

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

PROYECTO DE GRADO

Sebastián Erazo Camargo
Camilo Andrés Rubiano Becerra

TUTOR: Jenniffer Pinilla León
Departamento de Derecho Penal

TEMA:

Límites de la aplicación de la autoría mediata por utilización de aparatos organizados de poder a los miembros de las fuerzas militares. Revisión Teórica y Jurisprudencial

2014

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

TABLA DE CONTENIDO

PRIMERA PARTE: FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

Capítulo I Marco introductorio

1. Introducción

1.1 Planteamiento del problema.

1.2- Metodología.

1.2.1- Tipo de investigación.

1.2.2- Objetivos.

Capítulo II Conceptos de autoría y participación

2.- Autoría y participación

2.1.- Evolución del Concepto de Autor

2.2.- Distinción entre autor y partícipe

2.2.1.- Teorías Subjetivas

2.2.2.- Teoría Objetivo Formal

2.2.3.- Teoría del Dominio del Hecho

2.3.- Autoría Inmediata

2.4.- Autoría Mediata

2.4.1.- Eventos de Insuperable Coacción Ajena

2.4.2.- Error inducido

2.4.3.- Utilización de Inimputables

Capítulo III La autoría mediata por utilización de aparatos organizados de poder

3.- Autoría Mediata por utilización de Aparatos Organizados de Poder

3.1.- Formulación

3.2.- Diferencias con otras formas de Autoría y Participación

3.3.- Requisitos

3.3.1.- Dominio de la Organización de los Autores Mediatos

3.3.2.- Fungibilidad de los Ejecutores Materiales

3.3.3.- La desvinculación del Derecho

3.4.- Evolución de la teoría y aplicación en el Derecho Comparado

SEGUNDA PARTE: LA TEORÍA DE LA AUTORÍA MEDIATA A TRAVÉS DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL 2007-2014

Capítulo I *Desarrollo Jurisprudencial desde el año 2007 hasta el 2014*

Capítulo II *Principales criterios utilizados por la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal- en la aplicación de la teoría de la autoría mediata por aparatos organizados de poder*

TERCERA PARTE: LÍMITES DE LA APLICACIÓN DE LA AUTORÍA MEDIATA A TRAVÉS DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER EN COLOMBIA EN LOS CASOS DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES

Capítulo I *Límites jurídicos y fácticos de la aplicación de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en Colombia a los miembros de la Fuerzas Militares*

1.- Límites jurídicos

1.1- La Dogmática Penal como herramienta indispensable para limitar el alcance e implementación de cualquier instrumento jurídico que afecte la imputación de responsabilidad penal

1.2- Los Fundamentos de la Teoría como límite indispensable para la aplicación de esta forma de autoría a los miembros de la Fuerzas Armadas Militares

2.- Límites fácticos

Capítulo II Alcance de la aplicación de esta forma de autoría mediata para los miembros de las Fuerzas Armadas militares

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

PRIMERA PARTE: FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

CAPÍTULO I MARCO INTRODUCTORIO

1. *Introducción.*

El presente escrito, realizado con el fin de optar por el título de abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, estudia la controversial teoría de Roxin sobre la autoría mediata en estructuras organizadas de poder, específicamente, en lo que tiene que ver con la forma de imputación del denominado instrumento y el "hombre de atrás", para posteriormente y atendiendo a los requisitos establecidos para su implementación, determinar la viabilidad jurídica de su aplicación en nuestro sistema jurídico-penal. Una vez esbozados los fundamentos teóricos de la mencionada teoría planteada por Roxin, se abordará el estudio de dicha forma de imputación a la luz del ordenamiento jurídico colombiano para posteriormente verificar o descartar la viabilidad de su aplicación en los procesos seguidos en contra de altos mandos militares que sin haber participado directamente o haber ordenado de manera expresa la comisión de delitos a sus subalternos son llamados a responder penalmente.

Es necesario descifrar el verdadero alcance de esta forma de autoría, que frente al surgimiento de nuevos fenómenos criminales como la *parapolítica*, *farcpolítica* y todo grupo criminal con estructura jerárquicamente organizada como el narcotráfico, la autoría mediata en aparatos organizados de poder tiende a convertirse en una herramienta útil para fiscales y jueces en su tarea de desarticular dichas asociaciones. Más allá de su utilidad, no puede llegar a convertirse en una forma usual de imputación, por lo que debemos llamar la atención sobre su naturaleza excepcional dada la inexistencia de ejecución material o de una orden directa que vincule al "*hombre de atrás*", por lo

que existen unos presupuestos fundamentales a los que debe acudir el operador judicial para poder configurar e imputar esta particular forma de autoría.

De esta forma y evidenciando el contexto en cual se ha desarrollado y aplicado en Colombia esta teoría, observaremos aquellos casos en los que se ha implementado. Para ese estudio explicaremos los límites fácticos y jurídicos existentes en la teoría de Roxin. De manera que acudiremos a la dogmática penal misma, recordando su función tantas veces olvidada en el presente e iremos descendiendo desde lo general a lo particular a efectos de concretar los requisitos necesarios para poderla aplicar de manera que no se desborde su alcance en perjuicio del procesado.

En desarrollo de nuestros objetivos, será necesario abordar, igualmente, la aplicación de la teoría de la autoría mediata por estructuras organizadas de poder, en la legislación y en algunos casos de la jurisprudencia comparada, acudiendo a un caso de especial sensibilidad como es el de FUJIMORI, para determinar el fundamento de su formulación y requisitos.

Realizado dicho análisis, descartaremos la posibilidad de que esta teoría se utilice como una herramienta para flexibilizar las formas de imputación haciendo posible condenar a personas que bajo ningún supuesto dogmático podrían ser condenadas por esta específica forma de autoría.

1.1 Planteamiento del problema.

La autoría mediata por aparatos organizados de poder de Roxin, ha sido materia de amplio debate tanto en la doctrina penal como en la práctica judicial. Es necesario recordar que esta teoría fue implementada para lograr imputar responsabilidad penal a los autores del holocausto Judío acaecido durante La Segunda Guerra Mundial. Con fundamento en esta teoría se condenó a Adolf Eichman como jefe operativo de la exterminación de la raza judía.

Así, en la formulación clásica de la autoría mediata el "hombre de atrás" se valía de otro que actuaba como "instrumento" para ejecutar la conducta punible, de ahí que la autoría mediata resultaba insuficiente dogmáticamente para imputar correctamente los crímenes del nacionalsocialismo alemán, es decir, o respondía Eichman o respondía el ejecutor material, pero no los dos.

En ese momento, en esas condiciones y en esos supuestos, se justificó la aplicación de una forma de imputación en la que uno y otro respondieran, lo cual resultó loable y justo: pues se trataba de juzgar al ejército nazi como una organización criminal donde los ejecutores materiales eran fungibles y a pesar de esto, debían responder penalmente. Ahora, en los últimos años, hemos venido observando cómo nuestro sistema jurídico-penal ha tratado de adoptar y asimilar éste desarrollo dogmático, por lo que antes de que se siga aplicando, conviene dilucidar algunos aspectos problemáticos de su acogida concentrándonos principalmente en abordar el interrogante de si puede aplicarse en todos los casos específicamente al Ejército Colombiano.

En nuestro quehacer, resulta necesario conocer cómo es la actual aplicación de la teoría en nuestro país y así establecer límites tanto jurídicos como fácticos que permitan una aplicación fundamentada,

coherente y lógica que invite a jueces y operadores judiciales a no ser dogmáticamente laxos, valiéndose de un desarrollo teórico que en su momento resultó práctico, garantista y seguro para el procesado pero que hoy parece ser la herramienta perfecta para superar cualquier óbice dogmático si lo que se quiere es descubrir como se regula o se sanciona un fenómeno.

La autoría mediata en estructuras organizadas de poder puede llegar a convertirse -si no se usa en debida forma- en el instrumento ideal de los operadores judiciales para remediar la dificultad de identificación de autores o partícipes y suplir las pruebas que los vinculen directamente con los hechos.

Como mecanismo que hace un tiempo ocupa un papel preponderante en el estudio de la formas de participación general, la academia ha manifestado su descontento generalizado y a través de diversos trabajos ha criticado su puesta en práctica para buscar el verdadero alcance y contenido de esta teoría.¹

El doctrinante argentino *Gustavo Eduardo Aboso* ha realizado importantes consideraciones en relación con la autoría mediata en estructuras organizadas de poder. En uno de sus escritos el mencionado doctrinante calificó dicha teoría cómo: *"el pináculo del esfuerzo para fundamentar una manifestación de autoría que lejos esta de amoldarse a los presupuestos básicos exigidos para su configuración"*.²

¹ Entre los academicos destacados, Gunter Jakobs, Fernando Velásquez, Gustavo Eduardo Aboso, Alejandro Aponte, Jaime Enrique Granados Peña, Paula Cadavid, entre otros.

² Gustavo Eduardo Aboso, *Autoría mediata a través de un aparato organizado de poder semblanza de esta crítica forma de autoría mediata y las propuestas alternativas formuladas en la dogmática penal para el tratamiento de la criminalidad de los aparatos organizados de poder*, Escrito origen: www.alfonsozambrano.com/.../aparato_poder.doc

Esta forma de imputación ha sido usada en varios procesos de connotación nacional, entre ellos el caso de ALBERTO RAFAEL SANTOFIMIO BOTERO, el de JORGE NOGUERA, algunos parapolíticos, el Coronel retirado del ejército ALFONSO PLAZAS VEGA, lo cual nos permite vislumbrar una idea de la dificultad de su implementación, pues en cada uno de los procesos el debate se ha fijado en determinar si su aplicación es acertada.

En algunos de estos casos, los medios de comunicación han jugado un papel importante y han exigido condenas más que justicia, resultando la autoría mediata por estructuras organizadas de poder una forma de imputación privilegiada que permite dar gusto al clamor social a pesar de no contar con suficiente acreditación de la ejecución material o una orden directa. Posteriormente, una vez proferida la condena, la misma resulta de interés noticioso sin importar el mucho o poco rigor jurídico con el que se analice o se haya llegado a la misma.

Por ejemplo, la Revista *Semana* en su edición del 11 de febrero de 2012, publicó una noticia que tituló "La teoría que condenó al coronel" y en la cual abordó la problemática planteada con algunas referencias al origen de la teoría, señalando que ésta era la principal controversia en torno a la sentencia condenatoria, dejando de lado cualquier otro de los importantes debates probatorios sobre los cuales se pronunciaba la sentencia.

La autoría mediata en aparatos organizados implica un reto respecto al criterio de justicia, de manera que se satisfagan los derechos de la sociedad y de las víctimas sin poner a andar un peligroso sistema

jurídico-penal caracterizado por la pobreza probatoria y la riqueza discursiva.

Uno de los esfuerzos de este proyecto investigativo radica en poner de presente la necesidad de limitar el alcance que se le ha dado a autoría mediata en estructuras organizadas de poder, y ese límite se expresará, entre otros, en un estudio de la solución particular de Roxin para los casos de delitos perpetrados en el marco de actuación de un aparato organizado de poder, en el entendido que ese razonamiento implica aceptar responsabilidad penal de ambos, tanto del instrumento como del hombre de atrás, haciendo particularmente justificable la puesta en ejecución de dicha teoría a las Fuerzas Militares.

Sin temor a equívocos la autoría mediata resultará definitiva en el futuro inmediato, pues al encontrarnos *ad portas* de un proceso de paz donde se busca superar el conflicto armado que nos ha atormentado por más de 50 años, debemos contar con herramientas dogmáticas eficientes para determinar cuáles son los verdaderos responsables de tantos y tan reprochables actos que se han cometido en contra de la población civil, no obstante, dicha eficiencia no puede exacerbarse so pena de convertirse en arbitrariedad y facilismo jurídico-penal.

De esta manera, el tema que se analizará es fundamental para encontrar la responsabilidad penal que se vera reflejada en la verdad, justicia y reparación, aspectos centrales para lograr una paz sin impunidad.

Bajo este contexto, se analizará la viabilidad de la teoría planteada por Roxin como uno de los mecanismos de imputación a los miembros de la

Fuerza Pública, teniendo presente la dogmática penal, su genealogía y su aplicación tanto en el derecho comparado como en el nacional.

1.2 Metodología.

El presente proyecto investigativo hizo en primera medida un estudio dogmático de las distintas formas de autoría y participación para conocer el concepto de cada una de ellas; y así, desde lo general a lo particular llegar a la autoría mediata por aparatos organizados de poder.

De la teoría de Roxin se hizo un estudio teórico a su genealogía, sus características, sus diferencias con las otras formas de autoría y participación.

Este trabajo realizó una revisión jurisprudencial abordando las sentencias más relevantes sobre la autoría mediata en aparatos organizados de poder proferidas por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, exponiendo que el primer precedente existente en este asunto, es el caso "*machuca*" de 2007, y que la última o más reciente sentencia que reconoce un antecedente jurisprudencial sobre esta teoría es la del 12 de febrero de 2014 caso "*Megateo*".

A efectos de exponer la forma, efectos y **riesgos** de la aplicación de esta teoría se elaborará la línea jurisprudencial en relación con esta, y nos detendremos a revisar entre otras, **las condenas a JORGE AURELIO NOGUERA COTES, RITO ALEJO DEL RÍO Y ALFONSO PLAZAS VEGA**, dada su riqueza argumentativa -no necesariamente demostrativa de acierto-.

Con los anteriores presupuestos y propósitos expondremos el surgimiento y consolidación de la teoría, su acogida por la jurisprudencia nacional, su utilidad en nuestro contexto y por último trataremos de establecer la viabilidad jurídica de aplicársela al Ejército y en caso afirmativo los límites necesarios para evitar su desbordamiento y politización.

1.2.1 Tipo de investigación.

El presente trabajo, se caracteriza por ser de tipo investigativo-descriptivo, el cual se sustenta una revisión de la formulación y presupuestos de la autoría mediata en aparatos organizados de poder de Roxin, su implementación en la jurisprudencia nacional e internacional, mostrando el caso Fujimori, Noguera, Plazas Vega, Rito Alejo del Río entre otros de relevancia nacional, en aras de exponer su implementación y así establecer los límites existentes desde lo fáctico y jurídico; de esa manera determinar la viabilidad jurídica de esta forma única de autoría como instrumento de imputación a miembros de la Fuerza Pública, especialmente a altos mandos que no ordenan o ejecutan directamente el punible imputado.

1.2.2 Objetivos.

Objetivo principal

- Establecer el alcance JURÍDICO y FÁCTICO para aplicar la teoría de la autoría mediata en estructuras organizadas a los miembros de las fuerzas militares que no ejecutan materialmente la conducta o imparten órdenes específicas en la comisión de conductas punibles

Objetivos específicos:

- Señalar las diferencias entre los conceptos de la autoría mediata clásica y la planteada por Claus Roxin.
- Revisar la implementación de la teoría de la autoría mediata en estructuras organizadas en la jurisprudencia nacional desde el año 2007 hasta el 2014.
- Identificar los límites de la aplicación de la autoría mediata en estructuras organizadas en el caso de los miembros de las fuerzas militares.

CAPÍTULO II CONCEPTOS GENERALES DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

2. Autoría y participación

Este capítulo como parte nuclear de la problemática que se aborda, debe ser desarrollado de la manera más objetiva posible, pues la autoría y participación como uno de los temas que genera más polémica en el estudio de la teoría del delito, ha sido objeto múltiples ensayos para lograr descifrar una explicación e implementación racional.

En la autoría y participación se analizan los aspectos relativos a la codelincuencia o intervención de una pluralidad de sujetos en la secuencia delictiva, cuestiones que no sólo deben ser estudiadas cuando concurre pluralidad de individuos, sino también en los casos en que existe un único interviniente.

La importancia de la intervención delictiva en la teoría del delito radica en que esta afecta cuestiones propias del tipo penal³, por eso se hace trascendental que su análisis e implementación sea absolutamente análoga a la realidad fáctica y jurídica existente en cada caso. Para ello deben existir fundamentos muy sólidos que expliquen el grado de intervención o participación⁴ de cada sujeto en la planeación, ejecución

³ Miguel Díaz García y Conlledo: “(...) **La autoría y la participación se encuadran sistemáticamente dentro de las cuestiones que afectan al tipo penal**, si bien razones didácticas aconsejan no explicarlas precisamente al hilo de ese elemento del delito, sino más bien una vez que se han explicado todos los elementos del mismo. - Algunas cuestiones que también afectan a la autoría, como las de la intervención en y por omisión y la intervención en delitos especiales, de propia mano y con modalidades limitadas de acción, se explican en el tema dedicado a la participación”. *Autoría y Participación REJ – Revista de Estudios de la Justicia – No 10 – Año 2008*, Pág. 13

⁴ Héctor Lara González: *El término “participación” suele utilizarse en dos sentidos: uno amplio en el que, además de atribuir la idea del tema, denota a todas las personas que han intervenido en la comisión de un delito, sin importar si actuaron como autores, instigadores o cómplices. En sentido estricto, el término “participación” comprende sólo al instigador y al cómplice. “Este doble sentido de la palabra participación*

y consumación del delito. De esa manera al momento de elaborar la imputación jurídica deben existir los soportes dogmáticos suficientes que impidan que el procesado y su defensor se vean obligados a hacer frente a un cargo vago, variable, contingente y producto de la "opinión" del acusador.

Este acápite como bien se denota, se estructuró teniendo como fundamento el estudio que hace el doctrinante español MIGUEL DÍAZ GARCÍA Y CONLLEDO, que en nuestro sentir es el académico apropiado para el desarrollo y estudio de este tema, pues su obra "*La autoría en el Derecho Penal*" resulta de valiosa utilidad para el entendimiento de la autoría y la participación.

2.1. Evolución del Concepto de Autor

Las teorías más importantes que intenta explicar la intervención delictiva han sido las siguientes: el denominado concepto *unitario* de autor, el concepto *extensivo* de autor y el concepto *restrictivo* de autor.

El primero de ellos, es decir, el concepto ***unitario*** de autor parte de la premisa que no es posible distinguir los intervinientes en el delito (autor o partícipe), según esta concepción clásica de autoría todos los que intervienen son autores, en el entendido que cada uno de ellos aporta una contribución causal al delito. Por eso, una de sus consecuencias es que no existe relación de accesoriedad entre unos y otros, es decir cada uno de los intervinientes pone una condición para la producción del resultado y todas las condiciones tienen la misma importancia para la

obedece a que puede haber participación de personas en el delito, pero también participación de personas en la conducta del autor del delito", Autoría Mediata por Dominio de la Voluntad y Aparatos de Poder Pág. 64

consumación del delito⁵, luego todas fueron necesarias para su obtención.

Por ello, *"bajo esta consideración tampoco es pertinente someterlos a sanción distinta, pues la necesidad de pena es predicable a todos por igual"*.⁶

A *contrario sensu*, el concepto **extensivo** de autor parte de la distinción entre autor y partícipe. Esta teoría surgió de la necesidad de amoldarse a las realidades normativas existentes que sugerían criterios subjetivos para la identificación de intervinientes dentro de la comisión de conductas punibles, así el autor eran "quien tuviera *animus auctoris*, y partícipe quien actuara con *animus socii*."⁷

Para distinguir entre los dos ánimos (el del autor y el partícipe), acudieron a teoría del interés, según el cual es autor quien persiga un interés propio y partícipe quien actúa en interés ajeno, tiempo después esta teoría sufriría dificultades en lo práctico lo que llevó a la creación del concepto restrictivo de autor.

El concepto **restrictivo** de autor también distingue entre autor y partícipe, pero a diferencia de la extensiva su categorización no obedece a criterios normativos sino naturalistas.⁸ Las principales sub-teorías que

⁵ Alberto Hernández Esquivel, Autoría y Participación: *"teoría de la equivalencia de la condiciones esbozada por von Buri, según la cual "todo aquel que interpone una condición para la producción del resultado es igualmente causal respecto del mismo, no pudiendo diferenciarse entre causa y condición o causas más importantes o relevantes que otras"* Lecciones de Derecho Penal, Parte General. Pág. 265

⁶ *Ibíd.*

⁷ *ibíd.* Pág. 266

⁸ Alberto Hernández Esquivel: (...) *"según las cuales categorías de autor y partícipe son naturalísticas y no simplemente normativistas; de los tipos penales de la parte especial emana la categoría de autor; en cambio, la punibilidad de los partícipes deviene de los dispositivos amplificadores que se encuentran en la parte general; de manera que si, hipotéticamente, desaparecieran las normas de la parte general sobre*

se establecieron fueron la objetivo-formal, la objetivo-material y la del dominio del hecho. Estas se explicaran más adelante.

Para el tratadista español *"El concepto restrictivo de autor distingue entre autor o autores y partícipes y se concreta de diversas maneras, si bien suele coincidirse en que autor es sólo quien realiza el tipo; mediante las cláusulas de la parte general del Código Penal relativas a las formas de participación (extensivas de la tipicidad y, por tanto, de la punibilidad) es posible castigar a personas distintas del autor o autores, si bien la responsabilidad de éstas es accesoria de la del autor"*.⁹

Según dicha teoría, autor es quien realiza el tipo y su distinción con el partícipe también proviene de elementos extensivos que trae el mismo Código en sus formas de participación, pues se puede imputar responsabilidad penal por actuaciones accesorias a las del sujeto que directamente realiza el tipo penal (autor).

2.2.- Distinción entre autor y partícipe

En este capítulo es necesario conocer como nuestro ordenamiento jurídico-penal regula el tema de la autoría y participación, para después identificar si dichos conceptos son coherentes con las teorías que ha decantado la doctrina.

La Ley 599 del 2000 (Código Penal Colombiano) en los artículos 29 y 30 determina cuáles son autores y partícipes:

participación no se podrían sancionar, porque no cabrían dentro del concepto de autoría." Lecciones de Derecho Penal, Parte General. Pág. 267

⁹ Miguel Díaz García y Conlledo, *Autoría y Participación REJ – Revista de Estudios de la Justicia – No 10 – Año 2008*, Pág. 14

ARTICULO 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.*

ARTICULO 30. PARTICIPES. *Son partícipes el determinador y el cómplice. Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción.--Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.--Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal*

concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte.”

Nuestro Código dice que es autor quien realiza la conducta por sí mismo o usando a otro como instrumento, mientras que el partícipe puede ser bien determinador o cómplice, siendo el primero aquél que determine a otro a realizar la conducta descrita en el tipo, mientras que el cómplice es el que contribuye a su realización.

Por último, existen criterios doctrinales que sirven para distinguir quién es partícipe en el delito y quién autor, estos criterios principales fueron desarrollados por las tres teorías que en adelante se exponen.

2.2.1.- Teorías Subjetivas

Esta teoría buscó alejarse del plano objetivo, pues no lograba distinguir al autor del partícipe. Desde la óptica subjetiva la distinción se delimita dependiendo de la voluntad de cada interviniente, así el que actúa con voluntad autónoma es autor y el que opera con voluntad dependiente y subordinada es partícipe.

Existió dentro de las teorías subjetivas una que se denominó la del *acuerdo previo* según la cual *“todos los que intervienen en un hecho delictivo existiendo un previo concierto entre ellos son (co)autores del mismo, con independencia de cuál sea su aportación objetiva a él.”*¹⁰

Otra de las teorías subjetivas fue la *objetivo-material* ésta ensayó teorías individualizadoras de la causalidad que pretendían clasificar al

¹⁰ ibídem. Pág. 16

autor como causa determinante de la consumación del punible y el partícipe como una condición.¹¹

Esta teoría para algunos no fue la indicada, pues no lograba distinguir de manera correcta al autor del partícipe, pues para la doctrina el hecho de partir de distinciones causales es poco acertado si lo que se quiere es determinar cuál es el autor, pues su evaluación partía de elementos extrajurídicos y ajenos a la tipicidad.

3.2.2.- Teoría Objetivo Formal

La *objetivo-formal* parte de la descripción normativa, pues identifica a los intervinientes de su contenido, según esta teoría es autor el sujeto que realiza la conducta que está descrita en el tipo penal. Existieron en esta corriente dos teorías: a). la clásica y b). La moderna.

Para la clásica es autor quien realice la acción ejecutiva, mientras que para la moderna es autor cuyo sujeto puede subsumirse en el correspondiente tipo penal, es decir aquél que realiza la acción descrita en el tipo penal.

Lo importante de esta teoría es que la distinción de cada interviniente lo va dar el tipo penal, por ello la conexión de la tipicidad con la autoría se hace trascendental.

2.2.3. Teoría del Dominio del Hecho

¹¹ Autoría y Participación, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*. Pág.269

Es la más aceptada en la actualidad por la doctrina, la teoría del dominio del hecho tiene matices tanto de la objetiva como de la subjetiva, *“en el sentido de que sus defensores creen precisa la finalidad o, al menos, la conciencia de dominio del hecho para que éste exista”*.¹²

Para esta corriente es autor el sujeto que tiene dominio sobre el hecho, es decir aquella persona dentro de la secuencia delictiva que tiene el poder de decisión del acontecer delictual, es decir el que decide si se produce y cómo debe producirse la conducta y/o el resultado típico.

Esta teoría formulada por Welzel, defendida por Maurach e impulsada por Roxin es una de las expresiones del pensamiento finalista, la cual distingue al autor como *“todo cooperador que se encuentra en situación real, por él percibida, de dejar correr, detener o interrumpir, por su comportamiento, la realización del tipo”*; *el autor es la figura central del acontecer en forma de acción*.¹³

La teoría que venimos reseñando es aplicable a los delitos dolosos, sin embargo, deja a un lado el fenómeno de los delitos imprudentes, toda vez que ese matiz subjetivo expresado en la voluntad de realizar la conducta descrita en el tipo, NO se evidencia este tipo de delitos.

Ahora bien el que ejecuta una acción sin dolo, no puede ser autor de un delito doloso, eso implica que el dolo por sí solo, no permite fundamentar la teoría del dominio del hecho, por eso dicen que su aplicación es sólo predicable en los delitos dolosos, pues el dolo se encuentra dentro del mismo tipo penal.

¹² Miguel Díaz García y Conlledo, *Autoría y Participación REJ – Revista de Estudios de la Justicia – No 10 – Año 2008*, Pág. 19

¹³ *Autoría y Participación, Lecciones de Derecho Penal, Parte General*. Pág. 269

2.3.- Autoría Inmediata

Es una de las formas de autoría que se originó a partir de la teoría del dominio del hecho. La autoría inmediata se identifica cuando el sujeto realiza la acción típica, determina el hecho de forma completa, es decir no existe ningún otro sujeto con el cual comparta el dominio del hecho, él solo realiza el delito.

En esta forma de autoría, existe por parte del autor un dominio de la acción, es un autor unipersonal *"se trata aquí del prototipo de la autoría, de la manifestación más evidente de la figura central, de un supuesto en que coinciden incuestionablemente la concepción natural de la vida y la valoración del legislador. No puede dominarse el hecho de manera más clara que cuando lo realiza uno mismo; no se puede mantener en las propias manos de modo más firme que cuando se actúa de propia mano"*.¹⁴

Es la expresión más básica de la autoría, pues presupone el dominio absoluto y ejecución del delito por un solo sujeto.

2.4. Autoría Mediata

Es otra de las subespecies de autoría que surgieron de la teoría del dominio del hecho, a esta se le conoce como la teoría del *dominio de la voluntad*, también tratada en la doctrina como la autoría mediata.

¹⁴ Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid, Marcial Pons 1998, Pág.149

Este tipo de dominio del hecho se caracteriza porque el autor no ejecuta directamente el presupuesto fáctico de la conducta, sino que lo hace a través de otro sujeto (instrumento), que obra, en principio, sin culpabilidad¹⁵. Sobre éste particular, la doctrina explica que el autor tiene dominio absoluto sobre la voluntad del instrumento, pues por vía de la coacción, error, o el uso de inimputables, se comete el injusto penal.

Bajo las premisas anteriormente expuestas, es que se habla de un autor detrás del ejecutor (hombre de atrás) *"el concepto de dominio de la voluntad no está orientado a la situación psíquica, sino a la responsabilidad, categoría que, por los motivos expuestos, es capaz de dar cuenta mejor del sentido jurídico del acontecer que un procedimiento meramente psicologizante. La decisión "determinante" y, consiguientemente, el dominio de la voluntad, tal y como ha de entenderse con arreglo a la ley, reside, pues, en el sujeto de atrás, no sólo cuando el agente ya no le es posible, desde el puro punto de vista psíquico, una decisión autónoma, sino cuando el derecho penal ya no le exige a él"*.¹⁶

La autoría mediata, reconocida en nuestro Código Penal en el artículo 29: *"Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento"*, tiene unos requisitos para su configuración. El primero de ellos y común a toda forma de autoría es la comisión de la conducta típica; El segundo, determinar si una persona está realizando acciones típicas valiéndose de otra como instrumento; El tercero,

¹⁵ En la autoría mediata por estructuras organizadas de poder, el instrumento generalmente si se le hace el juicio de reprochabilidad (culpabilidad), es decir actúa con conciencia de que la conducta que está desplegando es típica y antijurídica. Además en la teoría del dominio de voluntad clásica (autoría mediata) el ejecuto material no sólo debe ser calificado bajo el elemento de culpabilidad, sino también por obrar de manera atípica, o bajo una causal de justificación.

¹⁶ Miguel Díaz García y Conlledo, *La autoría en el Derecho Penal*, Barcelona .Pág. 596

confirmar que esas acciones ejecutadas por el instrumento, son acciones de autoría, es decir, que el sujeto de atrás es el que tiene el dominio sobre el hecho delictivo.¹⁷

En la autoría mediata es esencial que el dominio sea de un solo sujeto, pues si el instrumento tuviera algún tipo de dominio sobre la ejecución del delito, sería otra especie de autoría. Entonces el instrumento es el ejecutor de la acción, pero este no tiene el dominio de la misma, *"la esencia de la autoría mediata estriba en que se logre deslindar las acciones de, como mínimo, dos personas; si solo existe una acción, aun existiendo dos sujetos, pero aquélla es atribuible solo a uno de ellos, evidentemente el camino queda muy allanado para la autoría directa"*.¹⁸

Esta forma de autoría se manifiesta a través de tres supuestos (error, coacción e inimputabilidad), en los cuales existe ausencia de responsabilidad penal del ejecutor material por el hecho de actuar de manera atípica, justificada o sin culpabilidad, por el contrario el hombre de atrás responde de manera integral.

Entonces los eventos dogmáticos en los que resulta posible acudir a la autoría mediata son: ejercicio de la *coacción sobre el instrumento*, la segunda se refiere cuando el ejecutor material-instrumento *obra en error* que ha sido generado o aprovechado para lograr la realización de la conducta punible y la tercera forma de autoría mediata, por dominio

¹⁷ "2o) Constatar que las acciones realizadas a través de otro son acciones de autoría, es decir, utilizando el criterio material señalado, que el sujeto que actúa a través de otro determina el hecho; en esta constatación es muy importante (y a veces se olvida) determinar si la conducta del instrumento es a su vez determinante, de autoría, con independencia de que el instrumento sea o no responsable por diversas razones (básicamente falta de cualidad especial en delito especial, de dolo o imprudencia, atipicidad, justificación o disculpa). En cualquier caso, la irresponsabilidad del instrumento no supone, en mi opinión, un requisito de la autoría mediata, pues son posibles, como veremos, supuestos de "autor tras el autor". Ibídem. Pág. 22

¹⁸ José Ulises Hernández Plasencia. *La autoría mediata en el derecho penal*, Granada, Comares, 1996.

de la voluntad, es por *utilización de inimputables* para la consumación del delito.

2.4.1.- *Eventos de Insuperable Coacción Ajena*

Se concibe cuando el hombre de atrás, por medio de la fuerza, intimidación o mediante órdenes vinculantes pone en situación de necesidad de actuar a otro para que realice una determinada conducta. También tomar provecho de un agente que se encuentra de forma natural en estado de necesidad y mediante intimidación o fuerza logra que éste ejecute materialmente la conducta.

De manera que, el instrumento actúa sin voluntad propia pues su accionar está coaccionado por el hombre de atrás, que es el verdadero autor de la conducta punible.

Es necesario subrayar que el sujeto que da una orden que no está acompañada de coacción, intimidación, amenaza o que vincule jurídicamente no actúa bajo el supuesto de autoría mediata. Un ejemplo de ello son los jefes de las bandas criminales que ordenan a sus subordinados la ejecución de delitos.

En aquellos casos en los que el instrumento obra amparado en una causal de justificación, es necesario para que exista la autoría mediata que ese amparo justificante *"excluya sólo el desvalor de acción (como, por ejemplo, el estado de necesidad o la obediencia debida a órdenes antijurídicas) y no el desvalor de resultado (como la legítima defensa o*

la obediencia a órdenes conformes a Derecho), en cuyo caso la justificación alcanzaría también al sujeto de atrás.”¹⁹

2.4.2.- Error inducido

Se presenta cuando se crea o se aprovecha de un error del que actúa como ejecutor material de la conducta, es decir, existe total dominio de la situación por parte del sujeto de atrás, mientras que el instrumento está guiado por una falsa percepción, la cual es creada o aprovechada por el autor mediato para la ejecución del punible.

En la autoría mediata el instrumento obra en error, este puede ser de dos tipos; de tipo o de prohibición, en cada uno de ellos la solución será distinta dependiendo si el error es de carácter vencible o invencible.²⁰

Cuando el error bajo el cual obra el instrumento es de carácter invencible - ya sea de tipo o de prohibición - existirá autoría mediata, pero cuando el ejecutor material obra bajo error vencible, será necesario entrar a distinguir si es de tipo o de prohibición.

Si es error de tipo vencible, y esa conducta no tiene modalidad culposa, estaríamos bajo la tesis de la autoría mediata, sin embargo si la

¹⁹ Miguel Díaz García y Conlledo, *Autoría y Participación REJ – Revista de Estudios de la Justicia – No 10 – Año 2008*, Pág. 22

²⁰ *Ibidem.*: “Hay acuerdo en la existencia de autoría mediata cuando se provoca o aprovecha un error de tipo invencible en el sujeto de delante, o cuando se trata de un error de tipo vencible que dé lugar a imprudencia inconsciente, resultando muy discutidos otros supuestos. Sin embargo, creo, con un importante sector doctrinal, que también se podrá fundamentar autoría mediata en los supuestos de error de tipo vencible que dé lugar a imprudencia consciente y en los de error de prohibición invencible o vencible, pues en todos estos supuestos el sujeto de delante posee menores razones para inhibirse de actuar que el sujeto de atrás, quien domina o dirige al instrumento y determina el hecho. E incluso es posible afirmar la autoría mediata en caso de provocación de un error en quien actúa de modo inmediato sobre el significado concreto de la acción, siempre y cuando (lo que no sucederá siempre) afecte de modo suficiente a la capacidad de inhibición del ejecutor inmediato. Como se ve, en este grupo se admiten varios supuestos de “autor tras el autor” responsable.”

conducta desplegada si tiene modalidad culposa, el hombre de atrás es responsable a título de dolo, y el ejecutor material o inmediato es responsable a título de culpa. Es decir, no cabría la autoría mediata y bajo ese supuesto estaríamos en sede de una autoría accesoria.²¹

2.4.3.- Utilización de Inimputables

La tercer forma autoría, por dominio del hecho por voluntad, es la que se da por la utilización de inimputables,²² acá el ejecutor inmediato carece de la comprensión (*volitivo e intelectual*) de su actuar ilícito, es decir carecen del elemento de la culpabilidad, por ello no se le puede hacer el juicio de reproche, elemento intrínseco del delito.

Por lo tanto, en nuestro sentir, la utilización de inimputables es la máxima expresión de la autoría mediata clásica, en el entendido que, a diferencia de las anteriores, no se requiere sino verificar la inimputabilidad del ejecutor material para poder imputar al “hombre de atrás”.

El sujeto que se vale de un inimputable para realizar el ilícito, es el verdadero autor y por ende el único responsable, pues dentro de la secuencia delictiva él sí comprende que su actuar no es ajustado a Derecho, y aun así, decide emprender la realización del injusto.

²¹ Autoría y Participación, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*. Pág. 277

²² Nodier Agudelo Betancur “La inimputabilidad es la capacidad de comprender la ilicitud del comportamiento y la de determinarse de acuerdo a tal comprensión; el concepto tiene dos conceptos: el volitivo y el intelectual” *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*. Pág. 355

CAPÍTULO III LA AUTORÍA MEDIATA POR UTILIZACIÓN DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

3.- *Autoría Mediata por utilización de Aparatos Organizados de Poder*

La autoría mediata por estructuras organizadas de poder o aparatos organizados de poder, representa una de las formas de imputación que ha ocupado un papel preponderante durante los últimos años, pues esta construcción teórica fue el mecanismo idóneo para brindar una respuesta justa a los crímenes que se cometían en el seno de las organizaciones criminales.

Su creación y posterior aplicación se originó por la dificultad de encontrar los responsables al interior de estas organizaciones; y es que la criminalidad desde hace varios siglos encontró refugio o defensa en la construcción de sociedades, organizaciones, empresas, Estados, etc., que en primera medida buscaban hacer más eficaz la consecución de los cometidos criminales y en segundo término, obstaculizar las labores de identificación de los autores o partícipes dentro de la misma al momento de la realización de una conducta punible.

Por ello, la autoría mediata por aparatos organizados de poder fue una herramienta jurídico-penal absolutamente necesaria para determinar la responsabilidad de los autores en el periodo del *tercer (III) Reich*, pues las innumerables atrocidades cometidas por el Nacionalismo Alemán en ese periodo hizo necesaria la creación de un instrumento jurídico lógico desde el dogma penal, que permitiera entender ese fenómeno criminal y así, encontrar desde lo más profundo de su plan de funcionamiento, a aquellos que tenían la esfera de dominio sobre el actuar criminal de la organización, es decir, a los autores.

El académico argentino Gustavo Eduardo Aboso, a propósito de estas Organizaciones Estatales criminales de mitad del siglo XX, ha indicado que:

*"las características comunes que presentan estas manifestaciones dictatoriales que aparecieron en el transcurso del siglo pasado, todas ellas **claramente** adversas al pleno respeto de los derechos y garantías individuales, se concentran en dos aspectos fundamentales: las actuaciones de pétreas estructuras organizadas de manera jerárquica y la autoridad concentrada en una figura central con rasgos pseudo-místicos, capaz de arrastrar bajo su dirección grandes masas de la población y condicionarlas para la perpetración de crímenes de lesa humanidad".²³ (Énfasis suplido)*

Desde el histórico juicio de Núremberg el llamado a la academia se hizo necesario, pues encontrar un instrumento jurídico eficaz para imputarle responsabilidad penal a todos los dirigentes de la maquinaria Nazi era urgente e inevitable, y es así como tuvo génesis dicha teoría.²⁴

Algunos académicos reconocieron -antes que Claus Roxin- la necesidad de encontrar un arquetipo jurídico que permitiera enfrentar estos

²³ Gustavo Eduardo Aboso, Autoría mediata a través de un aparato organizado de poder Semblanza de esta crítica forma de autoría y las propuestas alternativas formuladas dogmática penal para el tratamiento dela criminalidad de los aparatos de poder. Documento WEB. Pág.5

²⁴ Roxin, "en ese juicio no se encontró un solo caso en el que el ejecutor se hubiera negado a cumplir una orden de fusilar y dicha negativa fuera castigada, a su vez, con la muerte", Autoría y dominio del hecho en derecho penal, Madrid, Marcial Pons 1998, Pág. 244

fenómenos criminales, como *Werner Niese*²⁵ quien en 1954 propuso atribuirle responsabilidad penal como autor, tanto al ejecutor como al organizador del aparato estructurado de poder, dicha imputación, fundada sobre el supuesto de *“una determinada y responsable cooperación en una dependiente realización del hecho”*.²⁶

Otro autor que también planteó una posible solución fue *Peters*,²⁷ el cual manifestó que aquél que participa en una organización criminal dando órdenes y desarrollando un título de conductor o jefe debe ser considerado autor, sin tener en cuenta cuál sea su posición jerárquica dentro de la organización criminal.

Así pues, ninguna de las anteriores propuestas superó las dificultades propias de la autoría y participación²⁸, en la medida que ninguna delimitaba o diferenciaba la línea que hay entre el autor y el partícipe. Lo anterior, hacía inviables esas proposiciones, pues en dichas estructuras criminales existen pluralidad de sujetos y mandos respecto a estructuras jerárquicamente organizadas, lo cual implica establecer qué esfera de dominio tiene cada uno de ellos dentro del accionar criminal de la organización²⁹.

²⁵ Schroeder, *der Täter hinter dem Täter. (Tesis Doctoral)*, Berlín, 1965. Pág. 166

²⁶ Gustavo Eduardo Aboso, Autoría mediata a través de un aparato organizado de poder, Semblanza de esta crítica forma de autoría. Texto WEB Pág. 3

²⁷ Schroeder, *Ibidem*. Pág. 167

²⁸ Claus Roxin: *“En estos crímenes de proporciones gigantescas y múltiples ramificaciones (...), en los que han participado muchas personas en distintos puestos de la escala de mando (planificadores, organizadores y órganos ejecutores de distinto rango) no es adecuado recurrir a aplicar los conceptos comunes del inductor y del cómplice”*. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, Madrid, Marcial Pons 1998, Pág. 274

²⁹ Gustavo Eduardo Aboso *“El accionar de los nombrados estuvo precedido, en cada caso, por la orden directa recibida por parte de los directivos del aparato organizado de poder. Así, las categorías comunes de la participación criminal contenidas en los códigos penales modernos, se muestran insuficientes, para engarzar (sic) justificar este tipo de actividades colectivas, en particular dentro del llamado “autor de escritorio”*.

Durante el periodo de post guerra y frente a los innumerables procesos que se seguían contra los presuntos responsables, Roxin hizo un estudio profundo sobre el funcionamiento de estos aparatos organizados de poder, concluyendo que los delitos que se cometieron durante la Segunda Guerra Mundial no fueron cometidos por un autor único plenamente identificable, sino por el contrario, el responsable era el aparato organizado de poder.

Existieron unos casos célebres que permitieron el desarrollo de esta teoría, especialmente el juicio de "Statschinsky" y el de "Eichmann"³⁰ entre 1961 y 1962, dichos procesos fueron los albores de la teoría, su implementación y consolidación, no obstante, generaron una problemática en relación con su aplicación a futuro.³¹

"El caso más frecuente en la práctica será aquel en que los mismos que ostentan el poder estatal, con ayuda de organizaciones subordinadas a ellos, cometen delitos, como ocurría tanto en el Proceso Eichmann como en la sentencia Statschynsky, puesto que normalmente sólo el poder estatal puede operar al margen de la ley, e incluso éste sólo puede hacerlo cuando ya no están vigentes las garantías del Estado de Derecho"³² (Énfasis suplido)

³⁰ Statschinsky", agente del servicio secreto soviético, asesinó a dos exiliados alemanes. Respecto a Eichmann el Tribunal Regional de Jerusalén lo condenó el 15 de diciembre de 1961 por ser uno de los autores dentro de la cadena de mando encargado del exterminio de judíos.

³¹ Revista Huellas, Fiscalía General de la Nación: "los primeros procesos en los que fue considerado los temas de aparatos organizados de poder, son los conocidos como caso Eichmann y caso Statschinsky", en el primero de ellos, el 15 de diciembre de 1961, el Tribunal regional de Jerusalén condenó a Eichmann por haber ejecutados actos de exterminio a judíos." Pág. 126

³² Claus Roxin, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal. España: Marcial Pons, (1998). pág. 277

Antes de explicar la formulación de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, es vital definir qué es un aparato organizado de poder y qué alcance le da la doctrina a su concepción.

El concepto de aparato organizado de poder *"se puede entender como una estructura u organización formada por elementos y medios adecuados para la consecución de un fin"*.³³ Los elementos que la componen son:

- (1) Número plural de personas para su composición,
- (2) Existencia de una estructura jerárquica o piramidal (la verticalidad de su funcionamiento),
- (3) Deben existir dos tipos de órganos; uno que tome decisiones y otro que las ejecuta,³⁴
- (4) Que el autor mediato tenga dominio real sobre la organización. (Presupuesto básico que más adelante se explicará).

Algunos de estos elementos ya han sido criticados por algunos académicos,³⁵ pero cada uno de ellos se hace necesario para explicar la existencia de las organizaciones o estructuras criminales que componen la teoría que aquí se explica.

La construcción de estos aparatos para el doctrinante colombiano Fernando Velásquez, tiene un alcance distinto a como lo plantea alguna jurisprudencia. Velásquez los describe así:

³³ Jacques Simhon Rosenbaum, *La responsabilidad penal del Dirigente en los delitos cometidos a través de aparatos organizados de poder*, Revista Derecho Público Nº25, Universidad de los Andes.

³⁴ Fernando Velásquez, *Manual de Derecho Penal, Parte General*,. Pág.574

³⁵ *Ibidem* citando a: "Ambos Kai; Joint Criminal enterprise y resposabilidad del superior"

"el aparato proviene del latín apparātus, esto es, un "conjunto organizado de piezas que cumplen una función determinada"; lo de criminal, obedece a que se trata de actividades delincuenciales; organizado, a su vez, viene del verbo organizar, esto es, disponer y preparar un conjunto de personas, con los medios adecuados, para lograr un fin determinado; y poder es, como también dice el Diccionario, "tener expedita la facultad o potencia de hacer algo" o "tener facilidad, tiempo o lugar de hacer algo" o, en fin, es el dominio, imperio, facultad y jurisdicción que uno tiene para mandar o ejecutar una cosa. En síntesis: iun aparato criminal organizado de poder no se arma en dos días,(...)"³⁶

Algunos académicos han reconocido dos modalidades de aparatos organizados de poder, el primero de ellos de organización estatal y el segundo, de organización no estatal o criminal.³⁷

Los aparatos de poder de organización estatal, son aquellos que representan un Estado y usan sus organismos para la comisión de los delitos; expresión de estas organizaciones ya se ha dado a lo largo de la historia, como el Régimen Nazi, las dictaduras Argentinas, entre otros. Su principal característica es que por ostentar una apariencia de legitimidad la funcionalidad del aparato es más letal³⁸ y gravosa en relación con la comisión de los crímenes.

³⁶ Fernando Velásquez, Manual de Derecho Penal, Parte General. Pág.176

³⁷ Revista Huellas Número 72, La autoría en aparatos organizados de poder. La situación en la jurisprudencia Nacional, Esiquio Manuel Sánchez Herrera Fiscalía General de la Nación, Pág. 128

³⁸ Ibídem. Pág. 128, citando a KAI AMBOS, "Entonces, no solo una acción que "consiste en la firma de un documento o en la llamada telefónica que puede ser un asesinato; sino, además que también pueden

En lo que se refiere a los aparatos organizados de poder no estatales o propiamente criminalidad organizada, se trata de asociaciones criminales que tienen como propósito la ejecución de conductas delictivas. Este tipo de organizaciones deben cumplir con unas características, como la existencia de jerarquías preestablecidas, con un número de ejecutores que puedan ser intercambiables, además deben tener como propósito el conservar el poder que detentan a través de la comisión de conductas delictivas. Es lo que se conoce como asociación criminal.³⁹

Así mismo, encuentra fundamental el profesor KAI AMBOS que "(...) *los miembros no obren por propia cuenta, sino como órganos de la cúpula directiva cuya autoridad reconocen*".⁴⁰ Entonces, como bien suponen los presupuestos que se explicaron, NO toda organización delictiva o grupo criminal es un aparato organizado de poder, sino por el contrario, es determinante -como bien expone dicho autor- que sigamos en la línea de dominio de la organización, de ahí se predica "*cuya autoridad reconocen*", es decir, existe un sujeto de atrás un hombre del escritorio que tiene dominio sobre la estructura organizada de poder.

3.1.- Formulación

La autoría mediata **en su formulación más clásica**, se erige como una de las manifestaciones teóricas sobre el ***dominio de la voluntad*** y

*cometer tales acciones burócratas medios, alejados de la dirección del Estado propiamente dicha. Así, es por ejemplo es posible en virtud del vínculo existente entre superior y lo subordinados, **la existencia de autoría mediata del superior frente a la relación de subordinación militar**." (Énfasis suplido)*

³⁹ Revista Huellas Número 72, La autoría en aparatos organizados de poder. La situación en la jurisprudencia Nacional, Esiquio Manuel Sánchez Herrera, (2011) Pág. 128.

⁴⁰ Kai Ambos, Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, Universidad Externado de Colombia. (2001) Pág. 66

corresponde a la ejecución de un delito a través de otro (instrumento), el cual, en principio, trae como consecuencia imputarle responsabilidad al autor mediato **sí y solo sí** el ejecutor material utilizado no tiene dominio sobre el hecho, como cuando se actúa bajo coacción, error o valiéndose de un inimputable.

Para el profesor Claus Roxin, el dominio de la voluntad se manifiesta en tres eventos: 1) Dominio de voluntad por creación o utilización de un error; 2) Dominio de la voluntad por coacción; y 3) Dominio de la voluntad **a través de aparatos organizados de poder.**⁴¹

Así pues, la teoría de Roxin plantea que el autor mediato u "hombre de atrás" no tiene dominio sobre la ejecución inmediata de una acción; es por esto que el andamiaje de dicha teoría se funda en que, *"la forma de dominio que caracteriza la autoría mediata la denomina "dominio de la voluntad", porque, el autor mediato no tiene un dominio fundamentado en la ejecución inmediata de una acción, sino en el poder de la voluntad conductora de la acción que ejecuta otro."*⁴²

Entonces, en esta forma de autoría mediata, el poder de la voluntad conductora de la acción se ejecuta a través del aparato organizado de poder, pero esta forma única de dominio de voluntad plantea unos presupuestos que se alejan diametralmente de la concepción que se esbozaba en la autoría mediata clásica.

⁴¹ Claus Roxin, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal. España: Marcial Pons, (1998). pág. 750.

⁴² Walter Fabián Vásquez Ramírez, *la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Tratamiento por parte del H. Corte Suprema de Justicia y críticas a su aplicación en el sistema penal Colombiano*. Revista Electrónica, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquía, Enero de 2012, Pág. 6.

Lo anterior, porque en la concepción clásica de la autoría mediata (por coacción o por error) existe un solo autor, y ese es el único responsable del delito, es aquél que utilizó al instrumento para que ejecutara el tipo penal. Mientras que en la autoría mediata por aparato organizado de poder se genera una consecuencia distinta, que es la responsabilidad tanto de quien dio la orden como la del ejecutor material, es decir, en el mismo hecho hay dos autores los cuales son plenamente responsables.

En la autoría mediata por aparatos organizados de poder, se planteó el *"desarrollo de un sistema mixto de responsabilidad individual-colectiva, en el cual la organización criminal -como un todo- sirve como el ente sobre el cual se basa la atribución de responsabilidad penal"*.⁴³ Lo citado explica, en otras palabras, que es el aparato organizado de poder sobre el cual se sustenta la autoría mediata, éste es el elemento normativo que permite atribuirle responsabilidad penal tanto al hombre de atrás como al ejecutor material de la conducta.

El profesor Roxin sustenta su aporte, señalando: *"en la tesis de que una organización delictiva los hombres de atrás (Hintermänner), que ordena delitos con mando autónomo, pueden en este caso, ser responsables, como autores mediatos, aun cuando los ejecutores inmediatos sean, asimismo, castigados como autores plenamente responsables"*. Por ello, en esta teoría la existencia de un instrumento que según la formulación clásica de la autoría mediata **NO** podría responder penalmente es -a juicio de Roxin- insostenible,⁴⁴ por lo que resulta necesario acudir a su

⁴³ Eser Albin, Individual Criminal Responsibility The Rome Statute of International Criminal Court: a commentary. Editado por ANTONIO CASSESE, PAOLA GAETA y JHON R.W.D. JONES. Oxford University Press; New York, 2002, pág. 795.

⁴⁴ En el juicio de Núremberg no se pudo encontrar un solo caso en el que el ejecutor se negara a una orden de fusilar y que dicha negativa hubiese sido castigado con la muerte, Claus Roxin, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal. España: Marcial Pons, (1998). pág. 750.

teoría con el fin de que tanto el hombre de atrás como el ejecutor respondan penalmente.

En la construcción teórica que explica Roxin, el dominio de la voluntad se realiza a través del aparato organizado de poder, su característica radica en que el funcionamiento del aparato organizado de poder está a disposición del autor mediato u hombre de atrás. Sobre este aspecto Roxin decía, *"el sujeto de detrás que se sienta a los mandos de la estructura organizativa aprieta el botón dando la orden de matar, puede confiar en que ella se va a cumplir, sin que tenga que conocer al ejecutor"*.⁴⁵

La funcionalidad del aparato organizado permite que sus dirigentes (hombres de atrás) den mandatos criminales, los cuales serán ejecutados incondicionalmente por parte de los ejecutores materiales o autores inmediatos, sin la necesidad de usar la coacción o el engaño sobre el ejecutor.

Es de ahí que Roxin, plantea el "automatismo" funcional de aparato, pues éste actúa en forma independiente de la identidad variable de sus miembros, lo cual implica que no importa quién sea el ejecutor, el aparato criminal por sí solo llevará a cabo la ejecución del delito encomendado por su jefe o dirigente.⁴⁶

3.2.- Diferencias con otras formas de Autoría y Participación

En primera medida, se hace fundamental distinguir al autor del partícipe. Así entonces, desde la óptica del "dominio del hecho", es autor

⁴⁵ Claus Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. España: Marcial Pons, (1998). Pág.200

⁴⁶ Claus Roxin. *Ibídem*.

el sujeto que quiere el hecho delictivo como propio, mientras el partícipe lo quiere como ajeno.⁴⁷

El autor, dice el inciso 1° del artículo 29 del Código Penal, es aquél que realiza por sí mismo la conducta descrita en el tipo penal, se trata del sujeto que se constituye como el protagonista central del comportamiento delictivo, quien de manera directa y a propia mano lo ejecuta en forma consciente y voluntaria.

El autor mediato es el sujeto que desde atrás, en forma dolosa, domina la voluntad de otra, este sujeto utiliza como instrumento a otro para que realice el supuesto de hecho, quien carece de conocimiento o determinación porque está actuando bajo un supuesto de error o de coacción.

Su diferencia con la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder estriba en que en la autoría mediata clásica el responsable penalmente es el hombre de atrás, mientras que en la teoría de Roxin, tanto el hombre de atrás como el ejecutor inmediato son autores y por ende responsables del delito, lo anterior con fundamento en el aparato organizado de poder como instrumento necesario para su configuración.⁴⁸

En relación con los coautores, según lo establece el 2° inciso del artículo 29 de Código Penal, son los que *"mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte."*

⁴⁷ Ibídem. Pág. 194

⁴⁸ "No se trata aquí del tradicional dominio de la voluntad de la autoría mediata. El instrumento de que se vale el hombre de atrás es el sistema mismo que maneja discrecionalmente, sistema que está integrado por hombres fungibles en función del fin propuesto. El dominio no es entonces sobre una voluntad concreta, sino sobre una 'voluntad indeterminada', cualquiera sea el ejecutor, el hecho igual se producirá". Álvaro Márquez Cárdenas, La autoría mediata en derecho penal forma de instrumentalización. pág. 244.

Tanto con la coautoría propia e impropia⁴⁹ la diferencia radica en que, la autoría mediata por aparatos organizados de poder existe una relación de verticalidad, es decir parte de la existencia de un predominio de un sujeto sobre el llamado "instrumento" que se encarga de ejecutar la conducta punible, siendo éste fungible. Por lo tanto, no existe un dominio común sobre la conducta ni división de trabajo, como lo plantea la coautoría; acá estamos frente al fenómeno jurídico del dominio de la voluntad sobre un aparato organizado de poder. En la coautoría lo que hay es una relación de horizontalidad sobre el dominio del hecho punible -así se dé dentro de una organización jerarquizada-, y no reconoce la existencia de una organización automática y tácitamente orientada como instrumento sobre el cual se tiene dominio para la comisión de crímenes.

Roxin plantea que imputar a título de coautor en el supuesto de estos aparatos organizados de poder se hace incoherente pues, *"la circunstancia de que la persona de la cúspide deje por completo la ejecución en manos del instrumento que muchas veces se moviliza sin conocimiento personal suyo, habla en contra de estimar coautoría"*.⁵⁰ Por lo tanto, la autoría mediata por aparatos organizados de poder permite al sujeto que tiene dominio sobre el hecho, no participar en la fase ejecutiva pues la organización se encarga de hacerlo.

⁴⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Casación 21900 de 2005. *Esta posición de la Corporación, expresada cuando comenzaba la vigencia del Código Penal de 1980, ha sido mantenida y repetida en forma unánime. Con el tiempo, al primer supuesto (Pedro, Juan y Diego hacen sendos disparos de revólver sobre un tercero y lo matan), se le denominó "coautoría propia", en tanto que al segundo (los agentes activos realizan una misma actividad ilícita con reparto de tareas) se le llamó "coautoría impropia", en atención a que cada cual actúa por su lado, pero todos aportan para el propósito común. Por esta circunstancia, se hacía, y se hace, referencia a la "división funcional de trabajo"*

⁵⁰Iván Fabio Meini Méndez, "La autoría mediata en virtud del dominio sobre la organización", Revista peruana de Doctrina y jurisprudencia penales, Lima, Grijley, N°4 Pág. 268

En igual sentido, el académico colombiano Alejandro Aponte Cardona, ve a la coautoría como una forma de imputación *arcaica* frente a estos fenómenos criminales.

*“Lo que sí es un hecho, es que la fórmula de coautoría impropia, ya **no consulta la realidad de estos escenarios; es anacrónica** y no reduce la complejidad. Está pensada más para pequeñas bandas en las que se da una división relativamente sencilla del trabajo criminal, en la que actúan algunas personas, pero no para aparatos, **para maquinas en las cuales las órdenes se disgregan, todo el trabajo se compartimenta, se fragmenta e involucra a decenas y centenares de personas**”*

⁵¹Énfasis suplido

En relación con los partícipes de acuerdo al artículo 30 del Código penal, lo son el determinador y el cómplice. El primero de ellos, es aquella persona que por cualquier medio, instiga a otro y hace surgir en él la decisión de realizar la conducta punible. Es decir, la conducta se circunscribe a hacer nacer en el otro la voluntad de delinquir, se requiere que esa conductade hacer nacer la voluntad o idear el crimen, sea DOLOSA. Además, debe ser eficiente lo que implica que *“deberá ser incidente en la génesis de la voluntad criminal del inducido, la cual debe tener una materialización consumada o al menos tentada, pues sin ese*

⁵¹ Alejandro Aponte Cardona, Persecución penal en crímenes internacionales: Diálogo abierto entre la tradición Nacional y el desarrollo internacional. Pág. 242

*principio de ejecutividad no puede haber autoría y menos participación en esa modalidad.*⁵²

La diferencia entre la autoría mediata por dominio funcional de aparatos organizados de poder y la determinación, se funda en que en ésta última la orden o sugerencia es específica, mientras que en la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder basta la orden genérica de un determinado proceder para poner en funcionamiento el aparato criminal, así mismo, en la determinación quien ejecuta materialmente la conducta no es "fungible"⁵³, como si ocurre en la teoría de Roxin. Acá, se parte del supuesto en que el hombre de atrás tiene un dominio sobre la ejecución punible, en la determinación no, el agente instigador no tiene dominio sobre el hecho.

La distinción entre determinación y autoría mediata ha sido muy cuestionable, es más, algunos sostienen que frente a estas organizaciones criminales lo coherente es ajustarse a la figura de la determinación argumentando que **"cuando una autoridad ideológica o institucional puede determinar a otro a realizar algo, se trata de una fuerte forma de instigación"**.⁵⁴ Y es que precisamente en la dificultad de distinguir o delimitar la autoría y participación - específicamente lo inherente al autor y al instigador- es que se planteó la solución teórica de Roxin.

Por ello, al encontrar que no es razonable jurídicamente la solución de la determinación debido a que, desde un baremo subjetivo la intención - refiriéndose al éxito de la comisión de la conducta del instigador- es

⁵²CORTE SUPREMA DE JUSTITICA, Sala Penal Sentencia N°. 25974-de 8 Agosto de 2007, Magistrado Ponente: María del Rosario González de Lemos

⁵³ Fungibilidad: intercambiabilidad, concepto que se desarrollará más adelante.

⁵⁴ Iván Fabio Meini Méndez, "autoría mediata en virtud del dominio sobre la organización" Pág. 273

distinta a la del autor. Así que, *“en la relación entre el instigador y el instigado existe una inseguridad con respecto al instigado, en cuanto al éxito de que la conducta se realice; en este sentido, el hombre de atrás no ejerce ningún dominio, sino que utiliza a otro para beneficiarse de los resultados de la ejecución de la conducta. (...) Así el, el instigador domina al instigado, y este dominio del hombre de atrás sobre el ejecutor es un argumento a favor de la autoría mediata.”*⁵⁵

Mientras que el planteamiento de dominio sobre la voluntad a través de aparatos organizados de poder, era la solución –en términos de justicia⁵⁶- más coherente, pues no se puede condenar al hombre de atrás como partícipe, entonces *“si lo que se valora es el injusto de la organización, habrá que afirmar autoría mediata del hombre de atrás, pues él domina la organización”.*⁵⁷

Por lo tanto, afirmar que el hombre de atrás actúa como un determinador significa que le es indiferente si el hecho punible se comete o no, pues desde la naturaleza de su imputación como instigador, su orden carece de importancia y firmeza pues éste no tiene dominio sobre la organización.

Precisamente la necesidad de ir a la génesis de su implementación, pues se debe entender que Roxin la diseñó bajo el supuesto de atribuir responsabilidad penal a los hechos ocurridos en el Holocausto Nazi; ¿cómo se percibiría en el imaginario histórico plantear que Hitler y sus altos mandos eran unos simples determinadores en relación con los

⁵⁵ José Ulises Hernández Plasencia, “la autoría mediata en el derecho penal”, Comares, Granada (1996). Pág. 269

⁵⁶ Aquí nos referimos a cómo define RAE. “aquello que debe hacerse según derecho o razón”

⁵⁷ Iván Fabio Meini Méndez, “autoría mediata en virtud del dominio sobre la organización” Pág. 275

crímenes cometidos durante su gobierno? Por esto la necesidad de atribuir responsabilidad desde la teoría de **autor** y NO de partícipe.⁵⁸

*""(...) Dejándonos guiar de entrada, sin analizar con demasiado detalle, **por un entendimiento previo natural del concepto de 'dominio del hecho'**, es evidente que una autoridad superior competente para organizar el exterminio masivo de los judíos o la dirección de un servicio secreto encargada **de perpetrar atentados políticos dominan la realización del resultado de manera distinta a un inductor común. Nadie vacilaría en atribuir a quien da las órdenes una posición clave en el acontecer global, posición que no le corresponde a los meros instigadores en los casos de criminalidad 'común'**". (Énfasis suplido)*

El origen de esta forma única de autoría se construye a partir de unos crimines que fueron cometidos por organizaciones criminales que se ocultaban dentro de una estructura estatal⁵⁹ y que pese a su apariencia de Estado legalmente constituido, su propósito estaba gobernado para la comisión de los más graves crimines cometidos contra la humanidad. Así que, se requería atribuir responsabilidad penal en sede de autoría a los sujetos del escritorio o altos mandos militares que no estaban ejecutando directamente los delitos.

3.3.- Requisitos

⁵⁸ Ibídem Pág.276

⁵⁹ Claus Roxin, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal. España: Marcial Pons, (1998). Pág. 277

La teoría de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder del profesor Alemán Claus Roxin se concibió bajo unos límites precisos,⁶⁰ que de incumplirse acarrearían la imposibilidad de aplicar ésta formulación y necesariamente acudir a las tradicionales formas de autoría y participación y de no encajar en ninguna de ellas: **exclusión de la responsabilidad penal por atipicidad de la conducta.**

La creación de esta teoría –como se ha dicho a lo largo de este escrito– respondió a unos acontecimientos determinados que hicieron necesaria la creación de una forma de imputación que respondiera a esas nuevas formas de comportamiento criminal organizado.⁶¹

Las formulas clásicas de autoría no abarcaban estas condiciones fácticas y en esos supuestos es que se advierte la necesidad y fundamentación de su formulación. Por ello, la autoría mediata clásica, la coautoría y la determinación no permitían solucionar las dificultades que planteaba esta nueva realidad criminal.

Cuáles son esos requisitos o condiciones que permiten la aplicación de esta teoría, desde el planteamiento original de Roxin:

3.3.1.- *Dominio de la Organización de los Autores Mediatos*

⁶⁰ Fernando Velásquez citando a Roxin y a la Corte Suprema de Justicia: “i) *poder de mando [Anordnungsgewalt]*”, o “*dominio de la organización, bastando con ocupar cualquier puesto en la misma siempre que se tenga la capacidad de impartir órdenes a los subordinados, es decir, que pueda dirigir la parte de la organización a él sometida*”; ii) “*la desvinculación del ordenamiento jurídico [Rechtsgelöstheit] del aparato de poder*”, esto es, “*que el aparato u organización actúe como un todo al margen del Derecho*”; iii) “*la fungibilidad del ejecutor inmediato*” “*–que no es irresponsable–*”, o sea, que pueda ser “*libremente intercambiable*”; y iv) “*la considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor*”.

⁶¹Walter Fabián Vásquez Ramírez: “*concretamente, la influencia de Claus Roxin en toda esta temática se da a partir del desarrollo que dio su teoría de la autoría mediata a través de los aparatos organizados de poder para explicar el juicio de al que fue sometido Adolf Eichman, capturado en Argentina, en el Tribunal de Jerusalén.*” / Revista Electrónica. UA Pág.6

Como se ha venido explicando, la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder es una de las expresiones de la autoría por DOMINIO del hecho.

La cuestión particular que presenta esta forma de autoría es que el dominio del hecho no se predica sobre una persona que goza de unas cualidades determinadas (inimputable o persona que ejecuta el punible por error o por coacción) sino por el contrario, el postulado de Roxin plantea que el sujeto de atrás o autor mediato tiene un dominio sobre un aparato, organización o estructura que es el instrumento del cual se vale para la ejecución de los crímenes. Es de ahí que su formulación permite que existan dos responsables, tanto el autor mediato (hombre de atrás) como el ejecutor material de la conducta o autor directo.

De manera que, el sujeto debe ostentar una calidad propia que le permita tener DOMINIO sobre el aparato organizado de poder.⁶² El hombre de atrás somete y direcciona el acontecer criminal de la organización; es él el que quiere el hecho criminal como suyo y por ello el aparato es el instrumento perfecto para la comisión de sus delitos.

Expone el profesor alemán sobre este requisito que, debe existir el *"poder de mando (Anordnungsgewalt), o dominio de la organización, bastando con ocupar cualquier puesto en la misma siempre que se*

⁶² Walter Fabián Vásquez: *"La autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, es una forma de dominio de la voluntad (diferente al error o la coacción) que, como se decía, pretende explicar la responsabilidad penal en aquellos eventos en que interviene en la ejecución del hecho punible un aparato organizado de poder; se trata de aquellos eventos en que para la ejecución del hecho se utiliza como instrumento no a una persona individualmente considerada sino a un aparato de poder como tal."* / Revista Electrónica. UA Pág. 10

*tenga la capacidad de impartir órdenes a los subordinados, es decir que pueda dirigir parte de la organización a él sometida*⁶³.

Así mismo, Roxin indica que el dominio del sujeto sobre la organización se hace imperiosa en este tipo de organizaciones, en la medida que el verdadero autor material tiene una lejanía del lugar de comisión del punible; lo anterior toda vez que bajo los presupuestos normales entre más lejos esté el autor del lugar de comisión de la conducta punible, menos será el grado de responsabilidad y menores serán las posibilidades de que sea calificado como partícipe.

Cosa distinta ocurre en estos fenómenos criminales donde la existencia del aparato organizado de poder niega lo anteriormente planteado, pues *"el **dominio de organización compensa el déficit de lejanía** del que ocupa un puesto prominente en dicha organización y la relación entre el autor detrás del autor y el ejecutor no se encuentra más estructuralmente abarcada por la figura de la instigación"*.⁶⁴

En esa medida, el dominio que tiene el "hombre del escritorio" u hombre de atrás sobre el punible le es indiferente el espacio o distancia sobre la ejecución material del delito, es más su responsabilidad –relacionada con el poder de dominio- se incrementa a medida que se sube en la

⁶³ Claus Roxin, Dominio de la organización, Pág. 11

⁶⁴ Eduardo Aboso, citando a Roxin: *"En un caso normal, la lejanía del lugar de la comisión del hecho por parte del que imparte la orden letal debería ser valorada en carácter de participación, ya que el autor da la orden ocupa una zona contigua al suceso principal y de acá que no pueda afirmarse el dominio del hecho. Sin embargo, la intermediación de un aparato de poder invierte la presente cuestión, ya que este dominio de organización compensa el déficit de lejanía del que ocupa un puesto prominente en dicha organización y la relación entre el autor detrás del autor y el ejecutor no se encuentra más estructuralmente abarcada por la figura de la instigación"*. Pág. 7

cadena de mando. Es decir, entre más lejano esté del autor directo del crimen, mayor será su responsabilidad.⁶⁵

Explica el profesor ESIQUIO MANUEL SÁNCHEZ HERRERA: *"el dominio del hecho lo hace descansar Roxin en el funcionamiento peculiar del "aparato" que está a disposición del "sujeto de atrás", el cual opera casi "automáticamente", sin importar la persona individual del ejecutor."*⁶⁶

3.3.2.- Fungibilidad de los Ejecutores Materiales

La fungibilidad del instrumento es consecuencia del dominio del hecho, pues éste explica la fungibilidad o intercambiabilidad de los ejecutores materiales. Esta condición simboliza la capacidad de ejecución del hecho punible por cualquiera de los miembros dentro de la organización. Es decir, el aparato organizado de poder actúa de forma autónoma y por lo tanto le es indiferente la identidad variable de los sujetos que lo conforman.⁶⁷

Lo cual implica que cada miembro funciona como un "engranaje"⁶⁸ para la organización, por lo que ante la negativa o imposibilidad de alguno de

⁶⁵ Zaffaroni apunta al respecto que: *"la regla que establece un sujeto que se encuentra más alejado de la víctima y de la conducta homicida, tiene menor dominio del hecho, en los casos de aparatos organizados de poder sufre una inversión, pues cuanto más alejado el ejecutor está de las víctimas más cerca se encuentra de los órganos ejecutivos de poder, lo que le proporciona mayor dominio del hecho."* Pág.266

⁶⁶ Sánchez Herrera Esiquio Manuel, en *"Revista Huellas 72"*, Fiscalía General de la Nación, 2011. Citando a Claus Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. España: Marcial Pons, (1998). Pág.272

⁶⁷ Eduardo Aboso, citando a Roxin: *"(...) Esta organización funciona "sintetiza el autor" en forma independiente de a identidad variable de sus miembros. Es decir poco importa la identidad del ejecutor en el caso particular analizado, porque la estructura organizada de poder presenta una actividad independiente a la de sus integrantes, lo que garantiza que el que ocupa la cúspide de la organización pueda valerse en forma indistinta e impersonal de varios ejecutores para llevar a cabo la realización delictiva"*. Pág. 24.

⁶⁸ Faraldo Cabana, Patricia, *Responsabilidad Penal del dirigente en estructuras jerárquicas: "La idea de que el instrumento en manos del hombre de atrás es la organización y no el ejecutor individual, de que el dominio del hombre de atrás se ejerce sobre el aparato de poder, permitiría vincular la fungibilidad o*

los ejecutores materiales de realizar la conducta, de igual forma el punible será consumado a través de cualquier otra pieza –sujeto-.

La fungibilidad se explica- según Roxin- en que *"si el miembro de la de la organización al cual se le da la orden decide no cumplir con ella, puede ser remplazado oportunamente por otro que de todas formas la va ejecutar y en ello puede confiar el jefe o vértice de la organización que da la orden por la estructura jerárquica, vertical de la misma"*.⁶⁹

Desde la cúspide, el hombre de atrás solo debe dar la orden de la comisión del punible y, la misma organización se encargará de encontrar el sujeto que directamente la perpetre. Roxin señala que:

*"(...) el agente no se presenta como una persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible. **El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje -sustituible en cualquier momento- en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de atrás, junto con él, al centro del acontecer"**. (Énfasis suplido)*

Por lo tanto, el que domina el hecho como dirigente del aparato organizado de poder da la orden criminal y en virtud de ese mandato todo el aparato se pone en función del cumplimiento de la misma. Entonces, el jefe de la organización tiene a su disposición- en virtud de

intercambiabilidad de los integrantes de la organización con el dominio que ejerce el hombre de atrás sobre la organización, que le faculta para prescindir de ejercicio de coacción de cualquier tipo o de causar o aprovechar un error en el ejecutor". Pág. 195

⁶⁹ Claus Roxin, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal. España: Marcial Pons, (1998). Pág.276

una estructura organizada de poder- un conjunto de *recursos humanos* preparados para la ejecución de los delitos.⁷⁰

3.3.3.- *La desvinculación del Derecho*

Es uno de los aspectos nucleares para el desarrollo del problema que se plantea en este escrito. La desvinculación del Derecho, radica en que el aparato organizado de poder debe operar al margen del ordenamiento jurídico, la estructura, aparato u organización *por su naturaleza* actúa de manera contraria a Derecho.

En ese sentido, su funcionamiento no está amparado por la ley, pues de estarlo ***“las órdenes de cometer delitos no pueden fundamentar dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas, y con ello el poder de voluntad del sujeto de atrás”***.⁷¹ Es decir, sí el proceder del aparato organizado de poder está amparado por el ordenamiento jurídico, la fundamentación de la autoría mediata por aparatos organizados poder **se destruye, pues no existiría dominio sobre el hecho punible**, aspecto mucho más que trascendental para la configuración de esta teoría.

Lo anterior, tiene lógica en la medida que la organización en su conjunto debe funcionar transgrediendo el orden jurídico, pues de no ser así se

⁷⁰ Eduardo Aboso: *“a este fenómeno se suma el decisivo criterio de fungibilidad del ejecutor, con arreglo al cual el autor de detrás del autor sabe de antemano que si algún de los (sic) agencias gubernamentales elude cumplir con la orden de muerte dada por él, en forma inmediata otra sección o división se encargará de hacerla cumplir. Con ello se pone de resalto que el dominio del hecho del autor mediato en esta constelación de supuestos, al lado de las autorías mediatas por error y coacción, está dado por la disponibilidad de recursos humanos, llámese ejecutores, que tiene a su disposición el jefe de la organización. En este supuesto, Roxin acude al criterio objetivo: la fungibilidad del ejecutor para poder cimentar esta nueva forma de autoría mediata”*.

⁷¹ Claus Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. España: Marcial Pons, (1998). Pág.248

está obrando en Derecho y en ese sentido no existiría reproche penal alguno para el sujeto de atrás.

Circunstancia que deja sin fundamento una posible imputación bajo esta teoría, pues las órdenes de los mandos altos y medios son absolutamente LEGALES, es decir de aquellos sobre los cuales se les podría configurar una posible autoría mediata, pues tendrían “dominio del hecho”. Distinto sería que un particular dentro del aparato organizado de poder actuara por sí mismo para la comisión del punible, evento que es inocuo para concebir la autoría mediata de Roxin, ya que se dejaría a un lado al aparato como instrumento.⁷²

Lo anterior, parecería que dejara a un lado la comisión de los crímenes cometidos por organismos estatales, pero ello no es así. Vale la pena recordar que la noción de esta teoría se cimentó en concordancia con crímenes cometidos por Estados.

De esta manera, Roxin plantea dos escenarios que se pueden presentar: primero, la comisión de crímenes por estados dictatoriales y segundo, mediante organizaciones clandestinas o paraestatales.⁷³ Respecto de la primera, éste señaló:

⁷² Walter Fabián Vásquez, citando a Roxin: “La tercera característica que predica Roxin respecto a los aparatos organizados de poder es la limitación del dominio de la organización a los aparatos al margen de la legalidad, expresa este autor que en los casos de estructuras que actúan dentro de los límites del derecho, la ejecución de órdenes antijurídicas responden a la actuación guiada por iniciativa particular y no la de la maquinaria de poder como tal. Este requisito se explica en virtud de que sólo se puede esperar una ausencia total de motivación por las normas que prohíben ciertos comportamientos, por parte de grupos de personas totalmente ajenas a la legalidad”.

⁷³ Eduardo Aboso, Citando a Claus Roxin: “(...)Este autor termina por afirmar que el dominio de la voluntad por medio de un aparato organizado de poder puede presentar dos manifestaciones típicas: el **estado dictatorial y las organizaciones clandestinas** que se comportan <<un Estado dentro del Estado>>.- concluye este autor diciendo que la praxis debe hacer frente a las dificultades que presentan estas formas extremas de actuaciones delictivas en lugar de aceptar de manera favorable las categorías heredadas como un arsenal conceptual acabado, cuya inutilidad queda demostrada. Por el contrario, el concepto de dominio del hecho no es un concepto cerrado en sí mismo, sino uno abierto”. Pág. 9

*“Sólo es aplicable frente a los crímenes cometidos por fuerzas estatales cuando éstas se hallen en un contexto en el cual ya no estén vigentes las garantías del Estado de Derecho (una dictadura por ejemplo) y en el que, en consecuencia, los miembros de los poderes estatales puedan partir de la premisa de que las órdenes de sus superiores les van a impartir van a ser, por principio, antijurídicas”.*⁷⁴ (Énfasis suplido)

Ejemplo de lo anterior fueron los crímenes que se cometieron durante la Segunda Guerra Mundial y aquellos que se presentaron durante algunas dictaduras en Sur América. En esos momentos, no quedaba duda que el aparato funcionaba con conciencia de antijuridicidad, cada miembro de la organización tenía conocimiento de que la orden que estaba ejecutando iba en contravía del orden legal.⁷⁵

Asimismo, se dificulta la existencia en la actualidad de estos Estados Dictatoriales, dice Roxin,⁷⁶ pero no estamos lejos de encontrar

⁷⁴ Carlos Alberto Suarez López, Citando a Roxin: Aproximación a la problemática de la responsabilidad penal de los jefes de las organizaciones criminales: un estudio de Derecho comparado. Pág. 21

⁷⁵ Faraldo Cabana: “(...) *El estado criminal, cuyo ejemplo más notorio es el régimen nacionalsocialista alemán (...) organizaciones estatales, cuando empiezan a actuar de forma delictiva en la persecución de objetivos fijados por el Estado, de lo que constituyen un ejemplo las dictaduras militares en América del Sur y la guerra sucia contra el terrorismo, la disidencia política o la guerrilla (...) [y] movimientos clandestinos, organizaciones delictivas y asociaciones ilícitas en general que persigan objetivos contrarios al ordenamiento jurídico establecido*”.

⁷⁶ Carlos Alberto Suarez López, Citando a Roxin : “(...) *En caso contrario, es decir, si una autoridad estatal en el marco de un Estado de Derecho determina a sus subordinados a cometer delitos, su intervención debe considerarse como de determinación o instigación, salvo que medie coacción o error (cfr. Roxin, 2000 (a): 277).*28 Esto limita notablemente la aplicabilidad de esta teoría frente a las estructuras de poder organizadas de carácter estatal, pues no van a ser muchos los casos, por lo menos en la actualidad, en los cuales podamos afirmar de forma categórica que en un Estado no se encuentran vigentes definitivamente las garantías propias del Estado de Derecho”.

circunstancias políticas en países del Medio Oriente -caso Siria, Egipto- y sin ir muy lejos, la situación actual de Venezuela, escenarios ideales en los cuales se puede llegar a configurar la teoría de la autoría mediata por aparatos organizados de poder.

En lo referente a las organizaciones clandestinas o paraestatales, son aquellas que operan al margen de la ley, pues crean un “Estado dentro del Estado”. Por ello, la ilegalidad de la organización se hace más que evidente, pues su lucha u operación está encaminada a desconocer las instituciones públicas del Estado, por eso buscan a través de la criminalidad resquebrajar el orden legal del Estado imperante para imponer su ideología criminal.⁷⁷

Ejemplo de esta forma de criminalidad clandestina o paraestatal son las AUC, las FARC, ELN el mismo Narcotráfico que algunas veces permean instituciones del Estado para la comisión de los delitos. Organizaciones que se muestran como paralelas al Estado, en el sentido de hacer una lucha frontal al mismo, con similitud de poderes,⁷⁸ pero con la distinción que una actúa bajo los estamentos legales y la otra NO.

En ese tipo de organizaciones (FARC, ELN y AUC) sí existen los presupuestos claros para la configuración de la autoría mediata en estructuras organizadas de poder. Son organismos donde hay sujetos identificables como arquitectos, jefes o superiores que tiene dominio

⁷⁷ Héctor Lara, Autoría Mediata por Dominio de la Voluntad: “(..) *Dos son las hipótesis en que tendría cabida: primero, cuando el delito es atribuible a quienes ostentan el poder estatal, utilizando organizaciones subordinadas a ellos; segundo, tratándose de movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas de criminales y grupos semejantes, creando un Estado dentro del Estado.* Pág. 23

⁷⁸ Similitud de poderes, por cuanto tienen Fuerzas Armadas, representantes o voceros, financiación, todo un sistema de organización social que tiene ciertas similitudes a un Estado. En ellos se puede ver las mismas estructuras de las AUC, del ELN de las FARC. Con representantes, superiores, todo un organismo verticalizado con funcionalidad similar a un órgano del Estado.

sobre toda una estructura militar o aparato criminal, donde el hombre de atrás no tiene que conocer a los ejecutores materiales -por ser fungibles- de los delitos, pues confía en el automatismo de su Frente o Tropa.⁷⁹

3.4.- *Evolución de la teoría y aplicación en el Derecho Comparado*

En este punto se esbozarán algunos de los casos más relevantes en la historia, con el fin de entender el desarrollo que tuvo esta teoría alrededor de los distintos Tribunales y así exponer algunos apartes de las decisiones que figuraron como principios fundantes de la autoría mediata por aparatos organizados de poder como nueva forma de autoría.

- *Aplicación en Alemania*

Como se ha decantado a lo largo de este trabajo investigativo, Alemania fue la sede del nacimiento de la teoría de Roxin, el caso de "*Statschinsky*" y el de "*Eichman*" se mostraron como los procesos que impulsaron la admisibilidad de esta forma de autoría en el Derecho Penal.

En lo pertinente a esta forma de autoría y su pre concepción como modalidad de atribución de responsabilidad de los hechos que se le imputaron a *Eichman*, se plantearon diversos argumentos que fueron

⁷⁹ Alejandro Aponte, citando decisiones pioneras de la Fiscalía: "*Esta teoría, antes que una posición dogmática, refleja lo que sucede en organizaciones como las FARC, en donde quienes conforman su cúpula (...) pueden confiar que sus órdenes se van a cumplir sin que tengan que conocer al ejecutor, sin que tengan que acudir a medios coactivos o engañosos, pues saben que si uno de los miembros que participan en la comisión de los delitos no cumple su cometido, otro lo reemplaza, no quedando afectada la ejecución del plan global*". Pág.241

abordados por los Tribunales para el desarrollo de esta teoría. Así por ejemplo, la defensa de éste, argumentó dentro de su estrategia que él no era el responsable del exterminio de los judíos:

“Según la defensa, la eventual negativa del acusado a obedecer las órdenes ilegales no habría surtido efecto alguno en la ejecución del exterminio de los judíos y por eso no habría importado a sus víctimas. La maquinaria de impartir órdenes habría seguido funcionando como lo hizo después de que mataran a HEYDRICH. Aquí estriba la diferencia con los crímenes individuales. Frente a la orden del todopoderoso colectivo, el sacrificio carece de sentido. Aquí el crimen no es obra del individuo; el propio Estado es el autor.”⁸⁰

Frente a lo anterior el Tribunal Regional de Jerusalén desestimó el argumento de la defensa en relación a que *Eichman* NO tenía dominio real sobre los delitos, por eso Tribunal manifestó:

*“La proximidad o lejanía de uno de otro, de entre estos muchos delincuentes, al que mató realmente a la víctima, **no puede influir en absoluto en el alcance de la responsabilidad. La medida de responsabilidad más bien aumenta cuanto más alejado se esté de aquél que con sus manos hace funcionar el arma asesina y más se***

⁸⁰ Claus Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. España: Marcial Pons, (1998). Pág.202

acerque uno a los puestos superiores de la cadena de mando (...)⁸¹ (Énfasis suplido)

Posición que compartió Roxin, pues la pérdida de proximidad del *Eichman* con los ejecutores materiales, es una circunstancia que es compensada con el dominio que tenía él sobre el aparato organizado de poder y es que como se explicó; a mayor distancia por la cadena jerárquica o de mando, mayor es el grado de responsabilidad. Este uno de los elementos OBJETIVOS de esta teoría, que se expresa en el dominio de la organización.

Otro de los casos en los cuales se vio necesaria la aplicación de esta forma de autoría fue en los crímenes cometidos por Soldados en el Muro de Berlín, mejor conocido como los del "*Consejo Nacional de Defensa*".

Los hechos, se refirieron a los crímenes cometidos por "*los integrantes del Consejo Nacional de Defensa de la antigua República Democrática Alemana por los disparos realizados en el muro de Berlín por guardias fronterizos contra quienes intentaron cruzar la frontera hacia Alemania Occidental. Estos soldados cumplían la orden de evitar de cualquier manera (aún con disparos o minas antipersonales) la huida de personas del país y el cruce del muro que separaba a las dos Alemanias; órdenes que eran impartidas por el Consejo Nacional de Defensa, organismo encargado de fijar la política de la frontera*".⁸²

En primera instancia el Tribunal atribuyó responsabilidad a los superiores como determinadores. Sin embargo, en segunda instancia el

⁸¹ *Ibíd.* Pág. 247

⁸² Carlos Alberto Suarez López, Pág. 36-37

Máximo Tribunal se adhirió a la tesis del profesor Alemán Claus Roxin e indicó:

*"Empero, hay grupos de casos en los que, pese a **que el ejecutor actúa con responsabilidad plena, el aporte del hombre de atrás conduce casi automáticamente a la realización del tipo buscada por él.** Lo anterior puede darse cuando el hombre de atrás se sirve de determinadas condiciones previas a través de estructuras de organización, dentro de las cuales su aporte al hecho desencadena cursos regulares. Semejantes condiciones previas asociadas a cursos regulares entran en consideración particularmente en estructuras de organización estatal, empresarial o de tipo comercial y en jerarquías de mando. Si en un caso tal el hombre de atrás actúa conociendo estas circunstancias, **si se sirve en particular también de la predisposición incondicionada del que actúa de modo inmediato para cumplir el tipo y si quiere el resultado como consecuencia de su propio actuar, entonces es autor en forma de autoría mediata**".⁸³ (Énfasis suplido)*

⁸³ Carlos Alberto Suarez citando: "Obsérvese, en todo caso, que en esta sentencia el BGH utiliza una doctrina que es una mezcla de la tesis de Roxin y la tesis de Schroeder, dado que fundamenta la autoría mediata también en el criterio de la "resolución al hecho" del ejecutor material esbozado por este último. Así lo reconoce el propio Roxin (cfr. 2007: 515 y 516).

Entendió el Tribunal que los supuestos fácticos que se presentaron en el *Muro de Berlín*, hacían coherente -según la dogmática penal-⁸⁴ atribuir responsabilidad penal a los altos mandos y dirigentes a través de la autoría mediata en aparatos organizados de poder.

Así se explicó el Tribunal Alemán (BGHST): *"el autor detrás del autor tiene en casos como el presente un modo decisivo y también una voluntad abarcadora del dominio del hecho, puesto que él sabe que alcanza el dominio del hecho desde el intermediario, pero se representa a través de las condiciones en el marco de la decisión emitida contra derecho sin obstáculo de éste del resultado querido"*.⁸⁵ De esta manera, el Tribunal Superior Alemán encontró que los imputados tenían dominio del hecho sobre la ejecución de los homicidios ocurridos en el *Muro de Berlín*.⁸⁶

- *Aplicación en las Dictaduras de Sur América*

⁸⁴ Eduardo Aboso Citando a Schroeder: *"En esta sentencia –explica Schroeder - el BGH se aparta de la línea trazada en fallos anteriores sobre la base del principio de responsabilidad, según el cual la realización absolutamente responsable por parte del autor inmediato excluye la del autor mediato. (...)Es necesario aclarar que la jurisprudencia del BGH utilizó en forma inveterada el criterio subjetivo para poder distinguir entre autor y partícipe. Así, en el ya citado caso << Statschinsky >>, como también el célebre << caso de la bañera >>, el Tribunal Superior alemán utilizó el baremos subjetivo del interés del autor para concluir que en ambos supuestos quien había realizado la conducta prevista en el tipo penal aplicable sólo podría ser considerado como cómplice atento la ausencia de todo interés personal de éxito de la ejecución del hecho."* pág. 16-17

⁸⁵ Citando aparte del BGHST (Tribunal Alemán), Eduardo Aboso; Pág. 18, y 40. 219

⁸⁶ *ibídem*; "(...) Los imputados eran, como integrantes del Consejo Nacional de Defensa, miembros de un gremio, cuyas decisiones, que descansaban sobre el régimen de frontera de la DDR, eran presupuestos obligatorios para las órdenes fundamentales. Ellos sabían que las órdenes dadas serían ejecutadas por tratarse de decisiones adoptadas por el Consejo Nacional de Defensa. Ellos estaban informados sobre las víctimas provocadas por la instalación de minas en la frontera y por las órdenes de disparo. Las ejecuciones de las acciones que condujeron de modo inmediato al homicidio, actuaron en una jerarquía militar de forma subordinada, en la cual su rol estaba fijado" Pág. 19.

La tesis de Roxin no se ha limitado solo a los Tribunales Europeos, también hizo eco en la jurisprudencia Americana, específicamente en el cono sur.

Argentina ha aceptado la aplicación de la teoría y encontró en ella el instrumento jurídico para atribuir responsabilidad durante los crímenes cometidos en la Dictadura Militar, así que *"adoptaron la tesis roxiniana para condenar en calidad de autores mediatos a los generales de la dictadura que ocupó de facto el poder en dicho país entre 1976 y 1983, los cuales organizaron y ordenaron las muertes y desapariciones de miles de personas opositoras al régimen durante los años setenta, sin llevar a cabo de manera personal y directa los secuestros y asesinatos, que fueron ejecutados por otros."*⁸⁷

La posición mayoritaria se ajustó a la teoría del dominio del hecho, la doctrina lo avalaba y así mismo en el fallo del 9 de diciembre de 1985 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, lo aplicó:

"Sin embargo, a juicio del Tribunal, para establecer el modo de participación de los procesados carece de importancia el determinar la eventual responsabilidad de los ejecutores. Ello así, pues sean o no responsables quienes realizaron personalmente los hechos, los enjuiciados mantuvieron siempre el dominio sobre éstos y deben responder como autores mediatos de los delitos cometidos [...]."

⁸⁷ Carlos Alberto Suarez López, Pág.18

Los procesados tuvieron el dominio de los hechos porque controlaban la organización que los produjo. Los sucesos juzgados en esta causa no son el producto de la errática y solitaria decisión individual de quienes los ejecutaron sino que constituyeron el modo de lucha que los comandantes en jefe de las fuerzas armadas impartieron a sus hombres. Es decir que los hechos fueron llevados a cabo a través de la compleja gama de factores (hombres, órdenes, lugares, armas, vehículos, alimentos, etc.) que supone toda operación militar. (...)

En este contexto, el ejecutor concreto de los hechos pierde relevancia. El dominio de quienes controlan el sistema sobre la consumación de los hechos que han ordenado es total, pues aunque hubiera algún subordinado que se resistiera a cumplir, sería automáticamente reemplazado por otro que sí lo haría, de lo que se deriva que el plan trazado no puede ser frustrado por la voluntad del ejecutor, quien sólo desempeña el rol de mero engranaje de una gigantesca maquinaria".⁸⁸
(Énfasis suplido)

Esta conclusión se tomó después de ensayar las diversas teorías de participación criminal; además de encontrar que efectivamente las

⁸⁸ Ezequiel Malarino, "el caso Argentino" , Pág. 49-50

órdenes de los altos mandos eran ilícitas⁸⁹, aunque fueran encausadas con motivo de un acto de servicio, pues todas ellas se realizaron por conducto de las Fuerzas militares.⁹⁰

- *Aplicación en Perú-Caso FUJIMORI*

Es uno de los fallos más recientes y con mayor importancia para la academia y jurisprudencia internacional, pues se implementó esta teoría con el fin de imputar responsabilidad penal al ex presidente ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI, por los crímenes de lesa humanidad cometidos en su mandato entre 1991 y 1992.⁹¹

En primer término, se realizó por parte de la Comisión de Verdad de Perú todo un estudio -si se puede decir- de *factibilidad* o *viabilidad* de la teoría de Roxin en el caso de los crímenes perpetrados durante el gobierno de Fujimori.

Por eso mismo, la primera labor fue descartar las distintas formas de autoría, *“en cuanto a otras formas de imputación, la Sala Especial seña-*

⁸⁹ Se trataba de una Dictadura que tomó el poder de facto, su actuar no estaba legitimado por el orden legal. Así lo explica el profesor Alejandro Aponte

⁹⁰ La Sentencia tomo II, citado por Aboso: “ (...) *En efecto, los procesados se encontraban en pleno ejercicio de mando de las fuerzas armadas, y en su carácter de comandante en jefe, emitieron las órdenes ilícitas, dentro de un marco de operaciones destinadas, dentro del marco de operaciones destinadas a combatir la subversión terrorista, actividad esta última que resulta indudablemente vinculada con el cumplimiento de las funciones que a ellos les correspondía desempeñar en virtud de expresas disposiciones legales*”. Pág79

⁹¹EL JUICIO A FUJIMORI: RESPONSABILIDAD DE UN PRESIDENTE POR CRÍMENES.. Kai Ambos, : *“en 2009, el ex presidente peruano Alberto Fujimori fue condenado por la Sala Penal Especial y posteriormente en apelación por la Primera Sala Transitoria, ambas de la Corte Suprema de Justicia, por graves violaciones del derecho internacional de los derechos humanos, específicamente por crímenes de lesa humanidad cometidos entre 1991 y 1992 durante su presidencia. Las condenas contra Fujimori como autor mediato se basan en la teoría del dominio del hecho mediante un aparato organizado de poder (autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder, mittelbare Täterschaft kraft Willenherrschaft in organisatorischen Machtapparaten).*” Pag. 231

la que —respecto a la coautoría— acorde al argumento planteado por Roxin, falta entre el autor directo y el nivel estratégico superior, que controla el aparato de poder organizado, un plan criminal de mutuo acuerdo y con distribución del trabajo en función de una horizontalidad necesaria. En su lugar, el autor por mando imparte, en términos de una estructura vertical, ordenes que son llevadas a cabo en el nivel más bajo por los autores ejecutivos. El jefe del aparato de poder organizado puede confiar en que el crimen será cometido a causa del funcionamiento independiente del aparato de poder y de la disposición criminal del autor directo. En segundo lugar, la Sala rechaza el supuesto de una instigación, ya que ignoraría el rol de Fujimori como una figura central del aparato de poder. En tercer lugar, descarta la figura de la responsabilidad del superior, ya que Fujimori jugó un papel activo en los hechos, lo cual no da lugar a hablar acerca de una responsabilidad por omisión".⁹²

Ya descartados todos los otros escenarios, el debate se centró en imputarle responsabilidad penal a *Fujimori* como autor mediato en aparatos organizados de poder. Para ello, se discriminaron cada uno de los presupuestos de la teoría de Roxin y se compararon con el escenario Peruano.

Respecto del primero de ellos, *el dominio sobre el aparato organizado de poder*, la Corte Peruana refirió:

"(...) abusando de su posición de mando y pervirtiendo el uso legítimo de su poder, fue configurando desde mil novecientos noventa,

⁹² *Ibíd.* Pág. 257

*conjuntamente con su asesor Vladimiro Montesinos Torres y con el apoyo directo del general EP Hermoza Ríos, quien ocupó los más altos cargos en la jerarquía castrense, un aparato organizado de poder en base a las unidades centrales y derivadas del SINA, las mismas que fueron cooptadas en sus niveles más altos de comando*⁹³(Énfasis suplido)

Ahora, en ocasión al segundo presupuesto; *Fungibilidad de los Ejecutores Materiales*, el máximo Tribunal peruano indicó:

*"(...) en todos los delitos sub judice la **condición fungible de los ejecutores así como su disposición al hecho y su no relación directa ni horizontal con el acusado**, posibilitan afirmar la posición de autor mediato de éste como ente central con poder jerárquico de dominio sobre el aparato de poder, cuyo automatismo conocía y podía controlar a través de sus mandos intermedios".*⁹⁴

Por último respecto de *la desvinculación que tiene el aparato con el orden jurídico*, La Corte Suprema de Justicia de la República de Perú señaló:

*"En tal contexto y praxis el hilo conductor **subyacente fue la eliminación de presuntos***

⁹³ Alejandro Aponte en su trabajo de Persecución de crímenes estatales, citando a la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú. Pág. 250

⁹⁴ *Ibíd*em 250-251

terroristas y sus órganos o bases de apoyo. La estrategia específica acordada para ello fue la identificación, ubicación, intervención y eliminación física de los integrantes y simpatizantes de los grupos terroristas. En el nivel táctico, el patrón operativo para la aplicación de tal estrategia partía de recolectar información sobre los focos subversivos así como sus componentes, para, luego, eliminarlos con operaciones especiales de inteligencia a cargo de unidades especializadas del SIE. Las cuales serían adscritas y supervisadas por el SIN, con el apoyo logístico y coordinación de la Comandancia General del Ejército".⁹⁵ (Énfasis suplido)

Se exalta la labor realizada por la Corte Suprema del Perú, pues se ocupó de hacer un estudio cuidadoso del ejercicio dogmático⁹⁶ requerido para que la teoría de Roxin fuera el instrumento jurídico para atribuir responsabilidad penal a Fujimori como superior jerárquico que NO ejecutó materialmente la conducta, ni dio orden explícita⁹⁷ para la

⁹⁵ *Ibíd.* Pág. 251

⁹⁶ Alejandro Aponte Cardona: "Como se ve, en la providencia, que es además muy extensa y compleja, se adecuan la sociología de los actores y de sus actos, a los postulados dogmáticos. Se trata del presupuesto de partida de toda nuestra reflexión: es la sociología la que brinda contenido real a las figuras dogmáticas, tanto más en el terreno arduo de la protección penal de derechos humanos: las teorías constituyen más, tipos ideales a la manera de Max Weber, que presupuestos absolutos y previos a los hechos". Pág 252

⁹⁷ Kai Ambos, EL JUICIO A FUJIMORI: RESPONSABILIDAD DE UN PRESIDENTE POR CRÍMENES...: "Esto también se ve en el caso de Fujimori. Después de más de cien audiencias y de la comparecencia de numerosos testigos, la Sala no pudo presentar pruebas directas de la responsabilidad penal de Fujimori en los casos Barrios Altos y La Cantuta88, sino que tuvo que basarse fundamentalmente en indicios (prueba indiciaria)."

realización de los crímenes de lesa humanidad perpetrados durante su mandato.

**SEGUNDA PARTE: *LA TEORÍA DE LA AUTORÍA
MEDIATA A TRAVÉS DE APARATOS
ORGANIZADOS DE PODER EN LA
JURISPRUDENCIA NACIONAL 2007-2014***

CAPÍTULO I PRINCIPALES FALLOS JURISPRUDENCIALES EN LOS QUE SE HA APLICADO LA TEORÍA DE LA AUTORÍA MEDIATA POR APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

Se ha debatido sí la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder esta incluida en la formas de autoría que ofrece el Código Penal Colombiano (Ley 599 del 2000), pues acudiendo a criterios objetivos, el Código penal NO aprecia está forma de autoría de manera expresa, en la medida que el artículo 29 se limita a indicar que: *Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento.*

En principio, la norma citada no hace referencia al aparato organizado de poder, si realizáramos una interpretación exegética de la norma en cita, la autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder no estaría consagrada. Ahora bien, la norma hace referencia expresa a la autoría mediata en su formulación clásica toda vez que indica que también es autor aquel que usa a otro como *instrumento*⁹⁸.

Sin embargo, más allá de la consagración expresa de ésta forma de imputación, si de lo que se trata es de aplicar con estricto rigor la dogmática penal como herramienta absolutamente necesaria para solucionar problemas jurídico-penales con criterios de legalidad, racionalidad y garantísmo -para todos-, bien puede admitirse una interpretación extensiva del artículo 29, que permita la imputación de

⁹⁸ Publicación javeriana, 2010 citando Kai Ambos: “De esta manera, se dejaría por fuera cualquier tipo de consideración acerca de las estructuras organizadas de poder. Esta es precisamente la crítica que realiza KAI AMBOS respecto del artículo 29 del Código Penal colombiano, ya que para él, este artículo no se ajusta a los elementos esenciales de la teoría. Así entonces, una posibilidad de aplicación necesariamente debe referirse a una interpretación amplia y no gramatical de la norma”.

sujetos a título de autores mediatos por aparatos organizados de poder.⁹⁹

Sobre éste debate, el profesor Alejandro Aponte Cardona en su libro sobre *Persecución Penal de Crímenes Internacionales: Diálogo abierto entre la tradición Nacional y el Desarrollo internacional*, señala:

*"Abandonando el caso concreto de la Corte y la teoría del dominio funcional del hecho, y abordando el tema de la autoría mediata en sí, un aspecto de su aplicación **ha sido cuestionado en nuestro país** ya que éste establece que es autor quien actúa por sí mismo o utilizando a otro como instrumento. Se recalca, entonces, que solo las dos formas de autoría mediata clásica o tradicionales, la coacción ajena y el engaño, respetarían el postulado normativo, pero la tercera forma desarrollada por ROXIN, no lo haría, en la medida en que la autoría mediata en estructuras de poder, el autor material, "el hombre de adelante" actúa plenamente responsable. — Se trata de un reproche válido, en estricto sentido dogmático. No obstante, si se piensa en el requisito de la fungibilidad de los autores materiales, tal como ha sido plenamente desarrollado por la doctrina y los Tribunales y si, como sucede de hecho en la práctica cotidiana de actuación de las máquinas de guerra, el*

⁹⁹ Marcelo A. Sancinetti propone el análisis de cada tipo penal para la atribución de responsabilidad: "la autoría mediata no requiere una definición legal que habilite esta forma de imputación de un hecho ajeno, como si fuera propio; porque la interpretación de los tipos penales es lo que permite concluir si un cierto hecho cometido por un hombre a través de otro, realiza el tipo legal o es una cuestión de hermenéutica, de interpretar la significación del tipo penal respectivo", Reflexiones sobre la aplicabilidad de la "teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder en Colombia" PUJ. 2008 cita Pág.15.

dominio sobre el aparato, por parte del “hombre de atrás”, es tan brutal e irreductible, puede pensarse y ello es coherente dogmáticamente, que ese autor material, responsable en principio, es convertido prácticamente en una especie de instrumento.”¹⁰⁰ (Énfasis suplido)

Por otra parte, es el propio ROXIN que desde la misma formulación de la teoría reconoce las dificultades que su concreción dogmática representa, no obstante llama la atención sobre la necesidad de aplicarla cuando quiera que se presenten las circunstancias que dieron lugar a su concepción:

“Este género de dominio de la voluntad tiene, pues, una existencia más ideal que real y puede quedar sin considerar en la doctrina de la autoría. Pero tan pronto como los datos objetivos de tal forma de dominio ofrezcan la posibilidad de materialización, se convierte en tarea de la dogmática describir en sus elementos y atribuirle el lugar que le corresponde en la doctrina de la autoría”.¹⁰¹ (Énfasis suplido)

Más allá de la posición que se adopte, hoy en día el debate está resuelto, en la medida que la Corte Suprema de Justicia se ha valido de la teoría de Roxin para atribuir responsabilidad penal a varios sujetos como superiores, patrocinadores, comandantes etc. que no ejecutan

¹⁰⁰ Alejandro Aponte, *“Persecución Penal en Crímenes Internacionales: Diálogo Abierto entre la Tradición Nacional y el Desarrollo Internacional”*, Pág. 249

¹⁰¹ Claus Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho*, Madrid 2002. Citado por Alejandro Aponte, *“Persecución Penal en Crímenes Internacionales: Diálogo Abierto entre la Tradición Nacional y el Desarrollo Internacional”*

directamente el punible y que hacen parte de un aparato organizado de poder.

Sin ahondar mucho en esos casos –pues más adelante se profundizara-, se destacan algunos, como por ejemplo: en el caso de los parapolíticos, El ex senador *Álvaro Alfonso García Romero*;¹⁰² en el caso de *Jorge Aurelio Noguera Cotes*, Director del DAS, así mismo, en algunos casos de miembros de las AUC y del ELN.

De igual forma, el ***Estatuto de Roma***, también contempla la responsabilidad del superior jerárquico a través de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, en su artículo 25 numeral 3A. Según esto, en virtud del Bloque de Constitucionalidad el dilema del artículo 29 queda terminado, en el sentido que ésta forma de imputación habría sido incorporada a nuestro ordenamiento jurídico, obviamente atendiendo al principio de complementariedad que orienta la Jurisdicción Penal Internacional.¹⁰³

En la jurisprudencia nacional se ha discutido la denominación jurídica o atribución jurídica de las personas que participan en una organización criminal, pero las sentencias que en este acápite se muestran son las más importantes en las que el Máximo Tribunal en lo Penal (CSJ) ha debatido una posible responsabilidad a título de autoría mediata a través de un aparato organizado de poder. Sin embargo, existen otras decisiones que hacen referencia a responsabilidad del superior o

¹⁰² Radicado 32805 del 23 de febrero del 2010, Sentencia condenatoria en contra del ex Senador ÁLVARO ALFONSO GARCÍA ROMERO Por los delitos de concierto para delinquir agravado, homicidio agravado y peculado por apropiación.

¹⁰³ **Sentencia C-290 del 2012** con Ponencia Humberto Sierra Porto, aplicación del estatuto de roma como parámetro de control de constitucionalidad y de la imprescriptibilidad de ciertos delitos.

dirigente dentro de organizaciones criminales, pero que no se refieren a la autoría mediata planteada por Claus Roxin.¹⁰⁴

Casos como el *Jaraguay* y el de *RMUAN* (Red Militar de Urbana Antonio Nariño)¹⁰⁵ serían los antecedentes más próximos esbozados por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre la responsabilidad penal de los dirigentes en los fenómenos de organizaciones criminales; pero el primer referente histórico sobre la teoría de Roxin **se haría en el 2007**, a partir de la intervención de la agencia especial del Ministerio Público, donde el procurador planteó como posible imputación a los dirigentes del ELN la autoría mediata a través aparatos organizados de poder.¹⁰⁶

Es importante referenciar estas decisiones, ya que plantean la construcción teórica del profesor alemán como una solución a la hora de determinar responsabilidades penales. De manera que, estos fallos nos permitirán comprender como ha sido la implementación y evolución de la autoría mediata en aparatos organizados de poder en Colombia.

En la presente línea, se exponen algunos de los casos en los cuales existió debate en relación con la implementación de esta forma de autoría, aspecto que nos permite vislumbrar la posición y criterio que ha tenido la Honorable Corte de Suprema de Justicia en sus distintos fallos a la hora de implementarla.

¹⁰⁴ Hay otros casos de responsabilidad penal de los dirigentes en aparatos organizados de poder, pero que no se circunscriben al tema de autoría mediata en aparatos organizados de poder CASO JARAGUAY, CASO MAPIRIPÁN entre otros. (ver Revista Derecho Público, Nº25, Universidad de los Andes, 2010. La Responsabilidad Penal del dirigente en aparatos organizados de poder. Pág.12/40)

¹⁰⁵ El primero de ellos, sobre la masacre perpetrada por miembros de la AUC en unas fincas, mientras que el de RMUAN trata sobre un ataque a una estación de policía con intervención y órdenes de miembros de las FARC.

¹⁰⁶ *Ibídem*. Pág. 29 Con Cita: "(...)Tras esta situación de indefinición y duda sobre el tema de la imputación de delitos al dirigente aparece el caso "Machuca". Esta sentencia, **probablemente la primera sentencia hito de la línea jurisprudencial, define la postura predominante de la Corte Suprema durante lo años de más actividad sobre el tema**". (Énfasis suplido)

OTRAS FORMAS DE AUTORÍA	AUTORÍA MEDIATA POR APARATOS ORGANIZADOS DE PODER
<ul style="list-style-type: none"> • “CASO MACHUCA” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación, proceso 23825, Magistrado Ponente Javier Zapata Ortiz, <u>Marzo 7 de 2007.</u> • “CASO SANTOFIMIO” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación, acta 311, Magistrado Ponente José Luis Barceló Camacho, <u>Agosto 31 de 2011.</u> 	<ul style="list-style-type: none"> • “CASO MACAYEPO” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación, proceso 32805, Magistrado Ponente María del Rosario González de Lemos, <u>Febrero 23 de 2010.</u> • “CASO DE JORGE NOGUERA” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación, Acta 331, Magistrado Ponente Alfredo Gómez Quintero, <u>Septiembre 14 de 2011.</u> • “CASO ALIAS EL TIGRE” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación, Proceso 40830, Magistrado Ponente Gustavo Enrique Malo Fernández, <u>22 de Mayo 2013.</u> • “CASO ALIAS MEGATEO” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación, Proceso 40214, Magistrado Ponente Gustavo Enrique Malo Fernández, <u>12 de febrero 2014.</u>

CAPÍTULO II *Principales criterios utilizados por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en la aplicación de la teoría de la autoría mediata por aparatos organizados de poder*

El "**caso Machuca**"¹⁰⁷ CSJ-Sala Penal, Sentencia del 7 de marzo del 2007 con Radicación Número 23825. Es el primer referente jurisprudencial sobre la teoría de la autoría mediata por estructuras organizadas de poder en Colombia. En este caso la Fiscalía General de la Nación decidió vincular tanto a los jefes del frente los "Cimarrones", como a los jefes máximos del grupo guerrillero ELN en la masacre de una población. En este caso la génesis del debate sobre una posible responsabilidad a título de autoría mediata por aparatos organizados de poder fue esbozada por el Ministerio Público, pues dentro de su concepto señaló que el Tribunal DEBIÓ condenar a los imputados según la tesis de Roxin, en la medida que se presentaba *"una autoría mediata por domino de la voluntad al existir una estructura organizada de poder, donde los guerrilleros, considerados fungibles, respetaban una línea jerárquica encabezada por los jefes máximos del grupo subversivo ELN"*.

Es más, dentro de su concepto catalogó de *error grave* que el Tribunal no haya acogido dicha concepción teórica:

"El problema jurídico planteado consiste en que el Tribunal, a pesar de haber reconocido los presupuestos fácticos y jurídicos de la autoría mediata a través de estructuras o aparatos organizados de poder, de manera equivocada

¹⁰⁷ Trata sobre el atentado realizado por el frente "cimarrones" del grupo guerrillero ELN, al acueducto Cusiana-Coveñas, produciendo la destrucción total de la infraestructura del mismo y un derramamiento de petróleo que generó un incendio que llegó a la población, provocando la destrucción de gran parte de las viviendas y la muerte de la mayoría de la comunidad.

sitúa la responsabilidad de los procesados dentro de la categoría dogmática de la determinación, lo cual condujo a absolverlos de los cargos de homicidio, lesiones personales y terrorismo, cuando lo correcto era condenarlos como coautores de todos los ilícitos¹⁰⁸ (Énfasis suplido)

En el mismo sentido estableció el representante del Ministerio Público en su argumentación que la autoría mediata se le debería aplicar a los imputados, pues claramente el grupo subversivo del ***"ELN es una estructura organizada para delinquir, con una línea jerárquica definida, donde los jefes máximos son los llamados hombres de atrás y los autores materiales de este trágico hecho son unos simples elementos fungibles del aparato."***

No obstante, en este caso la Corte Suprema de Justicia no acogió el concepto argumentado por el Ministerio Público, y lo que hizo esta Corporación en ese entonces fue ***"afirmar súbitamente y sin medio de prueba alguno que le permita sustentar su aseveración"***¹⁰⁹ que son responsables a título de coautores impropios, al considerar que lo que existía era una división de trabajo entre el secretario del ELN y el Frente los "Cimarrones", pues los dos dominaban conjuntamente el hecho.¹¹⁰

¹⁰⁸ *Ibíd*em, página 32

¹⁰⁹ Claudia López Díaz, "El caso Colombiano", en Imputación de Crímenes del Subordinado al Dirigente. Un Estudio Comparado, Coordinado con Ambos Kai. Pág. 166.

¹¹⁰ En dicha sentencia así resolvió la Corte (Página 73): ***"Se estima preciso aclarar que en este caso no existe autoría mediata, ni hay "sujeto de atrás", como parece sugerirlo la libelista, porque los subversivos que colocaron los explosivos en el tubo no fueron meros instrumentos del Comando Central del ELN, sino que a su vez, ellos –los que acudieron a perpetrar materialmente la detonación- desarrollaron el rol que les correspondía en su propio delito, por su voluntad consciente dirigida con conocimiento e inteligencia al logro de los fines compatibles con su propia ideología; lo hicieron por convicción política propia; sin ser "utilizados", sin ser instrumentalizados y sin engaños. En otras palabras, también era de los militantes del grupo "Cimarrones" la estrategia político militar consistente en interrumpir por la vía de los hechos la exportación del petróleo crudo hacia los Estados Unidos"***

De lo expresado por la Agencia Especial en su argumentación se percibieron de manera sutil la existencia de los elementos que presuponen la configuración de la tesis de Roxin. Por el contrario, la decisión de condenar bajo la figura dogmática de coautoría impropia de la Corte Suprema de Justicia deja un vacío jurídico, pues olvida un hecho cierto e indiscutible como es la existencia de un estructura u organización criminal organizada, con jefes máximos y unos guerrilleros como ejecutores materiales fungibles.¹¹¹

En el "*caso Macayepo*"¹¹² CSJ-Sala Penal, Sentencia del 23 de Febrero de 2010 con Radicación 32805 resulta importante, en tanto que en éste la Honorable Corte Suprema de Justicia, decidió darle un giro a su postura jurisprudencial y aplicar la teoría de la autoría mediata en estructuras organizada de poder.

La Corte Suprema de Justicia argumentó que la teoría que nos ocupa resultaba aplicable, toda vez que aquellas personas que se ven inmersas en organizaciones criminales como las AUC, no pueden ser considerados como coautores o inductores, sino que se debe ir más allá y considerarlos como autores mediatos, teniendo en cuenta que estos deben tener el poder de mando que se da por una línea jerárquica sobre unos subalternos que para la teoría de la autoría mediata no son más que elementos fungibles del aparato. Pero la Corte Suprema de Justicia también aclara que no sólo son responsables por autoría mediata los cabecillas de esas estructuras, sino que también *son responsables los patrocinadores, financiadores de estos organismos criminales* y es ahí

¹¹¹ *Ibidem.* 170 y siguientes.

¹¹² Se refirió a la masacre cometida por las AUC y se buscó vincular al senador de ese entonces Álvaro García, reconocido líder político del departamento de Sucre, con los hechos punibles que acaecieron.

donde cobija con esta teoría al senador ÁLVARO GARCÍA ya que se logró probar la coadyuvancia de éste con todas las actuaciones ilícitas que cometieron en la masacre de "Macayepo".

De este fallo jurisprudencial con Ponencia de la Doctora MARÍA DEL ROSARIO GÓNZALEZ, empieza cobrar sentido atribuir responsabilidad penal a través de la teoría expuesta por Roxin, es más aluden a algunos de sus elementos para la implementación de la misma, pero su análisis sigue siendo ambiguo y escueto, pues no hace un estudio profundo de cada uno de los presupuestos dogmáticos necesarios para su implementación. Lo anterior tiene sentido, pues en la decisión se ve con claridad que NO existió la respectiva configuración de cada presupuesto a los hechos jurídicamente relevantes imputados al senador GARCÍA, es decir, a partir de las conductas imputadas; ¿por qué él tenía dominio sobre la organización criminal? ¿por qué existió fungibilidad en los autores materiales? Simplemente se acreditó la relación con el grupo de autodefensas y así de simple, emergió la imputación de la Corte de autor mediato a través de aparatos organizados de poder.

Además de NO hacer un análisis profundo de los elementos teóricos para su configuración, la Corte se limitó a afirmar que; *"el debate doctrinal y los desarrollos de la jurisprudencia foránea, unidos a la mejor solución político- criminal del problema jurídico, llevan a la Corte a variar su jurisprudencia en punto a que la autoría mediata sólo se presenta bajo la concepción clásica de autoría mediata* y que por el contrario, al estar en presencia de "fenómenos delincuenciales derivados de aparatos organizados de poder", **empezarían admitir la autoría mediata de Roxin.**¹¹³

¹¹³ CSJ-Sala Penal, Sentencia del 23 de Febrero de 2010 con Radicación 32805, Folios 77 y 78.

Entonces, ¿sí hubo un cambio de postura frente a la responsabilidad del superior dentro de los aparatos organizados de poder? O ¿lo que realmente existió fue la aceptación de una nueva concepción de autoría mediata? Pues de lo considerado por la Sala penal de la Corte en esta sentencia NO se evidencia un cambio de postura frente a la responsabilidad penal de sujetos inmersos en fenómenos de organizaciones criminales o estructura organizadas jerárquicamente, en la medida que **NO EXISTIÓ** un fundamento que explicara por qué se apartaban de las anteriores posturas, es decir, ¿por qué frente a estos fenómenos no aplicaron la determinación o la coautoría impropia? formas de autoría que habían usado como solución dogmática en las anteriores decisiones.

Eso sí, en este caso se iniciaría parte del precedente jurisprudencial de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, pues la Corte dentro de sus consideraciones afirmarí lo siguiente:

"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 mediatos; y a los directos ejecutores o subordinados -SOLDADOS, TROPA, PATRULLEROS, guerrilleros o milicianos-, en calidad de autores materiales, pues toda la cadena actúa con verdadero conocimiento y

dominio del hecho y mal podrían salir favorecidos algunos de ellos con una posición conceptual que comporte la impunidad".¹¹⁴ (Énfasis suplido)

Así mismo, en esta decisión la Corte también acude al derecho comparado para fundamentar la aplicación de la teoría de Roxin:

"En estos supuestos la criminalidad puede incubarse dentro de aparatos estatales -casos EICHMANN - funcionario administrativo nazi encargado de ubicar, perseguir, seleccionar y capturar a los judíos que posteriormente eran llevados a los campos de exterminio-, Juntas Militares que gobernaron Argentina entre 1976 y 1983, y Consejo Nacional de Defensa de la antigua Republica Democrática Alemana -disparos en el muro de Berlín- o en estructuras propiamente delincuenciales - caso de la cúpula de Sendero Luminoso en la masacre de Lucanamarca -un grupo de hombres de dicha banda asesinó a 69 campesinos en Santiago de Lucanamarca, región de Ayacucho- ".¹¹⁵

Dos argumentos o afirmaciones que serían precedente obligatorio en decisiones futuras de esta Corporación, pues servirían como fundamento legal para la implementación de la autoría mediata de Roxin, por ejemplo en los Casos de NOGUERA, ALIAS EL TRIGRE y el de MEGATEO.

¹¹⁴ Ibídem, Pág. 77 y 79.

¹¹⁵ Ibídem, pagina 78.

Así pues, se percibe de las consideraciones de la Corte -como evidencia su contenido- que NO hicieron un estudio, ecuación o análisis frente a la superación de los presupuestos o elementos de la de autoría mediata de Roxin, sino todo lo contrario, hicieron un conjunto de afirmaciones generales que no abarcaron una articulación de los presupuestos teóricos, pues hicieron muy amplio y ambiguo el alcance de su implementación.

En el **“Caso Santofimio”**¹¹⁶ CSJ-Sala Penal, Sentencia del 31 de Agosto de 2011 con Ponencia de JOSE LUÍS BARCELÓ CAMACHO, la importancia de esta sentencia radica en el hecho que dentro de los *antecedentes procesales relevantes* la Fiscalía General de la Nación se busco primero, imputar a SANTOFIMIO como determinador del homicidio del Candidato Presidencial LUÍS CARLOS GALÁN SARMIENTO, argumentando que éste indujo a Pablo Escobar a que tomara la decisión de matar a el líder liberal, actuando Escobar como cabeza de una estructura organizada llamada “Cartel de Medellín”. Sin embargo, en Segunda Instancia el Tribunal dentro de la *obiter dictum* de la sentencia consideró la posibilidad de atribuir responsabilidad como autor mediato a través de aparatos organizados de poder al encontrarse en presencia de un instrumento penalmente responsable, posición que después descartó al encontrar que NO existía un verdadero dominio vertical sobre la organización criminal, es decir no había capacidad de mando sobre el aparato.

La teoría de la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder NO fue acogida por la Corte Suprema de Justicia, pues decidió condenar a SANTOFIMIO como coautor responsable de un concurso de

¹¹⁶ Este caso busca probar la relación que tuvo Alberto Santofimio en el asesinato del líder político Luis Carlos Galán.

tres homicidios, al considerar que éste NO ostentaba una posición de mando dentro de la estructura del Cartel.

Lo anterior, nos permite entrever que por lo menos en este caso- en lo que respecta la teoría de Roxin- en la decisión existió un estudio y juicio ponderado que descartó la posibilidad de implementación al encontrar que uno de los elementos objetivos para la configuración de la teoría de Roxin NO EXISTÍA.

Valga la pena anotar, **que NO se está galardonando** la decisión de la Corte frente a la responsabilidad penal de SANTOFIMIO, simplemente se celebra el pequeño análisis realizado por la Corte sobre la implementación de la teoría de Roxin.

En el "***Caso Jorge Noguera***"¹¹⁷ CSJ-Sala Penal, Sentencia del 14 de septiembre de 2011 con Ponencia de ALFREDO GÓMEZ QUINTERO. Una vez más la Corte Suprema de Justicia aplica la teoría de autoría mediata en estructuras organizadas de poder, al argumentar que NOGUERA como director del DAS puso esta estructura estatal a disposición de una estructura criminal como lo son las AUC, para cometer el homicidio del profesor CORREA DE ANDREIS, por eso en su sentencia la Corte Suprema de Justicia decide condenar al Director del DAS como autor mediato por dominio de la estructura organizada de poder y no como coautor, como inicialmente fue imputado y acusado por la Fiscalía.

Lo interesante de este caso es que la parte civil solicitó que la condena se fundara en el presupuesto de una autoría mediata por estructura organizada de poder, el representante de la víctimas insistía en que el

¹¹⁷ Este caso hay que analizarlo desde la imputación que se le hace al director del DAS -en ese entonces el señor Jorge Noguera- por el homicidio del profesor Alfredo Correa De Andreis.

DAS que estaba bajo la dirección de JORGE NOGUERA era una estructura organizada de poder, que el imputado utilizó éste organismo estatal para coadyuvar al grupo de las AUC para realizar inteligencia, apoyar sus actuaciones y brindarles información que ellos requerían.

Así indicó el Representante de las Víctimas sobre los homicidios cometidos en el proceso que se adelantó en contra de JORGE NOGUERA:

"fueron ejecutados por el DAS como aparato organizado de poder que él dirigía"; y por ello JORGE AURELIO NOGUERA COTES debe ser condenado como autor mediato a través de aparatos organizados de poder, "toda vez que ocupó un lugar privilegiado en esa estructura que le permitió tener el control del dominio de esos hechos criminales, en virtud de los cuales concurrió con división de trabajo criminal, así está probado que realizó inteligencia, elaboró incluso a disposición del Bloque Norte listados de personas de supuesta filiación de izquierda, para que fueran asesinados, colocando de paso al organismo de inteligencia del DAS al servicio de oscuros intereses de narcotraficantes y paramilitares"¹¹⁸(Énfasis suplido)

La Corte Suprema de Justicia argumenta en sus consideraciones que la aplicación de la autoría mediata en estructuras organizadas de poder se hacía viable –como lo planteó la parte civil- respecto del homicidio del

¹¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación, Acta 331, Magistrado Ponente Alfredo Gómez Quintero, Septiembre 14 de 2011. Páginas 23-24

profesor CORREA DE ANDREIS, señalando que JORGE NOGUERA aprovechó su posición de director del DAS para facilitar las operaciones de las AUC, además dicen que el DAS es una estructura organizada de poder Estatal que por medio de su Director se puso a disposición de una organización criminal para cometer el homicidio, dicha conclusión se hizo reafirmando el precedente jurisprudencial que utilizó esa misma Sala en el caso del ex senador ÁLVARO ARAUJO¹¹⁹ cuando señaló *que toda persona que se encontrara inmersa dentro de una estructura organizada de poder para delinquir, automáticamente es responsable por autoría mediata.*¹²⁰

Por ende, la Corte Suprema de Justicia afirma que JORGE NOGUERA es autor mediato en el homicidio del profesor CORREA DE ANDREIS, y no bajo la figura de coautoría, como había sido imputado inicialmente por la Fiscalía General de la Nación, resolviendo de esta forma:

*“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***

¹¹⁹ CSJ-Sala Penal, Sentencia del 23 de Febrero de 2010 con Radicación 32805.

¹²⁰ Lo anterior se fundamenta en la primera consideración de la Sentencia con Radicación 32805. *“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 mediatos; y a los directos ejecutores o subordinados -SOLDADOS, TROPA, PATRULLEROS, guerrilleros o milicianos-, en calidad de autores materiales, pues toda la cadena actúa con verdadero conocimiento y dominio del hecho y mal podrían salir favorecidos algunos de ellos con una posición conceptual que comporte la impunidad”.* Folio 116 de la Sentencia de NOGUERA.

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.¹²¹

La decisión de la Corte de condenar a JORGE NOGUERA como autor mediato de la muerte del profesor tuvo como ÚNICO fundamento jurisprudencial las consideraciones hechas por la Sala en la decisión con radicación 32805 del 2010, es decir, las dos consideraciones anteriormente citadas.

Frente a el "***Caso de Alias El Tigre***" CSJ-Sala penal, Sentencia del 22 de mayo de 2013 con Radicación Número 40830. En este caso, la Corte buscaba confirmar la decisión de legalización de cargos imputados por la Fiscalía a uno de los subcomandantes del Bloque Norte de las AUC, al que se le pretendía responsabilizar el homicidio y desaparición de dos personas. Al igual que en otros casos, uno de los intervinientes especiales dentro del proceso –Representante de las víctimas- solicitó la condena argumentando que *alias el Tigre* era responsable a título de autor mediato por utilización de instrumento responsable.

En esta decisión, la Corte, además de citar el precedente obligatorio respecto de la autoría mediata, es decir, la radicación 32805 del 2010, también cita la decisión tomada en el caso de JORGE NOGUERA,¹²² pero

¹²¹ *Ibidem*. Folio 118

¹²² Dicha cita se puede encontrar en folio 15 y 16 de la decisión del 22 de mayo de 2013 con Rad. 40830 de la CSJ con Magistrado ponente Gustavo Malo Fernández.

en esta decisión del caso de *Alias el Tigre*, existió nuevas consideraciones mucho mas especificas sobre la teoría de Roxin.

En el análisis la Corte comienza afirmando; que en desarrollo del conflicto armado Colombiano todas estas organizaciones criminales existentes -como las autodefensas- han desarrollado una vida independiente de quienes las integran y que por ello operan con un elevado grado automatismo.¹²³

La Corte en esta decisión sí se aventuró a explicar por qué no es plausible la aplicación de las otras formas de autoría en el fenómeno de estas organizaciones criminales estructuradas jerárquicamente, así afirmó en esta providencia la Corte:

*"Con fundamento en estas circunstancias, en la ejecución de hechos delictivos **intervinieron personas que no estuvieron en el nivel de los ejecutores materiales, por lo que dogmáticamente su actuación no se acomoda dentro de los linderos de la coautoría impropia o dominio funcional del hecho delictivo, porque su relación con aquellos es de naturaleza vertical y jerarquizada, por lo que adoptan la posición del hombre de atrás, es decir, quien domina la voluntad del autor material, pero no de la forma tradicionalmente conocida, esto es, por un déficit de conocimiento o libertad de éste, que***

¹²³ ibidem, Folio 12.

lo convierte en simple instrumento.¹²⁴ (Énfasis suplido)

En las consideraciones también se hace un análisis cuidadosos de su diferencia con la autoría mediata clásica, explica por qué hay un instrumento responsable en esta forma de autoría y cómo funciona esa instrumentalización por parte del hombre de atrás a el aparato y al ejecutor material que es fungible.¹²⁵

En esta providencia, la Corte hace un reconocimiento expreso y enumerativo de los elementos objetivos de la teoría de Roxin, consideración que en fallos anteriores brilló por su ausencia.

"Reconocido el dominio de la organización como una forma de autoría mediata, acorde con el razonamiento de Roxin, además del requisito general de la existencia de un aparato organizado de poder, deben concurrir los siguientes factores para atribuir el dominio del hecho al hombre de atrás, a saber:

1. Poder de mando. Solamente puede ser autor mediato quien dentro de una organización

¹²⁴ Ibídem. Folio 13

¹²⁵ Ibídem. En la cita "En tratándose de aparatos organizados de poder, la instrumentalización de quien tiene el dominio funcional del hecho, se obtiene sin que su capacidad de conocimiento o autonomía sufra disminución, porque en tal caso el hombre de atrás emite las órdenes a ciencia y paciencia de que serán cumplidas por sus subordinados dentro de la cadena de mando, sin que importe el poder de estos dentro de la misma, como tampoco su conocimiento acerca de la ilicitud de la conducta, lo que elimina la responsabilidad de aquél.--Así, el hombre de atrás, también conocido como de escritorio, a través del aparato organizado de poder influye para asegurar la producción del resultado, sin ejecutar el hecho de propia mano, al paso que, se insiste, quien materializa la conducta tiene el dominio de la acción¹²⁵, en cuanto tiene la posibilidad de elegir la forma como finalmente la ejecuta." Folio 13 de la Sentencia.

*rígidamente dirigida emite órdenes y las ejerce para causar realizaciones del tipo. 2. **La desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder.** El aparato de poder tiene que haberse desligado del derecho en el marco de los tipos penales realizados por él. Así, concertarse para cometer delitos dentro de la dinámica del accionar de la organización ilegal es suficiente para apartarse del ordenamiento jurídico, circunstancia que constituye una condición necesaria para el dominio del hecho por el hombre de atrás. 3. **La fungibilidad del ejecutor inmediato.** La ejecución de órdenes del hombre de atrás se asegura porque muchos ejecutores potenciales están disponibles, por lo que la negativa o inactividad de un individuo no impide la realización del tipo. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el instrumento es la organización, por lo que en su funcionamiento, la presencia de otros ejecutores es una realidad que asegura el resultado. 4. **La considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor.** En el aparato organizado de poder el sujeto que realiza el último acto, es decir, quien ejecuta la conducta descrita en el tipo, tiene posición distinta a la de un autor individual que se desenvuelve por sí mismo, en cuanto se halla sometido a la influencia de la organización, que no excusa su conducta, pero lo hace "más preparado para cometer el hecho" que otros potenciales delincuentes, y que vistas en conjunto, incrementan la probabilidad de éxito de una*

orden y contribuyen al dominio del hecho de los hombres de atrás". ¹²⁶(Énfasis suplido)

Sin embargo, en este fallo, la existencia de cada uno de los elementos fueron impuestos por la Corte de manera parcial, pues no citó doctrina, academia o algunos casos del derecho comparado. Es más, adhirió un nuevo elemento que no hacía parte de los tres presupuestos originales decantados por Roxin, al referirse al cuarto de ellos *-La considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor-*. Requisito que NO fue planteado por Roxin y que no ha sido tampoco reconocido en los casos de estudio en el derecho comparado.

El requisito "novedoso", a juicio de los suscritos, es consecuencia del primer y segundo de los elementos originales de Roxin. El poder de mando o dominio de la organización, al igual que la fungibilidad del ejecutor material tienen como efecto el cuarto (4) elemento que incorpora la Corte en esta decisión, pero esto NO lo hace un presupuesto básico autónomo para la existencia de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, si no más bien una consecuencia o resultado de su aplicación.

En el "**Caso Megateo**"¹²⁷ CSJ-Sala Penal, Sentencia del 14 de febrero del 2014 con Radicación Número 40214. Se recapitularon varias¹²⁸ de las decisiones de la Corte Suprema en relación con la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder. La defensa técnica de *Megateo* sostuvo como argumento para que la Corte no confirmara

¹²⁶ *Ibíd.* Folio 14 de la Decisión.

¹²⁷ En esta decisión se condena a uno de los comandantes de las AUC por desaparición forzosa y otros crímenes, en específico el asesinato de Carlos Castaño.

¹²⁸ Entre las decisiones citadas por la máxima Corporación están: La decisión con 23.825 del 2007 (*Machuca*), 38.805 del 2010 (*Jorge Noguera*) y 32.805 del 2010 (*Macayepo*), entre otras-

decisión de condena, que tanto en primera como en segunda instancia existió un error de apreciación probatoria, en el entendido que él como comandante del Bloque Bananeros no tenía conocimiento, ni dio la orden de matar a CARLOS CASTAÑO y a sus escoltas, que él sólo suministro 20 de sus mejores hombres para custodiar la zona en la que se encontraba y por lo tanto no sabía que ellos estaban allá con el propósito de asesinarlo.

Es por ello, que el defensor considera que no se comprobó –ni en la primera instancia ni en la decisión del Tribunal- que él haya acordado u orquestado un trabajo criminal para asesinarlo y que eso permitiera que se configurara la coautoría. Además, tampoco se comprobó que él tuviera dominio sobre los hombres que realizaron ese crimen en específico, si el supuesto fuera de una autoría mediata, pues el jefe de él era VICENTE CASTAÑO.

En relación con las alegaciones del defensor la Corte consideró: *"ello, porque en lógica del Tribunal bastaba que el procesado hiciera parte del grupo armado y compartiera conscientemente sus ideales y fines ilícitos, para encajar su actuación como un aporte relevante en la ejecución de un delito que si bien no planificó y ni si quiera conoció, se acomodaba a las actividades cotidianas de la empresa criminal"*. Y corrigió al Tribunal, pues todos los supuestos fácticos permitía era la responsabilidad a título de autoría mediata y no de coautoría.

En este fallo lo que se percibe es que la Corte tiene claro el precedente jurisprudencial, tan así, que abordó cada uno de las decisiones frente a la responsabilidad del superior en el fenómeno de las organizaciones criminales, pues mencionó una sentencia anterior al caso *Machuca*, la Sentencia del 2007 con radicación 25.974 donde se debatió la

responsabilidad de los dirigentes o jefes de estas organizaciones, pero NO se abarcó el tema de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder.

Esta decisión, que aunque no ahondo en los presupuestos teóricos de Roxin para su implementación, reconoció ese antecedente jurisprudencial que acá se ha expuesto (Machuca, Macayepo, Jorge Noguera, entre otras) lo cual permite entender que la dificultad de su implementación sigue latente, hasta el punto que en su considerando admite que existió empatía con la figura de la coautoría en vez de la teoría de Roxin.¹²⁹

¹²⁹ CSJ-Sala Penal, Sentencia del 14 de febrero del 2014 con Radicación Número 40214, Folio 20 y 21.

***TERCERA PARTE: LÍMITES DE LA APLICACIÓN DE
LA AUTORÍA MEDIATA POR APARATOS
ORGANIZADOS DE PODER EN COLOMBIA EN LOS
CASOS DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS
MILITARES***

CAPÍTULO I LÍMITES JURÍDICOS Y FÁCTICOS DE LA APLICACIÓN DE LA AUTORÍA MEDIATA A TRAVÉS DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER EN COLOMBIA A LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES

1.- Límites Jurídicos de la aplicación de la autoría mediata en aparatos organizados de poder.

Toda forma de imputación penal, es más, dirimíamos, toda teoría jurídico-penal debe ser concebida con unos límites, alcances y parámetros, los cuales permiten que su aplicación no sea desbordada, irracional o innecesaria. En ese sentido, es importante no olvidar, que **toda proposición teórica o normativa tiene como voluntad la protección de las más básicas garantías del Estado Social de Derecho**, en esa medida la misión del *Derecho Penal (Teoría del Delito)* –objeto de estudio en este trabajo de grado- siempre debe estar interpretándose en sede de la misma Constitución, donde están los bienes jurídicos que le interesan a la sociedad.¹³⁰

La autoría mediata en aparatos organizados de poder -como proposición teórica- debe interpretarse, analizarse e implementarse con base a ese aforismo constitucional. Así pues, existen diversas herramientas que permiten que se logre el verdadero alcance de esta forma autoría, como lo es: **1.LA DOGMÁTICA PENAL** y **2.LOS FUNDAMENTOS TEÓRICOS que la concibieron**; si bien el último de ellos hace parte integral de la dogmática, es necesario para los efectos de este trabajo explicitar el papel de cada uno como importantes derroteros en la aplicación de la teoría que nos ocupa.

¹³⁰ Leonardo Cruz Bolívar, Lecciones de Derecho Penal, Transformación del método Dogmático. Pág. 200 ss.

En efecto, estos dos puntos hacen parte de las **herramientas o instrumentos jurídicos** que permitirán delinear el verdadero alcance de esta particular forma de autoría y orientarán en primera medida al operador jurídico al momento de analizar un supuesto fáctico específico. Las características propias de esta forma de autoría, hacen predecible una dificultad práctica como se evidencia en los casos que han ocupado la atención de la Corte, por lo cual urge la identificación de los derroteros de su aplicación con miras a evitar que bajo su nombre se resuelvan casos específicos que no reúnen sus exigentes elementos generando una inflación desmedida que terminará por desdibujarla en su contenido y alcance en perjuicio no sólo de su precisión conceptual sino de su finalidad intrínseca.

Por este motivo, se recordará a la dogmática como herramienta indispensable de abordaje de estas problemáticas, así como los presupuestos de orden teórico que se han esbozado para aplicar esta teoría los cuales no pueden ser obviados a discreción ni mucho menos flexibilizados en exceso para hacerlos aplicables a casos donde no se dan sus elementos esenciales.

1-1-La Dogmática Penal como herramienta indispensable para limitar el alcance e implementación de cualquier instrumento jurídico que afecte la imputación de responsabilidad penal.

Para el desarrollo de este trabajo de investigación es necesario abordar la dogmática penal como piedra angular de un sistema que pretende lidiar con los más indeseables supuestos de hecho -delitos- y asignarles la más drástica respuesta del ordenamiento jurídico -la pena-. Por eso en este acápite, identificaremos el concepto y las funciones de la dogmática como aspecto nuclear de la implementación, estudio, análisis

de cualquier herramienta jurídico-penal como es la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder.

- *Concepto*

El tratadista alemán Claus Roxin define de una manera muy natural la dogmática jurídico-penal *"la dogmática jurídico penal es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del derecho penal."*¹³¹

En la doctrina local, la dogmática jurídico penal es el andamiaje del derecho penal positivo, pues su función consiste en averiguar el contenido, los presupuestos y las consecuencias de las normas punibles, las que desarrolla y explica en su conexión interna, que establece el material jurídico en un sistema, en el cual tiene cabida las elaboraciones de los Tribunales y de la doctrina, e intenta, en fin, hallar nuevos caminos de desarrollo conceptual y sistemático.¹³²

De esa manera, se muestra evidente que el estudio se circunscribe al derecho penal positivo, donde por sus propias características de ciencias objetiva no permite que exista como en las demás ramas la subjetividad ni la analogía.

La dogmática consta de cinco características esenciales, es un saber práctico, una ciencia del deber ser o del espíritu, es cultural, normativo, hermenéutica y por último comprensiva. Todo esto se da porque no es

¹³¹ Claus Roxin. *Derecho penal. Parte General*, Madrid, Civitas, 1997, Pág. 192

¹³² Fernando Velásquez. *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales 2010. Pág.11.

constituyente de ninguna ley, por el contrario es la construcción en el tiempo de distintos criterios y conceptos, por eso se dice que es una ciencia del espíritu por la intensa relación que se tiene con el estudio de la conducta humana y la cultura del mundo.¹³³

Es normativo, por cuanto su expresión está dada por medio de proposiciones cuya corrección o incorrección proviene de su comprobación con las valoraciones contenidas en las disposiciones legales, las cuales crean dogmas para el intérprete. Por lo anterior, otra de sus características es que es hermenéutico pues el experto debe afrontar el texto legal con el fin de establecer su sentido a partir de su genealogía y antecedentes, es decir del entorno en que surge y de su tenor literal.¹³⁴

Por último, *"es comprensivo dado que procura interpretar de determinada manera su objeto de estudio que se encuentra delimitado por unos ámbitos de validez, y a pesar que varía con el tiempo le corresponde un especial significado"*.¹³⁵

La dogmática jurídico penal trata de averiguar el contenido de las normas penales, sus presupuestos, sus consecuencias, de delimitar los hechos punibles, de conocer, en definitiva, qué es lo que la voluntad general expresada en la ley quiere castigar y cómo quiere hacerlo.

Por eso, se dice en la academia que la definición de la pena es la consecuencia de la aplicación de la dogmática al ciudadano.

¹³³ *Ibíd.*

¹³⁴ *Ibíd.* Pág. 12

¹³⁵ *Ibíd.*

En ese sentido, se explica cómo la dogmática cumple un propósito esencial dentro de la sociedad, que consiste en garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder punitivo del Estado, que aunque tiene unos límites, necesita del control y de la seguridad de estas. Así, *“La dogmática jurídico-penal se presenta como una consecuencia del principio de intervención legalizada del poder punitivo estatal e igualmente, como una conquista irreversible del pensamiento democrático”*.¹³⁶

Para acercarse al estudio de la dogmática penal es determinante entender que esta se comprende y desarrolla a partir de un método. Por esta razón, lo que en adelante se hará consiste en exponer las diferentes tendencias dogmáticas desde el método que utilizan para fundamentar sus conclusiones.

El método dogmático se desarrolla en tres momentos, *la interpretación, sistematización y crítica*.¹³⁷ Por ello, el agente trabaja con un conjunto de proposiciones que reciben el calificativo de verdaderas o falsas y acude a la verificación mediante la observación de las normas penales, las analiza y establece similitudes y diferencias creando dogmas. Con estas construye una teoría para luego plantear la hipótesis. Con la que determina si su teoría es acorde al texto legal y no se contradice, a esta se le denomina la fase de sistematización.

De esta manera, la siguiente fase es la crítica, la cual consiste en el perfeccionamiento del sistema penal, éste se construye con los aspectos criminológicos y político-criminales que se incorporan en el sistema,

¹³⁶ Francisco Muñoz Conde, *Derecho penal, Parte General*, Valencia 2007, Tirant Lo Blanch. Pág.186

¹³⁷ Fernando Velásquez. *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales 2010. Pág. 12 y 13

para construir una ciencia absoluta, *a partir de un estudio del derecho penal vigente*.¹³⁸

Esa creación de esa ciencia absoluta del derecho penal se lleva a cabo de dos formas: La primera se denomina la *intrasistemática*, que es predicable del mismo sistema jurídico y trata de precisar si la técnica legislativa utilizada por el codificador ha sido implementada de manera correcta.

La segunda, la llamada *extra-sistemática* obliga al operador a acudir a herramientas externas al ordenamiento jurídico, para buscar reemplazar los criterios valorativos en los que este se asienta por los propios y de esta manera, cuestionar los valores del ordenamiento.¹³⁹

- *Funciones de la dogmática penal*

La dogmática penal como creación del ser humano tiene errores y no es perfecta, por eso el profesor FERNANDO VELÁSQUEZ habla que las funciones (o *cometidos* como se conocen doctrinalmente) de la dogmática penal se dividen en positivos y negativos.¹⁴⁰

El cometido o función, más importante de la dogmática penal es el de brindarle a la sociedad una plena seguridad jurídica, esto se da en el marco de una democracia fuerte, donde el poder del Estado no se puede convertir en abusos y extralimitaciones para con los ciudadanos, por eso es tan importante esta función, porque la dogmática penal se encarga

¹³⁸ Fernando Velásquez. *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales 2010. Pág.13

¹³⁹ *Ibíd.*

¹⁴⁰ *Ibíd.* Pág.15

de velar por esos derechos fundamentales poniéndole cierto control al Estado.

En segundo lugar, el penalista español Enrique Gimbernat Ordeig establece otra de las ventajas de la dogmática penal, al indicar: *"la dogmática jurídico penal, al señalar límites y definir conceptos hace posible una aplicación segura y calculable del derecho penal, y lo sustrae a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación"*.¹⁴¹

Es decir, que la dogmática penal logra que la aplicación del derecho se realice de una forma segura y calculable, esto se logra porque el análisis realizado por la dogmática abarca un espectro bastante amplio, y no se centra solo en lo que trata el derecho penal positivo, sino que hace un barrido donde además de observar el derecho positivo y sus presupuestos, señala esa línea divisoria que es tan importante en esta materia, entre lo *"impunible"* y punible. Esta aplicación segura y calculable del derecho penal, también se da porque la dogmática como se dijo en el primer cometido impone unos límites y genera unos presupuestos para así lograr que el derecho penal no cometa arbitrariedades e improvisaciones.

En tercer lugar, la dogmática penal racionaliza y torna igualitaria la administración de justicia penal. Esto se da debido a la suma de los dos cometidos anteriores, la dogmática penal con el fin de brindarle seguridad jurídica a los ciudadanos y de lograr una aplicación adecuada, segura y calculable del derecho penal, consigue que las decisiones que se toman en los Tribunales abarquen todo lo anterior donde las

¹⁴¹ Claus Roxin. *Derecho penal. Parte General*, Madrid, Civitas, 1997, Pág.207

condenas o absoluciones sean consecuencia de la actuación limitada, ordenada y justa por parte de la administración de justicia.

De la misma forma el tratadista español indicó: *"cuanto más pobre sea el desarrollo de un dogmática, tanto más impredecibles serán las decisiones de los Tribunales, e invoca el peligro de que la decisión jurídica del caso, se convierta en una cuestión de lotería, cuanto menor sea el desarrollo dogmática, tanto más crece esa lotería, hasta llegar a un situación caótica y sin rumbo de un derecho penal."* ¹⁴²

La dogmática penal les brinda a los fiscales y jueces herramientas para poder enfrentar los problemas de la vida judicial de una forma objetiva, para lograr tratar de una forma adecuada la hipótesis del problema. Por eso, la dogmática jurídico-penal para la rama judicial se convierte en esa herramienta auxiliar pero de gran importancia para poder realizar un trabajo con los resultados que se requiere en un Estado de Derecho.

El cuarto cometido de la dogmática penal es la de mantener la unidad del sistema penal. La dogmática logra abarcar lo teórico y lo práctico del derecho penal, generándoles facilidad a los operadores judiciales debido a la unificación de pensamientos y argumentaciones, logrando que el derecho penal este encaminado a un solo fin común, haciéndolo más eficiente y proactivo.

Sobre esto el profesor Claus Roxin en su estudio enseña: *"si no tuviéramos el sistema, cada concreta situación de necesidad imaginable, precisaría una regulación especial en cuanto a sus presupuesto y consecuencias jurídicas. Ello requeriría numerosos preceptos y daría*

¹⁴² *Ibíd.* Pág.207

*lugar a una norma más de artículos tan inabarcables como también desequilibrados y llena de lagunas al faltar un principio sistemático rector. El orden del sistema contribuye esencialmente por tanto, como muestra ya este solo ejemplo, a la uniformidad y racionalidad de la aplicación de derecho.*¹⁴³

Por último, la dogmática penal permite construir una ciencia total del derecho penal, abierta, de orientación crítica. Esto se logra por la intensa relación de la política criminal y la criminología. Que genera un constante dinamismo en el derecho penal, para estar actualizado con los acontecimientos de la vida nacional, creando inmensos beneficios a la sociedad.

El dogmático tiene un papel protagónico en este cometido, ya que él es el encargado de actualizar o de relacionar el derecho penal con los acontecimientos de la vida cotidiana.

La dogmática penal es un instrumento necesario en esta ciencia, ya que el poder punitivo de Estado puede afectar las esferas fundamentales del ser humano y en esa medida debe existir algún tipo control. Así evitar, tanto condenas como absoluciones indebidas.¹⁴⁴

¹⁴³ ibídem, pág. 308

¹⁴⁴ Reflexión caso *Mignonette*, "La relación dogmática -aplicación proporcional y justa del derecho penal, en el caso *Mignonette* no se dio, entre otras razones, por la particular naturaleza del derecho inglés. Para el profesor Silva Sánchez, la ausencia entre el instrumental jurídico a disposición del Tribunal de mecanismos dogmáticos como el del llamado «estado de necesidad exculpante» (al que subyace la distinción entre justificación y exclusión de la culpabilidad), determinó que se les impusiera la pena de muerte, luego conmutada en vía de gracia. Se puede advertir que la decisión del Tribunal inglés, que sancionó la pena de muerte a los marineros náufragos representó para los enjuiciados el azar. La incapacidad de controlar los límites de la decisión judicial es el alto precio que se paga por ausencia de estructuras dogmáticas. El componente intuitivo, no normativo, no dogmático: genera inseguridad jurídica. Sin límites, sin conceptos, no se tiene una aplicación segura y calculable del derecho penal, gobierna la irracionalidad, la arbitrariedad y la improvisación."

Ahora bien, y a propósito de esos límites a la implementación de esta teoría, ALEJANDRO RAMELLI ex coordinador de la Unidad de Análisis y Contextos de la Fiscalía General de la Nación, afirmó que en esa Unidad, herramientas como la **dogmática penal** se hacían primordiales con el fin alcanzar los objetivos investigativos y la desarticulación de la criminalidad en Colombia, así indicó en entrevista a *Ámbito Jurídico*¹⁴⁵:

*"ÁMBITO JURÍDICO.: ¿Cuál es el principal esfuerzo de las investigaciones de la UNAC? RAMELLI.: Los contextos, autores y participación. **Es una necesaria articulación con la dogmática penal**, que, incluso, la explica. Por ejemplo, se tiene **estudiada una organización criminal** y, de allí, **se puede determinar cuál es la forma de autoría y participación por emplear**, si se trata de **una coautoría o una forma de aparato organizado de poder**. **Lo más importante no es comenzar con las imputaciones, sino con la construcción de esa nueva metodología, de la cual estamos convencidos va a cambiar los resultados"**.*

(Énfasis suplido)

Se evidencia con claridad por parte de la Fiscalía General de la Nación, como entidad que tiene el monopolio de la acción penal, la necesidad de usar la dogmática penal como herramienta para la cimentación de autorías y participaciones en Colombia.

¹⁴⁵ Periódico *Ámbito jurídico*, edición del 13 al 26 de enero de 2014. Pág. 21

1.2- Los Fundamentos de la Teoría como límite indispensable para la aplicación de esta forma de autoría a los miembros de la Fuerzas Armadas Militares.

En este acápite hacemos referencia a los Fundamentos Teóricos que ya habían sido desarrollados anteriormente en este escrito pues estos en su conjunto se convierten **en el otro elemento jurídico indispensable para limitar su implementación y así, encontrar el verdadero alcance que tiene la teoría de Roxin.**

Simplemente se vuelven a enunciar de manera breve, pero con el propósito de resaltar la necesidad de tenerlos siempre presentes, a efecto de que, cuando exista el supuesto fáctico delictivo, tenga éste que adecuarse a cada uno de los requisitos planteados desde su origen por Roxin.

Los tres presupuestos que planteó el profesor alemán para que en un supuesto fáctico delictivo un superior jerárquico o alto mando pueda verse inmerso bajo la figura de la *autoría mediata a través de aparatos organizados de poder*, fueron los siguientes:

1. El **DOMINIO de la organización criminal por parte de los autores mediatos**, es decir el hombre de atrás debe tener un verdadero DOMINIO o CONTROL sobre el aparato organizado de poder, ya sea por su posición o condición, pero debe ostentar un cargo o función que le permita tener poder de MANDO o AUTORIDAD sobre la organización criminal; son aquellos que están en la cúspide la estructura.

2. La **FUNGIBILIDAD por parte de los ejecutores materiales de las conductas delictivas imputadas**, este requisito radica en la posibilidad que tiene el hombre de atrás de escoger dentro de su organización a cualquier miembro de ella para la comisión de los crímenes, ES LA GARANTÍA DE ÉXITO DE LA ORDEN CRIMINAL, pues aunque alguno de ellos se niegue a ejecutar el delito, otro de los miembros lo hará. Es el presupuesto que explica el *automatismo* de la organización.

3. La **DESVINCULACIÓN DEL DERECHO del aparato organizado de poder**, implica que la estructura organizada de poder debe operar al margen del derecho, pues si estuviéramos hablando de que opera con la salvaguarda del orden legal, no tendría sentido esta teoría, en la medida que la ORDEN del hombre de atrás (“autor mediato”) no fundamentaría DOMINIO sobre ninguna conducta delictiva. Cosa distinta sería, bajo el mismo supuesto de estructura legítima, que el superior o alto mando, con otra forma de fundamentar dominio ejecute el punible, ello nos saca de la órbita de esta concepción teórica de Roxin.

Ahora bien, respecto del último de los presupuestos (desvinculación del derecho) debemos recordar lo afirmado por Roxin desde un principio, pues él consideró imperioso categorizar los tipos de aparatos organizados de poder, en la medida que para él existían unos de **carácter estatal, otros de carácter para-estatal y por último, los puramente criminales.** ¹⁴⁶

Lo anterior, nos permite entender el verdadero alcance de este tercer

¹⁴⁶ Cfr. Claus Roxin, Autoría y Dominio del hecho en derecho Penal. Pág. 277

(3º) presupuesto, pues pareciera que el hecho que el aparato sea de carácter estatal implica el incumplimiento del requisito de desvinculación del derecho, aspecto central esta tesis que desde ya se empieza a esclarecer.

Obviamente una interpretación laxa o apurada nos llevaría a esa conclusión, o por el contrario, nos puede llevar a suponer que pueden existir estructuras legales que se crean con propósito criminales y que existen solo para esos fines; suposición o apócrifo que se aleja de los más básicos principios legales y constitucionales pues como se van a crear instituciones o aparatos CRIMINALES en un Estado Social de Derecho.

Claramente, ello **NO es así**, la historia misma lo corrobora pues la existencia de aparatos estatales CRIMINALES involucra una realidad distinta, que no tiene consecuencia sobre este presupuesto; sabemos que existieron varios sistemas de gobierno que cometieron crímenes a través de sus fuerzas, pero estos se ***hallaban en un contexto en el cual ya no están vigentes las garantías del Estado (Dictaduras totalitarias, Alemania, Argentina y Chile)***. Lo anterior, restringe claramente en la actualidad la existencia de este tipo de aparatos, pues la mayoría están sometidos a un Estado de Derecho.¹⁴⁷

De esta manera, estos presupuestos son la herramienta indispensable - unido con la Dogmática- **para convertir esta forma de autoría en una verdadera forma de imputar responsabilidad penal a los superiores y NO, en un mecanismo despótico para idearla o acreditarla.**

¹⁴⁷ *Ibíd.* Pág. 277

2.- Límites Fácticos de la aplicación de la autoría mediata en aparatos organizados de poder

Cuando nos referimos a los LÍMITES FÁCTICOS, queremos explicar cada uno de los parámetros REALES Y MATERIALES que deben existir dentro del marco de una actuación delictiva para que a un miembro de las Fuerzas Militares se le pueda imputar responsabilidad penal a título de autor mediato a través de aparatos organizados de poder.

Estos límites los consideramos -según lo analizado-, como los requisitos fácticos necesarios para la existencia de esta forma de autoría, los cuales los clasificamos así:

- ✓ La existencia de un verdadero **aparato para-estatal o puramente criminal**; aun cuando el miembro de la Fuerza Militar hace parte de una estructura legal, debe EXISTIR DE MANERA PARALELA e INDEPENDIENTE UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL así que, cuando actúa con intención criminal lo hace únicamente en nombre y representación del aparato criminal.

- ✓ **La organización criminal debe tener un propósito delictivo**, es decir tanto el hombre de atrás como cada uno de los miembros que integran la organización criminal o para-estatal actúan CON CONCIENCIA DE QUE SU ACTUAR ES DELICTIVO, por ese motivo su operar NO hace parte de su función dentro la estructura legal, sino que es un proceder que es exclusivamente del resorte de su posición dentro de la organización criminal, motivo por el cual no se debe reprochar su actuar en ocasión a su cargo dentro del

Ejército sino que debe evaluarse dentro de la organización criminal.

- ✓ La **imposibilidad de asociación criminal generalizada**, esto significa que NO SE PUEDE GENERALIZAR O EXTENDER EL REPROCHE CRIMINAL DE UNO DE LOS MIEMBROS A TODOS LOS QUE HACEN PARTE DE LA ESTRUCTURA ESTATAL, es necesario separarlo, desvincularlo pues su accionar no está dentro de la relación jerárquica y funcional establecida conforme al orden legal y constitucional, sino por su posición particular dentro del aparato criminal.

Ahora bien, lo anterior también explica aquellos eventos en que se utiliza toda una organización legal con propósitos delictivos, lo cual implica que la organización sigue siendo LEGAL. Sin embargo, todos y cada uno de los miembros se apartan de dicha concepción pues no operan conforme a sus estatutos y a la normatividad que regula su actor sino todo lo contrario, actúan con conciencia y propósito delictivo.¹⁴⁸

- ✓ Asimismo, **deben superarse cada uno de los presupuestos básicos de Roxin**, como lo es **1. DOMINIO REAL** sobre la organización para-estatal o puramente criminal y **2. Que exista una verdadera fungibilidad de los ejecutores materiales dentro del aparato organizado de poder.**

¹⁴⁸ Por ejemplo el caso del DAS, donde la Corte dice que existía toda una organización criminal al interior de ella que operaba en coordinación y cooperación con miembros de las AUC. La estructura sigue siendo LEGAL, pero todos y cada uno de los miembros operaba al margen de la Ley de forma coetánea con otras estructuras ilegales.

Ahora bien, respecto del tercer presupuesto básico, el mismo ya debió ser superado en la medida que con la existencia de los tres límites fácticos que se explicaron debió quedar verificada la objetividad del requisito de la desvinculación del derecho.

Estos deben ser -a nuestro juicio- los parámetros fácticos que consideramos deben verificarse y que permitirían una posible implementación de la teoría de Roxin a miembros de las Fuerzas Militares. **Es diáfano que cada uno de ellos están íntimamente relacionados, es más a partir de la dogmática y el uso de los fundamentos teóricos es que se construye esta especie de solución que se comprendió bajo la categoría de LÍMITES FÁCTICOS.**

No dudamos que en algunos de los casos analizados, la responsabilidad penal debía declararse. No obstante, según lo que hemos venido exponiendo, en todos aquellos en los que ha resultado condenados servidores públicos, se observa que la argumentación llevada a cabo por la Corte, omite un juicioso estudio de los límites teóricos y fácticos que demanda la aplicación de ésta teoría.

Es decir, independientemente de la acertada o no, declaratoria de responsabilidad penal en dichos casos, acudir a la autoría mediata por estructuras organizadas de poder terminó siendo un mecanismo teórico para ocultar y superar dificultades argumentativas, fácticas y probatorias.

Afirmamos lo anterior, toda vez que difícilmente en los casos narrados, puede entenderse que los servidores públicos condenados, hacían parte y dominaban una estructura organizada de poder, de modo tal que no podía suplirse la prueba de una orden directa que acreditara la autoría o

la determinación, aludiendo a la existencia de un aparato criminal o a la fungibilidad de sus miembros. Había que acreditar suficientemente la responsabilidad penal desde una de las formas clásicas de autoría y participación toda vez que la autoría mediata a la que nos hemos venido refiriendo, no era aplicable a estos casos en tanto que no se encontraban acreditados sus requisitos teóricos ni fácticos.

CAPÍTULO II ALCANCE DE ESTA FORMA DE AUTORÍA MEDIATA EN LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS MILITARES.

Hasta ahora, la Honorable Corte Suprema de Justicia no ha tenido oportunidad de pronunciarse en sede de casación en relación con la aplicación de la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder, en delitos que involucran a altos mandos militares que no han ejecutado directamente la conducta materia de juzgamiento.

No obstante, a efectos de desarrollar el propósito de este trabajo, decidimos abordar dos casos de trascendencia jurídica, pero también política y mediática para hacernos una idea del tratamiento y rumbo de la forma de imputación a la que nos hemos venido refiriendo.

El primero de ellos es el caso del General **RITO ALEJO DEL RIO**, a quien el Juzgado 8 Especializado de Bogotá condenó a 25 años de prisión por el homicidio de **MARINO LÓPEZ MENA**. Más allá del acuerdo o desacuerdo con la decisión, conviene señalar que el problema que resulta relevante para éste trabajo consiste en determinar una forma correcta de imputación, teniendo en cuenta que lo que se pretendía era atribuir responsabilidad al militar por haber tolerado y protegido la acción de los paramilitares el Urabá durante el tiempo en que ocurrió el mencionado homicidio.

Si bien hasta ahora se cuenta con la decisión de primera instancia, en la misma condena al General como autor mediato por dominio de una estructura organizada de poder. En la actualidad se espera que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirme o revoque la sentencia condenatoria apelada por la defensa del General y en el evento de presentarse recurso extraordinario de casación, que la Corte

tenga oportunidad de determinar los límites y presupuestos que orientan la utilización de ésta teoría en los casos de altos mandos militares señalados como *"hombres de atrás"*.

En la sentencia condenatoria de 23 de agosto de 2012, hace expresa alusión tanto en su parte considerativa como en la resolutive a la coautoría mediata por estructuras organizadas de poder. A efectos de comprender el uso que el Juzgado da a la teoría materia de éste trabajo, conviene citar los siguientes apartes de la decisión:

"Como consecuencia del análisis probatorio desarrollado en los numerales anteriores, es evidente que en el caso concreto resulta nítida la concurrencia de los requisitos que permiten tener al procesado como autor mediato por dominio de estructuras organizadas de poder en los hechos materia de juzgamiento. En efecto, en estas consideraciones dejamos establecido que para tal efecto se requería los siguientes requisitos (sic): 1. Existencia de una organización jerárquica, 2. Poder de mando del autor mediato. 3. Una organización que actúa por fuera del derecho, 4. Fungibilidad del autor directo o material. 5. Predisposición del autor directo a la realización del hecho ilícito. Veamos si en el caso en estudio ellos concurren:

...

Tercer Requisito: Es evidente que esta serie de contubernios, producto de la unión de militares y autodefensas, y que se dieron en varias regiones del país conformaron estructuras que operaron al margen

*del derecho. Si bien es cierto que una de las misiones constitucionales de las Fuerzas Militares es precisamente la de mantener y/o restablecer el orden público cuando quiera que se encuentre alterado, tal labor debe desarrollarse dentro de los parámetros que otorga la misma ley. Mal puede el estamento militar recurrir a alianzas con organizaciones ilegales en su tarea de combatir grupos insurgentes y terroristas.*¹⁴⁹

Obviamente, cualquier delito que cometa cualquier militar es contrario a Derecho. Sin embargo, el discurrir argumentativo del Juzgado, incurre en el sofisma de preguntarse si es legal que el militar se alíe o no con los paramilitares para definir si es aplicable la teoría de ROXIN. Fácil resulta concluir que sí es contraria a Derecho tal alianza, empero, lo que determina si puede acudirse a la autoría mediata por estructuras organizadas de poder es si el aparato criminal actúa por fuera del Derecho, aspecto que no fue abordado en la argumentación del Juzgado.

Por ejemplo, si un militar incurre en el delito de inasistencia alimentaria, obviamente está actuando separándose del Derecho, no obstante su actuación, no podría servir de argumento para afirmar que el Ejército es una estructura organizada de poder separada del Derecho.

Es decir, una cosa es que al delinquir el militar se aparte del ordenamiento jurídico y otra cosa es afirmar que por haber cometido un delito el Ejército actúa por fuera del Derecho. Es cierto... para ROXIN existían estructuras organizadas de poder de carácter estatal, pero, para

¹⁴⁹ Folios 24 y 26 de la sentencia.

que las mismas tuvieran lugar, debía existir una orden expresa o tácita que descendía desde lo más alto de la cadena de mando, hasta sus fungibles eslabones más bajos.

Un segundo caso, tiene que ver con los hechos ocurridos los días 6 y 7 de noviembre de 1985 en el Palacio de Justicia, cuando un grupo de guerrilleros del M19 se tomaron la sede de las Altas Cortes de nuestro país tomando como rehenes a Magistrados, empleados y visitantes. **El Ejército recuperó el Palacio por medios que no vamos a calificar de buenos o malos.** Sin embargo, al final de la operación se dijo que 11 empleados de la cafetería y una guerrillera habían desaparecido por acción del Ejército.

Por lo anterior, el Coronel (R) LUÍS ALFONSO PLAZAS VEGA se encuentra condenado en segunda instancia a la pena de 30 años de prisión como autor mediato a través de estructuras organizadas de poder, por el delito de desaparición forzada (aclarando que el inicial número de desaparecidos se redujo de 12 a 2). Al respecto, traemos a colación algunas de las consideraciones de la sentencia de primera instancia:

"Teniendo en cuenta lo hasta aquí argumentado, la tesis que acoge el juzgado tiene sustento en que el sentenciado para la época de los hechos, se desempeñaba como militar activo del Ejército Nacional en el grado de teniente Coronel y comandante de la Escuela de Caballería, lo que permite ubicarlo en una posición preeminente dentro de la estructura de poder estatal; por tal razón, como se verá enseguida, el Coronel en retiro LUIS

ALFONSO PLAZAS VEGA ostentaba poder, mando y capacidad de impartir órdenes a sus subordinados. Además, en atención al acervo probatorio recabado, se arriba al convencimiento de que el implicado y los miembros del ESCAB, tuvieron participación activa durante el desarrollo de la operación táctica y de inteligencia de combate dirigida y coordinada por la Décimo Tercera Brigada, para ese entonces Brigada de Institutos Militares para la recuperación del Palacio de Justicia y la liberación de rehenes en poder del Grupo al margen de la Ley autodenominado M19”¹⁵⁰

Igualmente la sentencia de segunda instancia aborda la problemática planteada concluyendo que:

“Por eso si bien se ignora el autor material, uno de los autores mediatos, es el Coronel PLAZAS VEGA, como se declaró, para estos dos casos, en la sentencia condenatoria apelada, pues estos delitos pueden adecuarse dentro de la instrucción dada y transmitida en el aparato organizado de poder, como lo fueron las fuerzas del Estado que intervinieron en la operación de recuperación del Palacio de Justicia.”

Más allá del acuerdo o desacuerdo en relación con ésta decisión que bastante discutida ha sido en los ámbitos jurídico, político y académico, debemos advertir que no han sido pocas las críticas que se han elevado

¹⁵⁰ Folio 269 de la sentencia de primera instancia.

contra ésta argumentación, la primera de ellas proviene del salvamento de voto de uno de los Magistrados de la Sala que expresó:

"Mal puede afirmarse un estado de cosas como el presentado como estructura organizada de poder, cuando ni siquiera se establece en forma diáfana cómo está conformado, cuáles son las reglas o normas que le permiten actuar y bajo qué ropaje legal lo hace (cuando funciona paralelo a las estructuras legales), o para la otra forma, ésta sí es ilegal por conformación.

En este proceso se deja librada a la imaginación tanto la estructura como la sistematicidad y a cada quien se le coloca según vayan enunciándose las hipótesis de investigación que se toman como premisas procesales probatorias: el Ejército Nacional, indistintamente solo o con la Policía Nacional; se usurpa el mando y a la vez éste es un mando compartido; se tiene poder de mando frente a todos los militares –son parte fungible de la estructura-, entre otros planteamientos que no se alcanzan a delinear claramente."¹⁵¹

Siguiendo esa misma línea argumentativa, el Magistrado continúa planteando la inoperancia de esta forma de autoría pues:

"Sin una estructura automática en su funcionamiento, que use la legal para sus fines delictivos o tenga directamente las características de ilegal; dentro de la cual se pueda

¹⁵¹ Folio 942 de la sentencia de segunda instancia.

afirmar una sistematicidad y automaticidad en su actuar delictivo; en la que se ubique en su organización al "hombre de atrás" con poder de mando; así como al ejecutor "fungible" con su elevada disponibilidad para ejecutar el delito, menos aun la desvinculación del Estado en su poder ejecutivo y estamento militar o policial para acometer acciones delincuenciales, queda sin sustento la formulación de la sentencia con respecto a esta forma de responsabilidad penal."¹⁵² (Énfasis suplido)

De los apartes citados, podemos observar la facilidad de acudir a la teoría de ROXIN para suplir vacíos probatorios y argumentativos en la forma de imputación, motivo por el cual debe determinarse en la mayor y mejor medida posible la observancia de los presupuestos que sirven de límite de ésta teoría.

Límites que no han sido abarcados por la Corte Suprema de Justicia, pues de las decisiones existentes sobre este tópico, no hay siquiera síntoma de análisis sobre el estudio de cada uno de los presupuestos teóricos.

En esa medida, los antecedentes jurisprudenciales existentes, NO permiten establecer un límite a la aplicación, pues la Corte Suprema de Justicia no ha realizado el análisis necesario para determinar su aplicación conforme a los requisitos objetivos. La Corte si ha dado indicios de que podría ser viable su aplicación; en la decisión hito o nuclear la **32.805** del 23 de febrero de 2010, en uno de sus apartes manifestó que el "SOLDADO", "TROPA", "COMANDANTE" pueden ser

¹⁵² *Ibíd.* Folio 952.

responsables bajo la teoría de Roxin, *"pues toda la cadena actúa con verdadero conocimiento y dominio del hecho y mal podrían salir favorecidos algunos de ellos con una posición conceptual que comporte la impunidad"*.

Lo anterior, como se dijo en su momento, es un argumento que fue ambiguo y apurado en la medida que la Corte lo afirmó sin suficiente análisis de los presupuestos o requisitos teóricos, es más, se podría decir que ni si quiera hizo referencia a los mismos en esa decisión del 2010. Ahora bien, por ello la necesidad de acudir a la Dogmática Penal como herramienta necesaria que permite fijar los parámetros y alcances de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en los casos de los miembros de la Fuerza pública.

Entonces, la solución sobre este tópico evidentemente **NO LO DA** -hasta el momento- **la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia**. Sin embargo, la misma teoría nos permite entrañar una especie de salida al debate sobre la viabilidad de su aplicación a los miembros de las fuerzas militares.

Como bien sabemos, la génesis de esta teoría se forja a partir de hechos que involucraban agentes estatales, pues eran los altos dirigentes Nazis, al igual que a los militares argentinos -en el 85- a los que se buscaba condenar. Ahora bien, ¿sólo ese hecho nos permite concluir que es viable su aplicación a los miembros de las Fuerzas Militares? Lo planteado desde un principio por Roxin nos permite entender la solución a este interrogante. Y la respuesta es **NO, no** es viable su aplicación.

Claus Roxin formuló esta teoría, NO con el propósito de condenar a los agentes estatales, sino con la finalidad de establecer la responsabilidad

penal de los superiores jerárquicos en fenómenos de estructuras organizadas de poder CRIMINAL, por lo que, el profesor alemán sería suficientemente enfático frente al presupuesto teórico de que EL APARATO OPERARA AL MARGEN DEL DERECHO, así pues, en su desarrollo enseñó –con absoluta precisión- la necesidad de **distinguir entre las organizaciones estatales y las para-estatales.**

“Este punto es primordial resaltar que se debe entender la teoría de Roxin teniendo en cuenta dos aspectos: el primero de ellos es el influjo que tienen los elementos supra-positivos en la percepción de legalidad del aparato estatal. Al tener en cuenta estos elementos es posible, entonces, explicar cómo el grupo de casos que fundamentan la crítica son verdaderas actuaciones ajenas a derecho por la ausencia de legitimidad de las normas permisivas con las cuales actuaron los ejecutores de las conductas delictivas. El segundo aspecto que se debe tener en cuenta es la extracción del aparato del sistema estatal. Según Roxin, es posible que exista un aparato organizado del poder, en el pleno sentido del concepto, oculto dentro de una estructura estatal. Pero al ser este aparato organizado una organización criminal no hace parte del Estado si este último tiene un sistema jurídico legítimo, y consecuentemente, no es posible concebir un caso en que la estructura estatal sea el aparato organizado mediante el cual se encausan decisiones criminales, sino por el contrario, nos

encontramos ante verdaderas organizaciones paraestatales, ocultas dentro de los organismos legítimos".¹⁵³ (Énfasis suplido)

Fue evidente –como probamos en este escrito- la existencia regímenes estatales que aparentaron legalidad; casos como los crímenes cometidos por agentes oficiales durante las dictaduras nos permite distinguir, de manera clara, que estos se trataron de sistemas de gobierno en los cuales **NO era** viable aquella interpretación que apuntara a que sus altos mandos o superiores actuaron conforme a derecho, pues aunque las ordenes que emanaban de ellos aparentaran legitimidad en la medida que hacían parte de todo un aparato estatal, era claro que esa estructura estatal SIEMPRE estuvo cimentada, desde su origen, en la ilegalidad. Toda la operatividad, funcionalidad tenía como presupuesto la comisión de crímenes lesa humanidad, por lo que claramente un Estado que se funda en una verdadera legitimidad **no permitiría** el exterminio de razas o la violación flagrante de los derechos humanos.

La actuación de todos los agentes, en dicho contexto, estaba viciada. Lo que hace que todo el aparato estatal estuviera fuera del orden legal. Así pues, hay otro caso -y Roxin lo explica- que consiste en la existencia de organismos para-estatales, pues operan de forma paralela a las agencias legales o al interior de ellas, donde se crean organizaciones criminales y ejecutan delitos en nombre de la organización, **NO de la agencia estatal.**

¹⁵³ Jaques Simhon Rosembaun, La Responsabilidad Penal del Dirigente en los delitos cometidos a través de aparatos organizados de poder, Revista Derecho Público Universidad de los Andes. Pág. 16 y 20.

En esos supuestos, sí pueden existir militares que cometan crímenes, pero no lo hacen en nombre de la estructura legítima, que es el Ejército Nacional, sino de una organización criminal **que opera al margen de la legitimidad del Estado**, donde sus miembros deben ostentar; primero, dominio sobre la misma. Segundo, fungibilidad de los ejecutores materiales, -y este presupuesto viene un matiz importante- pues todos y cada uno de los posibles ejecutores materiales deben obrar con CONCIENCIA de que operan al margen de la ley y en nombre de la organización criminal, no del Estado.

CONCLUSIONES

3.1.- La formulación clásica de la autoría mediata, parte de la imputación que se realiza en contra de quien usando a otro como instrumento, comete la acción u omisión que da lugar al resultado típico.

3.2.- Las formas de instrumentalización características de la autoría mediata se concretan en la coacción, la inducción o aprovechamiento del error o la utilización de inimputables.

3.3.- La autoría mediata por dominio de un aparato organizado de poder se construye para solucionar las dificultades de imputación en aquellos eventos en los que existe un hombre de atrás y un ejecutor material y los dos deben ser responsables penalmente.

3.4.- La teoría de ROXIN propone la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder, no obstante condiciona su aplicación a la concurrencia de 3 requisitos: i) dominio de la estructura; ii) fungibilidad de los ejecutores materiales; iii) que la organización esté desvinculada del Derecho.

3.5.- En la autoría mediata clásica sólo responde el "hombre de atrás", porque "hombre de adelante" solo es un instrumento. En propuesta dogmática de ROXIN responden tanto el "hombre de atrás" como el ejecutor material.

3.6.- La autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder, resulta aplicable en nuestro país, esto toda vez que más allá de un análisis gramatical de la norma, las necesidades dogmáticas y

sociológicas demandan formas de imputación -y también de interpretación normativa- que respondan a las nuevas formas de criminalidad, específicamente aquellas que se valen de un automatismo funcional.

3.7.- Ahora bien, las reflexiones dogmáticas-sociológicas no pueden echar al traste las más elementales y rigurosas formas de imputación. Sí se puede aplicar la teoría de ROXIN en nuestro país, pero la exigencia mínima es respetar los presupuestos y límites impuestos desde el origen de la misma.

3.8.- La teoría de ROXIN admite la existencia de estructuras organizadas de poder que bien pueden ser estatales o paraestatales. No obstante, para acudir a la forma de imputación, debe verificarse que en cualquier caso la estructura debe estar separada del Derecho.

3.9.- Sí es jurídicamente viable aplicar la teoría de la autoría mediata por estructuras organizadas de poder en nuestro país.

3.10.- Lo que lo pareciera ser jurídicamente viable –según los casos vistos- es usar la teoría de la autoría mediata por estructuras organizadas de poder para suplir vacíos probatorios o argumentativos en un esfuerzo por condenar ciudadanos, pues en ninguna de las decisiones vistas se ha realizado la verificación correcta de los presupuestos teóricos concebidos desde su origen, para permitir una verdadera y coherente implementación.

3.11- Deben verificarse uno a uno los requisitos de la teoría con un esfuerzo mayor al de cualquier otra forma de imputación dada la lejanía del hombre de atrás del lugar de los hechos y del ejecutor material.

3.12.- No pueden adoptarse soluciones desde lo estrictamente pragmático. Por ejemplo, expone el profesor FERNANDO VELÁSQUEZ:

"Además en el derecho positivo es una discusión que desde el punto de vista práctico -que no teórico- no tiene ninguna trascendencia pues el autor, el coautor, el instigador, se hacen acreedores a la misma pena."¹⁵⁴

Es cierto, la pena es la misma, por lo menos en nuestro Código. Sin embargo, el autor, el coautor, el instigador, no se defenderán de la misma forma ante la imputación realizada por la Fiscalía.

Pertenece al más elemental garantismo señalar con el mayor rigor posible la imputación jurídica correcta en tanto esto repercute en el esfuerzo defensivo para desvirtuar el cargo formulado por el Estado. El determinador tratará de probar que no instigó, el autor tratará de probar que no ejecutó, el autor mediato se esforzará por acreditar que no es el "*hombre de atrás*", es decir que **NO** tiene un dominio real sobre el instrumento.

Por otra parte, la autoría mediata por estructuras organizadas de poder, puede dar lugar a la condena de personas que no estuvieron en el lugar y tiempo de los hechos, motivo por el cual se debe evitar su uso para solventar óbices jurídico-probatorios.

¹⁵⁴ Fernando Velásquez, Manual de Derecho Penal. Página 577

3.13.- Resulta loable la preocupación legal por aclarar la necesidad de probar con suficiencia que en los delitos cometidos por el Ejército Nacional, existió una estructura organizada de poder **separada del Derecho**.

Téngase en cuenta que el artículo 33 del Proyecto de Ley Estatutaria que reformaba el fuero penal militar trató sin éxito de establecer de manera exhaustiva y taxativa los aspectos a probar "*más allá de toda duda*" para poder predicar la existencia de autoría mediata por estructuras organizadas de poder.

Artículo 33. Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Una persona solo podrá ser declarada responsable como autor mediato a través de aparatos organizados de poder si en un proceso penal se prueba, más allá de toda duda razonable, cada uno de los siguientes elementos concurrentes:

- 1. La persona lidera una estructura jerárquica ilegal;*
- 2. Los miembros de la estructura jerárquica cumplen automáticamente las órdenes del líder;*
- 3. Los miembros de la estructura jerárquica pueden ser intercambiados en caso de una negativa a cumplir las órdenes del superior;*
- 4. El aparato actúa completa y estructuralmente al margen del derecho;*
- 5. El líder ha ordenado la comisión de una o más conductas típicas a los miembros de la estructura jerárquica.*

3.14.- No es viable jurídicamente considerar al Ejército Nacional como una estructura organizada de poder. Desde un principio la teoría partió de que la estructura debía estar desvinculada del Derecho.

Si uno, diez, cien o mil militares cometen un delito, deberán ser condenados acudiendo a las formas clásicas de autoría y participación, **salvo que se pruebe que uno o más de ellos tenían dominio sobre el resto que resultaban fungibles para la realización del resultado.**

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

- ABOSO, GUSTAVO EDUARDO. "Lineamientos básicos de la coautoría funcional en Derecho Penal y consecuencias dogmáticas de su aplicación", en: Nelson Salazar Sánchez (coord.). *Dogmática Actual de la Autoría y la Participación criminal*, Lima, Idemsa 2007.
 -"Autoría mediata a través de un aparato organizados de poder
Semblanza de esta crítica forma de autoría mediata y las propuestas alternativas formuladas en la dogmática penal para el tratamiento de la criminalidad de los aparatos organizados de poder". Documento web link:
www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/aparato_poder.doc
- AGUDELO BETANCUR, NODIER. "Evolución del método dogmático", *Lecciones del Derecho Penal Parte General*, Universidad Externado de Colombia 2008.
- AMBOS, KAI. "Acerca de la antijuridicidad de los disparos de mortales en el muro". Traducción de Claudia López Díaz, *Cuaderno de Conferencia y Artículos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Número 21, Abril 1999.
 -"Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder", Traducción de Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia.(2001)
 - "el Juicio a Fujimori: responsabilidad de un presidente por crímenes contra la humanidad como autor mediato en virtud de un

aparato de poder organizado", *revista de derecho penal y criminología*, 3.a época, Número 5 (2011).

- APONTE CARDONA, ALEJANDRO. Persecución penal en crímenes internacionales: Diálogo abierto entre la tradición Nacional y el desarrollo internacional.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL. "*Autoría y Participación*" *REJ Revista de Estudios de la Justicia – No 10 – Año 2008*
- *La autoría en el Derecho Penal, Barcelona*, Promociones y Publicaciones Universitarias PPU, 1991.
- ESER, ALBIN. Individual Criminal Responsibility The Rome Statute of International Criminal Court: a commentary. Editado por ANTONIO CASSESE, PAOLA GAETA y JHON R.W.D. JONES. Oxford University Press; New York, 2002,
- FARALDO CABANA, PATRICIA. "*Responsabilidad Penal del Dirigente en estructuras jerárquicas*", Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE. "*Autor y cómplice en el Derecho penal*" Buenos Aires, B de F, 2007.
- GRANADOS PEÑA, JAIME ENRIQUE. "la Responsabilidad de los jefes y otros superiores en la corte Penal internacional y el conflicto Colombiano", *Derecho penal Contemporáneo Revista Internacional*, Bogotá, Legis, 2002.

- HERNÁNDEZ ESQUIVEL, JORGE ALBERTO. "Autoría y Participación", *Lecciones del Derecho Penal Parte General*, Universidad Externado de Colombia 2008.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, JOSÉ ULISES. "La autoría Mediata en Derecho Penal", Granada, Comares, 1996.
- JAKOBS, GÜNTHER "Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori", *La autoría mediata. El Caso Fujimori*, Lima, Ara Editores, 2010.
- LARA GONZÁLEZ, HÉCTOR. Autoría Mediata por Dominio de la Voluntad y Aparatos de Poder.
- MALARINO, EZEQUIEL. "el caso Argentino", en Kai Ambos imputación de crímenes de los subordinados al dirigente, Bogotá, Temis 2008.
- MÁRQUEZ CÁRDENAS, ÁLVARO ENRIQUE. La autoría mediata en derecho penal. Formas de instrumentalización, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2009
- MEINI MÉNDEZ, IVÁN FABIO. La autoría mediata en virtud del dominio sobre la organización", *Revista peruana de Doctrina y jurisprudencia penales*, Lima, Grijley, N°4
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Derecho penal, Parte General*, Valencia 2007, Tirant Lo Blanch.

- ROSENBAUM, JACQUES SIMHON. *“La responsabilidad penal del Dirigente en los delitos cometidos a través de aparatos organizados de poder”*, Revista Derecho Público N°25, Universidad de los Andes, 2010.
- ROXIN, CLAUS. *Autoría y Dominio del hecho en Derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 1998.
- SÁNCHEZ HERRERA, ESIQUIO MANUEL. “Aparatos organizados de poder en la jurisprudencia nacional”, *Revista Huellas Número 72, Fiscalía General de la Nación*, Bogotá, Julio 2011.
- SANCINETTI, MARCELO. “Ilícito, personas y participación”, Buenos Aires, Ad hoc 2001.
- SCHROEDER, FRIEDERICH-CHRISTIAN. “Disposición al hecho versus fingibilidad”. Traducción Iván Menini Méndez. *La autoría mediata. El caso Fujimori*. Lima, Ara Editores, 2010.
- SUÁREZ LÓPEZ, CARLOS ALBERTO. “Aproximación a la problemática de la responsabilidad penal de los jefes de las organizaciones criminales: un estudio de Derecho comparado”, *Revista Huellas Número 72, Fiscalía General de la Nación*, Bogotá, Julio 2011.
- VÁSQUEZ RAMÍREZ, WALTER FABIÁN. *la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Tratamiento por parte del H. Corte Suprema de Justicia y críticas a su aplicación en el sistema penal Colombiano*. Revista Electrónica, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquía, Enero de 2012

- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. "Manual de Derecho Penal, Parte General, Ediciones jurídicas Morales, Bogotá, 2010. –"Los aparatos criminales organizados de poder" *Cuadernos de Derecho Penal Nº 4, El caso del Palacio de Justicia*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2011.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. Derecho penal, parte General 2ª edición, Bueno Aires, Ediar, 2006.

Jurisprudencia:

- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-290 del 2012 con Ponencia de Humberto Sierra Porto
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Casación 21900 de 2005
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal la Sentencia del 2007 con radicación 25.974
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal, Sentencia con Radicación Número 25974 de 8 Agosto de 2007
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal, Sentencia del 7 de marzo del 2007 con Radicación Número 23825.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal, Sentencia del 23 de Febrero de 2010 con Radicación 32805

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala penal, Sentencia del 31 de Agosto de 2011 con Ponencia de JOSE LUÍS BARCELÓ CAMACHO
- CORTE SUPREMA DE JUSTITICIA, Sala Penal, Sentencia del 14 de septiembre de 2011 con Ponencia de ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
- CORTE SUPREMA DE JUSTITICIA, Sentencia del 22 de mayo de 2013 con Radicación Número 40830.
- CORTE SUPREMA DE JUSTITICIA, Sala Penal, Sentencia del 14 de febrero del 2014 con Radicación Número 40214.
- Sentencia del 23 de agosto de 2012, proferida por el Juzgado Octavo Especializado de Bogotá en la cual se Condenó al Coronel RITO ALEJO DEL RIO.
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Decisión Segunda Instancia del 30 de enero de 2012, , Radicación 110010704003200800025 09 en la cual se confirmó la condena al Coronel (r) LUÍS ALFONSO PLAZAS VEGA.
- Salvamento de voto, Magistrado HERMENS LARA ACUÑA en la decisión del Tribunal que confirmó condena al Coronel (r) LUÍS ALFONSO PLAZAS VEGA.

Entrevistas:

- RAMELLI ARTEAGA, ALEJANDRO. "Los sistemas procesales fracturaron la realidad de la guerra", *Ámbito Jurídico*, Legis, Bogotá. Enero 2014.