumento, la doctrina colombiana se inclina o a desechar la autoría mediata por considerar que esta se refiere a una persona⁴¹⁷ (que debe ser además irresponsable) y no a una estructura de poder, o a proponer una nueva lectura⁴¹⁸ de este concepto en el que

Por último, tratándose de políticas, instrucciones y órdenes (para acudir al lenguaje del Tribunal) dentro de una organización militar, la disposición al hecho debe tenerse como la intención de cumplir con una finalidad constitucional o legalmente impuesta, por lo que también debe explicarse cómo se llega a la conclusión de que esta disposición al hecho es equivalente a aquella que se puede dar en estructuras criminales. No se puede equiparar la predisposición al hecho de quien integra una estructura de poder ilegal con la disposición de acatar una previsión en principio válida de quien pertenece a una estructura vertical legítima como el ejército, pues en este último caso el ejecutor de la orden puede estar convencido de la rectitud de su actuar por pertenecer a una organización legalmente constituida, incluso pensar que actúa bajo una causal de ausencia de responsabilidad, sin que esto signifique que en este caso proceda la impunidad, pues se trata de conductas a todas luces sancionables y que deben ser objeto del mayor reproche penal, sin embargo estas consideraciones ayudan a la discusión de una figura que puede ceder a otras formas de imputación como la coautoría o la inducción, con penas similares y sin forzar demasiado figuras dogmáticas que apenas se decantan en el medio local. Se pueden ver las acertadas críticas del profesor VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ al fallo de primera instancia en “Los Aparatos Organizados de Poder”, En *Cuadernos de derecho penal*, No. 4, Universidad Sergio Arboleda, 2010, pp. 179 y siguientes.

El 16 de diciembre de 2015, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, encontró inocente al ex coronel PLAZAS VEGA por la desaparición forzada de dos personas en el operativo de retoma del palacio de justicia. En lo relacionado con la imputación de autoría mediata por dominio de la organización, la Corte sostuvo que independientemente de la discusión doctrinal acerca del requisito de la marginalidad del derecho de la estructura de poder, no puede darse por sentado que la comisión de conductas punibles dentro de una institución legalmente constituida la convierta por este hecho en criminal; por lo demás, asegura la Corte, no se pudo comprobar la existencia de una organización criminal paralela dentro del ejército nacional. SP17466-2015 Radicación n° 38957. M.P. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO.

⁴¹⁷VELÁSQUEZ V., Fernando, *Los aparatos criminales organizados de poder*, *Op.cit.*, p. 183. BERNATE OCHOA, Francisco, “La imposibilidad de la aplicación de la autoría mediata por dominio funcional de aparatos de poder en el sistema legal colombiano”, en *Derecho penal contemporáneo*, No.36, julio-septiembre de 2011, p. 45.

⁴¹⁸ LÓPEZ DÍAZ, *El caso colombiano*, *Op.cit.*, p. 180.

se entienda que no sólo podrá darse autoría mediata con sujeto irresponsable sino también en presencia de un ejecutor directo culpable.

Un sector de la doctrina colombiana busca, a partir de la redacción actual de la norma sobre la autoría mediata, brindar salidas interpretativas que permitan la posible aplicación de la teoría de ROXIN u otras afines.

En este sentido con relación al artículo 29 del Código Penal vigente, Claudia LÓPEZ⁴¹⁹ recomienda una “nueva interpretación” del concepto de autoría con el fin de darle cabida a la autoría mediata con sujeto responsable para dar así una respuesta adecuada a actuales formas de criminalidad organizada; este criterio de imputación es conocido como “autor detrás del autor”. Sin embargo, señala la autora, que es posible la aplicación de las otras formas de responsabilidad y sólo cuando exista un aparato organizado de poder en el que no haya autoría mediata en virtud de la coacción o del error, es decir, cuando el ejecutor sea responsable, podrá aplicarse dicha figura, pues tanto los autores materiales como el hombre de atrás tienen dominio del hecho⁴²⁰.

Sostiene también esta autora que aún bajo la vigencia del artículo 23 del Código Penal de 1980, era posible la aplicación de la teoría de ROXIN a pesar de la no consagración de la autoría mediata en el texto del Código, para lo cual se habría podido recurrir a una “interpretación extensiva” del articulado a tono con la doctrina internacional⁴²¹.

Ante la crítica según la cual el artículo 29 del Código Penal colombiano⁴²², al señalar que será autor quien realice la conducta punible utilizando a otro como instrumento, excluiría la tesis de ROXIN en la que el ejecutor directo es plenamente responsable, APONTE CARDONA⁴²³ ha sostenido que es necesario considerar cómo el criterio de la fungibilidad puede reemplazar la fundamentación del principio de

⁴¹⁹ LÓPEZ DÍAZ, *El caso colombiano*, *Op.cit.*, p. 180.

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 181.

⁴²¹ *Ibid.*, p. 180.

⁴²² Artículo 29. Autores. Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento. Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte. También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado. El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible.

⁴²³ APONTE CARDONA, *Op.cit.*, p. 239.

responsabilidad en virtud de que se puede advertir en la práctica cotidiana colombiana que los grupos al margen de la ley son dominados de manera “brutal e irreductible” por los hombres de atrás, de manera tal que los ejecutores materiales quedan convertidos en verdaderos instrumentos.

Con esta herramienta teórica, según el autor, se puede luchar contra la impunidad sin dejar de castigar a los autores materiales de los crímenes, y se sancione con mayor rigor a los grandes responsables, encausando de mejor manera los menguados recursos con los que cuenta la administración de justicia en Colombia. Para este autor⁴²⁴ lo importante no es la argumentación acerca de la figura sino su poder de resolución de conflictos en un caso particular.

Respecto a la postura de este autor con relación a los casos de “fungibilidad pura” en Colombia, cabe decir que si dentro de una organización criminal los ejecutores materiales están siendo sometidos a una presión psicológica tan grande para la comisión de crímenes como parece indicar el autor, entonces la salida es la autoría mediata pero no en su versión de dominio de la organización sino como coacción al ser verdaderos instrumentos del hombre de atrás, es decir, no responderían sino por los crímenes cometidos por su propia iniciativa y no por aquellos que cometen bajo una extrema presión, con lo cual el concepto de “instrumento” consagrado en el Código Penal colombiano retomarí­a el sentido que tradicionalmente se le ha dado dentro de la autoría mediata, o sea, el que da lugar a esta forma de autoría en virtud de la coacción o del error.

También REYES CUARTAS⁴²⁵ propone una reformulación del concepto de instrumento teniendo en cuenta el criterio de la fungibilidad, aunque opina que la teoría de ROXIN presenta evidentes problemas en la determinación de sus elementos, lo que puede generar inseguridad jurídica a la hora de su aplicación, es decir, al ser una teoría cuyos perfiles son difusos, permite que el juez incurra en cierto “intuicionismo” en sus decisiones. Sostiene este autor⁴²⁶ que para poder superar las críticas que se presentan desde el principio de responsabilidad es necesario replantear el concepto de instrumento contenido en el artículo 29 del Código Penal. En efecto, desde “aristas normativas” es preciso considerar al

⁴²⁴ Ibid., p. 249.

⁴²⁵ REYES CUARTAS, José Fernando, “La autoría mediata con aparatos organizados de poder”, en *Derecho penal y criminología*, Bogotá, Universidad Externado, vol. 25, No. 75, enero-junio, 2004, pp. 151-152.

⁴²⁶ Ibid., p.154.

ejecutor directo no como un sujeto carente de libertad y por tanto inculpable sino como una ficha intercambiable dentro de la estructura de poder.

Por esto, para poder aplicar la autoría mediata, es determinante que se pueda confirmar la existencia de vastas estructuras organizadas y no de simples bandas conformadas por pocos sujetos como los grupos de sicarios, ya que difícilmente podría presentarse la fungibilidad. En estos últimos casos se recomienda proceder de acuerdo con las fórmulas tradicionales de imputación y no al dominio de la organización que debe ser una salida residual o subsidiaria⁴²⁷. Para el autor⁴²⁸, las guerrillas colombianas y los grupos de autodefensa cumplen con los requisitos fundamentales para que se presente el dominio por organización, es decir, la estructura rígida y jerárquica, la marginalidad del derecho, la disposición al hecho y la fungibilidad.

Por último, siguiendo una línea similar, GROSSO GARCÍA⁴²⁹ se refiere a una “concepción social valorativa “de la expresión “instrumento”; este autor considera que una asignación de sentido normativo permite aceptar el control del hombre de atrás sobre un aparato organizado de poder toda vez que con tal interpretación se trasciende el mero concepto ontológico.

3.3.3 Acerca de la introducción en Colombia de la figura del autor detrás de autor

Como se puede ver, es el concepto de instrumento el que pone en duda la aplicación de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder en Colombia ya que por un lado, según la concepción tradicional de la autoría mediata, sólo permite su uso cuando el sujeto de adelante es irresponsable (instrumento) mientras que en el dominio de la organización, responden tanto el ejecutor como el hombre de atrás; y, por otro lado, al considerarse al instrumento únicamente como una persona individual y no como un ente abstracto (estructura criminal).

Se puede decir que si se afirma que el dominio no se ejerce sobre el individuo o ejecutor directo sino contra el aparato (tesis de ROXIN, AMBOS, PARIONA ARANA, entre otros) a este argumento se opone el hecho de que la legislación colombiana

⁴²⁷ Ibid., pp. 155-156.

⁴²⁸ Ibid., pp. 156-157.

⁴²⁹ GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador, *El concepto del delito en el nuevo Código Penal, una propuesta de interpretación desde el sistema de la teoría del delito*, Bogotá, Ibáñez, 2003, p. 228.

está referida en este caso concreto al individuo y no a la organización criminal; si por el contrario se sostiene que el dominio se ejerce sobre el individuo y no contra el aparato, se argumenta en contra que la legislación colombiana considera al ejecutor directo como un sujeto irresponsable (instrumento) y que por tanto la teoría de ROXIN al considerar a ambos responsables, no es compatible con la ley.

Para resolver por lo menos este último obstáculo (principio de responsabilidad) autores como Fernando VELÁSQUEZ⁴³⁰, quien no sólo rechaza las categorías dogmáticas tradicionales para estos casos, sino también la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder por ser “sofística y ambivalente”⁴³¹ y Claudia LÓPEZ DÍAZ⁴³² recomiendan desarrollar el concepto de “autor detrás del autor” que parece ser un criterio alternativo a la autoría mediata sin el principio de responsabilidad.

Este concepto se puede ver en Bernd SCHÜNEMANN⁴³³ quien a partir de las decisiones del Tribunal Supremo alemán, que permitieron la aplicación de autoría mediata a los órganos administradores de las empresas con empleados subordinados actuando dolosamente, sostuvo que el principio de responsabilidad debe ser dejado de lado como regla dogmática para fundamentar autoría mediata. De esta manera el autor alemán indaga acerca de un nuevo criterio que pueda fundamentar esta autoría y considera apropiado hablar de “grados de dominio del hecho, que centra la autoría en un control del suceso, aunque este sea sólo relativamente más elevado” con lo cual sería válido aceptar la figura del “autor detrás del autor” para “ciertas constelaciones” de casos en donde el hombre de atrás, gracias a su posición en la estructura criminal, puede concebir de mejor manera los sucesos y, por tanto, decidir mejor sobre ellos, comparado con el sujeto de adelante.

⁴³⁰ VELÁSQUEZ V., *Los aparatos criminales organizados de poder*, *Op.cit.*, p. 183. En un primer momento este autor, *Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Temis, 1994, p. 534, consideraba que en aquellos eventos como cuando se procede a asesinar a un diplomático en un país extranjero (caso STACHINSKY) lo que se presenta es coautoría y no autoría mediata pues es clara la división del trabajo y el dominio funcional del hecho.

⁴³¹ VELÁSQUEZ V., Fernando, “Los líderes paramilitares ¿autores mediatos por medio de aparatos criminales organizados de poder?”, en *Revista de derecho penal. Imputación, causalidad y ciencia*, Rubinzal–culzoni (edit), 2011-1, pp. 104-105. Tomado de: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/pdf/Lideres-Paramilitares-Autores-Mediatos-Aparatos-Criminales-Organizados-de-Poder-fernando-velasquez.pdf.

⁴³² LÓPEZ DÍAZ, *El caso colombiano*, *Op.cit.*, p. 180.

⁴³³ SCHÜNEMANN, *Op.cit.*, p. 532. El mismo, *El tempestuoso desarrollo de la autoría mediata*, p. 36. <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1038/982>.

De acuerdo con lo anterior y siguiendo al autor alemán, es este criterio el que permite fundamentar razonablemente la autoría mediata en virtud de aparatos de poder, sobre todo en aquellos que son de naturaleza criminal, que imponen sus órdenes a toda costa, pues se refiere a la posibilidad de que el hombre de atrás reemplace al hombre de adelante, es decir, se trata de un criterio de tipo ontológico (fungibilidad) donde se tiene en cuenta el hecho real, siendo entonces el principio de responsabilidad poco apto para fundamentar autoría mediata toda vez que es un criterio normativo. Tal graduación del dominio del hecho dentro de un aparato organizado de poder permite determinar que existen algunos individuos que poseen más y otros menos, de acuerdo con la posibilidad de mando que cada cual tenga en la organización. Sin embargo, este criterio no puede quedarse en el campo de lo fáctico sino que requiere un aspecto normativo materializado en la necesidad de protección de bienes jurídicos, es decir, una visión desde el punto de vista de la política criminal:

Por consiguiente, hay que garantizar, en mi opinión, que se sea consecuente en la sistemática interna, a través de concebir el dominio del hecho como una estructura lógico-objetiva, cuya significación central para el derecho penal resulta de su función general preventiva de protección de los bienes jurídicos. Pues, de acuerdo con ello, quien domina el suceso lesivo para el bien jurídico es, en cierto modo, el destinatario nato de la norma. Del mismo modo que las otras formas de dominio sobre el fundamento del resultado, el dominio del hecho se presenta no como un mero fenómeno físico o biológico, sino como un fenómeno social en diferentes grados y formas de intensidad⁴³⁴.

PARIONA ARANA sigue también un concepto de autor detrás de autor sin excluirlo del tema general de autoría mediata, Para este autor⁴³⁵ el criterio fundamental a tener en cuenta es el de dominio; por tanto, en los casos en los que tanto el hombre de atrás y el ejecutor cuentan con él, se presenta la figura del autor detrás de autor. La esencia de la autoría mediata, según el tratadista peruano, está en el hombre de atrás, quien contando con el dominio del hecho controla el “evento criminal”, por lo que al ser este la figura central, la autoría mediata no deberá fundamentarse en las características del ejecutor directo, quien podrá también dominar el hecho, lo cual no tendrá importancia a la hora de considerar autor al hombre de atrás. Cualquier déficit atribuible al ejecutor directo no tiene porqué influir de manera decisiva en el dominio del hecho del hombre de atrás, dominio que depende exclusivamente de este, de manera tal que cualquier objeción o crítica a su posición central dentro del acontecimiento, deberá recaer en sus

⁴³⁴ Ibid., p. 536.

⁴³⁵ PARIONA ARANA, *Autoría mediata por organización*, *Op.cit.*, p. 24.

características o elementos y no en el ejecutor⁴³⁶. Según PARIONA esta es la limitación de las teorías como la de la responsabilidad⁴³⁷, la propia responsabilidad⁴³⁸ y la de autonomía⁴³⁹ que ponen el acento en el ejecutor directo y no en el verdadero protagonista del hecho.

También apoya esta tesis BOLEA BARDÓN⁴⁴⁰ para quien la figura del instrumento no puede interpretarse de forma tal que se tenga al ejecutor directo como un sujeto sometido a un déficit de conocimiento o de voluntad.

Para esta autora⁴⁴¹ no es necesario que el hombre de atrás domine directamente al instrumento (ejecutor directo) sino que pueda constatarse que tiene dominio del riesgo representado en el poder sobre la estructura criminal de la que se vale para la comisión de crímenes a través de los subordinados; es claro que para la autora se trata de “una instrumentalización de los ejecutores materiales a través de la organización”, en la que, tanto el ejecutor como el hombre de atrás, dominan una forma de riesgo.

Este dominio del riesgo se tendrá como tal si el ejecutor directo actúa de manera libre y si el autor de atrás no depende para el cumplimiento de su orden de la voluntad del ejecutor directo sino de la forma en que está dispuesta la estructura de poder, es decir, la automaticidad del aparato criminal que garantiza “con una probabilidad a menudo rayana en la seguridad”⁴⁴² el cumplimiento de la orden.

Por lo anterior, para la autora española, si bien la fungibilidad y la disposición a cometer el delito son importantes, no son elementos determinantes de esta forma de responsabilidad pues aún faltaría confirmar la presencia de los otros requisitos como la marginalidad del derecho, la estructura jerárquica de la organización, si los mandos medios tienen o no poder de decisión, etcétera⁴⁴³.

⁴³⁶ Ibid., p. 36.

⁴³⁷ Como se pudo ver en el primer capítulo de este trabajo, este principio establece que la circunstancia de que el ejecutor sea plenamente responsable del hecho punible impide el surgimiento de la autoría mediata, siendo aplicable en estos casos por lo general la inducción o la coautoría.

⁴³⁸ Según esta postura una “persona será responsable frente al derecho solamente por lo que hace y no por lo que otros hacen; es decir, delimita los ámbitos de responsabilidad y establece que toda persona debe ser sancionada por su propio hecho injusto”. Ibid., p. 34.

⁴³⁹ El hombre de atrás será instigador si el ejecutor directo es “autónomo en su accionar”. Ibid., p. 29.

⁴⁴⁰ BOLEA BARDÓN, *Op.cit.*, p. 367.

⁴⁴¹ Ibid., p. 367, pie de página 93.

⁴⁴² Ibid., p. 369.

⁴⁴³ Ibid., p. 370.

Sin embargo considera que la fungibilidad a pesar de no poder fundamentar el dominio de la organización del hombre de atrás, permite ver con claridad la naturaleza automática de la estructura de poder, razón por la cual recomienda mantenerla⁴⁴⁴. Señala asimismo que debe distinguirse entre dos formas de imputación de responsabilidad, por un lado, está la autoría mediata, en la que el ejecutor directo está en error o coaccionado y por otro lado, está la figura de autor detrás del autor, en la que tanto el hombre de atrás como el ejecutor directo son responsables por tener un dominio compartido del hecho, por tanto la autora sugiere separar estas formas de imputación⁴⁴⁵. De tal manera que cuando se refiera a organizaciones criminales no se hable de autoría mediata sino de autor detrás del autor con lo cual se evitan las consabidas críticas a la teoría del dominio del hecho, según las cuales la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder es una excepción al principio de responsabilidad.

En pocas palabras, la propuesta de la autora es no incluir dentro del concepto de autoría mediata el dominio de la organización sino tenerlo como un concepto diferente abarcado en el concepto de “autor detrás del autor” y evitar así que se desdibujen los límites de aquella forma de autoría⁴⁴⁶.

Ante lo anterior, se puede decir que la fórmula de esta autora no se distingue de la teoría de ROXIN salvo en la justificación de la responsabilidad del hombre de adelante. El resto de elementos de la teoría (fungibilidad, separación del derecho, disponibilidad del ejecutor y relación jerárquica) son, con algunos matices, los mismos planteados por ROXIN.

Igualmente, es importante recalcar que la doctrina colombiana no ha especificado cuales son las diferencias entre los dos conceptos, salvo el principio de responsabilidad, ni tampoco si en la teoría del autor detrás del autor también deben verificarse los requisitos que la doctrina y jurisprudencia exigen para los aparatos organizados de poder.

No obstante resulta evidente que las figuras del autor detrás del autor y la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder representan el mismo contenido conceptual, pues lo que hacen ambas figuras es pasar por alto el mencionado principio según el cual para que exista autoría mediata el ejecutor directo tiene que ser impune. Por lo que se puede concluir, tras una primera

⁴⁴⁴ Ibid., p. 370.

⁴⁴⁵ Ibid., p. 372, pie de página 100.

⁴⁴⁶ Ibid., p. 374.

mirada a esta discusión, que se trata de un cambio de nombre para evitar las críticas que recaen sobre la teoría de los aparatos organizados de poder al vincularla al marco general de la autoría mediata que requiere, según la tradición, del principio de responsabilidad.

Respecto a lo anterior cabe preguntarse dónde estaría prevista esta forma de autoría llamada “autor detrás del autor” que al ser una forma diferente de la autoría mediata (debe serlo para poder solventar con éxito el escollo del principio de responsabilidad aplicable desde siempre a esta forma de autoría), no estaría incluida en el inciso primero del artículo 29 del Código Penal, que señala que “es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento” que es el referido a las formas de instrumentalización y, específicamente, a la autoría mediata y no a otras formas.

En tal caso se debe ser cuidadoso al aplicar esta figura sino se quiere pasar por alto el principio de legalidad, a menos que se acoja la tesis según la cual el artículo 29 del Código Penal colombiano no es constitutivo sino meramente declarativo, con lo cual pueda extraerse de las normas de la parte especial la figura en mención. Sin embargo debe aclararse que una interpretación amplia del concepto de instrumento para que sea considerado no con un déficit de responsabilidad o para dar cabida en él también a organizaciones criminales, es una propuesta interesante puesto que no fuerza las categorías que permiten la distinción entre la autoría y la participación, como sucede cuando se recomienda derivar de una norma que contiene una forma de determinación a una forma específica de autoría. Aunque igual resultado se obtiene si desde la teoría de ROXIN se prevé una interpretación amplia del concepto de instrumento, no como el tradicional irresponsable de la autoría mediata clásica sino como quien puede, desde su completa libertad, afectar bienes jurídicos en una línea similar a la seguida por el ECPI.

3.3.4 El primer intento de regulación de la figura

El primer intento legislativo de regulación de esta figura en Colombia se ha dado con ocasión del desarrollo del acto legislativo No. 2 de 2012⁴⁴⁷ (fuero militar) por medio del respectivo proyecto de ley estatutaria que entre los artículos 32 y 33

⁴⁴⁷Declarado inexecutable mediante sentencia C- 740 de octubre 13 de 2013 por vicios en el procedimiento en su formación M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Esta circunstancia generaría la declaratoria de inexecutable del proyecto de ley estatutaria que reglamentaba este acto legislativo.

desarrolla el tema de las estructuras de imputación y, en este último artículo, lo referido a la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder.

Según la disposición, tal como fue presentada en el proyecto de ley (*Gaceta del Congreso* No. 131 de 2013), una persona será responsable como autor mediato si en un proceso se puede probar, más allá de duda razonable, que concurren los elementos de la figura, a saber: que el responsable lidera una estructura jerárquica ilegal, el cumplimiento de órdenes de forma automática, la fungibilidad de los miembros de la organización, que dicha estructura actúa completa y estructuralmente al margen del derecho y que el líder haya ordenado a los miembros de la organización la comisión de uno o varios delitos.

De acuerdo con la exposición de motivos de la iniciativa, la introducción de esta figura busca evitar, por un lado, que los jueces apliquen la teoría sin tener en cuenta los requisitos mencionados y, por el otro, que se asigne responsabilidad por el hecho de tener una posición importante en la organización.

Estas intenciones del proyecto son aceptables, pues una de las mayores críticas que se le ha hecho a esta figura es la posibilidad de que la imputación de la responsabilidad se haga por la pertenencia al grupo, cuestión importante que será analizada más adelante. Por ahora, es necesario advertir que una postura semejante no es acorde con el principio de culpabilidad garantizado por la Constitución.

Sin embargo, los fines perseguidos por el proyecto al consagrar esta forma de autoría mediata, por lo menos aquel de que los requisitos sean aplicados en todos los casos, fin legítimo de por sí, no se logra con la consagración expresa de ellos, esto genera en cambio una verdadera restricción de su aplicación por parte de los jueces. Como se verá más adelante, cuando se estudie en detalle la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, estos requisitos no se presentan en todos los casos de forma inexorable. Asimismo, se ha demostrado aquí como en otros ámbitos, sin necesidad de redacciones normativas rigurosas y extensas, se ha podido aplicar la teoría garantizando los derechos de los procesados. Basta en esencia una cláusula sobre la autoría mediata en el Código Penal para aplicar la figura; también debe tenerse en cuenta que las conductas que se enmarcan dentro de una estructura jerárquica de poder no tienen una relación directa con el servicio y que, por tanto, quedan al margen del fuero militar, por lo que su regulación debe corresponder a la justicia penal ordinaria.

En la ponencia para primer debate (*Gaceta del Congreso*, No. 299 de 2013) del proyecto de ley estatutaria en mención se mantenía la redacción del proyecto original con algunos matices, sobre todo en el primer inciso, en el cual se dispuso que sólo con pruebas específicas se podrá señalar que “unidades de la fuerza pública o sus miembros” hacen parte de estructuras jerárquicas al margen del derecho. Los requisitos en la ponencia para primer debate se dejaron tal como los concebía el proyecto original.

Según lo anterior, el texto original del proyecto y la ponencia para primer debate prácticamente recogían la tendencia original de la doctrina respecto a la teoría haciendo énfasis en los elementos referidos a la naturaleza de la estructura. En primer lugar, se señalaba que la persona debía liderar una estructura jerárquica ilegal y, en segundo término, la norma señalaba que dicha organización debía actuar “completa y estructuralmente al margen del derecho”.

Esta última disposición generó una álgida discusión –que debió suscitarse aun antes del primer debate, puesto que los ponentes sostienen en el informe de ponencia que dicha redacción “no significa que al interior de la Fuerza Pública no se puedan conformar estructuras jerárquicas ilegales”–en el seno de las comisiones primeras conjuntas de Senado y Cámara donde se sostuvo que tal redacción permitiría a futuro que algunos oficiales de la fuerza pública condenados alegaran nulidad de los procesos en virtud del principio de favorabilidad, toda vez que la norma excluiría la posibilidad de que miembros de dichas fuerzas fueran responsables como autores mediatos dentro de una estructura jerárquica legal.

Ante una situación que amenazaba demorar el trámite de la iniciativa, los ponentes y el Gobierno nacional optaron por una redacción que eliminaba los requisitos de la teoría, pero dejando el inciso siguiente: “No se podrá inferir sin los elementos probatorios específicos que unidades de la fuerza pública o sus miembros conforman estructuras jerárquicas que operen al margen del derecho”.

En el debate en plenaria de Senado se aprobó una proposición, que a la postre sería el texto sometido a conciliación de ambas plenarias (*Gaceta del Congreso* No. 435 de 2013), en la que se reemplazó el título inicial del artículo referido a aparatos organizados de poder por el de “la conformación de estructuras jerárquicas ilegales” y se conservó el mismo contenido de la norma, con lo que se buscó eliminar la posibilidad de que se aplicara el principio de favorabilidad en los términos ya mencionados.

Parece que la motivación inicial de la norma era que la autoría mediata sólo pudiera darse en una organización al margen del derecho. Por tanto, con la redacción dada a la figura en las comisiones conjuntas no se ponía fin a la discusión porque se continuaba exigiendo la ilegalidad de la estructura jerárquica. Lo mismo debe decirse en caso de que el sentido de la norma haya sugerido que el supuesto responsable hiciera parte de una estructura jerarquizada que actuara en forma paralela a la institucionalidad; es decir, que no toda la organización estuviera al margen del derecho sino una parte de la misma. Ante lo cual debe recordarse que la prueba según la cual parte del sistema actúa como un todo en la ejecución de algunos tipos de delitos es de difícil obtención, así como evidenciar una política general criminal dentro de una institución legítimamente constituida.

Esta discusión evidencia la naturaleza altamente polémica del requisito de la desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder, elemento planteado desde sus inicios por ROXIN.

A pesar de que la norma definitiva del proyecto de ley estatutaria eliminó la referencia expresa a la figura de autoría mediata, el contenido fue el mismo en casi todo el trámite legislativo, por lo que resulta importante mencionar brevemente los contornos del problema, analizado en otra parte.

En un principio ROXIN⁴⁴⁸ planteó que la estructura de poder debía estar completamente separada del derecho puesto que sólo en una organización semejante era posible que órdenes antijurídicas fueran cumplidas pues no existiría un marco regulativo superior que inhibiera la práctica de dichas conductas; por el contrario, si la orden provenía de una autoridad constituida en forma legítima tal orden no generaría dominio del hecho pues sus miembros, en principio por supuesto, sólo responderían a órdenes legales. Por lo cual si alguien amparado en una estructura jerárquica que actúa dentro del derecho ordena la comisión de un hecho punible, tal conducta no genera como tal dominio de la organización y, por ende, autoría mediata porque dicho mandato no se encuentra respaldado por dicha organización; en estos casos entonces quien así procede no lo hace con el aparato sino en contra de él. Según esta postura sería difícil la aplicación de esta teoría a estructuras jerárquicas legales como lo son los ejércitos regulares.

⁴⁴⁸ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, *Op.cit.*, p. 277.

Posteriormente ROXIN⁴⁴⁹ ha modulado su criterio inicial sosteniendo que no es necesario que la totalidad de la estructura se encuentre apartada del derecho “sino solamente en el marco de los tipos penales que ella realiza”, con lo cual se podría argumentar la posibilidad de que dentro de organizaciones jerárquicas en principio legales se presente autoría mediata. Este autor argumenta que tanto en la Alemania nazi como en la RDA existían aspectos que eran respetuosos del derecho vigente que convivían con aquellos que eran abiertamente criminales como, por ejemplo, “la solución final de la cuestión judía” e “impedir la fuga mediante disparos”, refiriéndose en este último caso al asesinato de aquellos ciudadanos que intentaban atravesar el muro de Berlín. Estas políticas criminales generales requieren que el aparato, o parte del mismo, actúe como un todo para su cumplimiento, así en principio la organización tenga un fin legítimo.

Siguiendo estos criterios pudo hallarse al ex mandatario peruano Alberto FUJIMORI responsable de crímenes de lesa humanidad, pues a pesar de que como tal el Estado peruano era respetuoso del derecho, se comprobó que, por lo menos en el manejo de la lucha contra la subversión, algunas políticas eran totalmente criminales, políticas que eran ejecutadas por un “grupo especial” perteneciente a la fuerza pública.

Puede sostenerse que la norma se inclinaba por la última postura de Roxín según la cual no debe probarse que toda la estructura jerárquica se encuentra al margen del derecho sino que una parte del sistema actúa de tal forma. En todo caso es preciso advertir que inclusive esta interpretación de la norma tornaba complicada la aplicación de la figura, pues la evidencia de una política de naturaleza criminal dentro de una institución legítima es de difícil obtención.

3.4 La teoría de los aparatos organizados de poder en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

3.4.1 Introducción

Si se da una mirada general a la reciente evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de autoría y participación en los casos relacionados con la responsabilidad del superior por crímenes perpetrados por los subordinados, se puede señalar que una primera postura ha sido planteada en los

⁴⁴⁹ ROXIN, *Dominio de la organización y resolución al hecho*, *Op.cit.*, p. 528.

procesos 23825 de marzo 7 de 2007(masacre de Machuca) y 24448 de septiembre 12 de 2007 (masacre de La Gabarra), donde se hace la imputación por coautoría impropia. Posteriormente, en la sentencia proferida en el proceso No. 26470 de mayo 16 de 2008 (procesado Mauricio PIMIENTO), la imputación que se hace es a título de autor de concierto para delinquir dentro de un aparato organizado de poder.

En la sentencia de septiembre 2 de 2009, proferida dentro del proceso No. 29221, la Corte se refiere a la teoría de la coautoría por cadena de mando. En esta providencia se habla de aparatos organizados de poder pero no se trata de la autoría mediata sino de reparto de trabajo propio de la coautoría. Esta teoría de la cadena de mando se aplicará, entre otros, al proceso No. 29640 de septiembre 16 de 2009 (procesado Ricardo ELCURE CHACÓN).

En otro momento, la Corte asimila los grupos paramilitares a los aparatos organizados de poder, entre otros en los siguientes procesos: 1. Proceso No. 32672 de diciembre 3 de 2009 (procesado Salvador ARANA); 2. Proceso No. 27941 de diciembre 14 de 2009 (procesado Gonzalo GARCÍA ENGARITA). 3. Proceso 26584 de febrero 3 de 2010 (procesado Dixon TAPASCO). 4. Proceso No. 27032 de marzo 18 de 2010 (procesado Álvaro ARAUJO CASTRO).

En la sentencia proferida dentro del proceso No. 32805 de febrero 23 de 2010 (procesado Alfonso GARCÍA ROMERO), se cambia la jurisprudencia pues la Corte aplica la teoría de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder aun cuando el sujeto activo es responsable. En sentencias previas la Corte consideraba que en los casos de autoría mediata el sujeto ejecutor era un simple instrumento.

Por último, en las sentencias proferidas en los procesos No. 32712 de mayo 5 de 2010 y No. 29200 de mayo 12 del mismo año, la Corte recoge y ratifica lo dicho en las anteriores providencias y se asume que la teoría del autor detrás del autor es la que mejor se aplica a los casos de vínculos de líderes políticos con grupos de autodefensa. Similares consideraciones en los siguientes fallos, entre otros: radicado 27267 – 2013 (24 de julio). Oscar Suarez Mira. Radicado 37.915 – 2013 (14 de agosto) Hugo Heliodoro Aguilar Naranjo. Radicado SP 14657-2014 (28 de octubre) Radicación N° 34017. Efrén Antonio Hernández Díaz. Única Instancia n° 29581- 2015 (25 de mayo) Miguel Alfonso de la Espriella Burgos. SP11247-2015 Radicación n° 35.687 (29 de agosto). Guillermo Gaviria Zapata.

Es importante aclarar que la Corte Suprema de Justicia, si bien ha condenado en la mayoría de los casos por concierto para promover grupos organizados de poder, ha determinado a su vez compulsar copias en varias ocasiones, con el fin de que se investigue la ocurrencia de hechos constitutivos de delitos de lesa humanidad por la pertenencia a estos grupos. Entre otros pueden mencionarse los siguientes procesos: 32672 de 2009 (procesado Salvador ARANA); 27941 de 2009 (procesado Gonzalo GARCÍA ANGARITA); 27032 de 2010 (procesado Álvaro ARAÚJO CASTRO); 32712 de 2010 (procesado Hernando MOLINA ARAÚJO); 29200 de 2010 (procesado Jorge de Jesús CASTRO PACHECO); 26585 de 2010 (procesado Jorge de Jesús BUILES); 28835 de 2010 (procesado Miguel Ángel RANGEL) y 34653 de 2010 (procesado Rubén Darío QUINTERO). En estos eventos, según la Corte, hay claros indicios de la realización de delitos de lesa humanidad por parte de los grupos organizados de poder, los cuales pueden ser imputados a los procesados a título de autores o partícipes.

A continuación se hará un análisis del desarrollo que la Corte Suprema de Justicia ha hecho del tema de los aparatos organizados de poder, sus elementos, el alcance de la responsabilidad del hombre de atrás y la relación con otras formas de imputación.

3.4.2 La ubicación de los aparatos organizados de poder en el Código Penal colombiano. El concierto para delinquir agravado

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha abordado en forma extensa la dogmática del concierto para delinquir y en especial de su modalidad agravada y lo ha relacionado con el concepto general de aparatos organizados de poder. Sin embargo, el desarrollo dado a este último tema no se compara con el del concierto, salvo contados fallos.

En virtud de ello, la Corte ha asimilado los grupos de autodefensa con aparatos organizados de poder⁴⁵⁰ y en forma particular se ha asociado esta figura con el

⁴⁵⁰ Entre otros, en los siguientes fallos: 23802-2010, Vicente BLEL; 26954-2011, José María CONDE ROMERO, sentencia anticipada; 28436-2012, Javier CÁCERES; 29110 -2009, Luis Fernando VELASCO CHÁVEZ, sentencia absolutoria; 31653-2011, Edgar Ulises TORRES MURILLO y Odín Horacio SÁNCHEZ MONTES DE OCA; 33416-2011; Enrique Rafael CABALLERO EDUÉN. En el fallo 27941-2009, Gonzalo GARCÍA ANGARITA, La Corte resume así los requisitos de estos grupos paramilitares asimilándolos a aparatos organizados de poder: “1). Existencia de una organización integrada por una pluralidad de personas sustituibles antes o durante el evento criminal las cuales mantienen una relación jerárquica con sus superiores. Aquellas personas pueden o no tener cierta predisposición a la comisión de delitos; 2). Control (dominio) de la organización por parte del hombre de atrás y a través de ella de sus integrantes sustituibles. Dicho control puede manifestarse bajo distintas modalidades: a través de la creación de la

concierto para delinquir agravado⁴⁵¹. También en casos de justicia y paz el alto tribunal ha vinculado los grupos de autodefensa con aparatos organizados de poder⁴⁵².

Por lo anterior resulta importante, antes de abordar el tema de los aparatos organizados de poder, hacer una breve referencia a esta forma de concierto tal como lo ha desarrollado la Corte Suprema de Justicia.

La Corte ha sostenido que el tipo penal que busca prevenir y sancionar los aparatos de poder es el inciso segundo del artículo 340⁴⁵³ del Código Penal que está referido al concierto para delinquir agravado.

En desarrollo de este artículo, el alto tribunal ha sostenido que existen tres formas de concierto para delinquir: el simple, el agravado y aquel en el que se llevan a cabo los acuerdos derivados del concierto. En la primera modalidad la norma

organización, el no control del mismo pudiendo hacerlo dada su posición o a través del impulso sostenido de la misma con medidas dirigidas a autorizar sus actuaciones ilícitas. En todos estos supuestos se evidencia, por parte del hombre de atrás, un dominio del riesgo (que es el aparato de poder) de producción de actos ilícitos; y,3). Conocimiento de la organización o aparato de poder y decisión de que sus miembros ejecuten o continúen ejecutando hechos ilícitos penales”.

⁴⁵¹ Entre otros, en los siguientes fallos: 26470-2008, Mauricio PIMIENTO; 26954-2011, José María CONDE ROMERO, acusación; 27032-2010, Álvaro ARAÚJO CASTRO; 28779-2009, Pompilio AVENDAÑO, sentencia absolutoria; 28835-2010, Miguel Ángel RANGEL SOSA; 29200-2010, Jorge de Jesús CASTRO PACHECO; 32436-2011; Juan Pablo SÁNCHEZ MORALES; 32712-2010, Hernando MOLINA ARAÚJO; 33015-2011; Javier RAMIRO DEVIA; 33260-2011, Oscar de Jesús LÓPEZ CADAVID; 33754-2011, Carlos Reynaldo HIGUERA ESCALANTE y Carlos Julio GALVIS ANAYA; 33995-2012, Robert MENDOZA BALLESTEROS; 35227-2012, José María IMBETH y otros.

⁴⁵² 31150 de 2009, MP: Augusto IBÁÑEZ GUZMÁN; 33301-2010, MP: Alfredo GÓMEZ QUINTERO; 34547-2011; MP: María del Rosario GONZÁLEZ DE LEMOS.

⁴⁵³ El texto vigente del artículo 340 es el siguiente: CONCIERTO PARA DELINQUIR. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses.

Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o financiamiento del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2700) hasta treinta mil (30000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir.

Cuando se tratare de concierto para la comisión de delitos de contrabando, contrabando de hidrocarburos o sus derivados, fraude aduanero, favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

exige que varias personas se asocien para la comisión de delitos. El segundo inciso del artículo 340 del Código Penal, sin la modificación de la Ley 1121 de 2006, norma aquella que regía para la mayoría de casos de la parapolítica, preveía una pena duplicada si el concierto era para cometer los delitos de *genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley*. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, es en este numeral donde se encuadra el actuar de los políticos, que de una u otra forma se vincularon o colaboraron organizando, promoviendo, armando o financiando grupos armados al margen de la ley.

Con la Ley 1121 de 2006, de una manera más técnica⁴⁵⁴, el legislador no sólo aumentó las penas para este tipo de asociaciones sino que desplazó el aparte “para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley” al artículo 345 del Código Penal como forma autónoma de concierto junto con otras conductas relacionadas con el terrorismo, bajo el título de financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada. Este artículo fue reformado por la Ley 1453 de 2011 con el fin de incluir a los grupos de delincuencia organizada⁴⁵⁵.

Por su parte, el tercer inciso del artículo 340 del Código Penal está referido a la efectiva organización, fomento o promoción, dirección, constitución o financiación del concierto para delinquir con penas más altas a las previstas en los incisos antes mencionados, lo cual obedece al principio de proporcionalidad en razón a la gravedad de la conducta y “al juicio de exigibilidad personal y social más drástico para quien organiza, fomenta, promueve, arma o financia el concierto para delinquir, que para quien sólo lo acuerda”⁴⁵⁶.

⁴⁵⁴ Proceso 23802-2010. Vicente BLEL.

⁴⁵⁵ El texto vigente del artículo 345 es el siguiente: “El que directa o indirectamente provea, recolecte, entregue, reciba, administre, aporte, custodie o guarde fondos, bienes o recursos, o realice cualquier otro acto que promueva, organice, apoye, mantenga, financie o sostenga económicamente a grupos de delincuencia organizada, grupos armados al margen de la ley o a sus integrantes, o a grupos terroristas nacionales o extranjeros, o a terroristas nacionales o extranjeros, o a actividades terroristas, incurrirá en prisión de trece (13) a veintidós (22) años y multa de mil trescientos (1.300) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

La pena inicial consagrada en la Ley 599 de 2000 era de 6 a 12 años, la reforma del año 2006 la aumentó de 13 a 22 años, penas que mantiene la reforma introducida por la Ley 1453 de 2011.

⁴⁵⁶ Proceso 27267-2011. Oscar de Jesús SUAREZ MIRA, acusación.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte⁴⁵⁷, los dos primeros incisos de la norma (artículo 340), es decir, el concierto para cometer delitos y la asociación para promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, son tipos de peligro y el tercero, donde se hace efectivo el acuerdo, es un tipo de lesión⁴⁵⁸.

La Corte también ha sostenido que el concierto para delinquir agravado es para “sancionar los aparatos organizados de poder” y el concierto para delinquir simple (primer inciso del artículo 340) para perseguir a la “delincuencia convencional”⁴⁵⁹, diferenciándose estas dos formas de concierto en el aspecto subjetivo o en su finalidad. En el concierto para delinquir simple es la de cometer cualquier tipo de delitos y en su modalidad agravada la intención es asociarse con el fin de promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley.

En este sentido, la Corte ha señalado que en las relaciones entre políticos y grupos de autodefensa en el inciso segundo (concierto para delinquir agravado) no se hace necesario que los acuerdos se cumplan, pues la prueba de la asociación basta. Por tanto, en caso de que se haga también la efectiva realización de los acuerdos, estos concursarán con el concierto para delinquir agravado⁴⁶⁰.

El bien jurídico protegido es el de la seguridad pública que se ha entendido “como el conjunto de condiciones materiales mínimas para garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales”⁴⁶¹ y el cual se ve afectado por las tres conductas señaladas en el artículo en mención y en una escala progresiva que va desde la simple concertación para cometer delitos, pasando por la colaboración en grupos armados ilegales, hasta la efectiva realización de esos acuerdos con penas que se van incrementando según la vulneración o puesta en peligro del bien jurídico⁴⁶².

⁴⁵⁷ Entre otros en los procesos: 26118-2007, Eric Julio MORRIS TABOADA; 31653-2011, Edgar Ulises TORRES MURILLO y Odín Horacio SÁNCHEZ MONTES DE OCA; 31943- 2009, Jorge Eliecer ANAYA HERNÁNDEZ.

⁴⁵⁸ Un completo desarrollo dogmático del concierto para delinquir agravado puede encontrarse en los procesos 32792-2011, Luis Humberto GÓMEZ GALLO y 27267-2011, Oscar de Jesús SUAREZ MIRA, acusación, entre otros.

⁴⁵⁹ Entre otros en los siguientes procesos: 26584-2010, Dixon TAPASCO; 27267-2011, Oscar de Jesús SUAREZ MIRA, acusación; 32792-2011, Luis Humberto GÓMEZ GALLO.

⁴⁶⁰ Entre otros en los siguientes procesos: 26584-2010, Dixon TAPASCO; 26954-2011, José María CONDE ROMERO, acusación; 27032-2010, Álvaro ARAÚJO CASTRO, 29632-2010, Carlos GARCÍA ORJUELA, sentencia absolutoria; 32436-2011; Juan Pablo SÁNCHEZ MORALES.

⁴⁶¹ Proceso 26942-2008, Juan Manuel LÓPEZ CABRALES y Reginaldo MONTES.

⁴⁶² Proceso 26584-2010, Dixon TAPASCO.

Por ende, la vinculación de un político⁴⁶³ a un grupo armado ilegal (bloque de las autodefensas o frente guerrillero) al poner “la función pública a su servicio”, de por sí constituye el concierto para delinquir agravado en el sentido de que no debe comprobarse que con su asociación se provocó un resultado constitutivo de una “disfunción institucional” o “beneficio específico”⁴⁶⁴ lo cual, de ocurrir, agravaría la conducta. Lo importante en este caso es que con su colaboración al grupo armado se potencie el accionar de la agrupación criminal, incrementando el riesgo contra el bien jurídico de la seguridad pública o incluso otros bienes jurídicos, toda vez que se trata de una conducta pluriofensiva⁴⁶⁵.

3.4.3 Desarrollo del concepto de aparatos organizados de poder en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

Es indispensable, para la discusión en torno al concepto de aparatos organizados de poder –si este es un desarrollo de la teoría del dominio del hecho en general y de la autoría mediata en particular– definir el alcance de la noción de instrumento o de ejecutor directo en el marco de estructuras criminales organizadas. Esto es así debido a que, como se pudo ver en los dos capítulos precedentes, ha sido un obstáculo para la aceptación y cabal aplicación de la autoría mediata en el marco de estructuras de poder en virtud de la tradicional exigencia de irresponsabilidad del ejecutor directo en este tipo de autoría. De esta manera, como se vio en la primera parte de este capítulo, el debate se ha trasladado a la discusión nacional que empieza a ver la posibilidad de trabajar un concepto de autor detrás del autor sin hablar de autoría mediata con el fin específico de solventar el problema del principio de responsabilidad.

En este orden de ideas la Corte Suprema de Justicia, si bien aún no ha realizado una discusión a fondo acerca de si es preferible aceptar el autor detrás de autor⁴⁶⁶ o trabajar dentro del marco de la autoría mediata, se ha resuelto seguir este último camino tal como se puede ver en la sentencia No. 32805 de 2010⁴⁶⁷.

⁴⁶³ Según la Corte, el hecho de que un político intervenga en un aparato organizado de poder, no convierte una conducta contra la seguridad pública en otra contra el orden constitucional. Véase, entre otras, las sentencias 29640-2009, Ricardo ELCURE CHACÓN; 23802-2010, Vicente BLEL.

⁴⁶⁴Proceso 27267-2011, Oscar de Jesús SUAREZ MIRA, acusación.

⁴⁶⁵ Entre otros en los siguientes procesos: 26584-2010, Dixon TAPASCO; 26954-2011, José María CONDE ROMERO, acusación; 26970-2011, Oscar Leonardo WILCHES CARREÑO; 27918-2011, Mario URIBE ESCOBAR; 30097-2011, Juan Carlos MARTÍNEZ SINISTERRA.

⁴⁶⁶ En el proceso 29921-2009 la Corte da a entender que la teoría de aparatos organizados de poder y la figura autor detrás del autor son asimilables: “Y para el caso colombiano esta teoría de ‘la concurrencia de personas en el delito y los aparatos organizados de poder’, ‘autoría mediata en aparatos organizados

En este fallo la Corte aplica la autoría mediata toda vez que, de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia internacionales y, teniendo en cuenta que los requerimientos de política criminal así lo exigen, es la solución más adecuada cuando se trata de personas que pertenecen a la cúpula de organización criminal y se valen de esta para la comisión de delitos. De esta forma, ante el evidente contratiempo que suscita la aceptación de la autoría mediata que requiere que el instrumento no actúe en forma responsable, la Corte opta por modificar la jurisprudencia en este punto y aceptar la posibilidad de la presencia de este tipo de autoría con “instrumento responsable”.

De acuerdo con lo anterior y siguiendo el criterio de la Corte Suprema de Justicia en su interpretación del artículo 29 del Código Penal, debe concluirse que se presentará autoría mediata no sólo cuando quien funge como ejecutor directo sea impune⁴⁶⁸ por estar sometido a coacción o por tener un déficit que le impida apreciar la realidad (error) o cuando el hombre de atrás se aprovecha de este defecto, que son los postulados tradicionales de esta forma de autoría en aplicación del principio de responsabilidad, sino también cuando el hombre de adelante actúa sin ningún defecto de voluntad o de conocimiento, siendo por este motivo completamente responsable por su actuación junto con el hombre de atrás. En pocas palabras, se acepta que ambos sujetos tienen de alguna forma el dominio del hecho, por lo que deben responder penalmente por la puesta en peligro o afectación del bien jurídico.

de poder con instrumento fungible pero responsable’ o ‘autor tras el autor’, la doctrina más atendida la viabilizó...”. En igual sentido en el proceso 27941-2009, Gonzalo GARCÍA ANGARITA, reasunción de competencia, salvamento parcial de voto, entre otros fallos.

⁴⁶⁷ Sentencia condenatoria del 23 de febrero de 2010 en contra del ex senador Álvaro Alfonso GARCÍA ROMERO por homicidio agravado (Masacre de Macayepo) en calidad de autor mediato. También fue condenado por homicidio simple (determinador de la muerte de Georgina NARVÁEZ WILCHES, testigo de un fraude electoral) y concierto para delinquir agravado, en calidad de autor y peculado por apropiación en calidad de determinador.

⁴⁶⁸ Según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia “hay casos en los que el ejecutor sí responde, como ocurre cuando el autor mediato utiliza a inimputables, quienes son penalmente responsables al serles impuestas medidas de seguridad. También hay lugar a imponer sanción al individuo mediatizado cuando actúa bajo error vencible de tipo o de prohibición indirecto de tipo permisivo, siempre que el delito por el que se proceda admita la modalidad conductual culposa. Igualmente, cuando aquel actúa por error vencible de prohibición directo la pena se rebajará en la mitad”. Sentencia de casación 29418-2009. MP: María del Rosario GONZÁLEZ DE LEMOS. Ver también sentencia de Casación 31848-2010. MP: María del Rosario GONZÁLEZ DE LEMOS.

A continuación se hará un breve análisis de los elementos de la teoría de los aparatos organizados de poder que han sido abordados de manera bastante tangencial, debe decirse, por la Corte Suprema de Justicia.

3.4.3.1 Poder de mando⁴⁶⁹

Debe resaltarse, previamente al examen de los requisitos del dominio de la organización, que si bien ROXIN proyectó su teoría para ser aplicada, no sólo a casos de criminalidad estatal sino también a eventos de criminalidad organizada, su fin primordial era dar cuenta del fenómeno del crimen de estado de la Alemania nazi. Asimismo los casos emblemáticos relacionados con la teoría, están referidos a aparatos criminales estatales, o sea que el desarrollo de la teoría en el campo de la criminalidad organizada es aún precario, lo cual de por sí exige precauciones en su aplicación, pues requisitos como la estructura jerárquica y la fungibilidad no son evidentes como lo pueden ser en los aparatos estatales.

Ante esto la doctrina ha planteado que en principio sólo podrá existir dominio de la organización en un “aparato de poder formal” y que excepcionalmente se considerará tal dominio en organizaciones criminales “donde los miembros sean en gran medida intercambiables y exista una estructura de organización caracterizada por un estilo de mando estricto”⁴⁷⁰. Sin embargo, la realidad de los conflictos africanos, donde los grupos en contienda no hacían parte de la organización estatal, ha conllevado a que se planteé la posibilidad de fundamentar la autoría mediata en factores diferentes a los mencionados⁴⁷¹, o a complementarlos, pues son de difícil comprobación en estos grupos informales y a proponer nuevos criterios como la sujeción de los miembros a la cúpula de la organización y su estricto entrenamiento.

El poder de mando está relacionado con la capacidad que ostenta una persona para señalar directrices, dictar órdenes y hacerlas cumplir amparado en una estructura criminal de naturaleza jerarquizada.

⁴⁶⁹ La Corte se refiere a este requisito así: “2). Control (dominio) de la organización por parte del hombre de atrás y a través de ella de sus integrantes sustituibles. Dicho control puede manifestarse bajo distintas modalidades: a través de la creación de la organización, el no control del mismo pudiendo hacerlo dada su posición o a través del impulso sostenido de la misma con medidas dirigidas a autorizar sus actuaciones ilícitas. En todos estos supuestos se evidencia, por parte del hombre de atrás, un dominio del riesgo (que es el aparato de poder) de producción de actos ilícitos.” Proceso 27941-2009, Gonzalo GARCÍA ANGARITA, en igual sentido el proceso 27032-2010, Álvaro ARAÚJO CASTRO.

⁴⁷⁰ AMBOS, *Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, *Op.cit.*, p. 48.

⁴⁷¹ AMBOS, *Sobre la “organización” en el dominio de la organización*, *Op.cit.*, pp. 15-16.

Según se señaló anteriormente, la Corte Suprema de Justicia ha considerado en una gran cantidad de fallos que la estructura del grupo paramilitar es asimilable a los aparatos organizados de poder tal como los han desarrollado la doctrina y la jurisprudencia extranjera, aclarando que estas formas criminales jerarquizadas de carácter piramidal⁴⁷² se constituyeron en Colombia con el claro fin de cometer delitos a gran escala con aspiraciones expansivas en materia territorial y dispuestos a perpetrar, para el logro sus objetivos, conductas graves en contra de la dignidad de la personas, grupos que a su vez han sido auspiciados, apoyados o integrados por servidores públicos⁴⁷³.

Dentro de los elementos de estas estructuras criminales la Corte ha señalado que es indispensable el control (dominio) del hombre de atrás sobre la organización por medio de la cual impone su designio a los ejecutores fungibles, control que deviene de la creación de la estructura y del impulso de esta a través de órdenes tendientes a la comisión de crímenes, lo que garantiza al hombre de atrás el dominio del riesgo.

Así se comprueba la existencia de bloques paramilitares y guerrilleros controlando extensos territorios en los que el líder no sólo ejercía dominio en el campo militar sino también político, pues intervenía en la toma de decisiones que afectaban de una u otra forma la vida de los pobladores de la zona de influencia. Asimismo, estos jefes resolvían conflictos interpersonales y determinaban los apoyos a candidatos políticos⁴⁷⁴.

En ciertos territorios del país este apoyo fue más común que en otros gracias al grado de injerencia militar y política de los grupos armados, lo que les permitió pactar con líderes políticos locales el acceso a puestos de elección popular a nivel regional e incluso nacional⁴⁷⁵.

⁴⁷² Proceso de justicia y paz 32022-2009. MP. Sigifredo ESPINOSA PÉREZ. Según la Corte la naturaleza piramidal del grupo permite imputar a los comandantes los hechos cometidos por los subordinados.

⁴⁷³ Proceso 27032-2010, Álvaro ARAÚJO CASTRO.

⁴⁷⁴ Proceso 27199-2012. Miguel PINEDO VIDAL. Se refiere la sentencia al jefe paramilitar del Magdalena, Hernán GIRALDO SERNA, que comandaba el frente “Resistencia Tayrona” con influencia directa en la Sierra Nevada de Santa Marta y que habría apoyado objetivos electorales de líderes políticos de la región.

⁴⁷⁵ Proceso 27408-2012. Oscar Josué REYES CÁRDENAS. Se refiere la sentencia a testimonios de paramilitares desmovilizados (Bloque Central Bolívar de las AUC) de Antioquia y Santander, donde se deja ver el poder de intimidación y el control territorial que ejercían, además se sostiene que ningún político podía hacer proselitismo en dichos territorios sin el permiso de ellos.

Sin embargo, si el ejercicio del poder por medio de la intimidación de las armas en zonas enteras del país dio lugar a la conjunción entre grupos ilegales y líderes políticos, también se ha podido determinar que en otras ocasiones el nivel de penetración de estos grupos llegó a tal extremo que se mimetizó en colectividades políticas aparentemente legales con las cuales suplió en gran medida la necesidad de recurrir a la violencia, obteniendo resultados electorales favorables a sus intereses y aliados⁴⁷⁶. Esto significa que el concierto para delinquir agravado puede presentarse aun ante la ausencia de violencia armada.

Esto es así porque los grupos de autodefensa, luego de la toma territorial de zonas estratégicas del país, aspiraron a consolidar un proyecto “político”⁴⁷⁷ que fue impuesto por medio de las armas pero que, cada vez y gracias a la paulatina asimilación, fueron imponiéndose a través del adoctrinamiento de los líderes locales que terminaron aceptando y apoyando los objetivos de los aparatos de poder.

De esta manera los grupos paramilitares, a través del poder obtenido mediante violencia, entran a reemplazar al Estado en casi todas las funciones propias de este, constituyéndose en un “estado de facto” a través del cual gobernaban, cobraban impuestos y resolvían conflictos⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ Proceso 27918-2011. Mario URIBE ESCOBAR. En este caso, la Corte explica cómo en el municipio de Montelíbano (Córdoba), el grupo “Clamor Campesino Caribe” (bloque norte de las autodefensas lideradas por Salvatore MANCUSO) logró sin aparente uso de la violencia resultados electorales favorables a sus presuntos aliados. Otro ejemplo de cómo las autodefensas procedieron con el fin de hacerse al control político a través de movimientos de clara influencia paramilitar es el caso del Urabá antioqueño y chocoano, en el que el grupo “Por una Urabá Grande Unida y en Paz” influyó en las elecciones a la Cámara de Representantes del año 2002. Procesos 26585 y 34653 de 2010 (Humberto de Jesús BUILES y Darío QUINTERO VILLADA, respectivamente) y 26585 de 2011, Manuel Darío ÁVILA y otros.

⁴⁷⁷ Proceso 33053-2011. Jairo Enrique MERLANO FERNÁNDEZ. En esta sentencia la Corte da cuenta de una estructura paramilitar llamada “Frente Social para la Paz de Sucre” perteneciente al bloque norte de las autodefensas que se impuso en algunos municipios de ese departamento a través, no sólo de la violencia sino también con el “despliegue de una gestión local de base”. Este proceso puede observarse también en el expediente 32996-2012, José Domingo DÁVILA ARMENTA, en el cual los líderes de las AUC en el departamento del Magdalena explican la progresiva expansión del “estado de autodefensa” a través del adoctrinamiento político.

⁴⁷⁸ Proceso 27032-2010. En esta sentencia la Corte transcribe apartes de las declaraciones de los líderes de las autodefensas Rodrigo TOVAR PUPO y Salvatore MANCUSO, en las que afirman que luego de la toma del poder militar se dedicaron a elaborar un “acumulado de solidaridad comunitario” o “bases populares” con miras a lograr espacios políticos en las corporaciones de elección popular de nivel territorial y nacional, con lo cual lograrían por completo su proyecto de “estado de autodefensa”. En un sentido similar el proceso 31653-2011, Edgar Eulises TORRES y Odín Horario SÁNCHEZ MONTES DE OCA. Se puede ver en este fallo como el frente “Elmer ARENAS” de las autodefensas al mando de Fredy RENDÓN HERRERA, alias el “Alemán” tenía el pleno dominio político, social y militar de algunas zonas del departamento del Choco. También se refiere la Corte a la influencia del jefe paramilitar Hernán

Según lo anterior es indispensable verificar en cada caso el verdadero alcance del dominio del bloque o frente con miras a realizar una imputación, es decir, si la estructura puede ser un medio idóneo para que el hombre de atrás pueda imponer su directriz criminal a los ejecutores directos y, en virtud de esto, ser imputado como autor mediato⁴⁷⁹. Adicionalmente, es determinante en cada evento comprobar si el líder político vinculado a la estructura criminal tiene un dominio exclusivo de la misma o si este, por el contrario, es compartido con lo cual se podrá realizar imputación por autoría o coautoría mediata, según corresponda.

Se puede ver que una élite militar, y en no pocas veces también política⁴⁸⁰, ubicada estratégicamente en la cúpula de la organización, detentaba poder⁴⁸¹ en vastos territorios nacionales, evidenciándose así la existencia de uno de los requisitos más importantes para la imputación a título de autoría mediata.

GIRALDO SERNA que en el área de la sierra nevada de Santa Marta y en el mercado de la capital del Magdalena solucionaba “problemas de orden público, social, laboral y personal de los habitantes de la región”. Proceso 33416-2011, Enrique Rafael CABALLERO EDUÉN.

⁴⁷⁹ La discusión en torno a la influencia de una organización criminal de tipo paramilitar puede encontrarse en el proceso 32792-2011, Luis Humberto GÓMEZ GALLO, donde se analiza el alcance criminal del bloque Tolima de las AUC. En este caso, tanto el Ministerio Público como la defensa sostuvieron que este grupo era “pobre y pequeño” y “sin ninguna incidencia en la vida social y política del departamento”. Según un documento de la defensa, el bloque Tolima sería un grupo “atípico” que no contó con el número de integrantes de otros bloques como el Minero (3000 combatientes); Central Bolívar (2500 combatientes) o Nutibara (800 combatientes) al momento de la desmovilización. Para la Corte en cambio, el grupo en mención si bien no ocupaba el total del territorio del departamento si ejerció presión sobre la población civil y sobre los mandatarios de algunos municipios, zona de influencia del político en cuestión.

⁴⁸⁰ Según la Corte: “No cabe duda que quienes fungían como voceros políticos legalmente reconocidos, que inclusive escalaron posición dirigente, realmente hacían parte de la cúpula de los grupos paramilitares y en tal condición integraban el directorio de mando que diseñaba, planificaba, proyectaba, forjaba e impulsaba las acciones que debía desarrollar la empresa criminal en aras de consolidar su avance y obtener más réditos dentro del plan diseñado”. Proceso 27941-2009, Gonzalo GARCÍA ANGARITA.

⁴⁸¹ Aunque la Corte ha sostenido que el dominio no tiene que ser absoluto: “Según eso, no era necesario ni indispensable que el aparato organizado de poder ejerciera el dominio absoluto de un específico municipio para influir en él a favor de sus ‘aliados estratégicos’ o de los miembros de la llamada ala política’ de la organización, pues se reitera, de asumir esa alternativa sería tanto como suponer que los acuerdos ilícitos sólo podían convenirse allí en donde la autodefensa tenía el control total de una población, lo cual es inaceptable”. Proceso 27918-2011, Mario URIBE ESCOBAR.

3.4.3.2 Fungibilidad de los ejecutores directos y disposición al hecho⁴⁸²

El concepto de fungibilidad tal como fue tratado en los capítulos anteriores de este trabajo está relacionado con la posibilidad de que las órdenes del hombre de atrás se cumplan a pesar de la reticencia o negativa del ejecutor directo, debido a que este, al ser un simple “engranaje” de la organización, puede ser reemplazado por otros miembros de la estructura criminal.

Sobre este elemento ROXIN⁴⁸³ ha edificado su teoría de los aparatos de poder por lo que resulta fundamental por lo menos verificar el tratamiento de este tema en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

La Corte ha aceptado en algunas sentencias de la llamada “parapolítica” la tesis de los aparatos organizados de poder, donde una de las características es la existencia de “pluralidad de personas sustituibles”⁴⁸⁴, las cuales son identificadas como “instrumento(s) fungible(s) pero responsable(s)”⁴⁸⁵, “piezas anónimas y fungibles”⁴⁸⁶ y lo hace siguiendo a un sector de la doctrina que ha desarrollado el tema (AMBOS)⁴⁸⁷. No obstante, debe resaltarse que la Corte no lleva a cabo el análisis de este punto y acepta como probada su existencia en el caso de los grupos paramilitares en Colombia.

La fungibilidad, como se ha visto a lo largo de este trabajo, ha sido una herramienta conceptual importante a la hora de determinar el dominio de la organización en un caso particular. Sin embargo, este criterio ha sido objeto de críticas y complementado con otros elementos y criterios, según se trató en los anteriores capítulos, por tanto debe bastar en este momento la referencia a la posibilidad de que se presente fungibilidad en organizaciones criminales que no están compuestas por un número considerable de integrantes.

⁴⁸² La Corte se refiere a estos requisitos así: “1). Existencia de una organización integrada por una pluralidad de personas sustituibles antes o durante el evento criminal las cuales mantienen una relación jerárquica con sus superiores. Aquellas personas pueden o no tener cierta predisposición a la comisión de delitos.” Proceso 27941-2009, Gonzalo GARCÍA ANGARITA. En igual sentido, proceso 27032-2010, Álvaro ARAÚJO CASTRO.

⁴⁸³ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, *Op.cit.*, p. 272.

⁴⁸⁴ Proceso 27032-2010. Álvaro ARAÚJO CASTRO.

⁴⁸⁵ Proceso 29221-2009. Sentencia de casación. MP. Yesid RAMÍREZ BASTIDAS.

⁴⁸⁶ Proceso 32805-2010. Álvaro Alfonso GARCÍA ROMERO.

⁴⁸⁷ Proceso 29221-2009. Sentencia de casación. MP. Yesid RAMÍREZ BASTIDAS.

La intercambiabilidad del ejecutor directo ha estado asociada en términos generales a estructuras criminales masivas, precisamente por el hecho de que esta característica permitiría en mejor forma la posibilidad de sustituir a los subordinados. Esto debe confrontarse con la realidad de las estructuras paramilitares o guerrilleras en Colombia, en las que los integrantes están divididos por bloques y estos en frentes, cada uno con autonomía, poder de mando y territorio propio, algunos de ellos con un número importante de integrantes pero otros con un reducido número.

Es determinante tener en cuenta lo anterior porque la imputación por los crímenes conviene hacerse por lo menos a jefes de grupos, frentes o escuadras debido precisamente a esta autonomía y capacidad de mando que es la que genera en un momento dado el dominio del hecho del hombre de atrás y al ser esto así en cada caso concreto el requisito de la fungibilidad no se establece acudiendo a la totalidad de la agrupación armada sino al grupo comprometido con un determinado crimen.

Que deba imputarse responsabilidad teniendo como marco de referencia bloques y frentes determinados resulta coherente si se observan las circunstancias en que se han desenvuelto algunos de estos grupos criminales. En efecto, las Autodefensas Unidas de Colombia estaban conformadas por diversas organizaciones, muchas de las cuales en disputas entre sí; lo que no permite en todos los casos hablar de una manera clara de unidad de criterio; por ende, el alcance de la responsabilidad del hombre de atrás tendría que demostrarse en relación con el grupo, frente o bloque, pues cada uno de estos, si bien hacía parte de un conglomerado, respondía a intereses particulares de índole militar, político o económico de cada uno de los comandantes.

Los subordinados no respondían a un solo designio criminal desplegado desde lo más alto de la organización como sí lo hacían aquellos ejecutores fungibles en casos como la Alemania de HITLER, la Argentina de las juntas militares, el Chile de PINOCHET o el Perú de FUJIMORI, típicos casos de organizaciones estatales formales, pues los líderes paramilitares, aunque representaban una política expansionista que recurrió (y recurre) a la violencia, en muchos casos, esta se disgregaba en sus agentes con aspiraciones propias y muchas veces contrapuestas entre sí⁴⁸⁸.

⁴⁸⁸ Los siguientes ejemplos ilustran intereses contrarios entre bloques o frentes dentro de las autodefensas. En las elecciones para gobernación en el departamento de Bolívar en el 2003 los bloques paramilitares con influencia en la región (Héroes de Montes de María y Central Bolívar) se enfrentaron por el

Por tanto, la sanción por concierto para delinquir no es por el hecho de acordar o pactar en general con las AUC o con un grupo guerrillero, sino con un miembro de un bloque o frente en particular, esto es lo que permite determinar y señalar el plan de cada grupo, mucho más concreto que el plan global del ideario paramilitar en su conjunto, lo cual es importante para la asignación de la responsabilidad.

Sin embargo, hay que tener presente que muchos frentes no tenían una cantidad significativa de integrantes⁴⁸⁹ lo que pone en entredicho, en algunos casos, el requisito de la fungibilidad, lo cual obliga en estos casos a recurrir a otros elementos o a complementar este criterio.

En efecto, cuando un aparato de poder tiene un número reducido de integrantes y la aplicación del requisito de la intercambiabilidad no es evidente, puede acudir a la existencia de vínculos estrictos⁴⁹⁰, tal como se pudo establecer en el caso KATANGA, donde la fungibilidad no fue tenida en cuenta y en cambio se pudo comprobar que los miembros del grupo armado estaban allanados a un régimen severo de entrenamiento y adoctrinamiento⁴⁹¹, es decir, a un sometimiento de los

dominio de la entidad territorial y apoyaron respectivamente a los candidatos liberales Libardo SIMANCAS TORRES y Alfonso LÓPEZ COSSIO (proceso 23802-2010, Vicente BLEL SAAD). Es importante resaltar el enfrentamiento por corredores de cultivos ilícitos en los llanos orientales, que dejó más de mil muertos, entre el Bloque Centauros de Miguel ARROYAVE y las Autodefensas Campesinas del Casanare, de alias Martín LLANOS (proceso 26970-2011, Oscar LEONIDAS WILCHES). También fue célebre el enfrentamiento entre la estructura liderada por Jorge 40 (Bloque Norte) y la de Hernán GIRALDO SERNA (Autodefensas Campesinas del Magdalena y la Guajira); a la postre este último se unificaría en un solo bloque bajo el nombre de Resistencia Tayrona (proceso 32996-2011, José Domingo DÁVILA ARMENTA). No se puede terminar este pequeño recuento sin mencionar el enfrentamiento entre el Bloque Metro de las AUC, al mando de alias Rodrigo “doblecero”, y una coalición de varios bloques entre los que cabe mencionar el Cacique Nutibara, Calima y Central Bolívar, liderados por alias Macaco y alias don Berna, por la negativa del Bloque Metro a participar en el proceso de justicia y paz (proceso 32436-2011, Juan Pablo SÁNCHEZ MORALES).

⁴⁸⁹ A manera de ejemplo, el frente Tairona del Bloque Norte de las AUC (proceso 32996-2011, José Domingo DÁVILA ARMENTA) y la fuerza especial del golfo de Morrosquillo de las AUC (proceso 33053-2011, Jairo Enrique MERLANO) contaban con aproximadamente 250 hombres respectivamente. El frente Julio César PEINADO tenía aproximadamente 260 hombres (proceso 27032-2010, Álvaro ARAÚJO CASTRO). Incluso a nivel de bloques puede decirse que no contaban con demasiados integrantes; por ejemplo, el Bloque Tolima tenía para el año 2002 aproximadamente 300 hombres (proceso 32792-2011, Luis Humberto GÓMEZ GALLO) e inclusive un bloque importante como Montes de María, para el día de la desmovilización (julio 14 de 2005) tenía 594 hombres (proceso 34547-2011 segunda instancia, Justicia y Paz). Debe tenerse en cuenta que en algún evento la Corte no hace distinción entre bloque y frente (proceso 34653-2010, Rubén Darío QUINTERO) pues se refiere indistintamente al grupo paramilitar Elmer CÁRDENAS de las AUC. Sin embargo, se considera que es pertinente hacer la distinción con el fin de delimitar el contorno de las responsabilidades.

⁴⁹⁰ OLÁSOLO, *El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata*, *Op.cit.*, p. 91.

⁴⁹¹ VAN DER WILT, *Op. cit.*, pp. 268-269.

miembros a la estructura debido al poder que detenta el hombre de atrás sobre la organización, con lo que se puede decir que el criterio de la fungibilidad es importante mas no determinante en el dominio del hecho, ya que puede ser suplido con otros criterios que denotan el control del o de los dirigentes del aparato de poder. De acuerdo con esto se ha sostenido que lo importante no es la relación entre el hombre de atrás y el hombre de adelante sino el poder de control del hombre de atrás sobre la organización⁴⁹².

En este sentido, en el caso colombiano inclusive un grupo armado ilegal con reducido número de integrantes puede generar dominio del hecho del hombre de atrás toda vez que quienes lo integran, desde el principio, son adoctrinados y ejercitados en métodos extremos de violencia, lo que garantiza con bastante probabilidad el cumplimiento de todo tipo de órdenes⁴⁹³.

Se ha dicho que en estos casos es pertinente recurrir al criterio de la disposición al hecho del ejecutor⁴⁹⁴ que según la Corte⁴⁹⁵ puede o no estar presente en la estructura de poder; sin embargo, la Alta Corporación judicial aún no ha explicado cómo debe entenderse este criterio. Según se dijo en los capítulos anteriores, su aceptación no ha estado exenta de críticas en razón a su similitud con la inducción, en la medida en que ambas instituciones se refieren a un estar dispuesto y, por otro lado, a su poca contundencia para fundamentar el dominio del hecho frente al criterio de la fungibilidad.

En organizaciones de poder se puede decir que la disponibilidad hacia el hecho se deriva de una aceptación voluntaria de pertenecer al grupo y al conocimiento de las prácticas criminales cotidianas de este. De esta manera, no es lo mismo

⁴⁹² PARIONA ARANA, *Autoría mediata por organización*, *Op.cit.*, pp. 268-269.

⁴⁹³ Los atroces entrenamientos permitían a los hombres prepararse para formas inadmisibles de violencia: un desmovilizado del bloque Catatumbo (alias el Osito) narra cómo en la finca la “35”, del paramilitar Carlos CASTAÑO, se impartía “instrucción militar”: “El entrenamiento duró 20 días no más. La instrucción que recibí consistía en aprender a sobrevivir, desarmar y limpiar fusiles, asesinar y desmembrar cuerpos” y continúa “a un señor lo amarraron vivo (un hombre acusado de ser guerrillero) y luego me dijeron ‘vaya quítele un brazo’, con un machete que ellos me dieron, yo tomé el machete y le volé un brazo”. Tomado del artículo “En siete camiones se vino la muerte desde Necoclí hasta la Gabarra” en <http://www.verdadabierta.com/la-historia/2371-en-siete-camiones-se-vino-la-muerte-desde-necocli-hasta-la-gabarra>. Entrenamientos como este hicieron posible, entre otros hechos, la salvaje toma al Salado (Carmen de Bolívar) donde hombres pertenecientes al bloque Norte de las AUC asesinaron a casi cien pobladores con machetes y armas de fuego. Alias Juancho DIQUE en versión libre de Justicia y Paz ha narrado como sus subalternos le solicitaban les permitiera “dar de baja a una persona” como forma de iniciación en el grupo. “Fiesta de sangre” por Martha RUIZ, Revista Semana, sábado 30 de agosto de 2008. <http://www.semana.com/nacion/fiesta-sangre/114966-3.aspx>.

⁴⁹⁴ SCHROEDER, *Op. cit.*, pp. 117-118.

⁴⁹⁵ Proceso 32805-2009. Álvaro ARAÚJO CASTRO.

aceptar pertenecer a una agrupación constituida para cometer delitos medioambientales que involucrarse en aquella que se dedica al desplazamiento forzado, al homicidio o a la extorsión.

Puede afirmarse que el ámbito típico del proceder de la organización brinda con bastante claridad un marco dentro del cual se podrá establecer la disposición al hecho del ejecutor toda vez que quien ingresa a una agrupación dedicada al despojo de tierras está preparado a cumplir una orden de este tipo lo cual, aunado al gran número de integrantes, dará lugar a la posibilidad de ser reemplazado en caso de rechazo o renuencia frente a la orden. Por otro lado, tener conocimiento de los fines criminales de la organización es un punto de partida valioso para poder delimitar la forma de responsabilidad, tanto del hombre de atrás como la del ejecutor directo, ya que no será muy probable que el miembro de la cúpula de poder de una organización constituida para la comisión de delitos medioambientales apruebe asesinatos selectivos o que el hombre de adelante acepte cometerlos.

Por tanto, al ser el fin primordial de la organización factor importante, no sólo para definir la disponibilidad al hecho sino el alcance de la responsabilidad de cada uno de sus miembros, resulta dificultoso aplicar esta figura a organizaciones legalmente constituidas como las empresas o aquellas que pertenecen al Estado, puesto que sus objetivos constitucionalmente válidos determinarán la “disposición” de cada uno de sus miembros, la cual será en principio también legítima, razón por la cual son polémicas, por decir lo menos, aquellas soluciones que plantean que la comisión de delitos dentro de estas instituciones genera dominio de la organización.

En la actualidad la doctrina⁴⁹⁶ y la jurisprudencia⁴⁹⁷ aceptan una postura integradora entre estos dos criterios, en una fórmula que ve la disposición del autor al hecho como un complemento de la fungibilidad.

Sin embargo, esta última, como pudo verse anteriormente, tampoco, por lo menos en el caso de algunas estructuras criminales de menor envergadura como ciertos frentes guerrilleros o de las autodefensas, fundamenta de manera clara el dominio de la organización por lo que se tiene que recurrir al poder de control del hombre

⁴⁹⁶ ROXIN, *El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata*, *Op.cit.*, p. 246. El mismo, *Dominio de la organización y resolución al hecho*, *Op.cit.*, p. 527.

⁴⁹⁷ Corte Suprema de Justicia Peruana (Caso FUJIMORI), Sala Penal Especial. Exp. No. A.V. 19-2001. Apartado No. 739-5.

de atrás sobre la estructura, que se manifiesta en la posibilidad concreta de hacer cumplir el designio criminal imponiendo fuertes vínculos o entrenamientos y en los que es posible determinar que tanto el autor mediato como el ejecutor directo dominan, en diferente grado, el riesgo.

3.4.3.3 Estructura de la organización e imputación

Uno de los puntos más discutibles del estudio acerca de estructuras criminales es el relativo a la imputación a las personas que de una u otra forma están vinculadas a la organización; lo que depende del grado de intervención en el hecho, su relación con la organización y su poder de mando. En el primer capítulo se determinó cómo, de acuerdo con diferentes tesis, se resuelve el problema de la participación de cada integrante. En este acápite se analizará el desarrollo que de este tema ha hecho la Corte Suprema de Justicia.

Previo a dicho examen, es pertinente un acercamiento al concepto de coautoría en el Código Penal colombiano toda vez que la Corte en un primer momento ha solucionado el tema de las estructuras organizadas de poder recurriendo a esta figura.

Según el inciso segundo del artículo 29 del Código Penal son coautores “los que, mediando un acuerdo común, actúan con división de trabajo criminal atendiendo a la importancia del aporte”. De acuerdo con lo anterior, como lo ha señalado la doctrina, la definición de la coautoría tiene dos componentes esenciales.

El primero es de naturaleza subjetiva y está referido al acuerdo común (dolo común) el cual permite que la responsabilidad por coautoría le sea imputada a todos y cada uno de los que suscriben el acuerdo, delimitando así el alcance de la voluntad de los coautores lo cual excluye los excesos individuales⁴⁹⁸.

El segundo elemento, de naturaleza objetiva, tiene que ver con la “contribución material”⁴⁹⁹ que de acuerdo con la importancia para el cumplimiento del plan, permite su distinción de la participación⁵⁰⁰. Se ha sostenido que esta contribución esencial debe darse en fase ejecutiva, situación que ha generado discusiones toda

⁴⁹⁸ FERRÉ OLIVÉ; NÚÑEZ PAZ y RAMÍREZ BARBOSA, *Op.cit.*, p. 516.

⁴⁹⁹ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María, *La responsabilidad penal del coautor*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 545.

⁵⁰⁰ *Ibid.*, p. 516.

vez que el Código colombiano no señala expresamente que dicho aporte se dé en esta etapa⁵⁰¹.

A pesar del silencio del legislador en esta materia, las opiniones⁵⁰² se han encaminado a reconocer que es determinante que la contribución se haga en etapa ejecutiva, pues se considera que aun con las limitaciones de la redacción de la norma, que no establece el grado de la importancia del aporte ni los criterios para determinarla⁵⁰³, tal importancia estaría dada precisamente por su influencia en la conformación del hecho punible en esta etapa⁵⁰⁴.

Por ende, si a manera de discusión se argumentara que el requisito del aporte en la etapa ejecutiva no es un obstáculo para aplicar coautoría en el caso de aparatos organizados de poder en razón a que el Código colombiano no especifica que este deba darse en dicha etapa, aún no resultan tan claros los otros requisitos de la coautoría pues más que un acuerdo, lo que existe es una directriz de forzoso cumplimiento y más que división de trabajo, la imposición de determinados roles.

De esta manera, como se dijo, el tema de la responsabilidad de los miembros de las estructuras jerárquicas ha sido afrontado en un primer momento por la Corte Suprema de Justicia desde la óptica de la coautoría, como puede comprobarse en los fallos sobre los casos Machuca y La Gabarra⁵⁰⁵.

⁵⁰¹ Cabe resaltar que la Corte, de manera intermitente ha considerado como parte constitutiva del concepto de coautoría la intervención en la etapa ejecutiva del delito. Esto puede comprobarse con el siguiente análisis: en el fallo 29221 de 2009, la Corte acepta que uno de los requisitos de la coautoría es la intervención en la etapa ejecutiva a diferencia de lo sostenido de manera tácita en el caso Machuca donde quienes se encontraban en la cúpula de poder no ejecutaron materialmente la acción pero que a pesar de esto, fueron imputados como coautores, al igual que en el proceso 29418 de 2009 en el que los cabecillas de los grupos armados al margen de la ley no intervienen en la fase ejecutiva. Sin embargo la Corte rechaza la imputación por coautoría en el caso contra el ex senador Álvaro ARAÚJO CASTRO (27032 de 2010), argumentando que él no habría realizado materialmente la acción, cuando la coautoría no exige este requisito; ni siquiera el Código habla de que el aporte se haga en la etapa ejecutiva.

⁵⁰² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano*, *Op.cit.*, p. 60. En igual sentido SUAREZ SÁNCHEZ, *Autoría*, *Op.cit.*, p. 197.

⁵⁰³ GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando, *Tratado de derecho pena., Parte general*, Bogotá, Doctrina y ley, 2005, p. 991. En igual sentido DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano*, *Op.cit.*, p. 56.

⁵⁰⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano*, *Op.cit.*, p. 60. Según GÓMEZ LÓPEZ, *Tratado de derecho penal. Parte general*, *Op.cit.*, p. 1007, los “aportes relevantes” son los que constituyen parte de los actos ejecutivos.

⁵⁰⁵ Procesos 23825-2007, MP: Javier ZAPATA ORTIZ y 24448-2007, MP: Augusto IBÁÑEZ GUZMÁN, respectivamente.

En el primero de los casos⁵⁰⁶, la delegada del Ministerio Público plantea en su demanda la posibilidad de que la Corte Suprema de Justicia “actualice” la jurisprudencia con el fin de introducir en el ámbito colombiano la teoría de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder en general y su aplicación en este caso particular ya que, según la delegada, se evidencia que la cúpula del grupo guerrillero tiene como política “atentar contra la estructura petrolera del país” y que en desarrollo de ese plan criminal un grupo de inferior nivel de la organización vertical habría llevado a cabo la ejecución de los actos que conllevaron al desenlace conocido.

La Corte difiere con la delegada en el punto de aplicar la citada teoría ya que, para el alto tribunal, se está en presencia de una “división de trabajo en la empresa criminal común”, entre quienes ejecutaron las acciones criminales y los líderes de la organización, postura también sostenida en el caso de La Gabarra⁵⁰⁷. Señala la Corte que no existe autoría mediata por la inexistencia de hombre de atrás y la ausencia de instrumentalización y coacción sobre los miembros subversivos que perpetraron el crimen.

Por el contrario, asegura la Corte, estos últimos desarrollaron el plan de sabotear la exportación de crudo y en cumplimiento de una ideología compartida. Concluye la Corte que si bien está al tanto de la discusión doctrinal contemporánea acerca de los aparatos organizados de poder, en el presente caso, existe prueba para condenar por coautoría impropia y no por autoría mediata, figura a la cual puede acudir en caso de que las otras formas de imputación no sean procedentes.

Asimismo, la Corte Suprema considera, a diferencia de lo planteado por el Tribunal Superior de Medellín, que lo que se presenta en este caso concreto no es una determinación, pues no existe prueba de que la cúpula del grupo guerrillero hubiera hecho nacer en los ejecutores la idea criminal, por el contrario se evidencia que “subversivos del ELN, de distintas jerarquías, sumaron sus voluntades libres para dinamitar el oleoducto cercano a Machuca, en cumplimiento de las políticas de ataque terrorista a la infraestructura petrolera, compartidas por todos ellos, es evidente que los directivos de esa organización criminal no

⁵⁰⁶ En octubre de 1998 el frente Cimarrones del Ejército de Liberación Nacional (ELN) dinamitó en Antioquia, cerca de la población de Machuca, la línea de conducción de crudos “oleoducto Cusiana-Coveñas” situación que determinó que a la mencionada población llegara la conflagración producto del derrame del combustible y ocasionara la muerte a casi un centenar de personas.

⁵⁰⁷ Se refiere al caso del teniente del Ejército Luis Fernando CAMPUZANO VÁSQUEZ que como comandante del destacamento militar asentado en ese municipio del departamento de Norte de Santander habría facilitado la incursión de un grupo paramilitar que provocó la muerte a 27 personas.

actuaron como determinadores de los ejecutores materiales, sino en calidad de coautores”, donde el crimen “pertenece a todos como a sus autores”, en lo que se conoce como coautoría impropia y que en este caso particular se manifiesta “mediando (...) ideologías compartidas, voluntades concurrentes e intervención con aportes concretos según la división pre acordada del trabajo criminal” por tanto “se afirma que todos son coautores globalmente de la conducta delictiva realizada y responsables por sus consecuencias”.

Posteriormente, la Corte mantendría la postura según la cual la relación entre jefes y subordinados se resuelve a través de la coautoría, por encima de la determinación y sin mencionar siquiera la autoría mediata:

En suma, los mandos o cabecillas de la organización tienen la condición de coautores, en el entendido de que los militantes de tales agrupaciones comparten no sólo los ideales, sino las políticas de operación y, por ello, la responsabilidad por los hechos delictivos ordenados por las cabezas compromete en calidad de coautores, tanto a quienes los ejecutan, como a quienes los ordenaron, sin que, entonces, haya lugar a la configuración del instituto de la determinación⁵⁰⁸.

Podría hablarse de coautoría entre miembros del mismo nivel debido a su relación horizontal, pero resulta polémico en todo caso hablar de coautoría vertical⁵⁰⁹, además de que este tipo de estructuras no se evidencia una resolución común al hecho o acuerdo común⁵¹⁰. Se puede observar cómo, a pesar de existir una estructura organizada de poder, la Corte se refiere a la coautoría y no a autoría mediata.

3.4.3.3.1 Coautoría por cadena de mando

Actualmente, la Corte Suprema recurre al concepto de la metáfora de la cadena o coautoría por cadena de mando para fundamentar la responsabilidad del hombre de atrás. La referencia principal sobre este tema se encuentra en el proceso 29221 de 2009⁵¹¹ (no de la parapolítica pero posteriormente aplicada a esta). Es una sentencia importante en la medida de que la Corte se refiere a las diferentes formas de la intervención delictual incluyendo la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder.

⁵⁰⁸ 29418 de 2009, caso Raimundo RUEDA LEAL (alias “Iván” Darío) y Jesús Manuel HERNÁNDEZ ARROYO (alias “Tolima”), casación. MP. María del Rosario GONZÁLEZ DE LEMOS.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, p. 131; BOLEA BARDÓN, *Op.cit.*, p. 397; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op.cit.*, pp. 288-289.

⁵¹⁰ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, *Op.cit.*, p. 726; el mismo, *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*, *Op.cit.*, p. 63.

⁵¹¹ MP: Yesid RAMÍREZ BASTIDAS.

El aparte pertinente es el siguiente:

(v).-Coautoría por cadena de mando.-

Este fenómeno de intervención plural de personas en principio articuladas de manera jerárquica y subordinada a una organización criminal, quienes mediante división de tareas y concurrencia de aportes (los cuales pueden consistir en órdenes en secuencia y descendentes) realizan conductas punibles, es dable comprenderlo a través de la metáfora de la cadena.

En este instrumento el que se constituye en un todo enlazado, los protagonistas que transmiten el mandato de principio a fin se relacionan a la manera de los eslabones de aquella. En esa medida, puede ocurrir que entre el dirigente máximo quien dio la orden inicial y quien finalmente la ejecuta no se conozcan.

Así como se presenta en la cadeneta, el primer anillo o cabeza de mando principal se constituye en el hombre de atrás, y su designio delictuoso lo termina realizando a través de un autor material que se halla articulado como subordinado (con jerarquía media o sin ella) a la organización que aquel dirige.

Dada la ausencia de contacto físico, verbal y de conocimiento entre el primer cabo ordenador y el último que consuma la conducta punible, sucede que el mandato o propósito se traslada de manera secuencial y descendente a través de otros dependientes. Estos como eslabones articulados conocen de manera inmediata a la persona antecedente de quien escucharon la orden y de forma subsiguiente a quien se la transmiten. Todos se convierten en anillos de una cadena en condiciones de plural coautoría⁵¹².

Si bien no fue la figura aplicada en el caso concreto, es importante hacer algunas observaciones ya que tales argumentos fueron retomados en otros casos referidos a la llamada parapolítica⁵¹³.

Se puede ver en los anteriores pasajes cómo la Corte se refiere a las características principales de los aparatos organizados de poder: jerarquía, subordinación con transmisión de órdenes de arriba hacia abajo, donde quienes

⁵¹² Proceso 29221 de 2009. MP: Yesid RAMÍREZ BASTIDAS.

⁵¹³ Este criterio fue aplicado en decisiones posteriores como las siguientes: 26585-2010. Humberto de Jesús BUILES CORREA; 32805-2009. Álvaro ARAUJO CASTRO; 26948-2010. Ciro RAMÍREZ PINZÓN (Reasume competencia, aclaración de voto, Sigifredo ESPINOSA); 27941-2009. Gonzalo GARCÍA ANGARITA. (reasume competencia, salvamento parcial de voto, Sigifredo ESPINOSA); 28779-2009. Pompilio AVENDAÑO, (solicitud de nulidad del proceso, aclaración de voto de Sigifredo ESPINOSA); 29640-2009. Ricardo ELCURE CHACÓN (adición de voto de varios); 32712-2009. Hernando MOLINA ARAUJO. (reasume competencia, salvamento de voto de Sigifredo ESPINOSA); 33416-2010. Enrique Rafael CABALLERO EDUÉN (resolución de acusación).

dan las órdenes y quienes las ejecutan no se conocen. Se dice además que quien da las órdenes es el hombre de atrás y quien las ejecuta un subordinado (que puede tener jerarquía o no).

Del último párrafo transcrito son importantes dos aspectos. El primero es la relación que existe entre quienes de manera jerárquica transmiten la orden, cuestión que ha generado debate en torno a si debe aceptarse inducción en cadena o coautoría, según la interpretación de la Corte. Y en segundo lugar, la imputación a título de coautoría de los mandos medios.

Respecto a la primera cuestión es importante hacer una breve referencia a la figura de la inducción en Colombia.

Según el artículo 30 del Código Penal colombiano “quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción”. La norma no es rica en descripciones, razón por la cual la jurisprudencia y la doctrina se han encargado de desarrollar los elementos constitutivos de la figura, precisando que existe inducción cuando se hace surgir en una persona la resolución delictiva. La inducción debe ser directa, es decir, dirigida a una persona o personas determinadas y con el fin de cometer un hecho particular; asimismo la influencia en la persona inducida debe ser eficaz y dolosa⁵¹⁴. La diferencia esencial con las formas de autoría es precisamente la ausencia en esta figura, del dominio del hecho en el inductor⁵¹⁵.

Estos requisitos son problemáticos en la dinámica propia de los aparatos organizados de poder, puesto que la relación existente entre el hombre de atrás y el ejecutor directo excluye, en principio, la persuasión o sugestión típica de la inducción presentándose más bien una orden que debe ser cumplida en razón a la jerarquía de la organización y la fungibilidad del ejecutor. Igualmente, quien da la orden no está al tanto del destinatario final de la misma. Pero, además de lo anterior, hay que recordar que el dominio del hecho es el criterio fundamental para distinguir las formas de participación y de autoría y es la falta de dominio la que se presenta en el inductor quien, si bien convence a otro de la comisión de una conducta antijurídica, es este último quien decide el cómo y el cuándo de su realización⁵¹⁶, a diferencia de quien tiene en sus manos una estructura criminal, el cual dispone de ejecutores intercambiables para la ejecución de los hechos.

⁵¹⁴ FERRÉ OLIVÉ; NÚÑEZ PAZ y RAMÍREZ BARBOSA, *Op.cit.*, pp. 520-521.

⁵¹⁵ VELÁSQUEZ V, *Manual del derecho penal*, *Op.cit.*, p. 587.

⁵¹⁶ ROXIN, *El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata*, *Op.cit.*, p. 243.

Respecto al tema específico de la inducción en cadena, en España el Código Penal en el artículo 28 A)⁵¹⁷ referido a la inducción, expresa que serán considerados autores quienes induzcan directamente a otro u otros a ejecutar el hecho, lo que ha conllevado a que la expresión “directamente” se considere un contacto interpersonal entre inductor e inducido que impediría esta forma de inducción⁵¹⁸.

Sin embargo existen opiniones divergentes respecto a esta interpretación. GIL Y GIL sostiene que el dirigente no incurre en una inducción en cadena sino que escoge el aparato de poder para la transmisión de la orden, siendo los miembros intermedios de la organización coinductores⁵¹⁹ y señala que el Tribunal Superior español permite la inducción en cadena con la siguiente explicación del término “directamente”:

No es impedimento para afirmar la inducción el que hubiera mediado intermediario, ya que puede existir una forma de inducción que se valga de una persona para crear en otro la resolución criminal, sin que con ello obste el que el artículo 28.a) exija que la inducción sea directa, ya que con ella lo que quiere el legislador es que se concrete en una determinada persona (autor) y en un determinado delito, sin que se impida una posible inducción en cadena⁵²⁰.

Si se compara la redacción del artículo español con la norma colombiana, se puede decir que en este último caso el legislador no previó la expresión “directamente” y en cambio señala que será partícipe quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica (artículo 30), lo que a primera vista no generaría las objeciones que en España se han originado en torno a la inducción en cadena. Sin embargo, existe un obstáculo que puede ser más difícil de vencer para aplicar este tipo de inducción y es el que está referido a la estructura dogmática de la

⁵¹⁷ Artículo 28. Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: A. Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.

⁵¹⁸ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *Op.cit.*, p. 361; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general, Op.cit.*, p. 446; MIR PUIG, *Op.cit.*, p. 403. FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas, Op.cit.*, p. 183. Rechaza también la inducción en cadena para los “miembros intermedios que van transmitiendo la orden” GIMBERNAT, *Op.cit.*, p. 191, para quien la imputación correcta es la complicidad. HERNÁNDEZ PLASENCIA, *Op.cit.*, p.78, sostiene que el hombre de atrás es cooperador necesario, quien comunica la orden cómplice y el último de la cadena inductor; y rechaza también la posibilidad de la inducción en cadena.

⁵¹⁹ GIL Y GIL, *Op.cit.*, p. 115.

⁵²⁰ *Ibid.*, p. 113.

figura, que al obedecer al principio de accesoriedad, no permite que haya inducción de inducción que es lo que en la práctica sucedería.

En segundo lugar, la Corte no especifica si la coautoría por cadena de mando se predica de los mandos intermedios entre sí o si también se refiere a la relación existente entre el hombre de atrás y los subordinados, la cual, de acuerdo con lo visto en los capítulos precedentes, corresponde a la figura de la autoría mediata y no a la coautoría.

Expresa la Corte:

Pero la coautoría por cadena de mando también se puede consolidar tratándose de comportamientos punibles consumados por funcionarios públicos de menor o residual grado, quienes como anillos últimos hubiesen recibido órdenes de inmediatos superiores constituidos en mandos medios, y estos a su vez de otras jefaturas ascendentes que administrativamente se hallan articuladas hasta llegar a la cabeza principal quien dio la inicial orden. En este seriado descendente del mandato o propósito hasta llegar al ejecutor, todos responden a título de coautores⁵²¹.

Es claro que la Corte considera que la relación existente entre subordinados y sus superiores hasta llegar al jefe máximo se basa en una coautoría obviando la posibilidad de que entre los jefes y los subordinados, y en especial con el ejecutor directo, haya una autoría mediata, esto a pesar de la cita que hace el alto tribunal de FARALDO CABANA, autora española, que acepta expresamente para estos casos la mencionada forma de autoría⁵²².

⁵²¹ Proceso 29221 de 2009. MP: Yesid RAMÍREZ BASTIDAS.

⁵²² El siguiente es el aparato citado por la Corte en la sentencia referida: “El dirigente que ocupa dentro de un aparato organizado de poder con actitud global criminógena un determinado rango y da órdenes a un miembro de la organización que ostenta un rango inferior para que cometa un delito, puede contar con que a causa de la actitud criminal del colectivo, ya establecida y del poder de mando y disposición a cumplir órdenes que en aquel existe, muy probablemente su orden será cumplida, lo que le convierte en autor mediato del hecho realizado por el ejecutor material. El subordinado es penalmente responsable, pero quien da la orden también es responsable con base en su poder de mando y en la absorción envolvente del subordinado en la organización que asegura su obediencia (...) El dominio por organización se da cuando el aparato de poder organizado jerárquicamente que asegura la obediencia y es utilizado por el que está detrás, se opone, según el convencimiento general con sus atrocidades basadas en su actitud ideológico-criminal de carácter civil a las concepciones valorativas de las naciones civilizadas y el que utiliza semejante aparato de poder se ha colocado mediante la comisión de atrocidades fuera del amparo civil del principio *nulla poena*”. PATRICIA FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2004, p. 98.

Por otro lado, la Corte no hace claridad sobre si la coautoría corresponde a la relación horizontal que puede existir entre dos sujetos dotados de poder y situados a un mismo nivel así sea intermedio, o si se refiere a la relación vertical entre subordinado y dirigente, donde la solución más acorde, de acuerdo con los postulados que rigen estas formas de imputación, es la autoría mediata; coautoría mediata, si se dan sus requisitos, como se verá, o por lo menos la inducción, de acuerdo con el nivel donde haya surgido la determinación y si esta recae en un sujeto en particular y para un hecho concreto.

En los capítulos anteriores se verificó que entre más alto esté el origen de la orden más poder detentará quien la suscribe pues es una evidencia del grado de dominio sobre la organización⁵²³; en cambio, si la idea criminal provino de un eslabón sin capacidad probada de mando, es decir, sin dominio de la organización y estando en un nivel previo al del ejecutor directo, podría imputarse inducción.

El tema de la imputación de los mandos medios de un aparato de poder, según pudo verse en otro lugar de este trabajo, ha suscitado pareceres contrapuestos. Por su parte, ROXIN⁵²⁴ sostiene que quien integre un aparato de poder y ostente poder de mando independiente tiene dominio de la organización, sea cual fuere el lugar que ocupa en la estructura jerárquica⁵²⁵, mientras que AMBOS⁵²⁶, sin negar esta posibilidad, se ha ido inclinando por la coautoría toda vez que el dominio total de la organización sólo puede predicarse respecto de quien se encuentra en el vértice de la organización, debido a que sus disposiciones no están sometidas a controversia alguna, caso contrario a lo que sucede con los mandos medios, que a pesar de tener autoridad sobre parte de la organización, sus resoluciones criminales pueden ser revocadas. Se refiere este autor a la relación existente entre la máxima jerarquía de la organización y los mandos medios, no se refiere a la que

⁵²³ AMBOS, *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente*, *Op.cit.*, pp. 28-29.

⁵²⁴ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, *Op.cit.*, p. 276; el mismo, *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*, *Op.cit.*, p. 64. En igual sentido: FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *Op.cit.*, p. 169.

⁵²⁵ La Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI en su orden de arresto en contra de Aldullah AL-SENUSSI, jefe de la inteligencia militar libia, sostuvo que de acuerdo con las evidencias era posible considerarlo como autor mediato de crímenes contra la humanidad a pesar de no estar en lo más alto de la estructura del aparato, aunque con poder de mando suficiente para poner en funcionamiento parte de la organización criminal a él subordinada. Según esto, se puede afirmar que siempre que puedan comprobarse los requisitos del dominio de la organización será posible imputar autoría mediata aun a los miembros medios de una estructura de poder.

⁵²⁶ AMBOS, *¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el derecho penal internacional?*, *Op.cit.*, pp. 118-120.

existe entre los mandos medios entre sí, relación que puede definirse de manera menos problemática como una auténtica coautoría.

Por otro lado, en relación con los servidores públicos señala la Corte que a pesar de no pertenecer a la organización criminal, si colaboran con los fines ilícitos de esta incurrir en concierto para delinquir agravado consagrado en el artículo 340 inciso segundo a título de coautoría por cadena de mando:

No obstante que los funcionarios públicos no se hallan articulados a una organización criminal sino a la administración en jerarquías de diferente grado, lo cierto es que para los fines y consumación de los artículos 340 y 340 inciso 2º ejusdem se relacionan a través de la coautoría por cadena de mando⁵²⁷.

En este caso, la tesis de la coautoría es más factible que en las relaciones entre dirigentes y subordinados, toda vez que quien se encuentra por fuera de la organización, a pesar de su rango en otro tipo de jerarquía, no tiene, en principio, el control de la organización a la que colabora o lo tiene compartido, además de que los miembros de esta no están sometidos a sus designios. Lo cual lleva a concluir que estos funcionarios que de una u otra forma apoyan los fines de un aparato de poder, no tienen el dominio exclusivo de la organización como para poder responder como autores mediatos y por ende puede imputarse coautoría si se dan los requisitos de la figura (acuerdo común, división del trabajo e importancia del aporte). Asimismo debe considerarse también la posibilidad de que esta persona no cumpla con los requisitos de la coautoría, caso en cual deberá determinarse si pudo incurrir en una forma de participación.

Diferente es el caso de quien siendo un servidor público no sólo colabora desde su posición en una institución legalmente constituida, sino como un integrante más de la organización con evidente poder de mando y con subordinados fungibles. Si la anterior situación se puede comprobar, la imputación más convincente es la de la autoría mediata si tiene dominio exclusivo de la organización o una coautoría mediata al ser varios quienes estando al mismo nivel, con poder de mando y en el vértice de la estructura criminal o en un nivel intermedio, cometen crímenes a través de ejecutores intercambiables, siempre y cuando estos crímenes queden dentro de la esfera de conocimiento y voluntad del hombre de atrás, aspecto que será analizado más adelante.

⁵²⁷ Proceso 29221 de 2009. MP. Yesid RAMÍREZ BASTIDAS.

Posteriormente la Corte ha variado esta postura y se refiere a las distintas imputaciones de acuerdo al grado de pertenencia de cada uno de los integrantes:

Ciertamente, cuando se está ante el fenómeno delincencial derivado de estructuras o aparatos de poder organizados, los delitos ejecutados son imputables tanto a sus dirigentes -*gestores, patrocinadores, comandantes*- a título de autores mediatos, a sus coordinadores en cuanto dominan la función encargada -*comandantes, jefes de grupo*- a título de coautores; y a los directos ejecutores o subordinados -*soldados, tropa, patrulleros, guerrilleros o milicianos*-, pues toda la cadena actúa con verdadero conocimiento y dominio del hecho y mal podrían ser amparados algunos de ellos con una posición conceptual que conlleve la impunidad⁵²⁸.

En este caso puede verse que, a pesar de tratarse de una estructura de poder de tipo jerárquico, la Corte ya no habla de forma definitiva de coautoría como forma de imputación global contra toda la cadena. Según el texto transcrito, los tres niveles de la estructura responden así: autores mediatos (gestores, patrocinadores y comandantes), coautores (comandantes, jefes de grupo) y ejecutores directos⁵²⁹ (soldados, tropa, patrulleros, guerrilleros o milicianos).

Concluyendo respecto al fallo donde la Corte analiza la coautoría por cadena de mando (proceso 29221de 2009), puede decirse que resulta paradójico que la Corte Suprema utilice fuentes doctrinales abiertamente partidarias de la autoría mediata (FARALDO CABANA, Kai AMBOS) y aun más hablar en términos generales de este tipo de autoría para concluir que lo que se presenta en estos casos es una coautoría por cadena de mando (no coautoría mediata), sin explicar cómo se

⁵²⁸ Proceso 32805-2010. Álvaro GARCÍA ROMERO. Postura adoptada en los siguientes procesos: 31848-2010. Casación. MP: María del Rosario GONZÁLEZ DE LEMOS; 32000-2011. Jorge Aurelio NOGUERA COTES.

⁵²⁹ En el proceso 32764 de 2012. Luis Alberto GIL CASTILLO y Alfonso RIAÑO CASTILLO, la Corte sin embargo consideró a los ejecutores directos como coautores por cadena de mando. Así se expresa la Corte: “El patrón delincencial en el contexto se ejecutó a través de diferentes formas de intimidación y supresión de todo elemento perturbador que amenazara su ambición, utilizando ejércitos de atroces milicianos dedicados a hacer cumplir la causa a sangre y fuego –coautoría por cadena de mando–, hasta llegar a convertirse en una verdadera afrenta para la población civil, no solamente por su advenimiento como una nueva fuerza de poder que permeó casi todos los estamentos de la sociedad –públicos y privados–, sino por la manera cruel y despiadada como se impusieron, para cuyo momento ya tenían ganado el mote de “paramilitares”, operando como verdaderas ‘estructuras organizadas de poder’, con autonomía e independencia financiera y militar en sus respectivas bases”. Según este pasaje los miembros de las milicias de autodefensas conocidas como aparatos organizados de poder, responderían en calidad de coautores en cadena de mando. Sin embargo no se aclara si son sólo los miembros rasos de las estructuras o quienes los dirigen. Ya en otros fallos se pudo ver que la corte sostiene que los jefes medios responden en coautoría (siguiendo a AMBOS). De acuerdo entonces al pasaje que se comenta se tiene que también los miembros rasos de las estructuras responden como coautores. Se trata de un pasaje que no aclara mucho la postura de la Corte frente a la relación entre autoría mediata y aparatos organizados de poder.

presenta una relación vertical en la coautoría⁵³⁰. No es muy esclarecedor entonces en este fallo la distinción entre la relación que existe entre jefes y subordinados y la que existe entre aquellos. Asimismo, se puede ver cómo la jurisprudencia de la Corte no brinda claridad en cuanto a las imputaciones aplicables dentro de los aparatos de poder⁵³¹, pues se habla de coautoría por cadena de mando y a la vez de autoría mediata.

3.5 Una posible solución: la coautoría mediata.

La Corte ha aplicado autoría mediata en aparatos organizados de poder en dos casos. El primero de ellos es el referido al proceso 32000 de 2011⁵³², en el cual la Corte reconoce la existencia de un aparato de poder organizado dentro del mismo Estado a saber, el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS). Esta es una de las pocas sentencias donde la Corte se refiere a la aplicación directa de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, es decir, que vincula la figura de los aparatos organizados de poder con la autoría mediata. En las otras sentencias, la Corte se refiere a esta figura asociándola a las estructuras paramilitares y al concierto para delinquir agravado sin referirse a la relación existente con esta forma de autoría.

En este caso, para la Corte, se pudo comprobar la existencia de dos aparatos organizados de poder⁵³³. Por un lado estaba el organismo de inteligencia y por otro una estructura de poder ilegal, los cuales trabajaron mancomunadamente

⁵³⁰ BOLEA BARDÓN, *Op.cit.*, p. 397. FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente*, *Op.cit.*, p. 158. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *Op.cit.*, pp. 288-289.

⁵³¹ En la sentencia contra del ex congresista Cesar PÉREZ GARCÍA (proceso 33.119 de mayo 13 de 2013), por la masacre de Segovia, la Corte considera que la estructura paramilitar del Magdalena Medio es un aparato organizado de poder pero condena según las reglas de la determinación siguiendo los términos de la acusación. Debe tenerse en cuenta que el artículo 23 del decreto Ley 100 de 1980 vigente para la época de los hechos no consagraba la figura de la autoría mediata, aunque la doctrina y la jurisprudencia la aceptaban dentro del marco del principio de responsabilidad.

⁵³² Sentencia de única instancia contra el ex director del DAS Jorge Aurelio NOGUERA COTES. Fue condenado, entre otros delitos, a título de autor mediato por la muerte del profesor universitario Alfredo CORREA DE ANDREIS. El director de la central de inteligencia con nexos con el bloque norte de las autodefensas al mando de Jorge 40 habría utilizado la institución para elaborar una campaña de desprestigio en contra del sociólogo relacionándolo con la subversión, de manera tal que el grupo de autodefensa lo declaró objetivo militar lo que determinaría su muerte.

⁵³³ Se dice en la sentencia: “Atendiendo lo expuesto, puede calificarse jurídicamente la participación de JORGE AURELIO NOGUERA COTES en el caso sub judice, como la de **autor mediato** que se vale de toda una estructura legal que se encontraba bajo su mando, esto es, el DAS, para ponerla a disposición de un aparato militar ilegal, con una cadena de mando jerarquizada como lo era el Bloque Norte de las Autodefensas cuyo líder era Rodrigo TOVAR PUPO, alias ‘Jorge 40’ del cual dependía el Frente José Pablo DÍAZ comandado por Edgar Ignacio FIERRO, alias ‘Don Antonio’, quien dio la orden de matar al profesor y sociólogo”.

para perseguir y matar a un ciudadano. La Corte expresa que el director del órgano de inteligencia habría puesto la organización (a la cual señala de aparato de poder)⁵³⁴ a disposición de un grupo de autodefensa.

No obstante, no se explica en qué circunstancias una institución legalmente constituida se convierte en un aparato de poder y si es en virtud de la utilización de la central de inteligencia que se imputa a título de autor mediato o lo hace por su pertenencia a la organización criminal con “cadena de mando jerarquizada”. Como se advirtió antes, cuando se hizo alusión al fallo del Tribunal Superior del Distrito Superior de Bogotá, en el caso contra el Coronel PLAZAS VEGA, la falta de fundamentación en este punto puede generar una peligrosa extensión de la aplicación de la autoría mediata lo cual ha sido criticado, con razón, por la doctrina colombiana⁵³⁵.

Por otro lado, no se analiza un criterio que es objeto de discusión dentro de la teoría del dominio por organización y que está referido a la desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder, según el cual la estructura de poder debe estar separada del derecho con el fin de fundamentar el dominio del hombre de atrás toda vez que las órdenes antijurídicas tendrán valía al no existir un patrón normativo superior inhibitorio de conductas punibles.

Este requisito lo cumplirían cabalmente la estructura paramilitar o los grupos guerrilleros que fueron creados con objetivos netamente criminales, mas no la institución estatal; por tanto, se evidencia la falta de un análisis acerca de cómo se establece el dominio del hecho del hombre de atrás en una institución estatal. Es decir, no sólo fundamentar el dominio en ausencia del requisito en mención, sino comprobar la existencia de una estructura jerárquica sometida al superior con ejecutores (en este caso funcionarios) fungibles.

En efecto, según la Corte, de acuerdo con las pruebas, el organismo de seguridad habría actuado en “connivencia” con el grupo paramilitar a través de un frente que orquestó la sindicación como guerrillero y la posterior muerte del investigador CORREA DE ANDREIS.

⁵³⁴ En la sentencia se puede leer: “En medio de dos aparatos organizados de poder se encontraba Alfredo CORREA DE ANDREIS: uno estatal—el Departamento Administrativo de Seguridad—, en cuya cúpula se encontraba JORGE AURELIO NOGUERA COTES, y otro ilegal —Bloque Norte de las Autodefensas— comandado por Rodrigo TOVAR PUPO, alias ‘Jorge 40’ ”.

⁵³⁵ VELÁSQUEZ V., *Los aparatos organizados de poder*, *Op.cit.*, p.179, considera que no es acertada la tesis del juez de primera instancia en el caso PLAZAS VEGA según la cual existió un aparato de poder que se conformó exclusivamente para la retoma del palacio de justicia.

El ex director de la central de inteligencia no habría dado la orden de la muerte del sociólogo pero habría “permitido y consentido” que un subordinado suyo creara las pruebas para sindicarlo falsamente de guerrillero al profesor universitario y posteriormente darle muerte, la cual fue ordenada por un líder paramilitar.

La Corte explica que las dos organizaciones participaron en la muerte del profesor, por un lado el DAS, haciéndole creer a las autodefensas que el señalado era un subversivo y por el otro, el bloque norte de las autodefensas, quien se encargó de asesinarlo.

En síntesis, para la Corte, el ex director del DAS es un autor mediato porque pone la institución a disposición de la agrupación armada ilegal de naturaleza vertical al mando de un líder paramilitar que dio la orden de cometer el crimen.

En este sentido, la Corte pudo probar las relaciones del ex director de la agencia de inteligencia colombiana con los grupos paramilitares, que si bien tenía injerencia en la toma de decisiones dentro de la agrupación ilegal, no contaba con el poder exclusivo de poner en marcha la maquinaria de muerte del aparato criminal, lo que lo coloca como un colaborador importante en la consecución del crimen a través de las pruebas falsas aportadas por la central de inteligencia, lo cual sirvió de base para el asesinato, es decir, que confluyeron dos aportes determinantes en el delito.

Según esto podría decirse que la imputación acorde sería la coautoría. Sin embargo, aún no queda clara el acuerdo común con los ejecutores directos, salvo que se argumente una posible coautoría mediata; por otro lado, la naturaleza jerárquica de la estructura de poder también pone en duda la aplicación de la coautoría. La inducción no es viable pues la ausencia de una determinación de la voluntad del ejecutor impide tal institución. Además esta solución no representa todo el desvalor de la conducta de quien hace una colaboración importante pero que no interviene en la etapa de ejecución (algún autor solucionaría el caso con la cooperación necesaria con una pena similar a la del autor) lo que pone como última solución la autoría mediata que viene a solventar la ausencia de requisitos de las otras figuras.

La Corte debía preguntarse si el ex director del DAS contaba con el dominio de la organización, es decir, si estaba detrás de una estructura jerarquizada y con ejecutores fungibles que pudieran estar o no dispuestos al hecho.

Al respecto, en este trabajo se ha considerado que no es de fácil aceptación la tesis según la cual la toma de decisiones criminales dentro de una organización legalmente constituida la convierte en un aparato organizado de poder por razones ya explicadas, y que pueden resumirse en que quienes pertenecen a estas instituciones encuentran, en primer término, el poder disuasivo del derecho, lo que los debería llevar, en principio, a rechazar mandatos antijurídicos, y que por esta misma razón no será del todo fácil encontrar a un ejecutor dispuesto a la realización del hecho, puesto que quien ingresa a organizaciones legítimas lo hará para guiarse de acuerdo con el derecho, con lo que el dominio de la organización no estará demostrado y, entonces, deberán aplicarse las formas tradicionales de autoría y participación.

Por ende, para demostrar la autoría mediata del hombre de atrás la Corte –si no era posible derivarla de su dominio sobre la central de inteligencia– debía confirmar la intervención del acusado en la organización paramilitar determinando si hacía parte de la cúpula organizativa o con un cargo medio que le posibilitara la puesta en marcha del aparato de guerra, es decir, que pudiera tomar decisiones susceptibles de ser cumplidas por los autores directos. En razón a que la naturaleza vertical de estas organizaciones se pudo demostrar en la mayoría de los fallos, la Corte debía señalar además la posibilidad cierta de que la fungibilidad se presentara en el caso concreto, es decir, si el número de integrantes del frente perteneciente al bloque norte de las autodefensas permitiría de manera razonable el intercambio o, ante la ausencia de este, corroborar la existencia de fuertes vínculos entre la organización y los miembros que permitiera deducir la comisión de los hechos punibles, como ya se explicó. Sin embargo, en la sentencia no se encuentra ninguna referencia a estos problemas esenciales de la figura que aquí se trata.

Debido a estas objeciones a la figura de la autoría mediata, es importante determinar si la coautoría mediata, tal como ha sido trabajada por la CPI, permite dar una respuesta satisfactoria al problema del hombre u hombres de atrás en las organizaciones paramilitares y otras similares.

La CPI decidió aplicar una cuarta forma de dominio del hecho referida a la síntesis entre autoría mediata por dominio de la organización y coautoría por dominio funcional en la confirmación de cargos del caso KATANGA⁵³⁶ ENTRE OTROS⁵³⁷, toda

⁵³⁶Aunque la condena de Katanga en marzo de 2014 fue a título de partícipe, la confirmación de cargos se hizo por coautoría mediata por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, tales como reducción a la

vez que no eran soluciones convincentes si se aplicaban por separado ya que, en relación con la autoría mediata, los hombres de atrás responderían sólo por los hechos cometidos por sus subordinados y la coautoría sería inviable puesto que los ejecutores directos no habrían participado en la toma de decisiones y por no evidenciarse división del trabajo.

La CPI ha establecido que es determinante la atribución recíproca de responsabilidad cuando uno de los líderes es quien tiene autoridad respecto a un subordinado, pero el otro líder no, en estos casos la relación horizontal entre los líderes permite atribuir la responsabilidad. Esto se puede ver en el caso Stakic⁵³⁸ donde los ejecutores directos no pertenecían a la estructura de poder del acusado, como sí sucedió en los casos de las juntas y del muro de Berlín⁵³⁹, por lo que la Sala de primera instancia II del TPIY no podía aplicar autoría mediata en AOP.

Asimismo, tampoco podía aplicar coautoría por dominio funcional en el caso Stakic toda vez que los ejecutores materiales no intervinieron en la toma de decisiones ni en la división de trabajo, además de la existencia de una relación jerárquica entre dirigentes y subordinados que no es característica de la coautoría. La SPI II del TPIY procedió de esta manera “para reflejar, por un lado, la relación horizontal entre Stakic y los jefes de la policía civil y del ejército, y, por otro lado, la relación vertical entre ellos y sus subordinados que realizaron materialmente los elementos objetivos de los delitos”⁵⁴⁰.

Ahora bien, el requisito de la coautoría según el cual se debe intervenir en la etapa ejecutiva ha sido un obstáculo para aplicar la figura en este tipo de estructuras, salvo que se acepte que estas contribuciones se hagan por intermedio de los

esclavitud sexual, violación, trato inhumano o cruel, utilización de menores en hostilidades, entre otros, llevados a cabo en el asalto contra el poblado de Bogoro en el distrito de Ituri, en el marco de un conflicto armado. Los antecedentes del ataque están relacionados con una disputa territorial entre las etnias Hema y Lendu, última de las cuales era apoyada por Katanga quien en compañía del comandante Matthieu Ngudjolo (quien posteriormente sería absuelto por la CPI) asaltaron la aldea mencionada el 24 de febrero de 2003 con el fin de someter a la población de la etnia Hema.

⁵³⁷De esta manera los casos en los que se ha aplicado coautoría mediata por parte de la CPI son: Katanga y Ngudjolo (confirmación de cargos), Bemba (orden de arresto de 2008, pero negada en confirmación de cargos de 2009), Bashir, Abu Garda, Ruto y Kosgey, Muthayra y Kenyatta, Muammar y Said Gaddafi y Nbagbo. P. 567.

⁵³⁸Miroslav Stakic, jefe de la administración civil de la ciudad de Prijedor en la antigua Bosnia, habría coordinado en 1992, con los líderes de la policía civil y de la unidad militar, acciones de limpieza étnica contra la población no serbio –bosnia de dicha localidad, lo cual incluyó asesinatos en masa, torturas, violación, entre otros.

⁵³⁹OLÁSULO, Héctor, *Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, P. 573.

⁵⁴⁰Ibid., p. 573.

ejecutores directos pertenecientes a la organización⁵⁴¹. En el caso KATANGA de la CPI, ninguno de los hombres de atrás realizó los elementos del tipo penal pues para esto utilizaron a los aparatos de poder que se encontraban a su disposición⁵⁴². Entonces, la tesis de la coautoría mediata es susceptible de ser aplicada en aquellos casos en que los líderes militares o políticos reunidos en grupos, organizan y ponen en marcha un acuerdo criminal que ejecutan no directamente sino a través de la estructura de poder que tienen a cargo, pues se encuentran alejados geográficamente del lugar de los hechos⁵⁴³.

Esta interpretación es pertinente porque la coautoría no requiere, ni en el estatuto de Roma ni en el Código Penal colombiano, intervención en la etapa ejecutiva. La normatividad colombiana señala que deberá atenderse a la importancia del aporte. Según el caso KATANGA, “diseñar el ataque, proveer armas y municiones, enviar refuerzos y coordinar y monitorear las actividades de las tropas” son actividades esenciales independientemente que se lleven a cabo previo a la ejecución⁵⁴⁴.

En igual sentido se puede afirmar respecto al caso LUBANGA⁵⁴⁵, quien desempeñó un papel importante en la ejecución del plan común al aportar recursos y logística por lo que podía arruinar la ejecución del mismo si no los proveía⁵⁴⁶. Por ende, según la CPI sólo tienen el codominio funcional del hecho aquellos miembros del grupo que en razón de la importancia de las funciones que desempeñan, están en capacidad de anular la ejecución del hecho si se niegan a cumplirlas⁵⁴⁷.

En el caso de la orden de arresto contra Muamar GADDAFI y su hijo a título de coautores mediatos, la CPI consideró que habrían desarrollado un plan común con aportes esenciales en la política de eliminación de la oposición en Libia, pudiendo ambos evitar la ejecución de dicha política renunciando a sus aportes⁵⁴⁸. En el caso contra el extinto líder libio, la fiscalía de la CPI en un principio imputó cargos por autoría mediata y con relación a su hijo y al jefe del servicio de inteligencia como coautores mediatos, sin embargo la SCP I rechazó esta imputación y la

⁵⁴¹ OLÁSOLO, *El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata*, *Op.cit.*, pp. 107-108.

⁵⁴² *Ibid.*, pp. 74-75.

⁵⁴³ *Ibid.*, p. 75.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, p. 88.

⁵⁴⁵ Condenado por la CPI a 14 años de prisión en 2012, por haber reclutado niños menores de 15 años como combatientes en el conflicto armado en la República Democrática del Congo en el año 2002.

⁵⁴⁶ OLÁSOLO, *El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata*, *Op.cit.*, p. 97.

⁵⁴⁷ OLÁSOLO, *El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata*, *Op.cit.*, p. 86.

⁵⁴⁸ OLÁSOLO, *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*, *Op.cit.*, p. 250.

cambió por coautoría mediata al líder y a su hijo, mientras al jefe del servicio de inteligencia le imputó autoría mediata⁵⁴⁹.

Debe afirmarse además que la CPI, al no encontrar claridad respecto a la aplicación de la autoría mediata o coautoría mediata, ha señalado la posibilidad de aplicar alternativamente alguna de las dos figuras y definir la imputación cuando el proceso se encuentre más adelantado, así lo estableció en las órdenes de arresto contra el presidente de Sudán Omar Al Bashir⁵⁵⁰ y contra el líder rebelde Bahr Idriss Abu Garda⁵⁵¹.

La SCP ha señalado en el caso Katanga que los requisitos de la coautoría mediata se dividen en objetivos y subjetivos, siendo los primeros referidos al dominio sobre la organización, el cual puede ser de iure o de facto; la organización o las organizaciones criminales deben estar estructuradas jerárquicamente; asimismo debe presentarse el cumplimiento automático de las órdenes teniendo en cuenta el criterio de la fungibilidad de los ejecutores directos o los estrictos entrenamientos; la existencia de un acuerdo común y la contribución esencial coordinada entre los coautores. Los elementos subjetivos de la coautoría mediata están relacionados con la consciencia de cada uno de los coautores de la existencia de las circunstancias fácticas que les permiten ejercer el dominio funcional, así como la consciencia de que de la ejecución del plan común genera a la postre la comisión de los delitos⁵⁵².

El aspecto del acuerdo común es tan importante que la CPI en el caso relacionado con el jefe del servicio público y secretario del gobierno de Kenia, Francis Muthaura quien en cabeza de un aparato de poder en coordinación con Uhuro Kenyatta atacó a la población civil del valle del Rift por ser simpatizante de un grupo político opuesto⁵⁵³, aplicó coautoría mediata y no simplemente coautoría toda vez que no se pudo comprobar la existencia de un acuerdo común entre los

⁵⁴⁹OLÁSOLO, Héctor, *Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional*, Op. cit., p.p. 515-517. Ver supra, p. 107.

⁵⁵⁰Ibid., p. 598. Ver supra, p. 106.

⁵⁵¹Ibid., p. 600. En la orden de comparecencia se le imputaron cargos por crímenes de guerra cometidos en el marco del ataque realizado en septiembre de 2009 contra la Misión de mantenimiento de paz en Sudán. La SCP I no confirmó los cargos por falta de pruebas y rechazó la apelación del Fiscal de la Corte.

⁵⁵²MARTÍNEZ ALCANIZ, Abraham, *La Coautoría mediata: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 3.^a Época, n.º 8 (julio de 2012), págs.190-191.

⁵⁵³OLÁSOLO, Héctor, *Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional*, Op. cit., p. 608. En 2013, la Fiscalía de la CPI retiró todos los cargos contra Muthaura en virtud de la retractación del testigo clave.

dirigentes de la estructura de poder y los ejecutores directos. Asimismo, la CPI rechazó coautoría por dominio funcional respecto al caso de los líderes rebeldes de Sudán Abu Garda, Abdallah Banda y Mohammed Jerbo⁵⁵⁴, puesto que no existió prueba de que los ejecutores directos hubiesen participado en el plan común e intervenido en la toma de decisiones.

Asimismo, se busca reemplazar la intervención en la etapa ejecutiva de los dirigentes, por el funcionamiento automático del aparato organizado de poder. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que no es necesario que los miembros de la cúpula de la organización estuvieran implicados directamente en el hecho, pues como se vio bastará comprobar que su intervención fue decisiva.

En todo caso este requisito quedaría salvaguardado con la intervención de los hombres de atrás por intermedio del aparato de poder. Según lo ha determinado la doctrina, el dominio del hecho permite que en los delitos internacionales aquellos que no ejecutan directamente el crimen respondan como aquellos que sí, debido a la importancia de sus funciones y de sus aportes⁵⁵⁵.

Según lo anterior, los elementos esenciales de la coautoría mediata, de acuerdo con la CPI, son la existencia de un plan común entre los líderes (políticos o militares) que tienen control de una o varias organizaciones jerárquicas con ejecutores fungibles y la división del trabajo criminal. Las contribuciones de los coautores deben ser realizadas por la o las organizaciones sobre las que se ejerce el poder, imputándose los delitos que en desarrollo del plan común ejecuten los subordinados⁵⁵⁶.

Debe tenerse en cuenta que por lo general son grupos liderados por una pequeña camarilla que actúa de manera coordinada y entre la cual no existe relación jerárquica estricta, tal como ocurrió en los casos LUBANGA y KATANGA⁵⁵⁷. Por lo que sostiene OLÁSULO⁵⁵⁸, con razón, que en la actualidad la ejecución de crímenes a gran escala necesita del trabajo mancomunado de varias personas con poder de disposición y actuación; por tanto, los casos en los que se puede ver el dominio absoluto de una sola persona sobre una vasta organización son excepcionales, lo que le ha ido dando paso a la coautoría mediata.

⁵⁵⁴ Ibid., p. 601.

⁵⁵⁵ OLÁSULO, *Ensayos sobre la corte penal internacional*, Op.cit., p. 345.

⁵⁵⁶ OLÁSULO, *El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata*, Op.cit., pp. 107-108.

⁵⁵⁷ Ibid., p. 99.

⁵⁵⁸ OLÁSULO, *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*, Op.cit., p. 257.

Debe tenerse en cuenta que en el caso de los disparos mortales del muro en Alemania y de las juntas militares argentinas no se tuvo en cuenta la relación existente entre los miembros de la cúpula, es decir entre los comandantes relacionados con los delitos en aplicación de coautoría, sin embargo posteriormente el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Córdoba – Argentina condenó como coautores mediatos a varios implicados en violaciones a los derechos humanos durante la dictadura, fallo en el cual se sostuvo que “se introduce junto al eje vertical y jerárquico que plantea Roxin -indudablemente también existente- un segundo eje horizontal que despliega una decisión y ejecución en común entre pares, que configura la coautoría mediata, lo que se ajusta con mayor exactitud al modelo de represión y de plan criminal local”⁵⁵⁹.

Existen entonces, dos formas de aplicar la coautoría mediata de acuerdo con la jurisprudencia de la CPI: en dos o más estructuras como en la mayoría de los casos vistos o en una sola organización de poder⁵⁶⁰ según se puede ver en el caso contra Ruto y Kosguy⁵⁶¹, único evento en el que se ha aplicado coautoría mediata cuando varios dirigentes se encuentran a la cabeza de una estructura de poder, este precedente es importante toda vez que los casos colombianos son similares.

Ahora bien, se debe determinar si en un caso particular existe un “control compartido” entre varios miembros de la cúpula de poder o si uno de ellos cuenta con el poder suficiente para poner, sin colaboración alguna, en funcionamiento la estructura criminal⁵⁶². Para que exista autoría mediata el hombre de atrás debe tener control completo de la organización.

Por esta razón la coautoría mediata parece ser, según lo visto, la fórmula que se impone en el caso de los líderes políticos de las autodefensas, puesto que ninguno de ellos tenía para sí el dominio exclusivo de la organización sino que este era compartido con los líderes paramilitares.

Por lo tanto, y retomando la sentencia de la Corte Suprema en el caso del Ex Director del Das Jorge Noguera Cotes, se presenta un servidor público

⁵⁵⁹Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Córdoba, fallo del 22 de diciembre de 2010, p. 625.

⁵⁶⁰OLÁSULO, Héctor, *Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional*, Op. cit., p. 624

⁵⁶¹Presuntamente utilizaron de manera coordinada una estructura criminal para adelantar un ataque sistemático contra la población del Valle del Rift (Kenia) con el fin de desplazar a los simpatizantes del grupo político contradictorio al Movimiento Democrático Naranja, es decir el Partido de Unidad Nacional entre diciembre de 2007 y enero de 2008, donde se habrían cometido delitos de lesa humanidad.

⁵⁶²Ibíd., p. 245.

pertenciente a una organización en principio legítima que colaboró en la comisión de actos antijurídicos de una organización armada ilegal. En el uso del personal propio de la organización de inteligencia para la comisión de punibles debe considerarse una típica inducción y en la ejecución del profesor universitario es posible la aplicación de la coautoría mediata si se demuestra que aquel estaba en capacidad de poner en marcha la estructura criminal en colaboración con los otros líderes militares de la organización, con quienes tenía una relación horizontal. El exjefe de la central de inteligencia no tenía el poder supremo de la organización ilegal. Adicionalmente el aporte esencial del ex director del DAS estaba dado por el montaje en contra del investigador que se facilitó en virtud del manejo que tenía aquel sobre la central de inteligencia, montaje que fue esencial para la comisión del crimen. Por último, el hecho fue cometido por miembros de la estructura criminal entrenados para la comisión de este tipo de acciones, los cuales actuaron de manera automática en su ejecución.

El segundo caso está referido a la colaboración del ex senador GARCÍA ROMERO en la ejecución de la masacre de Macayepo donde el político se habría encargado de desplazar las tropas legítimas que protegían a la población civil, mientras los miembros del bloque paramilitar perpetraban la acción armada. Es claro que si bien el ex senador no da la orden directa, sí conoció del plan que incluía violencia contra la población civil y colaboró de forma esencial en el logro del mismo. Aunque la responsabilidad penal del acusado no ofrece mayor discusión es necesario verificar cuáles pueden ser las otras opciones de imputación, por ejemplo la inducción, como lo planteó la acusación, o incluso la coautoría. La Corte justifica así la aplicación de autoría mediata:

En efecto, como ya ha tenido ocasión de referirlo la Corte, el aforado estaba en la cúpula de una estructura criminal integrada por un número plural de personas articuladas de manera jerárquica, quienes mediante división de tareas y concurrencia de aportes *-los cuales pueden consistir en órdenes en secuencia y descendentes-*, realizaron conductas punibles, fenómeno que es factible comprenderlo a través de la metáfora de la Cadena. (...) La “masacre de Macayepo” fue una acción ejecutada dentro del decurso “normal” de actividades de la agrupación paramilitar “Bloque Héroes de Montes de María” que conformó, apoyó y asesoró el acusado. La demostrada existencia de sesiones con los jefes militares de la banda y los diálogos cifrados son muestra de cómo se dinamiza el perfeccionamiento de una orden dentro de las organizaciones armadas ilegales. Los ejecutores materiales de las acciones homicidas eran miembros de la misma organización armada ilegal, aun sin tener relación directa ni inmediata con el procesado⁵⁶³.

⁵⁶³ Proceso 32805-2010. Álvaro Alfonso GARCÍA ROMERO.

De la conversación transcrita por la Corte⁵⁶⁴ es más evidente la figura de la coautoría toda vez que sin su anuencia la masacre no se habría llevado a cabo; sin embargo, se ha dejado establecido en este escrito, que en vastas organizaciones criminales de tipo jerárquico la coautoría resulta una solución polémica por razones ya expuestas, salvo que se opte por la figura de la coautoría mediata.

En este caso también se rechaza la inducción puesto que no existe prueba de que el político haya pretendido sembrar la idea criminal en los ejecutores; además, el contacto entre inductor y ejecutor directo no se presenta en estas organizaciones.

En cuanto a la solución de la Corte referida a la autoría mediata, puede decirse que la sentencia no es clara en cuanto a cómo se entienden cumplidos los requisitos del dominio de la organización, no se encuentra un análisis de cómo se concluye la existencia de la fungibilidad o intercambiabilidad de los ejecutores directos. Respecto a los otros requisitos, de manera tácita la Corte da por descontada su existencia, concluyendo que se está en presencia de una estructura criminal jerarquizada con poder de mando ejercido por una élite de tipo militar a la que pertenecería el político.

Por lo tanto, en el caso del ex senador GARCÍA ROMERO, se pudo verificar que no tenía el control absoluto de la organización, pues lo compartía con los demás líderes del Bloque Héroes de Montes de María. En efecto, no tenía el poder de activar por su propia cuenta el aparato criminal toda vez que debía contar con la

⁵⁶⁴ “... **Álvaro GARCÍA:** Ah, mira, eso sí puedo hacer lo siguiente, Joaco: yo me puedo ir mañana a las ocho a la brigada y puedo pedirle incluso al gobernador que me colabore para eso, oye. Joaquín GARCÍA: O sea, la idea... yo no sé si NULE ha hablado contigo –pausa–, pero lo que pasa es que NULE quiere meter la tropa a la finca y la idea no es meter la tropa a la finca, la idea es meter la tropa por la parte de atrás, que es por donde sacan el ganado, que es por los lados del Aguacate, por el lado de Pajonalito, por esos sectores, ¿me entiendes? **Álvaro GARCÍA:** Yo considero que esa decisión es una decisión que no es fácil tomarla hoy, pero es fácil tomarla en diez días. **Joaquín GARCÍA:** Bueno, la verdad lo que interesa es que la tropa la metan pa’ allá, no es que la estén metiendo dos días y la saquen pa’ acá afuera. **Álvaro GARCÍA:** Esa propuesta la puede hacer el gobernador, ¿oyes? **Joaquín GARCÍA:** Ojalá me ayudes tú en eso, viejo, porque es que... **Álvaro GARCÍA:** Eso dalo por un hecho, yo mañana estoy con el coronel” (...). “**Joaquín GARCÍA:** ... estos míos y me dicen que, ellos siempre con la disculpa de los manes esos verdes, yo no sé ese man verde, será que no hay forma de tocarlo como para que se abra pa... **Álvaro GARCÍA:** de todas maneras ese man se va dentro de un mes. **Joaquín GARCÍA:** yo le estoy diciendo que den un nombre para ver a quien se pone allí, pa’ que. **Álvaro GARCÍA:** yo le dije a él. **Joaquín GARCÍA:** No pa’ que ayude. Yo le dije: ‘Mira, nosotros no necesitamos aquí un tipo que nos ayude, pero sí que no joda, o sea, que se haga el loco, para ver si esta gente funciona, porque ellos y’ que van para Macayepo mañana. **Álvaro GARCÍA:** Tú sabes que se lo he dicho”. (Subrayados de la Corte).

colaboración de los jefes militares de la organización, con los cuales tenía una relación de tipo horizontal, para llevar a cabo los hechos.

Asimismo, a pesar de que no da la orden definitiva, hace parte del plan común consistente en ejecutar un homicidio múltiple y cumple con un papel esencial el cual es alejar las tropas encargadas de proteger a la población civil. Este hecho se lleva a cabo con la intervención de la estructura criminal que contaba con personal adiestrado para el cumplimiento de acciones extremas en contra de la población.

En conclusión se evidencia en los casos anteriormente analizados que ninguno de los dos inculcados poseían un dominio absoluto de la organización criminal a la que de una manera u otra pertenecían lo que dificulta la aplicación de la autoría mediata, además quienes llevaron a cabo las conductas no hicieron parte del plan común ni intervinieron en la toma de decisiones lo que imposibilita encaminarse por la coautoría. Sin embargo, teniendo en cuenta las características como se presentaron los delitos analizados, se puede decir que si bien no se pudo corroborar un control absoluto de la organización por parte de los líderes políticos, si se hizo patente la colaboración entre estos y los líderes militares de las organizaciones armadas lo que permitiría una imputación recíproca y por lo tanto la aplicación de la coautoría mediata, a su vez la ausencia de acuerdo común entre los ejecutores directos y los líderes de la agrupación se reemplaza por el uso de la misma estructura criminal que funciona en forma automática. De esta manera se puede determinar cómo las dos figuras se fusionan para solventar las deficiencias de la aplicación individual de cada una de ellas.

3.6 El dominio de la organización y el principio de culpabilidad.

Un aspecto fundamental de la discusión de la teoría de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder es el tema del alcance de la responsabilidad, es decir, si esta se explica por la mera pertenencia o asociación a la estructura de poder o por las aportaciones de cada miembro de la organización. La imputación a título de autoría mediata al hombre de atrás en ausencia de órdenes criminales concretas es un asunto polémico. Se ha podido comprobar cómo cada vez en este tipo de estructuras se pasa por alto la influencia directa o por lo menos determinante del comandante⁵⁶⁵, puesto que se ha aceptado que no es necesario

⁵⁶⁵ En el caso contra Abimael GUZMÁN se ha dicho incluso que las órdenes “pueden darse por sentado”. AMBOS, *Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el expresidente peruano Alberto FUJIMORI*, *Op.cit.*, p. 77.

que quien dirige la organización, esté al tanto de los detalles de la comisión concreta de los hechos punibles.

Lo anterior es aún más importante si se trata no del dirigente militar o político de una estructura de poder, sino del sujeto que de una u otra forma colabora con acciones particulares a la organización, caso en el cual la posibilidad de atribución de responsabilidad indeterminada disminuye en virtud de su poca capacidad de incidencia en la organización.

MUÑOZ CONDE⁵⁶⁶ ha advertido con razón, que una aplicación acrítica de la fórmula de ROXIN puede conllevar a una “peligrosa ampliación de los límites de la penalidad, o a un concepto unitario de autor”, por lo cual recomienda, siguiendo al autor alemán, que deben confirmarse, caso por caso, los elementos que constituyen el dominio de la organización, a lo cual se agregaría que una vez lo anterior se corrobore, debe comprobarse la responsabilidad concreta del hombre de atrás, con el fin de salvaguardar el principio del hecho.

En otras palabras, no basta con evaluar la existencia de la fungibilidad y los otros elementos de la teoría, sino que debe explicarse por qué el dominio del hombre de atrás sobre la organización puede fundamentar, en un hecho particular, una imputación por autoría mediata. Es decir que deben constatarse los elementos integrantes de la culpabilidad.

El principio de culpabilidad tiene un contenido polivalente⁵⁶⁷, sin embargo se puede decir que se ha entendido desde dos puntos de vista, en sentido amplio o principio de responsabilidad y en sentido estricto como principio de culpabilidad. El principio de responsabilidad está relacionado con la exigencia según la cual la persona debe responder ante el derecho por su propio quehacer y no por el de terceros, es decir, que se sanciona “por su propio hecho injusto”⁵⁶⁸. La culpabilidad en sentido estricto, tiene que ver con el tercer elemento del delito, el cual está comprendido por la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, la conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad de un comportamiento distinto⁵⁶⁹. Interesa para el análisis aquí planteado, el concepto amplio de culpabilidad según el cual la persona solo responde por su propio hecho, es decir por aquel acontecer por él

⁵⁶⁶ MUÑOZ CONDE, *¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones ‘no desvinculadas al derecho’?*, *Op.cit.*, pp. 110 y 111.

⁵⁶⁷ VELASQUEZ V. Fernando, *Manual de derecho penal*, *Op.cit.*, p. 390.

⁵⁶⁸ PARIONA ARANA, Raúl, *Autoría mediata por organización. Consideraciones sobre su fundamentación y aplicación*, *Op.cit.*, p. 34.

⁵⁶⁹ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, *Op.cit.*, p. 360.

originado y sobre el cual tiene completo control y cuyo resultado le resulta no solo previsible sino querido.

El principio de culpabilidad en sentido amplio puede entenderse a partir de la diferencia entre el derecho penal de acto y el derecho penal de resultado. Así, se ha dicho que el primero es respetuoso del principio en mención en la medida que la persona responde por un comportamiento que vulnera un bien jurídico, es decir por una acción u omisión que le son atribuibles en virtud de una imputación de orden subjetivo⁵⁷⁰. Por el contrario, el derecho penal de resultado conlleva a que el individuo sea responsable por las consecuencias de sus actos a pesar de que no sean previsibles ni evitables⁵⁷¹, lo que se conoce como *versari in re ilícita*⁵⁷², característico de un derecho penal de responsabilidad objetiva. Los modernos sistemas penales han eliminado esta forma de responsabilidad, toda vez que pone énfasis en el simple resultado de los acontecimientos, al margen del querer de la persona⁵⁷³.

La Corte Constitucional se ha referido a esta discusión en diferentes fallos. Al respecto señala que en el sistema jurídico colombiano se encuentra prohibida la responsabilidad objetiva, puesto que el legislador no puede establecer una sanción penal para un individuo por el hecho de que su conducta se ajuste a la prohibición, pues la imposición de una pena requiere el aspecto subjetivo no el mero resultado; la Corte es enfática en señalar que una disposición legal de estas características al igual que una que presuma la culpabilidad son inconstitucionales⁵⁷⁴.

Asimismo la Corte señala que la Constitución ha establecido un derecho penal de acto en contraposición a uno de autor como consecuencia del principio de dignidad humana⁵⁷⁵, según el cual a la persona solo se le imputa un delito si su conducta está referida a una manifestación externa de voluntad que vulnere o ponga en peligro un bien jurídico, lo que excluye por principio la responsabilidad por aspiraciones, motivaciones y forma de vida⁵⁷⁶. Para la Corte es claro que la

⁵⁷⁰WINFRIED, Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad*, Bogotá, Temis, 1999, p. 53.

⁵⁷¹POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal, modernas bases dogmáticas*, Lima, Grijley, 2004, p. 371.

⁵⁷²MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del Delito*, Bogotá, Temis, 2002, p. 62.

⁵⁷³ARROYO ZAPATERO, Luis, *El principio de culpabilidad y sus plasmaciones. Reflexiones y propuestas para la construcción de una normativa europea*, en *Derecho Penal*, No. 3, 1999, p. 6.

⁵⁷⁴Sentencia C-626 de 1996. M.P: José Gregorio Hernández Galindo, en igual sentido las sentencias: C-226 de 2002. M.P: Álvaro Tafur Gálvis; Sentencia C-297 de 2002. M.P: Eduardo Montealegre Lynett; Sentencia SU-901 de 2005. M.P: Jaime Córdoba Triviño;

⁵⁷⁵Sentencia C-179 de 2007. M.P: Clara Inés Vargas.

⁵⁷⁶Sentencia C-365 de 2012. M.P: Jorge Ignacio Pretelt Ch.

sanción penal debe estar precedida de la comprobación de elementos subjetivos del comportamiento humano relacionados tanto con el conocimiento y voluntad de llevar a cabo la acción, independientemente de la discusión dogmática relacionada con la posición que en la teoría del delito deba ocupar este aspecto⁵⁷⁷.

Una de las consecuencias de la distinción entre derecho penal de acto y de autor, es el consenso de que la simple potencialidad de un individuo para cometer un delito o su supuesto peligrosismo, no puede fundamentar una sanción penal, una postura en estos términos ha sido el fundamento de muchos sistemas autoritarios que avalan la responsabilidad por la conducción de vida⁵⁷⁸.

Por último, se ha referido la Corte a que el principio de culpabilidad está relacionado con el principio de la personalidad de la pena, según el cual la sanción solo puede recaer en el individuo (autor) o individuos (partícipes) responsables del acto y como manifestación de la voluntad, y no en la familia, clan o tribu como era costumbre en otras épocas⁵⁷⁹. Este sería, de acuerdo con el alto tribunal, un logro del iluminismo del siglo XVIII.

Ahora bien, en la actualidad el alcance del principio de culpabilidad en materia de imputación en organizaciones criminales está circunscrito a los modelos de transferencia o del hecho propio, en tal virtud es necesario verificar cuál de estos modelos es aplicable en Colombia de acuerdo al principio de culpabilidad consagrado en la Constitución.

El primero de estos modelos parte de considerar a la organización criminal como una fuente de riesgos en sí misma capaz de atentar “*de manera permanente contra la paz y la seguridad pública*”⁵⁸⁰, donde cada uno de sus integrantes tiene un estatus o competencia en la hipotética comisión de delitos de la organización; se les llama también de adhesión o de pertenencia. En estos casos se imputa un hecho colectivo al miembro de la organización no por un hecho concreto sino por el pertenecer a la misma, esto significa que la estructura criminal al ser un injusto le traslada a sus miembros la responsabilidad en virtud del peligro potencial que representa (la organización) para la comunidad; se considera por lo tanto que el estar vinculado a una organización es un “*estar dispuesto*” a cometer los delitos

⁵⁷⁷Sentencia C-239 de 1997. M.P: Carlos Gaviria Díaz, en igual sentido las sentencias C-425 de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz; C-077 de 2006. M.P: Jaime Araujo Rentería.

⁵⁷⁸Sentencia C-077 de 2006. M.P: Jaime Araujo Rentería.

⁵⁷⁹Sentencia C-928 de 2005. M.P: Jaime Araujo Rentería.

⁵⁸⁰SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La “intervención a través de organización”, ¿Una forma moderna de participación en el delito?*, en Delitos de Organización, Montevideo – Buenos Aires, B de F, p. 102.

fin⁵⁸¹. La principal crítica a esta forma de atribución de responsabilidad es que no se requiere prueba de la intervención de los integrantes de la organización en los delitos concretos⁵⁸², circunstancia que genera dudas respecto al principio de culpabilidad, de acuerdo a lo visto en líneas anteriores, sobre todo en lo relacionado con el principio del hecho.

El segundo modelo, llamado de la responsabilidad por el hecho propio, por el contrario permite imputar responsabilidad de acuerdo con el comportamiento particular de cada uno de los integrantes de la organización razón por la cual no se le traslada la peligrosidad de la misma ni el “*estado de cosas favorecedor del delito*”⁵⁸³.

SILVA SÁNCHEZ sigue esta última postura aunque con algunos matices. Para este autor, el integrante de una organización criminal lleva a cabo un aporte que favorece la comisión de delitos, a su vez la organización través de la “institucionalidad” facilita que dicho aporte se concrete o actualice en un hecho particular llevado a cabo por otro u otros miembros⁵⁸⁴. Según este autor, es de esta manera como se establece la relación del autor con el hecho, no apelando a los criterios causales y psicológicos de la teoría de la imputación clásica, sino a criterios normativos que le permiten concluir que basta para la imputación que el autor de manera dolosa intervenga a través de la organización sin necesidad de que conozca “*a quien, ni cuando, ni que concreto delito va a favorecer*”⁵⁸⁵. Esto significa que el aporte puede ser genérico pero determinante para la organización en cuanto a la realización de un hecho particular⁵⁸⁶.

Hace énfasis en que esta postura continúa exigiendo la presencia de la comisión de un delito concreto y esto, según el autor lo hace respetuoso de la responsabilidad por el hecho propio, aunque recalca que la relación entre este y el autor se presenta “*de un modo abstractamente mediato*” sin recurrir a postulados naturalísticos relacionados con las circunstancias concretas del delito, aunque si es necesario que se conozca “*el tipo y la dimensión del injusto*” para el caso de la cooperación, lo cual considera que no puede ser visto como una violación del principio de culpabilidad⁵⁸⁷. Para el caso de imputación a título de autoría, señala el autor que ni siquiera debe saber el delito concreto que se cometerá, siempre y

⁵⁸¹SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Op.Cit.*, p. 104.

⁵⁸²SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Op.Cit.*, p. 104.

⁵⁸³SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Op.Cit.*, p. 105.

⁵⁸⁴SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Op.Cit.*, p. 108.

⁵⁸⁵SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Op.Cit.*, p. 109.

⁵⁸⁶SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Op.Cit.*, p. 110.

⁵⁸⁷SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Op.Cit.*, p. 112.

cuando haga parte de los fines de la organización lo cual queda dentro del concepto del dolo alternativo-cumulativo. Esta normativización de la teoría de la intervención se ve limitada por SILVA SÁNCHEZ en cuanto señala que la intervención por medio de la organización debe representar un riesgo relevante y referido a delitos graves, asimismo, solo responderán los miembros activos de la organización⁵⁸⁸.

SILVA SÁNCHEZ explica que en materia de dominio de la organización a través de aparatos organizados de poder se concibe una responsabilidad en gran parte normativizada toda vez que quien se encuentra en lo más alto de la estructura de poder no tiene un contacto directo con el hecho concreto, circunstancia similar se presenta en su teoría para el resto de los integrantes de la organización puesto que no se requiere introducir parámetros causales para explicar la relación entre el autor y el hecho, por lo que considera que su tesis sobre la intervención a través de la organización es un complemento de la figura del dominio de la organización⁵⁸⁹.

En cuanto a la postura del citado autor, según la cual a los miembros activos de la organización se les hace responsables por la comisión de los delitos fin a pesar de no tener una relación fáctica con los hechos, pues lo esencial es el conocimiento del tipo y la dimensión del injusto, es una conclusión entendible para quienes manejan la organización, es decir quienes están al tanto de lo que se requiere para ponerla en funcionamiento, crear e incrementar un riesgo determinado, es decir para quienes tienen el dominio de la organización, para estos sujetos se puede aceptar que no estén al tanto de las circunstancias concretas de la comisión un delito puesto que la distancia con los hechos se ve corregida con la cercanía al foco de toma de decisiones; sin embargo es completamente cuestionable que a un integrante común de la organización se le imputen delitos respecto de los cuales no tiene la capacidad de fijar su alcance y consecuencias tal como lo puede hacer el jefe de la organización, esta extensión injustificada de la responsabilidad vulnera el principio del hecho.

Por eso debe entenderse que la tesis de SILVA puede aplicarse a quienes están en la cúpula de la organización, pues son estos los que están al tanto de los planes de la misma y por lo tanto de los delitos fin, y por esto mismo en condiciones de controlar los procesos tendientes al cumplimiento de dichos fines, por lo que resulta justificable y razonable que no se exija que conozcan los elementos concretos de la comisión de los delitos. Es esta entonces una opción interesante

⁵⁸⁸SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Op.Cit.*, pp. 117-118.

⁵⁸⁹SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Op.Cit.*, p. 114.

para imputar al hombre de atrás, mas no para la imputación de los demás miembros de la organización quienes requerirán una lógica diferente relacionada con la verificación de su intervención particular en los hechos para satisfacer los requisitos del principio de culpabilidad.

Por otro lado, tampoco explica el autor cuales son los criterios para señalar que un miembro de la organización lleva a cabo una “intervención abstracta en la organización” y que en virtud de ello se le pueda imputar responsabilidad por la comisión de un determinado delito. En efecto dentro de este concepto puede entenderse inclusive que por el hecho de vincularse a una organización da lugar a “una intervención abstracta” en razón a su importancia y poder dentro de ella, ante lo cual debe analizarse si es posible que la mera pertenencia o estatus pueda dar lugar a un reproche más allá del concierto para delinquir, conclusión que ha sido rechazada incluso por la Corte Suprema tal como se verá, según la cual la sola pertenencia a la organización no basta para imputar los delitos fin, haciéndose necesario probar la intervención del sujeto en el delito concreto.

Una postura alternativa a la de SILVA SÁNCHEZ, proponen CANCIO MELIÁ y POLAINO ORTS, para quienes el punto de partida debe ser la organización criminal como sistema de injusto.

Para CANCIO MELIÁ la esencia del injusto de la organización criminal es su pretensión de obtener un lugar en la vida pública, es decir la disputa con el Estado del monopolio del uso de la violencia⁵⁹⁰. En las organizaciones terroristas, sostiene el autor, lo que se presenta es una “estrategia de comunicación” consistente en la intención de desafiar el poder del Estado⁵⁹¹, elemento que es independiente de la vulneración de los bienes jurídicos que se den en el despliegue de la acción criminal. Un análisis semejante se hace también en las demás organizaciones criminales en las cuales de una manera menos evidente se apela al uso de la violencia pero que en muchos casos llegan a constituirse en estados dentro del mismo Estado⁵⁹². A partir de lo anterior, se pregunta el autor por el criterio que le va a permitir pasar del injusto de la colectividad al injusto del sujeto que hace parte de la organización⁵⁹³, a lo cual responde que la decisión de una persona de ingresar a una organización criminal - que no puede ser cualquier tipo de organización, debe ser de verdad peligrosa, es decir que pueda representar un

⁵⁹⁰CANCIO MELIÁ, Manuel, *El injusto de los delitos de organización: Peligro y Significado*, en *Delitos de Organización*, Montevideo – Buenos Aires, B de F, p. 75.

⁵⁹¹CANCIO MELIÁ, Manuel, *Op. Cit.*, p. 79.

⁵⁹²CANCIO MELIÁ, Manuel, *Op. Cit.*, p. 81.

⁵⁹³CANCIO MELIÁ, Manuel, *Op. Cit.*, p. 64.

“desafío para el Estado”⁵⁹⁴ – implica de por sí una conducta cargada de significado para el derecho penal, no es simplemente una determinación neutral, con lo que “*puede afirmarse que el agente que se integra en la organización lleva a cabo una conducta descrita ex – re claramente como perturbadora: ha orientado, “adaptado” su comportamiento de tal modo que ya no es posible una interpretación como conducta irrelevante*”⁵⁹⁵. Esto significa que el hecho de pertenecer a una estructura de poder es de por sí una manifestación susceptible de ser reprochada por el derecho penal. Concluye este autor, que para que una persona se tenga como miembro activo de la organización y por lo tanto ser sujeto de imputación por el hecho colectivo, deberá actualizar de manera constante su pertenencia a la misma⁵⁹⁶.

La postura de este autor es polémica si se tienen en cuenta los postulados centrales del principio de culpabilidad pues el individuo al vincularse a una organización criminal, responde por los delitos fin con la condición de que actualice de forma continua su pertenencia; así aunque se trate de limitar esta conclusión diciendo que solo procede en organizaciones dedicadas a la comisión de delitos graves, se considera que esta circunstancia por el contrario brinda menos garantías porque se hace responder al miembro activo del grupo por todas las acciones de la organización de forma independiente de la intervención concreta en el mismo.

Por su parte para POLAINO ORTS el injusto sistémico de la organización criminal no se deriva de los delitos fines de aquella sino que ostenta plena autonomía, puesto que, si el injusto de la organización se justificara en la posible comisión de los delitos fin, se estaría violando el principio del hecho, pues se condenaría “*a unos sujetos sobre la base de sus malos pensamientos*”⁵⁹⁷. Para este autor, el injusto sistémico se encontrará satisfecho a pesar de que los delitos fin de la organización no se cumplan, es decir que la “*peligrosidad hipotética*” de estos delitos no constituyen la base del injusto de la organización⁵⁹⁸. Por el contrario, la legitimidad de la punición de la mera existencia de la organización criminal no puede conllevar a que se concluya que se está vulnerando el principio del hecho, es decir a sancionar a las personas por los pensamientos, pues para este autor, quien ingresa de modo voluntario a una organización criminal entendida como una “*asociación disfuncional*” empieza a hacer parte de un sistema que genera un

⁵⁹⁴CANCIO MELIÁ, Manuel, *Op. Cit.*, p. 83.

⁵⁹⁵CANCIO MELIÁ, Manuel, *Op. Cit.*, p. 72.

⁵⁹⁶CANCIO MELIÁ, Manuel, *Op. Cit.*, p. 84.

⁵⁹⁷POLAINO-ORTS, Miguel, *Delitos de organización como derecho penal del enemigo*, en Terrorismo y estado de derecho, Bogotá, Universidad Externado, 2009, p. 75.

⁵⁹⁸POLAINO-ORTS, Miguel, *Op. Cit.*, p. 84.

desbarajuste en la estructura social y que por lo tanto “se está arrogando una esfera de organización delictiva que excede, con mucho, del mero pensamiento”⁵⁹⁹, es decir es un comportamiento que hace surgir en la sociedad un estado de zozobra que impide a los ciudadanos “desarrollar con un mínimo de seguridad su personalidad en derecho”⁶⁰⁰.

A diferencia de SILVA SÁNCHEZ y acorde con CANCIO MELIA, considera que el simple hecho de pertenecer a una organización criminal ya es un comportamiento suficiente para configurar el injusto ya que es un acto jurídicamente relevante para el derecho penal, pues es la decisión voluntaria de hacer parte de un colectivo que tiene como fin último la comisión de diferentes delitos, es así que considera que tanto los delitos de posesión como los de estatus no vulneran el principio del hecho, pues poseer objetos peligrosos y pertenecer a una organización criminal, son en sí mismos conductas reprochables desde el punto de vista del derecho penal⁶⁰¹.

Con relación a los modelos de imputación en los delitos de organización, POLAINO ORTS señala que la pregunta a contestar no es cómo se deben imputar los delitos cometidos a través de la organización sino cómo hacer la imputación del delito sistémico⁶⁰², en este orden de ideas reconoce que sigue el modelo de la transferencia entendida esta como “imputación individual de un fenómeno colectivo”⁶⁰³, pero no como lo hace SILVA SÁNCHEZ quien considera que la conducta debe ser de “trascendental importancia con relación de los delitos fin”, sino por el contrario considerando a la pertenencia como una “función constitutiva fundante” que justifica por este solo hecho la punición de la organización criminal.

Con relación a este autor se puede decir que tiene una visión respecto del principio del hecho aplicado al injusto de la organización según la cual se sanciona la mera pertenencia entendida como un factor desestabilizante, lo cual genera la existencia de dicho injusto con independencia de la comisión de los delitos fines de la organización. Esta posición puede aceptarse siempre y cuando sea utilizada solo para legitimar el injusto de la organización y el consiguiente reproche que se

⁵⁹⁹POLAINO-ORTS, Miguel, *Op. Cit.*, p. 85.

⁶⁰⁰POLAINO-ORTS, Miguel, *Op. Cit.*, p. 86.

⁶⁰¹POLAINO-ORTS, Miguel, *Op. Cit.*, p. 87. En igual sentido LAMPE: “(El) injusto de la existencia del sistema radica en la amenaza constante de la paz jurídica de la comunidad; el de la acción individual radica en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico”. LAMPE, Ernst Joachim, *Injusto del sistema y sistemas de injusto*, en: Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial, Bogotá, Universidad Externado, 2008, P. 100.

⁶⁰²POLAINO-ORTS, Miguel, *Op. Cit.*, p. 95.

⁶⁰³POLAINO-ORTS, Miguel, *Op. Cit.*, p. 96.

la hace al individuo por pertenecer a él, mas no para derivar por esta adhesión la responsabilidad de todos los delitos fin, en tal sentido no sobra recordar que SILVA SÁNCHEZ rechaza el modelo de transferencia y privilegia uno donde se te tenga en cuenta la importancia del aporte con miras a los delitos fines dentro de una organización que los potencia o favorece, donde se tienen en cuenta como se dijo el quehacer particular del sujeto y no su pertenencia a un sistema de injusto.

En Colombia la recepción de estas discusiones se ha visto reflejada tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. De esta manera, PAULA CADAVID para quien la responsabilidad en el marco de aparatos organizados de poder debe considerarse como una coautoría, señala que la mera pertenencia a una organización criminal no genera responsabilidad por cada uno de los delitos cometidos por esta, pues tal pertenencia puede originar una imputación a título de concierto para delinquir u otros delitos como rebelión, sedición o asonada⁶⁰⁴. Para la autora esta mera pertenencia a la estructura criminal se entiende como un acuerdo de primer nivel. El acuerdo de segundo nivel entonces está relacionado con la intervención particular (aporte significativo) de cada miembro en la realización de las “conductas delictivas encuadradas dentro de los objetivos y métodos de la organización”⁶⁰⁵. Por lo tanto no importa el lugar que ocupe el integrante en la respectiva estructura, pues tendrá dominio funcional relacionado con la decisión de la comisión de los delitos quien más alto esté en la misma, mientras que los mandos medios y los miembros rasos, tendrán un dominio funcional del delito teniendo en sus manos no solo la decisión (el sí) de cometerlos sino los medios (el cómo) de su comisión⁶⁰⁶.

Por su parte, ESQUIO SÁNCHEZ partiendo de dos casos resueltos por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia⁶⁰⁷ en los que se llega a la conclusión que son coautores tanto quienes ordenaron el hecho como quienes lo ejecutaron por compartir una misma ideología dentro de una organización criminal, considera que el Alto Tribunal posteriormente pasó a atribuir responsabilidad no ya por su pertenencia a la organización sino por sus aportes, roles y funciones dentro de la misma, lo cual ha sucedido en aquellos fallos donde el accionar de los grupos paramilitares es asimilado a los aparatos organizados de poder, lo que para el

⁶⁰⁴CADAVID LONDOÑO, Paula, *Coautoría en aparatos organizados de poder de carácter delincuencial*, Bogotá, Ibáñez- Universidad de los Andes, 2013, p. 147.

⁶⁰⁵CADAVID LONDOÑO, Paula, *Op.Cit.*, p. 291.

⁶⁰⁶CADAVID LONDOÑO, Paula, *Op.Cit.*, p. 291.

⁶⁰⁷Caso Machuca. Rad. No. 23825. M.P: Javier Zapata Ortiz y Caso Yamid Amat. Rad. No. 25974. M.P: María del Rosario González.

autor es una transición de una imputación por la mera pertenencia o por transferencia a una imputación por el hecho propio⁶⁰⁸.

En efecto, según el autor en el modelo de la transferencia seguido por la Corte, en los fallos mencionados (Machuca y atentado contra Yamit Amat) la imputación se hizo debido a la pertenencia a la organización pues sobre todos los miembros recae un mismo título de imputación (coautoría), situación contraria en los casos de la parapolítica donde la Corte sostuvo que se debía imputar de acuerdo a la intervención y el grado que ocupaba cada integrante (metáfora de la cadena). De esta manera señala el autor que al recurrir a “aspectos propios de la organización criminal” en los casos de la parapolítica como la estructura jerárquica, las ordenes descendentes, etc., se está refiriendo a la imputación de un injusto de sistema, es decir al modelo de transferencia, pero luego procede la Corte a hacer una imputación por el hecho propio al tener en cuenta la intervención concreta de los integrantes, situación que para SÁNCHEZ HERRERA, resulta incoherente pues mezcla las dos formas de imputación⁶⁰⁹. Este autor considera que el injusto de sistema o atribución de responsabilidad por transferencia da más posibilidad de resultados desde el punto de vista probatorio pues solo es necesario comprobar la pertenencia, el conocimiento de los planes y la política de la organización, para imputar responsabilidad por la comisión de crímenes dentro de una organización; en los otros casos por el contrario, se deberá probar el hecho concreto para llevar a cabo la respectiva imputación⁶¹⁰.

Respecto a los dos autores citados es importante mencionar que ambos comparten una visión según la cual la imputación que se haga debe ser global y unánime para los miembros de una organización criminal (coautoría en el primer caso, coautoría o autoría mediata en el segundo caso) con lo que se podía afirmar que aceptan un injusto del sistema; sin embargo CADAVID hace una distinción entre la mera adhesión o pertenencia (concierto) y un acuerdo de segundo nivel relacionado con los delitos cometidos dentro de la organización, que tendrá que ver en todo caso con el grado de intervención en los hechos. Esta última postura, parece más aceptable desde el punto de vista del principio de culpabilidad pues aunque no se comparte la conclusión global de la coautoría para todos los miembros, permite vislumbrar por lo menos una relación entre los miembros no directores de la organización con los delitos concretos. En cambio la visión de

⁶⁰⁸SANCHEZ HERRERA, Esiquio, *Modelos de imputación en la criminalidad organizada*, en XXXIII Jornadas internacionales de derecho penal, Política criminal y derecho penal, Bogotá, Universidad Externado, 2012, p. 376.

⁶⁰⁹SANCHEZ HERRERA, Esiquio, *Op.Cit.*, 368.

⁶¹⁰SANCHEZ HERRERA, Esiquio, *Op.Cit.*, 368.

SÁNCHEZ HERRERA al considerar la imputación a todos los miembros por la pertenencia donde no es necesario el vínculo con los hechos es cuestionable desde el punto de vista del principio de culpabilidad por lo menos en lo relacionado con los mandos medios y los integrantes rasos pues no tienen el poder de organización necesario como para dominar los acontecimientos y hacerlos responder por su sola pertenencia es violatorio de la Constitución.

Ahora bien, se debe reconocer que la Corte Suprema de Justicia ha precisado de manera acertada que no basta con la asociación a la estructura para imputar responsabilidad por autoría mediata y que los “excesos” del grupo armado no le son atribuibles al hombre de atrás si dichas manifestaciones de violencia no hacían parte del plan original⁶¹¹.

Posteriormente la Corte⁶¹² sostendría que uno de los elementos de los grupos de autodefensa es el referido al “conocimiento de la organización o aparato de poder y decisión de que sus miembros ejecuten o continúen ejecutando hechos ilícitos penales”, lo que de por sí delimita la responsabilidad del hombre de atrás al exigir no la simple pertenencia a la organización sino un aspecto subjetivo de conocimiento de la estructura de poder y, otro de voluntad, que implica que responderá siempre que su decisión sea que los subordinados cometan o sigan cometiendo delitos.

En este fallo afirma la Corte:

Entonces, de acuerdo con la opinión de la Sala, el aforado hacía parte de una estructura criminal integrada por un número plural de personas articuladas de manera jerárquica y subordinada a una organización criminal, quienes mediante división de tareas y concurrencia de aportes (los cuales pueden consistir en órdenes en secuencia y descendentes) realizan conductas punibles, **fenómeno que es factible comprenderlo a través de la metáfora de la cadena, motivo por el cual también debe responder penalmente por el conjunto de crímenes que se le atribuyen a los comandantes o jefes de los bloques, frentes o unidades que hacían parte de la asociación criminal**⁶¹³.(Negrillas fuera del texto).

⁶¹¹ Proceso 26470-2008. Mauricio PIMIENTO. Según la sentencia el ex senador Mauricio PIMIENTO, habría acordado con el del bloque norte de las autodefensas su candidatura al Senado de la República (2002).

⁶¹² Proceso 27032-2010. Álvaro ARAUJO CASTRO. El ex congresista, de acuerdo con la sentencia, se habría aliado con las autodefensas de Córdoba y Urabá lideradas por Rodrigo TOVAR PUPO (Jorge 40) con el fin de llegar al Senado para el periodo 2002-2006.

⁶¹³ *Ibid.* En igual sentido proceso 27941-2009, Gonzalo GARCÍA ANGARITA.

En el aparte resaltado, según la Corte, el aforado responde penalmente por los crímenes que se le atribuyen a los comandantes o jefes de bloques, frentes o unidades que hacen parte de la estructura de poder, ante lo cual parece que una de las consecuencias de la metáfora de la cadena es que quienes están en la parte más alta de la organización responden por todos los crímenes de los comandantes o jefes de menor rango. Sin embargo, cabe decir que el aparte citado para ser coherente con lo dicho respecto a los excesos del grupo armado se debe complementar sosteniendo que el hombre de atrás responde siempre y cuando estos crímenes sean parte del plan, toda vez que el alcance del dolo no puede ir más allá del “marco de representación”⁶¹⁴ conformado por aquel.

De esta manera un argumento según el cual el hombre de atrás tiene una responsabilidad global, fue expresado en una aclaración de voto de un auto de la Corte Suprema de Justicia donde señala lo siguiente:

Por tanto, si el parlamentario hizo parte de la estructura criminal en una posición privilegiada, debe responder por los crímenes que le sean atribuidos a los comandantes, por las razones expresadas en la sentencia del 2 de septiembre de 2009, dentro del radicado No. 29.221, en la que se concluyó que para el caso colombiano, en materia de justicia transicional, es viable la aplicación de la teoría de “la concurrencia de personas en el delito y los aparatos organizados de poder”, “autoría mediata en aparatos organizados de poder con instrumento fungible pero responsable” o “autor tras el autor”⁶¹⁵.

Eso significa que quien se encuentra en la cúspide de la estructura responde por todo lo que hacen los subordinados. Según este pasaje, la aclaración de voto del magistrado ESPINOSA va encaminada a que todos los políticos vinculados con los grupos armados ilegales respondan por todos los delitos cometidos por los comandantes. Sin embargo la Corte no acoge esta postura de imputar de forma automática por la posición en la estructura de poder y en cambio ordena realizar una investigación aparte para obtener pruebas que vinculen al sujeto con un hecho particular.

⁶¹⁴ “Asesinatos que están fuera del marco de su representación no pueden ser dolosamente ‘cometidos a través de otro’ por el causante, como tampoco él puede haber determinado dolosamente a otro a la comisión de éstos. (...) la autoría dolosa no es ningún receptáculo para todos los asesinatos que cometen por orden de un superior en la medida en que nosotros quisiéramos considerarlo autor de delito doloso, para la determinación del marco rigen los mismos criterios que si nos limitáramos a la asunción de la instigación”. HERZBERG, *Op.cit.*, p. 129.

⁶¹⁵ Proceso 26948-2010. Ciro RAMÍREZ PINZÓN. En este auto se reasume competencia.

En este sentido habrá responsabilidad por los delitos fin si se logra probar su intervención en la toma de decisiones respecto a políticas generales (plan criminal de la organización) relacionadas con la comisión de crímenes de lesa humanidad, a pesar de que no pueda comprobarse una orden particular de cometer un hecho concreto como se sostuvo en el caso FUJIMORI. Sin embargo la Corte está consciente de que esta responsabilidad no se deriva por la simple pertenencia (concierto) sino que debe probarse, por ello compulsó copias para que se investigue⁶¹⁶.

En la sentencia en que la Corte condena al ex senador de la República ÁLVARO GARCÍA ROMERO⁶¹⁷ por homicidio agravado, se puede ver que la pertenencia al grupo no puede conllevar juicio de responsabilidad más allá de esta conducta. La pertenencia configura, como tal, concierto para delinquir agravado, pero para la condena por la masacre requiere prueba aparte y así lo sostiene la Corte cuando acude a otras evidencias contenidas en el proceso dentro de las que cabe mencionar la intervención de una conversación telefónica⁶¹⁸, donde se constata la participación del político en la comisión de la conducta punible.

Por tanto, debe determinarse con claridad la forma de intervención, pues la pertenencia o conformación de organizaciones criminales no es de por sí suficiente razón para atribuir responsabilidad a los miembros de la cúpula de una estructura de poder por todos los delitos cometidos por los subordinados⁶¹⁹.

⁶¹⁶ A manera de ejemplo, los siguientes procesos: 26585-2010, Humberto de Jesús BUILES CORREA; 27032-2010, Álvaro ARAUJO CASTRO; 27941, Gonzalo GARCÍA ANGARITA; 28835-2010, Miguel Ángel RANGEL SOSA; 29200-2010, Jorge de Jesús CASTRO PACHECO, en este fallo se ordena investigar también a los ex congresistas Dief MALOF CUSÉ, José GAMARRA SIERRA, Luis Eduardo VIVES, Alfonso CAMPO ESCOBAR, Salomón SAADE, Jorge Luis CABALLERO y Mauricio PIMIENTO; 32672-2009, Salvador ARANA SUS; 32712-2010, Hernando MOLINA ARAÚJO; 32996-2011, José Domingo DÁVILA ARMENTA; 33260-2011, Oscar de Jesús LÓPEZ CADAVID; 34653-2010, Rubén Darío QUINTERO VILLADA. La Corte ha explicado que no siempre se compulsan copias para la investigación de delitos contra la vida y dignidad humana toda vez que tal proceder se presenta cuando en el proceso obra indicio que así lo amerite. Proceso 22754-2011, Carlos Reinaldo HIGUERA ESCALANTE y Carlos Julio GALVIS ANAYA.

⁶¹⁷ Proceso 32805-2010. Álvaro Alfonso GARCÍA ROMERO.

⁶¹⁸ “Esa evidencia, de cuya legalidad, autenticidad y contenido se ocupará luego la Sala, aparece como un elemento de juicio que aunado a otro, no menos importante, como es que los homicidios se produjeron por el accionar de la estructura paramilitar en cuya organización intervino el procesado, permite atribuible responsabilidad a título de autor mediato”. Proceso 32805-2010. Álvaro Alfonso GARCÍA ROMERO.

⁶¹⁹ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Op.cit.*, pp. 839-840, 843, sostiene que “ni la filiación ni la mera pertenencia a un grupo ilegal, ni la promoción del mismo, que pueden ser típicas por sí solas como concierto para delinquir, relevan de la necesidad de atender las reglas ordinarias de la imputación objetiva y subjetiva para todos y cada uno de los partícipes de un hecho”. Y señala que la propuesta de ROXIN “tiene que ser manejada con cuidado y reservas para no incurrir en responsabilidad objetiva”. Por su parte, FERRÉ OLIVÉ, citado FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *Op.cit.*, p. 28, llama la atención acerca

Se puede concluir que la distinción entre imputación por transferencia y por el hecho propio viene dada de acuerdo a como se entiendan las normas relacionadas con el concierto para delinquir que es el tipo que sanciona en forma general el acuerdo para cometer delitos y en especial el concierto para delinquir agravado que es tipo a través del cual se sancionan las conductas que organizan o constituyen aparatos organizados de poder.

Por tal razón si el modelo de la transferencia es aquel en que se imputa un injusto colectivo a un miembro de la organización por el hecho del peligro de la misma y en forma independiente de las conductas concretas que constituyen los delitos fines, el concierto para delinquir al solo recoger la primera parte de este concepto, es decir la mera pertenencia, es claro que este tipo es de aquellos que se entienden como de culpabilidad por transferencia.

Sin embargo si el hecho de incorporarse a la organización se entiende ya como una acción reprochable desde el punto de vista penal no se trata simplemente de una transferencia del injusto de la organización al individuo sino una responsabilidad por el hecho, representado en el acto de voluntad de asociarse para cometer crímenes, tipo autónomo según lo establece el código penal.

Ahora bien, considerando al concierto para delinquir como un injusto penal independiente, es pertinente observar lo que acontece con los delitos fin de la organización, es decir con aquellos relacionados con el plan criminal de la misma.

Es en este aspecto donde la diferencia entre culpabilidad por transferencia o por el hecho propio cobra total importancia debido a que de ella depende que los miembros de la estructura de poder respondan por todos los acontecimientos producto del devenir de la organización por la pertenencia o solo por aquellos en

de que la imputación al jefe o cabecilla de una organización como coautor por el hecho de ser quien la dirige, conduciría a un derecho penal de autor. En igual sentido se expresa HERNÁNDEZ ESQUIVEL, *Op.cit.*, p.280: “la responsabilidad penal como autor no deviene simplemente por la posición que se ostenta en la empresa o en el ente colectivo o por la representación asumida, sino por realizar la conducta punible, lo cual debe demostrarse”. Se ha sostenido entonces que lo determinante para imputar un delito no es el rol ni posición que ostente la persona en la estructura criminal, sino la conducta personal, es decir la colaboración o intervención concreta del individuo en el hecho. AMBOS, Kai, *¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el derecho penal internacional?*, *Op, cit.*, p.165.

los que tuvo intervención consciente y voluntaria. En este punto se debe hacer distinción respecto de si se trata de los miembros con poder de mando o de si se trata por el contrario de los demás integrantes.

Con relación a los primeros recae el dominio de la organización, el control sobre la misma y su alejamiento de la comisión fáctica de delitos lo ven recompensado con su cercanía a foco del poder de decisión, lo que les permite fijar las metas y los medios para lograrlas, medios que deben entenderse como criminales, al ser esto así la intervención concreta en los delitos fines por parte de los integrantes de la cúpula de la organización no reviste importancia pues el manejo de la organización en todos sus ámbitos les permiten definir el sí y el cómo de la comisión de los delitos concretos, sin importar las circunstancias de modo tiempo y lugar en que se cometan. Esto respeta el modelo de imputación por el hecho propio toda vez que se tiene en cuenta el factor “control sobre la organización” no como mera posición de privilegio del sujeto sino como posibilidad efectiva de disponer de las riendas de la organización.

En Colombia se ha ido más allá de acuerdo a lo resuelto en el caso del ex senador GARCÍA ROMERO en su responsabilidad por la masacre de Macayepo, donde a pesar de considerar al acusado como autor mediato debido al dominio de la organización no por esta circunstancia se le imputó homicidio agravado, el alto tribunal derivó la responsabilidad del ex congresista de una prueba allegada al proceso donde consta su intervención en la comisión del delito. En otras latitudes por el contrario, el simple estatus en la organización le habría valido para la condena (ver caso Fujimori a quien lo condenan en ausencia ordenes claras). Por lo tanto hablando de los miembros de mayor jerarquía de la organización se aplicaría el modelo de transferencia de la culpabilidad si solo se tiene en cuenta su posición en la organización.

Con relación a los otros integrantes de la organización, el hecho de no tener en sus manos el manejo de la misma, no podrá imputárseles sino aquellos delitos en los cuales pueda comprobarse de acuerdo a los criterios de imputación tradicionales su intervención en los mismos y de esta manera se respetará el principio del hecho, por el contrario la aplicación del modelo usado en los hombres de atrás, en el sentido de imputar delitos sin acreditar una intervención en los hechos delictivos, es decir una intervención “abstractamente mediatizada” implicaría imputar por la sola pertenencia lo cual afectaría el principio del acto.

3.7. La autoría mediata en AOP y la coautoría mediata a la luz del principio de legalidad

Conviene ahora determinar si la fórmula de la autoría mediata en AOP y la coautoría mediata vulneran el principio de legalidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política. De acuerdo con este mandato “*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa (...). En materia penal, la ley permisiva o favorable aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable*”.

Según lo anterior, la Constitución señala que hacen parte del principio de legalidad la norma preexistente y la prohibición de la retroactividad, salvo para casos favorables, prescripción que se complementa con el artículo 6 del código penal colombiano según el cual la norma previa debe aplicarse también en las normas de reenvío en los tipos penales en blanco. Asimismo, se permite en el código penal el uso de la analogía tratándose de materias permisivas. De esta manera se configura el panorama del principio de legalidad en Colombia.

Este principio comprende un mandato tanto para el legislador como para el juez según el cual no puede existir delito ni pena sin ley previa, lo cual impide la aplicación retroactiva de la ley, salvo la favorable; además debe ser escrita, con lo que se descarta la costumbre como fuente de delitos y penas, a excepción del derecho penal internacional donde aún tiene acogida; debe ser también estricta, lo que implica la exigencia de precisión y determinación, excluyéndose con esto la analogía desfavorable al reo⁶²⁰.

Ahora bien, este principio que representa una garantía en contra de la arbitrariedad del estado, que brinda seguridad jurídica y permite la aplicación igualitaria de la ley, se ha empezado a relativizar de manera creciente en el campo del derecho penal y de manera especial en el derecho penal internacional⁶²¹. En efecto, en el derecho penal internacional se ha señalado que no rige el principio de

⁶²⁰MIR PUIG, *Op. cit.*, pp. 77-78.

⁶²¹la Corte Constitucional ha señalado que: “*Los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma describen tres de las categorías de crímenes internacionales sobre las cuales la Corte Penal Internacional podrá ejercer su competencia: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. Tales descripciones denotan un grado de precisión, certeza y claridad aceptado en el derecho penal internacional que resulta menos estricto que el exigido en nuestro ordenamiento interno. Este tratamiento diferente del principio de legalidad que hace el Estatuto de Roma ha sido autorizado por el Acto Legislativo No. 02 de 2001*”. Subrayas fuera del texto. SC- 578 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

nullum crimen sine lege sino el principio de *nullum crimen sine iure*⁶²² lo que quiere decir que no se requiere una norma expedida previamente que determine el delito y la pena a imponer, sino un criterio normativo aceptado internacionalmente que posibilite la imputación y sanción.

De esta manera de acuerdo con el estatuto de Roma, (artículo 21) a la CPI le es permitido aplicar en forma subsidiaria el derecho consuetudinario y los principios generales del derecho.

Así las cosas se ha señalado por parte de la jurisprudencia de los tribunales ad-hoc especialmente, que en el derecho penal internacional, en contraposición a lo que sucede en las legislaciones de los estados donde rige la estricta legalidad que prohíbe la sanción por hechos que no estén consagrados de manera previa, las figuras punitivas y formas de imputación se pueden encontrar no solo en los tratados sino también en la costumbre, lo cual responde a la aspiración de evitar a toda costa la impunidad por la comisión de delitos internacionales, es decir que el principio de legalidad cede cuando lo exija la justicia⁶²³.

De igual manera la incorporación de principios y mandatos del derecho penal internacional ha conllevado que la Corte Suprema de Justicia Colombiana apele a una flexibilización del principio de legalidad sobre todo en aplicación de los derechos de las víctimas. De esta manera, la Corte ha tomado partido en algunas de sus decisiones por la aplicación directa de los tratados.

En efecto, en el auto de la Corte Suprema de Justicia del 16 de diciembre de 2010⁶²⁴ se planteó como problema jurídico fundamental la posibilidad de que los delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, que empezaron a regir a partir del 25 de julio de 2001, se apliquen a conductas realizadas antes de dicha fecha. La Corte da una respuesta afirmativa pues considera que en aras de la protección de la comunidad global se encuentra replanteada la dogmática del derecho penal internacional y redefinido el principio de legalidad.

Lo anterior en atención a lo dispuesto en el artículo 38 del Estatuto Internacional de Justicia⁶²⁵, que establece como fuentes de derecho los tratados

⁶²²MONTIEL, Juan Pablo, *La “mala costumbre” de vulnerar derechos humanos: análisis y pronóstico de la costumbre como fuente del derecho penal internacional*, en: *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p.400.

⁶²³MONTIEL, Juan Pablo, *Op. cit.*, p. 402.

⁶²⁴Auto de segunda instancia. Radicación 33039. M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

⁶²⁵1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

internacionales, la costumbre internacional, los principios generales del derecho, la jurisprudencia y la doctrina, con lo cual, sostiene la Corte, se ha superado a la ley como única fuente del derecho penal. Afirma el Alto Tribunal que la omisión legislativa, la ausencia de consagración expresa de los delitos internacionales en las legislaciones nacionales no puede verse como una justificación para su falta de investigación y sanción, argumentado que los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia que consagran este tipo de delitos deben ser considerados como fuente de derecho penal los cuales se encuentran incorporados al sistema jurídico nacional, y se deben aplicar así no hayan sido positivizados. Por último, sostiene la Corte que la flexibilidad del principio de legalidad solo procede para los delitos internacionales a saber: genocidio, agresión, de lesa humanidad y contra el derecho internacional humanitario.

En un sentido similar, la Corte en el Caso de la Masacre de Segovia – Antioquia⁶²⁶, donde se acusó al ex Representante a la Cámara Luis Pérez García, sostuvo que el delito de genocidio no se encontraba vigente en Colombia a partir de la ley 589 de 2000 sino a partir de la convención del año de 1948, es decir que de acuerdo con el razonamiento de la Corte, los delitos internacionales no están vigentes en Colombia a partir de su consagración del derecho interno sino a partir de que se establecen en los tratados internacionales. Esto se conoce como la “*internalización del derecho internacional*”⁶²⁷ y tiene como una de sus manifestaciones el bloque de constitucionalidad del artículo 93 de la Constitución Política el cual puede ser aplicado a nivel de referentes normativos o de interpretación, éste último relacionado con las “*recomendaciones o comunicaciones de organismos de derecho internacional, las sentencias de tribunales domésticos de otros estados o la doctrina de ciertos estudiosos de derecho penal internacional, no serían elementos admisibles para la edificación de un bloque de constitucionalidad*”. De la postura de valerse de referentes interpretativos se ha objetado⁶²⁸ el hecho de generar una interpretación extensiva

a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

⁶²⁶Corte Suprema de Justicia. Acusación contra César Pérez García. Rad. 33.118. Marzo 14 de 2011.

⁶²⁷MENDOZA P, Juan Francisco, *Cuando la Corte viola la legalidad penal, análisis de un caso*, inédito, p. 5.

⁶²⁸MENDOZA P, Juan Francisco, *Op. cit.*, p. 7.

del quehacer judicial con el peligro de la arbitrariedad al no existir un trasfondo normativo que garantice el principio de legalidad, además se critica que los delitos internacionales tengan vigencia a partir de la ratificación de los tratados internacionales que los contienen y no desde el momento en que son consagrados en el derecho doméstico⁶²⁹.

Esta tendencia jurisprudencial ha sido objeto de fuertes críticas. Así, se ha dicho que dicha interpretación propiciada por la Corte Suprema de Justicia va en contravía de los postulados del derecho penal liberal y uno de sus máximos logros como lo es el principio de legalidad penal lo que es considerado como un proyecto penal expansivo y autoritario, rechazándose asimismo la posibilidad de que los tratados internacionales en materia penal surtan efectos de forma automática antes de que los delitos sean incorporados al ordenamiento jurídico⁶³⁰.

Sin embargo, a pesar de la creciente relativización del principio de legalidad sobre todo en el derecho penal internacional y en lo que tiene que ver con la parte especial de los códigos penales, en esta investigación no se acoge dicha postura puesto que es necesario reforzar la taxatividad relacionada con los delitos y las penas, aspecto en el cual se considera que no deben existir excepciones, más allá de las permitidas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como se verá.

En efecto, se está a favor de una lectura del principio de legalidad en la que no es dable la relativización de las normas penales contenidas en la parte especial, pues están concebidas para la protección del principio de libertad del individuo, pero se comparte una concepción en la que las normas de la parte general permiten, dentro de los límites establecidos por la Constitución y el legislador penal, otorgarles sentidos que desarrollen determinado concepto.

Según esta visión, los fundamentos valorativos de la dogmática deben partir de la Constitución, en la que se plasma el “consenso valorativo” de la sociedad, teniendo en cuenta en todo caso que en la elaboración concreta de los contenidos

⁶²⁹MENDOZA P, Juan Francisco, *Op. cit.*, p. 9. Crítico también respecto a la utilización indiscriminada del bloque de constitucionalidad, Álvarez Álvarez, quien sostiene que el artículo 93 de la Constitución ha mutado de garantía para el individuo a fórmula de restricción de los derechos humanos toda vez que la interpretación de la Corte Suprema permitiría llenar vacíos legislativos en materia penal con los instrumentos internacionales. ÁLVAREZ A, Juan Carlos, *La mutación del principio de legalidad en el derecho penal colombiano a partir de la interpretación con el derecho penal internacional*, en: *Conflicto armado, justicia y reconciliación*, Bogotá, Eafit – Siglo del Hombre, 2012, p. 297.

⁶³⁰Ver por todos: VELÁSQUEZ V, Fernando, *La flexibilidad del principio de legalidad y los crímenes que agravan a la humanidad*. Obtenido en: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp7/JURISPRUDENCIA/Flexibilidad_legalidad/Flexibilidad_legal.pdf

dogmáticos no se puede sobredimensionar la capacidad de rendimiento de la Carta Política⁶³¹.

Esta dimensión de la Constitución como marco normativo para el desarrollo del derecho penal en donde por el carácter general de las normas, el legislador tiene un amplio espacio para la proyección de normas penales en desarrollo de la política criminal, ha sido analizada por la Corte Constitucional:

Tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados -particularmente en el campo de los derechos fundamentales- que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Pero lo anterior no implica que la Constitución haya definido de una vez por todas el derecho penal, puesto que el legislador, obviamente, dentro de los marcos fijados por la propia Carta, tiene ante sí un espacio relativamente autónomo, caracterizado, a su turno, por unos valores, presupuestos y finalidades propios, pese a su acentuado grado de constitucionalización. Así, a través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, el Estado tipifica las conductas prohibidas y fija las condignas sanciones (principio de legalidad de la pena) e igualmente modifica el procedimiento y en este quehacer histórico acoge y abandona distintas y sucesivas filosofías punitivas, que pueden ser más o menos drásticas, según el propio legislador lo considere políticamente necesario y conveniente, por lo cual, dentro de ciertos límites son posibles entonces diferentes desarrollos de la política criminal del proceso penal.⁶³²(Subrayas fuera del texto).

Ahora bien, la Corte Constitucional ha sostenido que el límite a la potestad punitiva del estado son los derechos fundamentales y la dignidad de los asociados, por lo que el legislador debe seguir los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y estricta legalidad, lo cual se debe tener en cuenta en la definición tanto del tipo como de la pena⁶³³. Asimismo, la Corte señala que será contraria a la Constitución cualquier tipificación que no esté destinada a proteger bienes constitucionales⁶³⁴.

El principio de legalidad ha sido desarrollado por la Corte Constitucional señalando que es un logro del constitucionalismo pues se erige como un dique contra la arbitrariedad del estado frente al individuo, además, brinda seguridad al destinatario de la norma quien tendrá la certeza de las conductas que están sometidas a

⁶³¹SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Segunda edición ampliada y actualizada, Buenos Aires – Montevideo, B de F, 2012, p. 178.

⁶³²Sentencia C- 609 de 1996, MP. Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz.

⁶³³Sentencia C- 554 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas , Sentencia C-939 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, Sentencia C- 575 de 2009. M.P. Humberto Sierra Porto.

⁶³⁴Sentencia C-241 de 2012. M.P: Luis Ernesto Vargas Silva.

reproche punitivo. Considera la Corte que uno de los alcances del principio de legalidad es que el legislador tiene la función de establecer los tipos penales, es decir el principio de legalidad visto en forma lata, por otro lado, este principio desde el punto de vista estricto es lo que se conoce como taxatividad, entendida esta como la obligación por parte del legislador de establecer de manera clara y sin ambigüedades los tipos penales. La indeterminación de los delitos conlleva a que sea el juez encargado de aplicar el delito quien determine en forma subjetiva y arbitraria el alcance de la norma⁶³⁵.

Ahora bien, aunque la Corte en su interpretación del alcance de la Constitución ha dado toda la importancia al principio de legalidad, también ha sostenido que en algunos tipos penales es legítimo *“llevar a remisiones, análisis sistemático de la ley aplicaciones de la lógica racional y de la deducción lingüística, tales ejercicios de interpretación de la norma que debe efectuar el operador judicial, en nada contrarían el ordenamiento superior, siempre y cuando al recurrir a ellas, se tenga como resultado una determinación clara e inequívoca de la norma penal creada por el legislador, es decir, de la conducta tipificada como punible”*. Además, ha señalado la Corte que no es necesario que *“el tipo penal se deba configurar de una forma exclusiva, cerrada y unívoca, sino que esos resultados se pueden alcanzar a través de distintas metodologías de estructuración, que arrojen la misma seguridad jurídica, pero no desatiendan las exigencias de proteger los bienes jurídicos en un mundo siempre cambiante”*, lo cual es mencionado precisamente en un caso de normas penales en blanco⁶³⁶.

La Corte Constitucional también ha señalado respecto a estos tipos penales que si bien representan un alejamiento del principio de legalidad, éste se encuentra justificado en la *“conservación del orden jurídico”*, toda vez que responden a la necesidad de efectivo control sobre las nuevas realidades tanto económicas como sociales, con lo que un *“apego irrestricto al principio de legalidad”* afectaría la posibilidad de *“penetración del derecho penal”* lo cual iría en detrimento de la *“conservación de los intereses públicos”*⁶³⁷.

Además la Corte sostiene que el contenido de los tipos penales es genérico y un verbo como *“engañar”* por ejemplo, comprende todas las formas de fraude así el

⁶³⁵Sentencia C-599 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero, en igual sentido sentencia C-682 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁶³⁶Sentencia C- 301 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao.

⁶³⁷Sentencia C-605 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

legislador no lo diga en forma expresa, sin que esto se considere como una vulneración al principio de legalidad penal:

Pero ese postulado no puede entenderse como una regla que impida al legislador, cuando tipifica el comportamiento delictivo, formular la descripción con base en conceptos que puedan tener muchas manifestaciones o modalidades, señalando que el contrario al ordenamiento jurídico es precisamente el comportamiento que tal concepto encierra, con independencia de la modalidad que asuma. Así, por ejemplo, si lo que se quiere perseguir por el legislador es "el engaño", no deja de cumplir con la exigencia constitucional de la tipicidad ni desobedece el principio de legalidad si lo incluye como elemento del tipo penal advirtiendo que lo es en cualquiera de sus formas. La conducta típica consiste entonces en "engañar", y tal conducta es punible si la norma la consagra en su concepción general, no importa cuál sea la modalidad del engaño, sin que ello haga perder a la norma su carácter típico⁶³⁸.

Ahora bien, esta apertura del principio de legalidad puede alegarse con mayor razón en la parte general donde las estipulaciones normativas son más abstractas según se pasa a ver.

En este sentido SILVA SÁNCHEZ ha expresado que en materia de la construcción dogmática la ley es solo un marco externo y sirve como manifestación del principio de legalidad, es decir como barrera que en la concreción de los conceptos no se debe sobrepasar. Ahora bien, el tratadista español señala que la relación entre la dogmática y la ley está determinada dependiendo de si se trata de las elaboraciones acerca de la parte especial o de la parte general (teoría del delito); por lo tanto cuando se trata de la dogmática de la parte especial, es decir de las "*descripciones típicas*" el marco de referencia es taxativo y el principio de legalidad impera de forma inexorable, mientras que en la parte general "*la vinculación ejercida aquí por el Derecho positivo es mínimo, con lo que existe un significativo margen de libertad para construir las diversas categorías y teorías explicativas, a partir de las correspondientes premisas axiológicas y criterios argumentativos*"⁶³⁹.

Según lo anterior, es dicente cómo la doctrina nacional al referirse al principio de legalidad⁶⁴⁰ y la totalidad de la jurisprudencia de la Corte Constitucional consultada

⁶³⁸Sentencia C-1164 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández.

⁶³⁹SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Op.Cit., pp. 187-188. Sobre la no vigencia de una taxatividad estricta para las causas de justificación: MORESO, JJ *Principio de legalidad y causas de justificación*. Revista Doxa, P. 29 Obtenido en: <http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148678RD28632340.pdf>

⁶⁴⁰Ver por todos: FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Temis, 1995, pp. 83 y sgtes. VELASQUEZ V. Fernando, *Manual de derecho penal*, Bogotá, Temis, 2004, pp. 57 y sgtes.

se encaminan a vislumbrar que la estricta legalidad está asociada con la consagración de los delitos y las penas⁶⁴¹, más no con el principio de taxatividad en la parte general del código penal.

Obsérvese como este criterio no es aislado sino que por el contrario un importante sector de la doctrina lo sigue, en este sentido JAKOBS describe cómo se relativiza la taxatividad de acuerdo al objeto de regulación, así, señala que temas como la imputación objetiva, la omisión impropia, del dolo y de la imprudencia, la participación, entre otros, cuando están previstos en la ley están lejos de alcanzar la determinación de los tipos especiales⁶⁴². Además señala que esta generalidad de los conceptos permite a la jurisprudencia hacerse cargo de la “formación progresiva” del derecho⁶⁴³.

Considera este autor, que en la parte general es permitido proceder de acuerdo a complementaciones en la aplicación de las normas, con la única condición que no vayan en contra del derecho legislado, recurso que se encuentra completamente proscrito en la parte especial, donde las normas están destinadas a la protección del sujeto⁶⁴⁴.

Asimismo sostiene JAKOBS que si bien el intérprete tiene como punto de partida la significación de la norma hasta el momento aceptada, no se encuentra sometido

⁶⁴¹ Sentencia C -609 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz, donde la Corte se refiere a la constitucionalización del derecho penal y el espacio relativamente autónomo del legislador para fijar los tipos penales. Sentencia C-393 de 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería: sobre la legalidad de las penas. Sentencia C- 177 de 200. M.P. Fabio Morón Díaz, sobre el principio de taxatividad referido a los delitos; C-034 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Gálvis: legalidad de los delitos y las penas; C-013 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández: legalidad de los delitos y las penas. SC- 232 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas H: sobre la determinación de las penas; SC- 133 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz: principio de legalidad y tipicidad. SC-820 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas: principio de determinación de la pena. SC- 121 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva: prohibición de la indeterminación de los delitos y las penas. SC- 422 de 2011. M.P. Humberto Sierra Porto: prohibición de la indeterminación en los delitos y las penas. C-442 de 2011. M.P. Humberto Sierra Porto: prohibición de la indeterminación en los delitos y las penas. C-368 de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos: prohibición de la indeterminación en los delitos y las penas. SC-742 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa. Principio de legalidad estricta en materia de delitos y penas. SC- 1080 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis: principio de determinación de los delitos y las penas. SC- 897 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: prohibición de la indeterminación en los delitos y las penas. C- 226 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis: principio de estricta legalidad.

⁶⁴² JAKOBS, Ghunther, *Derecho penal. Parte general, Op.cit.*, p. 90.

⁶⁴³ JAKOBS, Ghunther, *Derecho penal. Parte general, Op.cit.*, p. 91. Engisch considera que el principio de determinación absoluto sólo puede presentarse en algunos casos, es decir en aquellos relacionados con magnitudes numéricas, plazos, cantidades de valor económico. Citado por VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *El principio de legalidad penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 44.

⁶⁴⁴ JAKOBS, Ghunther, *Derecho penal. Parte general, Op.cit.*, p. 91.

a ésta. Sin embargo la nueva lectura de la norma debe ser de tal manera razonable que su aplicación no ponga en duda la coherencia del sistema, lo anterior impide que interpretaciones novedosas contrarias al sentido de la norma sean incorporadas⁶⁴⁵.

De acuerdo con SANCINETTI la parte general de los códigos penales sólo debe contener lo estrictamente necesario, de tal manera que “*la pena pueda ser la reacción justa al ilícito culpable, sin impedir que los criterios acerca de cuál sea la solución en cada caso más justa puedan ser discutidos constantemente...*”⁶⁴⁶.

Esta visión también es apoyada por TORÍO LÓPEZ, para quien la teoría general del delito no se encuentra sometida en forma extrema al derecho positivo, en efecto, el autor considera que la mayoría de los aspectos, se han desarrollado “extra legem” o incluso por vía consuetudinaria. Asimismo, en otros casos el derecho positivo no aporta puntos de referencia determinantes o en otros el concepto no está del todo delimitado, por lo que el desarrollo teórico puede influir de tal manera que se den nuevas interpretaciones a partir de la redacción normativa inicial, lo cual puede verse en los casos como la codelinuencia⁶⁴⁷.

Sostiene MIR PUIG que lo que lo importante en la interpretación normativa no es la supuesta voluntad del legislador sino de la ley, sólo así se podrá poner a tono la legislación con la realidad cambiante, que de otra manera quedaría rezagada⁶⁴⁸.

Es importante tener en cuenta que las normas jurídicas en general y las penales en particular cumplen determinadas funciones sociales, por lo tanto es acatando estos requerimientos de la sociedad como la interpretación normativa y la creación dogmática deben proceder y no considerando a la norma solo como una ficha más de un sistema lógico⁶⁴⁹.

Siendo que la norma no se considera agotada con el tenor de la ley, pues éste es

⁶⁴⁵JAKOBS, Ghunther, *Derecho penal. Parte general, Op.cit.*, p. 104.

⁶⁴⁶SANCINETTI, Marcelo, *Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la parte general de los códigos penales*, p. 2. Obtenido en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_01.pdf

⁶⁴⁷TORÍO LÓPEZ, Ángel, *Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito*, en Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 42, Fasc/Mes 2, 1989 , pp, 501; 512. En un sentido similar Carbonell Mateu, quien se refiere a la puesta al día de las instituciones dogmáticas, toda vez que la mayoría han sido pensadas para comisión de delitos por una persona individual. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999, p. 236.

⁶⁴⁸MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal*, Montevideo- Buenos Aires, B de F, 2007, p. 289.

⁶⁴⁹ MIR PUIG, Santiago, *Op.Cit.* p. 301.

solo el programa de la norma, el intérprete podrá también recurrir al ámbito de la norma o el “sector de la realidad social” que puede cubrir dicho tenor, con lo cual se podrá integrar a la interpretación normativa la valoración de los cambios históricos y sociales⁶⁵⁰.

Esta interpretación de la norma como posibilidad de concreción futura es posible si se considera como un producto no acabado o prefijado que no encuentra su propio sentido sino en el momento que es aplicada, es decir cuando se convierte en una “norma de decisión”, lo cual permite afirmar que las normas penales son una pauta para soluciones a problemas sociales o teóricos:

La ciencia jurídica no puede, por ello, limitarse a interpretar el texto legal, sino que ha de intentar facilitar la efectiva concreción de la norma, buscando precisar el ámbito de casos a que puede alcanzar. Para ello deberá utilizar en lo posible supuestos reales, proporcionados por la jurisprudencia, pero tendrá que adelantarse también a la práctica previniendo los casos que puedan interesar a la aplicación de la ley. Ahora bien, todo esto significa que debe trasladarse el centro de interés de la ciencia desde “el programa de la norma”, representado por el texto legal, al “ámbito de la norma” que constituye el específico contenido de la realidad que aquél abarca. Resaltar esta distinción en la estructura de la norma tiene no sólo la virtud de aclarar cuál es el verdadero núcleo de la problemática de la aplicación de la ley, sino también la de estimular la atención por el caso práctico, verdadero objetivo de la dogmática⁶⁵¹.

Es más, se ha dicho que el objeto de la dogmática de la parte general del código penal no son las “proposiciones legales” de un sistema legal determinado sino un conjunto de problemas a los que se les busca dar respuesta a partir de premisas valorativas y lógicas⁶⁵². Es decir un sistema abierto donde se permite una adaptación de la teoría del delito a las circunstancias cambiantes, incorporando a ésta los avances de otras disciplinas científicas⁶⁵³.

Así las cosas la búsqueda de corrección de las fórmulas dogmáticas no puede derivarse de su absoluta correspondencia con las normas de la parte general del código penal, pues esta como se ha dicho solo es un marco donde caben diferentes interpretaciones. De esta manera a lo que se debe aspirar no es a elaboraciones “verdaderas” sino “plausibles”, es decir razonables, acordes con los “valores culturales dominantes en la comunidad científica”⁶⁵⁴.

⁶⁵⁰ MIR PUIG, Santiago, *Op.Cit.* p. 311.

⁶⁵¹ MIR PUIG, Santiago, *Op.Cit.*, p. 312.

⁶⁵² SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, *Op.Cit.*, pp. 191-192.

⁶⁵³ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, *Op.Cit.*, p.231.

⁶⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, *Op.Cit.*, p.212.

De esta manera la Corte Constitucional ha reconocido al intérprete un importante papel en el desarrollo del derecho penal, a partir del marco establecido por la Constitución:

También esta Corte ha señalado que la autonomía que la Carta “reconoce a la interpretación legal o judicial tiene como límite la arbitrariedad y la irrazonabilidad de sus respectivos resultados” (sentencia C-301/93); esto es, los frutos del ejercicio hermenéutico deben ser razonables. (...) *El intérprete tiene entonces que buscar el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional conforme a una interpretación sistemática-finalista*” (sentencia C-011/94). El contenido mismo del concepto de “razonabilidad” ha sido explorado por la Corte, que en sentencia C-530/93, dijo que éste “hace relación a que un juicio, raciocinio o idea esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. Es decir, cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad”. En otras palabras, se trata de garantizar que, en cada caso, la interpretación de las disposiciones jurídicas se lleve a cabo acudiendo a un criterio finalista, que tome en cuenta las metas y objetivos establecidos en la Carta⁶⁵⁵.

Por lo tanto siendo el derecho positivo el marco insuperable de la construcción dogmática y dentro de aquella el sentido natural de los términos, cualquier interpretación que se mantenga dentro de esos límites deberá entenderse como válida en términos del derecho como *lege lata* respetando por lo tanto el principio de legalidad, y en sentido contrario, cuando una elaboración dogmática sea concebida por fuera de estos estrictos ámbitos se habrá abandonado el espacio del derecho legislado⁶⁵⁶.

En últimas SILVA SÁNCHEZ asegura que la dogmática de la parte general (teoría del delito) es mucho más que la interpretación del derecho positivo, es, por así decirlo una “construcción libre” que se abre paso a partir de determinadas bases axiológicas hasta la aplicación concreta de las consecuencias de dichas premisas, no obstante lo anterior, debe decirse que para respetar el principio de legalidad, se debe partir de los postulados de *lege lata*, los cuales, en no pocas ocasiones son bastante genéricos, ante lo cual la legislación incorpora aquellos conceptos sobre los cuales se ha alcanzado cierto consenso⁶⁵⁷.

⁶⁵⁵Sentencia C- 1026-2001. M.P. Eduardo Montealegre. En igual sentido Sentencia C- 232 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas H.

⁶⁵⁶SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, *Op.Cit.*, pp. 208-209.

⁶⁵⁷SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, *Op.Cit.*, pp. 209-210. De acuerdo con Esser y Burkhardt, “No se debe extremar el mandato de determinación de la ley, pues de lo contrario las leyes se tornarían excesivamente rígidas y casuísticas y no se podrían adecuar a la evolución de la vida, al cambio de las situaciones o las características especiales del caso concreto”, *Derecho Penal. Cuestiones*

La Corte Constitucional ha llamado la atención acerca de la generalidad, incluso de las descripciones normativas de la parte especial:

Es cierto, como afirma el demandante, que el principio de tipicidad (artículo 28 C.P.), íntimamente atado al de legalidad (artículo 29 *ibidem*), impone que los comportamientos que configuran el delito o la infracción penal sean descritos de manera clara y precisa. No obstante, debe tenerse en cuenta que la ley, aun la de carácter penal, es general por definición, y que, tratándose de las distintas formas que puede asumir una conducta, no es exigible al legislador que las señale a todas en detalle ni que agote en su definición todas las posibles modalidades de aquéllas. Bien podría acontecer que, si así se hiciera, muchas conductas, sin razón que lo justificara, quedarán excluidas de la posibilidad de sanción a pesar de que encajaran en el género de comportamiento descrito en el tipo. La precisión requerida, que se tiene en el caso de la norma objeto de ataque, está dada por el hecho de que las expresiones en cuestión buscan justamente definir que, aun configurados los demás elementos integrantes del tipo penal, éste no se integra o completa si el medio utilizado para inducir al funcionario a error no puede ser catalogado, en cualquiera de sus formas, como fraudulento. Es el fraude lo que juega aquí papel relevante, y no el mecanismo al que se acuda para cometerlo⁶⁵⁸. (Subrayas fuera del texto).

Como puede observarse de lo dicho, es que el principio de estricta legalidad o taxatividad que rige con plenitud en materia de los delitos y las penas, y que representa un dique al poder punitivo del estado al ser un factor de seguridad de lo que para los asociados está prohibido, se encuentra relativizado en la parte general de los códigos penales en la que se consagran los dispositivos destinados a la imputación penal. La forma como están concebidas las normas de la parte general, es decir como pautas abstractas en las que se plasma el programa del legislador, permite que el intérprete construya la solución para un caso concreto utilizando para tal fin el marco constitucional, los criterios de interpretación de la Corte Constitucional en materia de límites de poder punitivo del Estado, las elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales del derecho penal internacional, todo lo anterior dentro del ámbito de aplicación de la norma.

Esta postura ha sido avalada por la Corte Constitucional que ha señalado que “*el intérprete tiene entonces que buscar el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional conforme a una interpretación sistemática-finalista*” (C-011 de 1994).

fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias, Madrid, 1995, p. 53, citados por VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *El principio de legalidad penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 44.

⁶⁵⁸Sentencia C-1164 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández.

Ahora bien, el entendimiento del principio de legalidad en la parte general del código penal colombiano como determinación más o menos acabada permite que las normas se actualicen de acuerdo a las necesidades y requerimientos de la sociedad sin que esto se pueda considerar como una vulneración a la exigencia de precisión y claridad que como se ha visto es de diversa índole cuando de la parte general se trata. Según se verificó antes, la totalidad de la jurisprudencia de la Corte Constitucional consultada tiene que ver con el mandato de determinación o de estricta legalidad referida a los tipos penales, y en ninguno de dichos fallos se hace mención a la obligación de la determinación de la norma en la parte general, que incluso en la parte especial, es imposible en todos los casos. Es más, se pudo ver cómo la Corte ha señalado que “*apego irrestricto al principio de legalidad*” puede ser inconveniente para la protección de bienes jurídicos (C-605 de 2006).

Además, al revisar la bibliografía nacional y extranjera referida al tema del principio de legalidad, se percata que dicho principio está circunscrito a la famosa frase *nullun crimen sine lege*, es decir acerca de los delitos y de las penas.

Lo anterior se evidencia en la evolución de la consagración de las formas de autoría y participación en la legislación colombiana, y en especial de la autoría mediata, la cual no se estableció en el código hasta la reforma del año 2000 sin que esta ausencia de consagración haya impedido que tanto la jurisprudencia como la doctrina⁶⁵⁹ aplicaran esta forma de imputación ante la imposición de la realidad social. Asimismo, en otros países, la falta de consagración de la autoría no ha sido obstáculo para su aplicación, lo cual es entendible si se tiene en cuenta que la dinámica de la ciencia del derecho penal es diferente a la dinámica de la legislación que poco a poco se va petrificando y puede resultar inconveniente acudir al Congreso cada vez que deba actualizarse una norma de la parte general, que entre otras cosas es la que menos cambios tiene a lo largo del tiempo. Por lo tanto se puede notar una mayor movilidad en la dogmática que en la legislación penal, lo cual es una razón para que los hallazgos de la doctrina vayan permeando los contenidos legislativos, respetando el programa penal de la Constitución y la lógica de los conceptos contenidos en las normas penales.

De esta manera se tiene que la autoría mediata en donde quien ejecuta el hecho es completamente responsable, requisito esencial para la imputación de la autoría en virtud de aparatos de poder, sólo ha sido consagrada en el artículo 25 del Estatuto de la Corte Penal Internacional con lo que se ha dado vía libre a esta

⁶⁵⁹LÓPEZ DÍAZ, Claudia, “*El caso colombiano*”, en *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, Op.cit., pp. 180-181.

forma de imputación en el derecho penal internacional. Sin embargo ningún país ha consagrado en forma expresa esta forma de autoría, lo cual no ha sido óbice para que cada vez más países apliquen la autoría mediata en virtud de aparatos de poder, lo cual conlleva a la pregunta de si los tribunales alemanes, argentinos, peruanos, chilenos y ahora colombianos donde se ha aplicado la figura, violan el principio de legalidad, o si por el contrario se han acogido a la postura aquí aceptada donde la taxatividad extrema en la parte general de los códigos penales cede a una interpretación respetuosa del programa penal de las constituciones respectivas.

En Argentina por ejemplo, se suscitó la discusión acerca de la aplicación de la AAOP toda vez que en dicho país no se encuentra consagrada siquiera la autoría mediata, ante lo que se ha respondido que interpretando el artículo 45 del Código Penal⁶⁶⁰ se puede concluir que son autores “quienes toman parte de la ejecución” los cuales pueden cometer el delito a través de terceros⁶⁶¹. Asimismo, se ha dicho respecto al artículo citado de la codificación penal argentina que cuando se habla de “determinadores” están comprendidos también los autores y dentro de estos, los autores mediatos⁶⁶². Se puede ver entonces que ni siquiera la ausencia de autoría mediata ha impedido la aplicación la figura que se comenta en Argentina, pues la doctrina ha recurrido a diferentes formas de interpretación.

En Colombia, la discusión surge a partir de la expedición del código de 2000 con la consagración de esta figura. La principal oposición a la autoría mediata viene dada por los partidarios del principio de responsabilidad. También se apartan de la teoría quienes siguiendo una concepción estricta del principio de legalidad, no ven posible que la figura se aplique porque el legislador no la prevé en el artículo 29 del código penal.

Como pudo establecerse en líneas anteriores, para poder encontrar soluciones a los cada vez más complicados problemas que implica la delincuencia organizada, la moderna sistemática del delito apela a la hermenéutica y no a la exégesis del texto legal, a partir de los postulados que la Constitución brinda, es decir la exigencia de protección de bienes constitucionales (art. 2 C.P); la razonabilidad y proporcionalidad no solo en la determinación de los delitos y de las penas sino en

⁶⁶⁰ Artículo. 45. *Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo.*

⁶⁶¹ CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte general*, Op.cit., pp. 389-390

⁶⁶² LASCANO, Carlos Julio, “Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales”, en *El libro homenaje a Claus ROXIN*. Op.cit., pp. 363-365.

la imposición de éstas últimas, y el principio de legalidad pero sin caer su “apego irrestricto”.

Ahora bien, según se pudo ver, el sistema abierto de la dogmática del delito que en otros ámbitos jurídicos ha permitido la aplicación de la fórmula de Roxin aun sin tipificación de la autoría mediata, no se opondrá a que en Colombia, a partir de la redacción del artículo 29 del código penal que sí la contempla, sea aplicada en forma progresiva pues es un desarrollo de las formas de autoría dentro del marco del dominio del hecho, el cual ha sido tenido como fundamento dogmático para solventar los problemas de autoría y participación⁶⁶³. De esta manera es claro que un desarrollo de dicha formulación estaría comprendida en el ámbito de la norma y es así que la autoría mediata en virtud de AOP se entiende incorporada en la autoría mediata establecida en el código penal colombiano, además, la determinación de la pena aspecto fundamental del principio de legalidad no se ve afectada, pues la pena de todas las formas de autoría, incluida aquella en virtud de AOP es la misma.

Sin embargo, se ha considerado en el presente escrito que por las características de la comisión de los crímenes y en especial los dos casos escogidos, es decir aquellos relacionados con la masacre de Macayepo y el asesinato de Alfredo Correa de Andreis, la imputación se debió hacer por coautoría mediata, según las características ya explicadas.

Se puede reprochar a esta figura que cobra auge en el derecho penal internacional no solo en la jurisprudencia⁶⁶⁴ sino en la doctrina⁶⁶⁵ su falta de consagración en la legislación colombiana. En efecto el artículo 29 del código penal consagra a la autoría mediata y a la coautoría como formas diferentes de imputación. Pero debe determinarse si a partir del tenor literal y del sentido de la norma puede concluirse dentro del marco de la teoría del dominio del hecho, que la coautoría mediata es aplicable al ámbito colombiano.

Así, una vez superada la discusión acerca de la aplicación de la autoría mediata en AOP a partir del artículo 29 del código penal, se considera que la relación vertical típica de las estructuras criminales no se ajusta correctamente con la

⁶⁶³HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Jorge Alberto, *Evolución doctrinal y jurisprudencial de la teoría del dominio del hecho*, en *Derecho penal y criminología*, Bogotá, Universidad Externado, vol. 29, Nos.86-87, enero-diciembre 2008, p. 18.

⁶⁶⁴Caso Katanga (confirmación de cargos) de la Corte Penal Internacional, entre otros.

⁶⁶⁵Ver por todos: OLÁSULO, Héctor, *El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata*, en *Derecho penal contemporáneo*, No. 27, abril-junio de 2009.

presencia de mandos superiores ubicados a un mismo nivel, características propias de una coautoría. Asimismo, esta relación horizontal característica de la coautoría donde lo importante es el dolo común, el acuerdo de voluntades, no se presenta en la autoría mediata aplicable en las estructuras jerarquizadas donde más que un acuerdo lo que se evidencia es la imposición de una orden desde lo más alto.

Es precisamente el anterior esquema el que se aplica a los casos de la parapolítica mencionados, pues coautoría propiamente dicha no puede darse, no porque no haya intervención por parte de los coautores en la etapa ejecutiva, pues el código penal colombiano no exige este requisito⁶⁶⁶ sino porque quienes toman la decisión no acuerdan los términos de ésta con los ejecutores directos. Y autoría mediata en AOP no se presenta en su forma característica, como se ha evidenciado en casos célebres⁶⁶⁷ donde esta forma de imputación sólo se da cuando existe una persona con suficiente poder para poner en funcionamiento una estructura criminal. En la mayoría de los casos, como los de la parapolítica es evidente la presencia de un pequeño grupo de líderes entre políticos y militares que toman las decisiones que son impuestas a través de la organización a los ejecutores directos, y no un líder con poder absoluto.

Por tal razón es que resulta interesante la fórmula de la coautoría mediata pues resuelve los problemas que presentan cada una de estas figuras singularmente consideradas, a saber, por medio de la coautoría la relación de acuerdo horizontal entre los miembros de alto rango presentes en estas estructuras y mediante la autoría mediata la relación vertical donde no existe acuerdo sino imposición de una orden a los ejecutores directos a través de la organización.

De acuerdo con lo que se ha sostenido respecto a la posibilidad interpretativa flexible que se predica de la parte general del código penal, se considera que una conjunción de las dos figuras no va en contravía del principio de legalidad que aquí se sigue pues como se pudo ver antes, la estricta legalidad o taxatividad está referida a la parte especial, es decir tiene que ver con los delitos y las penas. Sin embargo debe decirse que la Corte Constitucional ha señalado que tampoco en la parte especial debe caerse en un legalismo absoluto pues esto implicaría la imposibilidad de resolver casos que no han sido previstos por el legislador pero que pueden derivarse de la letra de la ley. Si este es el panorama con relación a la parte especial, sobre la cual el máximo órgano de la justicia constitucional en

⁶⁶⁶DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La coautoría en el código penal colombiano*, en *Huellas*, revista de la Fiscalía General de la Nación, No. 71, julio de 2011, pp. 153-154.

⁶⁶⁷Caso Omar Al Bashir de la Corte Penal Internacional, entre otros.

Colombia, como se ha podido ver, sostiene una postura en la que no recomienda un “*apego irrestricto al principio de legalidad*”, de manera lógica y con mayor razón deberá entenderse que el principio de legalidad en la parte general no deberá quedar sometido al estricto límite de las palabras del legislador.

Ahora bien, se pudo ver cómo la interpretación que debe ser restringida en la parte especial, tiene un mayor alcance cuando de los temas de imputación delictiva se trata, es decir, de los fundamentos del derecho penal, pues como se sabe la hermenéutica de la teoría del delito se trata de una gramática cada vez más universal⁶⁶⁸ que no solo se ocupa del alcance de lo que dice el legislador sino de la resolución de problemas⁶⁶⁹.

Además resulta más que razonable esta apertura de las normas de la parte general del código pues como ya se ha dicho, el avance de la doctrina es evidente mientras el de la legislación tiende a la conservación, por lo tanto podrá el interprete acudir, partiendo de la letra de la ley, a una solución que respete en todo caso las premisas básicas de las instituciones consagradas en la norma. En este caso si una de las características del principio de taxatividad es la determinación de la pena a imponer, la coautoría mediata no lo vulneraría pues la pena no cambia, además, como ya se dijo el requisito según el cual el coautor debe intervenir en fase ejecutiva, no se encuentra consagrado en el código. Además, como lo ha señalado Olásolo:

Desde un punto de vista teórico, no hay dificultad para aceptar el concepto de coautoría mediata basada en la aplicación conjunta de la coautoría por dominio funcional y la autoría mediata a través de EOP, porque estos dos últimos conceptos son manifestaciones de un mismo principio: los dirigentes que dominan la comisión de los delitos, planificándolos y controlando los medios y herramientas a través de los cuales se llevan a cabo, deben ser considerados autores, y no meros partícipes o responsables accesorios⁶⁷⁰.

De esta manera se puede decir que a quien se le imputa la responsabilidad por concierto para delinquir y homicidio agravado deberá estar al tanto de la existencia de estos tipos penales antes de que el estado pueda imputarle la responsabilidad por su comisión, a la vez será importante que la persona sepa que la forma de intervenir en estos delitos es diferente según se trate de autoría en alguna de sus formas o de participación, esto debido a la diferencia punitiva entre ambas, pues

⁶⁶⁸SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *¿Crisis del sistema dogmático del delito?*, Bogotá, Universidad Externado, 2007, p. 23-25. En igual sentido Claus Roxin: “*La ciencia jurídico penal del futuro tendrá que ser practicada más que hasta ahora sobre una base internacional*”. *La teoría del delito en la discusión actual*, Op.cit., p. 16.

⁶⁶⁹SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Op.Cit., pp. 191-192.

⁶⁷⁰OLÁSULO, Héctor, *Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional*, Op. cit., p. 627.

esto incide de manera radical en el principio de libertad que busca salvaguardar el principio de legalidad. Sin embargo, no deberá estar al tanto de si en la autoría mediata rige el principio de responsabilidad, si en la coautoría es determinante la participación en la fase ejecutiva, o si con una sola intervención importante antes de la fase ejecutiva se genera coautoría, tampoco deberá saber para efectos de que el estado le impute un delito si su relación con otros genera coautoría o cooperación necesaria, pues son asuntos teóricos que competen a quien interpreta y aplica el derecho.

Pretender exigir un conocimiento cierto de hasta dónde puede ir la cada vez más sofisticada teoría del delito respecto a un tema, resulta exagerado sobre todo porque requiere de una tarea que ningún legislador está en capacidad de hacer, que es redactar en un código penal todo el contenido de la ciencia del derecho penal, todas sus categorías y sus posibilidades, esto en cuanto a la parte general, y con relación a la parte especial, se requeriría un trabajo imposible e innecesario pues tendría que contener todas las posibilidades concretas del comportamiento humano que pueden afectar o poner en peligro bienes jurídicos, proyecto que ningún órgano legislativo ha abordado hasta la fecha.

Según lo anterior se tiene que la coautoría mediata cada vez más aplicada en el derecho penal internacional y desarrollada por la doctrina, resulta aplicable al caso colombiano, de acuerdo al alcance del principio de legalidad aquí sostenido.

Conclusiones

1. En Colombia la discusión de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder es un hecho reciente. La doctrina aún no se ocupa de sus requisitos en detalle porque apenas se debate acerca de la posibilidad de su aplicación; marginalmente se ha tratado el tema de la fungibilidad en torno a considerarla como reemplazo del principio de responsabilidad. En cambio se han explorado los beneficios de la aplicación de la figura desde el punto de vista de su eficacia y facilidad de aplicación frente a otras figuras y la posibilidad de introducir el concepto del autor detrás del autor.

Sin embargo, la aplicación del autor detrás del autor, diferente a lo que piensan sus impulsores, podría dar lugar a una aplicación extensiva de la autoría, aun más peligrosa que la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, puesto que si aquella figura no tiene los mismos requisitos que el dominio de la organización será de fácil aplicación al no tener que verificarse ni el poder de mando, ni la naturaleza jerárquica, ni la disposición al hecho y la fungibilidad, que

de una u otra forma son elementos que deben satisfacerse en cada caso concreto para aplicar autoría mediata.

2. Con relación a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se puede decir que no existe un análisis extenso de los elementos típicos de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, con excepción de unos pocos fallos, en donde se hace una transcripción de los elementos de la teoría.

Si bien la Corte no relaciona los aparatos organizados de poder con la autoría mediata, señala que esta forma de criminalidad está asociada con el concierto para delinquir agravado, es decir, que se vincula aquella teoría no con una forma de imputación, sino con un tipo penal. Los aparatos organizados de poder representan para la Corte una figura que no resulta del desarrollo de la teoría del dominio del hecho y con ella de la autoría mediata, pues la Corte acoge la parte ostensible de la teoría (aparatos organizados de poder) pero sin hacer un análisis pormenorizado de temas centrales como el autor detrás del autor, el principio de responsabilidad y la autoría mediata en general.

3. En Colombia la normativa en relación con la autoría mediata no tiene discusión. Sin embargo, sí la tiene el alcance de la expresión instrumento, aunque la doctrina mayoritaria se decanta por una interpretación según la cual puede dársele cabida a esta figura en la que tanto el hombre de atrás y el ejecutor directo tienen dominio del hecho.

Definida entonces la posibilidad normativa de esta forma de autoría, se podrá entrar a discutir cuáles son los requisitos de esta figura porque, como también se pudo comprobar, el debate en Colombia aún no arroja resultados sólidos. A pesar de esto, se puede concluir que son elementos consolidados de la forma de imputación aquí referida, el poder de mando y el carácter jerárquico de la estructura criminal; respecto a los cuales los comentarios de la doctrina y la jurisprudencia han sido en términos generales pacíficos en cuanto a su necesidad para fundamentar el dominio del hombre de atrás, puesto que garantizan que las órdenes sean cumplidas; requisitos que se ven satisfechos en el fenómeno paramilitar como formas estructurales de crimen organizado, según se pudo comprobar en el último capítulo de esta investigación.

4. Deben diferenciarse por lo menos tres formas en que agentes estatales pueden verse relacionados con una estructura criminal.

- Una primera tiene que ver con el funcionario que sin poner a disposición de la ilegalidad la influencia de la institución a la que pertenece y colabora con la agrupación criminal. En estos casos la imputación pertinente en principio será la inducción, o coautoría si se dan los requisitos.

- Una segunda forma es la de quien perteneciendo a una institución estatal la pone al servicio del aparato de poder, pero a su vez hace parte de la cúpula de este con poder de mando, lo cual permite tomar decisiones compartidas con el resto de los comandantes o jefes, ejecutando dicho acuerdo común con aportes esenciales a través de la estructura criminal con ejecutores intercambiables o dispuestos a la ejecución de los hechos; en estos casos, la imputación recomendable es la coautoría mediata, comprobando siempre, no sobra decirlo, el resto de los requisitos del dominio de la organización.

- Una tercera posibilidad está dada por el líder político o funcionario que no sólo hace parte de la organización criminal, sino que funge como jefe supremo, de tal manera que por sí mismo puede hacer cumplir el plan criminal; en estos casos más excepcionales, la imputación que se impone es la autoría mediata. Como se ve, la coautoría mediata es una solución más acorde con la realidad de las estructuras paramilitares, por lo menos en relación con los políticos involucrados con ellas, puesto que lo que se puede evidenciar es un dominio compartido de la organización. Por lo tanto este trabajo se aparta de la tesis de la autoría mediata que la Corte Suprema de Justicia ha aplicado en los casos relacionados con la muerte del profesor universitario CORREA DE ANDREIS y en el caso de la masacre de Macayepo, y en cambio se propone la tesis de la coautoría mediata.

5- Los requisitos polémicos de la autoría mediata en aparatos organizados de poder son la fungibilidad, la disposición al hecho y la marginalidad al derecho de la organización.

- El primero de estos ha sido para varios autores el elemento central del dominio de la organización; sin embargo, en este trabajo se ha podido concluir que en algunos casos es dudoso y que debe ser complementado con otros requisitos. En efecto, como resulta indispensable contar con un marco claro para la determinación de la responsabilidad del hombre de atrás, por lo menos en lo que tiene que ver con las estructuras paramilitares o guerrilleras, la imputación no podrá hacerse teniendo como referencia a toda la organización sino a los frentes y bloques, por lo que debe tenerse en cuenta que muchos de estos no tienen un número importante de integrantes. Lo anterior exige que se verifiquen otros

elementos como la estrecha sujeción del individuo a la organización, que en el caso colombiano puede corroborarse con los entrenamientos a los que son sometidos los miembros de estas organizaciones y que los prepara para la violencia más extrema.

- Como complemento de este requisito está la disposición al hecho del ejecutor que en este trabajo ha podido explicarse recurriendo a las prácticas habituales de la organización a la cual pertenece el individuo toda vez que de una u otra forma permiten deducir su aquiescencia al cumplimiento de las órdenes. Al respecto pudo corroborarse cómo, en algunas acciones, los ejecutores directos incluso ofrecían su apoyo voluntariamente para la comisión de las conductas punibles.

- El tercer requisito polémico es la marginalidad del derecho de la organización criminal, que si bien con el tiempo se ha ido relativizando en el sentido de que no se exige que toda la organización se encuentre al margen del derecho sino sólo respecto de los tipos penales que realiza, ha impedido que se acepte la aplicación de la teoría en instituciones de origen legal como las empresas.

No obstante en este trabajo se ha considerado que si bien el anterior argumento es contundente lo es también que las instituciones legales no son un marco referente idóneo para determinar requisitos como la fungibilidad porque muchas de estas organizaciones no tienen un número importante de miembros y esta falencia no puede ser suplida con la sujeción extrema a la organización de los individuos, pues estos en principio ingresan a la estructura para cumplir con el ordenamiento jurídico. Aunque la Corte no aborda el tema porque los grupos de autodefensa y las guerrillas están fuera del derecho, se evidencia la falta de una argumentación acerca de cómo se da este requisito o cómo se manifiesta en instituciones legítimas que colaboran con aparatos de poder.

6. Se puede decir que en Colombia la imputación penal en el marco de aparatos organizados de poder es respetuosa del principio del hecho. En efecto, la pertenencia a la organización está tipificada como concierto para delinquir el cual debe considerarse como un sistema de injusto autónomo cuya esencia es la afectación de un bien jurídico determinado (seguridad pública) el cual se ve afectado por el simple hecho de concertarse para cometer delitos (en este caso agravados según lo dispuesto en el artículo 340 del código), en este punto aún no son relevantes los delitos fin que busca la organización. Al ser un injusto autónomo y tener su fundamento la afectación real que la existencia de la organización genera en el conglomerado social no se considera violatorio del

principio de culpabilidad (principio del hecho). En igual sentido en lo que se refiere a la imputación por los delitos concretos de la organización se respeta la culpabilidad siempre y cuando cada individuo se le impute su intervención con el hecho particular, y que los criterios de imputación que rigen para quienes se encuentran en el vértice de la organización (criterios normativizados) no se apliquen a los miembros sin poder ni control.

7. El principio de legalidad impera sin restricciones en la parte especial del código penal, por lo que los tipos penales representan el marco insuperable para el intérprete. Sin embargo, la parte general del código penal al estar conformada por conceptos más o menos determinados, permite que la jurisprudencia y la doctrina, partiendo de criterios argumentativos preestablecidos, planteen hipótesis explicativas a los diferentes problemas relacionados con la autoría y participación en la macrocriminalidad sin vulnerar el principio de legalidad, por lo tanto considerando al sistema del delito como un modelo abierto y partiendo de las normas consagradas en la parte general es posible la aplicación de la figura de la autoría mediata en AOP y de la Coautoría mediata dentro del marco del dominio del hecho.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

AMBOS, Kai, *¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el derecho penal internacional?*, Bogotá, Universidad Externado, 2008.

----- *Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, Bogotá, Universidad Externado, Cuadernos de conferencias y artículos No. 20, 1998.

----- *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente, un estudio comparado*, Bogotá, Temis- Georg August Universität Göttingen, 2008.

----- *La parte general del derecho penal internacional*, Bogotá, Konrad-Adenauer-Stiftung, Temis y Duncker & Humblot, 2006.

----- “Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex presidente peruano Alberto FUJIMORI”, en *La autoría mediata. El caso FUJIMORI*, Lima, Ara editores, 2010.

APONTECARDONA, Alejandro, *Persecución penal de crímenes internacionales*, Bogotá, Universidad Javeriana, Editorial Ibáñez, Konrad Adenauer Stiftung, 2011.

BACIGALUPO, Enrique, *Hacia el nuevo derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006.

BOLEABARDÓN, Carolina, *Autoría mediata en derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

BUSTOSRAMÍREZ, Juan J y HORMAZÁBALMALARÉE, Hernán, *Lecciones de derecho penal*, vol. I, Madrid, Trotta, 1999.

CAROCORIA, Dino Carlos, “Sobre la punición del ex presidente Alberto FUJIMORI FUJIMORI como autor mediato de una organización criminal estatal”, en *La autoría mediata. El caso FUJIMORI*. Lima, Ara editores, 2010.

CEREZOMIR, José, *Derecho penal*, Lima, Ara editores, 2006.

CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Astrea, 2004.

DÍAZYGARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en derecho penal*, Barcelona, PPU, 1991.

DONNA, Edgardo Alberto *Derecho penal. Parte general*, t. V, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni editores, 2009.

----- “El concepto de autoría mediata y la teoría de los aparatos organizados de poder de ROXIN”, en *El libro homenaje a Claus ROXIN. Nuevas formulaciones en las ciencias penales*, Facultad de derecho y ciencias sociales, Argentina, Universidad de Córdoba, 2001.

FARALDOCABANA, Patricia, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

FERNÁNDEZCARRASQUILLA, Juan, *Derecho Penal. Parte general*. Bogotá, Ibáñez, 2012.

FERNÁNDEZIBÁÑEZ, Eva, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Granada, Comares, 2006.

FERRÉOLIVÉ, Juan; NÚÑEZPAZ, Miguel y RAMÍREZBARBOSA, Paula Andrea, *Derecho penal. Parte general. Principios fundamentales y sistema*, Bogotá, Ibáñez, 2010.

FIERRO, Guillermo Julio, *Teoría de la participación criminal*, Buenos Aires, Astrea, 2004.

FORER, Andreas, *Justicia transicional*, Bogotá, Universidad del Sinú- Grupo Editorial Ibáñez, 2012.

GARCÍACAVERO, Percy, “La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder: el caso de Alberto FUJIMORI”, en *La autoría mediata. El caso FUJIMORI*, Lima, Ara editores, 2010.

----- *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Lima, Grijley, 2008.

GARCÍADELBLANCO, María Victoria, *La Coautoría en derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

GARCÍAVALENCIA, Jesús Ignacio, *Las causales de inculpabilidad*, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 1994.

GIMBERNATORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en derecho penal*, Madrid, Universidad de Madrid, sección de publicaciones e intercambio, 1966.

GÓMEZBENÍTEZ, José Manuel, *Teoría jurídica del delito, Derecho penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1984.

GÓMEZLÓPEZ, Jesús Orlando, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Bogotá, Doctrina y ley, 2005.

GÓMEZRIVERO, María del Carmen, *La inducción a cometer el delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

GROSSOGARCÍA, Manuel Salvador, *El concepto del delito en el nuevo Código Penal, una propuesta de interpretación desde el sistema de la teoría del delito*, Bogotá, Ibáñez, 2003.

GUTIÉRREZRODRÍGUEZ, María, *La responsabilidad penal del coautor*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

GUZMÁN, José Luis, “El caso chileno”, en *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, Bogotá, Temis- Georg August Universität Göttingen, 2008.

HERNÁNDEZESQUIVEL, Jorge Alberto, “Autoría y participación”, en *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Universidad Externado, 2002.

HERZBERG, Rolf, “La sentencia FUJIMORI: sobre la intervención del superior en los crímenes de su aparato de poder”, en *La autoría mediata. El caso FUJIMORI*, Lima, Ara editores, 2010.

JAKOBS, Ghunther, *Acción y omisión en derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

----- *Derecho penal. Parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1995.

----- *Injerencia y dominio del hecho en derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

----- *La imputación objetiva en derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

----- “La intervención delictiva”, en *Derecho penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Gunther JAKOBS y Claus ROXIN, y sobre las estructuras modernas de imputación*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

----- “Sobre la autoría del acusado Alberto FUJIMORI FUJIMORI”, en *La autoría mediata. El caso FUJIMORI*, Lima, Ara editores, 2010.

JESCHECK, Hans Heirich y WEIGEND, Thomas, *Tratado de derechopenal. Parte general*, Granada, Comares, 2002.

LASCANO, Carlos Julio, “Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales”, en *El libro homenaje a Claus ROXIN. Nuevas formulaciones en las ciencias penales*, Facultad de derecho y ciencias sociales, Argentina, Universidad de Córdoba, 2001.

MALARINO, Ezequiel, “El caso argentino”, en *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, Bogotá, Temis-Georg August Universität Göttingen, 2008.

MARÍNDEESPINOSACEBALLOS, Elena, *Criminalidad de empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

MÁRQUEZCÁRDENAS, Álvaro Enrique, *La autoría mediata en el derecho penal, formas de instrumentalización*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2009.

MAURACH, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, t. II, Barcelona, Ariel, 1962.

MEINI, Iván, “El caso peruano”, en *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, Bogotá, Temis-Georg August Universität Göttingen, 2008.

----- “El dominio de la organización de FUJIMORI. Comentario a la sentencia del 7 de abril de 2009, en *La autoría mediata, el caso FUJIMORI*, Lima, Ara editores, 2010.

MIRPUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, Tecnofoto, S.L., 2007.

MODOLELLGONZÁLEZ, Juan Luis, “Problemas de autoría en la sentencia del 29 de enero de 2007 de la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional (Confirmación de cargos contra Thomas LUBANGA DYILO)”, en *Cuestiones esenciales en la jurisprudencia de la Corte Penal internacional*, Granada, Instituto de estudios europeos - Konrad Adenauer Stiftung, 2008.

MUÑOZCONDE, Francisco y GARCÍAARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

OLÁSULO, Héctor, *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*, Bogotá, Dike- Ministerio de Justicia y del derecho-Unión Europea- Instituto Iberoamericano de la Haya, 2011.

----- *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, Bogotá, Universidad Javeriana, 2009.

PARIONAARANA, Raúl, *Autoría mediata por organización, consideraciones sobre su fundamentación y aplicación*, Lima, Grijley, 2009.

----- “La autoría mediata por organización en la sentencia contra FUJIMORI”, en *La autoría mediata. El caso FUJIMORI*, Lima, Ara editores, 2010.

PÉREZALONSO, Esteban Juan, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Granada, Comares, 1998.

RADBRUCH, Gustavo, “Arbitrariedad legal y derecho suprallegal”, en *Relativismo y derecho*, Bogotá, Temis, 1992.

-----*Introducción a la filosofía del derecho*, Bogotá, FDE, 1997.

RAMELLY ARTEAGA, Alejandro, *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*, Bogotá, Giz, Universidad de los Andes, Embajada de la República Federal Alemana, 2011.

REYESALVARADO, Yesid, “Relaciones entre autor e inductor en la jurisprudencia colombiana”, en *Estudios penales. Homenaje al maestro Bernardo GAITÁN MAHECHA*, Bogotá, Universidad Javeriana-Legis, Bogotá, 2005.

RIGHI, Esteban, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2008.

ROTSCH, Thomas, “De EICHMANN hasta FUJIMORI, Sobre la recepción del dominio de la organización después de la Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Perú”, en *La autoría mediata. El caso FUJIMORI*, Lima, Ara editores, 2010.

ROXIN, Claus, “Apuntes sobre la sentencia-FUJIMORI de la Corte Suprema del Perú”, en *La autoría mediata. El caso FUJIMORI*, Perú, Ara Editores, 2010.

----- *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Barcelona, Marcial Pons, 2007.

----- “Dominio de la organización y resolución al hecho”, en *La teoría del delito en la discusión actual*, Perú, Grijley, 2007.

SALAZARMARÍN, Mario, *Teoría del delito*, Bogotá, Ibáñez, 2007.

SANCINETTI, Marcelo A. y FERRANTE, Marcelo, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Buenos Aires, Hammurabi, José Luis Depalma (editor), 1999.

SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría del delito y desvalor de acción*, Buenos Aires, José Luis de Palma (editor), 2005.

SHUNEMANN, Bernd, *Obras*, t. II, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009.

SCHROEDER, Friedrich-Christian, “Disposición al hecho versus fungibilidad”, en *La autoría mediata. El caso FUJIMORI*, Lima, Ara editores, 2010

SILVASÁNCHEZ, Jesús María, *Estudios sobre los delitos de omisión*, Lima, Grijley, 2004.

STRATENWERTH, Gunther, *Derecho penal. Parte general, t. I, El hecho punible*, Madrid, Edit. Edersa, 1982.

SUAREZSÁNCHEZ, Alberto, *Autoría*, Bogotá, Universidad Externado, 2007.

----- *Autoría y participación*, Bogotá, Universidad Externado, 1998.

TOLEDOYUBIETO, Emilio Octavio, “La autoría conforme al Código Penal”, en *El nuevo derecho penal. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel VALLE MUÑIZ*, Navarra, Aranzadi, 2001.

VANDERWILT, Harmen, “Sobre la comisión funcional en el derecho penal neerlandés. Algunas reflexiones a partir del caso contra el ex presidente peruano Alberto FUJIMORI”, en *La autoría mediata. El caso FUJIMORI*, Lima, Ara editores, 2010.

VELÁZQUEZV., Fernando, *Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Temis, 1994.

----- *Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Comlibros, 2009.

----- *Manual de derecho penal*, Bogotá, Ediciones jurídicas Andrés MORALES, 2010.

WELZEL, Hans, *El nuevo sistema de derecho penal, una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Buenos Aires, B de F, 2002.

WERLE, Gerhard, *Tratado de derecho penal internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar-Temis, 2006.

ZUGALDÍAESPINAR, José M, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

Artículos

AMBOS, Kai, “Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth KÄSEMANN”, en *Revista Penal* No. 12, 2003.

----- “Dominio por organización. Estado de la discusión”, en *Derecho penal contemporáneo. Revista internacional*, Legis, No. 19, 2007.

-----“Sobre la ‘organización’ en el dominio de la organización”, en *Indret*, Barcelona, 2011. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/839.pdf>.

BERNATEOCHOA, Francisco, “La imposibilidad de la aplicación de la autoría mediata por dominio funcional de aparatos de poder en el sistema legal colombiano”, en *Derecho penal contemporáneo*, No. 36, julio-septiembre de 2011.

DÍAZYGARCÍA CONLLEDO, Miguel, “La autoría en derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano”, en *Derecho penal y criminología*, vol. 25, No. 76, julio-diciembre de 2004.

FARALDOCABANA, Patricia, “Formas de autoría y participación en el estatuto de la corte penal internacional y su equivalencia en el derecho penal español”, en *Revista de derecho penal y criminología*, No. 16, 2005.

-----“La fórmula de RADBRUCH y la construcción de la autoría mediata con aparatos organizados de poder”, en *Anuario da Facultad de Dereito da Universidade da Coruña*, ISSN 1138-039X, No. 13, 2009.

GÓMEZBENÍTEZ, José Manuel, “El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales (ADPCP)*, t. XXXVII, Fasc. I, Enero-Abril 1984.

HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Jorge Alberto, “Evolución doctrinal y jurisprudencial de la teoría del dominio del hecho”, en *Derecho penal y criminología*, Bogotá, Universidad Externado, vol. 29, Nos. 86-87, enero-diciembre 2008.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, “La codelinuencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada”, en *Revista de derecho penal y criminología*, segunda época, No. 17, 2006.

LUZÓNPEÑA, Diego y DÍAZYGARCÍA CONLLEDO, Manuel, “Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría”, en *Derecho penal contemporáneo. Revista internacional*, Legis, No. 2, 2003.

MUÑOZCONDE, Francisco, “¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones ‘no desvinculadas al derecho?’”, en *Revista penal*, No. 6, 2000.

-----“La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado”, en *Revista Penal*, No. 31, 2013.

----- “Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿Cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?”, en *Revista penal*, No. 9, 2002.

MUÑOZCONDE, Francisco y OLÁSULO, Héctor, “La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en América Latina y España”, en *Derecho penal contemporáneo. Revista Internacional*, No. 34, enero-marzo de 2011.

OLÁSULO, Héctor, “El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata”, en *Derecho penal contemporáneo*, No. 27, abril-junio de 2009.

-----“Reflexiones sobre la doctrina de la empresa criminal común en derecho penal internacional”, en *Indret*, Barcelona, 2009. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/648_es.pdf.

PÉREZCEPEDA, Ana Isabel, “Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación”, en *Revista penal*, No. 9, 2002.

POSADAECHAVARRÍA, Plinio, “Una visión del ‘dominio de voluntad por organización’ y su aproximación al derecho penal colombiano”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, No. 62, septiembre-diciembre de 1999.

REYESCUARTAS, José Fernando, “La autoría mediata con aparatos organizados de poder”, en *Derecho penal y criminología*, Bogotá, Universidad Externado, vol. 25, No. 75, enero-junio 2004.

ROXIN, Claus, “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, en *Revista penal*, No. 18, 2006.

----- “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, en *Revista penal*, No. 2, 1998.

SHUNEMANN, Bernd, “El tempestuoso desarrollo de la autoría mediata”, Disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1038/982>.

VELAZQUEZV., Fernando, “Los aparatos organizados de poder”, en *Cuadernos de derecho penal*, No. 4, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2010.

----- “Los líderes paramilitares, ¿Autores mediatos por medio de aparatos criminales organizados de poder?”, en *Revista de derecho penal. Imputación, causalidad y ciencia*, Rubinzal-culzoni (edit.), 2011-1, Disponible en: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/pdf/Lideres-Paramilitares-Autores-Mediatos-Aparatos-Criminales-Organizados-de-Poder-fernando-velasquez.pdf.

Páginas web

Noelia Núñez eIDial -DC1424
Año XIII – No. 3097 Martes, 31 de Agosto de 2010. Disponible en: <http://jurisprudenciacrimal.blogspot.com/2010/08/jurisprudencia-de-lacorte-penal.html>.
<http://www.verdadabierta.com/la-historia/2371-en-siete-camiones-se-vino-la-muerte-desde-necocli-hasta-la-gabarra>
<http://www.semana.com/nacion/fiesta-sangre/114966-3.aspx>.

Jurisprudencia internacional

Perú: Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Especial. Exp. No. A.V. 19-2001

Jurisprudencia Nacional

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 7 de marzo de 2007, proceso radicado con No. 23825. MP: Javier ZAPATA ORTIZ.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 12 de septiembre de 2007, proceso radicado con No. 24448. MP: Augusto IBÁÑEZ GUZMÁN.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 19 de diciembre de 2007, proceso radicado con No. 26118.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 16 de mayo de 2008, proceso radicado con No.26470.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 1 de agosto de 2008, proceso radicado con No. 26470.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 25 de noviembre de 2008, proceso radicado con No. 26942.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación del 23 de febrero de 2009, proceso radicado con No. 29418. MP: María del Rosario GONZÁLEZ DE LEMOS.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de justicia y paz, 12 de mayo de 2009, proceso radicado con No. 31150. MP: Augusto IBÁÑEZ GUZMÁN.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación del 2 de septiembre de 2009, proceso radicado con No.29221, MP: Yesid RAMÍREZ BASTIDAS.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 9 de septiembre de 2009, proceso radicado con No. 31943.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 16 de septiembre de 2009, proceso radicado con No. 29640.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, justicia y paz, 21 de septiembre de 2009, proceso radicado con No. 32022. MP: Sigifredo ESPINOSA.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia absolutoria del 1 de octubre de 2009, proceso radicado con No. 29110.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, reasume competencia, 1 de octubre de 2009, proceso radicado con No. 27941.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, reasume competencia, 1 de octubre de 2009, proceso radicado con No. 32712.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, acerca de solicitud de nulidad del proceso, 22 de octubre de 2009, proceso radicado con No. 28779.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 3 de diciembre de 2009, proceso radicado con No. 32672.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia absolutoria del 9 de diciembre de 2009, proceso radicado con No. 28779.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 14 de diciembre de 2009, proceso radicado con No. 27941.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 26 de enero de 2010, proceso radicado con No. 23802.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 3 de febrero de 2010, proceso radicado con No. 26583.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 23 de febrero de 2010, proceso radicado con No. 32805.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de justicia y paz del 11 de marzo de 2010, proceso radicado con No. 33301. MP: Alfredo GÓMEZ QUINTERO.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 18 de marzo de 2010, proceso radicado con No. 27032.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación del 21 de abril de 2010, proceso radicado con No. 31848. MP: María del Rosario GONZÁLEZ DE LEMOS.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 5 de mayo de 2010, proceso radicado con No. 32712.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 12 mayo de 2010, proceso radicado con No.29200.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, acusación del 21 de julio de 2010, proceso radicado con No. 33416.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 17 de agosto de 2010, proceso radicado con No. 26585.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, reasume competencia, 15 de septiembre de 2010, proceso radicado con No. 26948.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 15 de septiembre de 2010, proceso radicado con No. 28835.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de septiembre de 2010, proceso radicado con No. 34653.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia absolutoria del 29 de septiembre de 2010, proceso radicado con No. 29632.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, acusación del 19 de enero de 2011, proceso radicado con No.26954.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 19 de enero de 2011, proceso radicado con No. 33260.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, justicia y paz, 19 de enero de 2011, proceso radicado con No. 34634. MP: Fernando CASTRO CABALLERO.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 21 de febrero de 2011, proceso radicado con No. 27918.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 23 de febrero de 2011, proceso radicado con No. 32996. José Domingo DÁVILA ARMENTA

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 9 de marzo de 2011, proceso radicado con No. 33416.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 10 de marzo de 2011, proceso radicado con No. 26948.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, acusación del 14 de marzo de 2011, proceso radicado con No. 33118.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia anticipada del 31 de marzo de 2011, proceso radicado con No. 26954.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 13 de abril de 2011, proceso radicado con No. 26970.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, justicia y paz, 27 de abril de 2011, proceso radicado con No. 34547.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 25 de mayo de 2011, proceso radicado con No. 32792.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 15 de junio de 2011, proceso radicado con No. 33754.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 29 de junio de 2011, proceso radicado con No. 33995.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 8 de julio de 2011, proceso radicado con No. 30097.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de julio de 2011, proceso radicado con No. 31653.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de julio de 2011, proceso radicado con No. 33053.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 14 de septiembre de 2011, proceso radicado con No. 32000.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 12 de octubre de 2011, proceso radicado con No. 32436.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 7 de diciembre de 2011, proceso radicado con No. 33015.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 18 de enero de 2012, proceso radicado con No. 27408.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 18 de enero de 2012, proceso radicado con No. 32764.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 1 de febrero de 2012, proceso radicado con No. 27199.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 8 de febrero de 2012, proceso radicado con No. 35227.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 11 de abril de 2012, proceso radicado con No. 28436.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, acusación del 4 de agosto de 2012, proceso radicado con No. 27267.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 16 de diciembre de 2015, proceso radicado con No. 38957. M.P. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO.

