

DOMINIO DE LA VOLUNTAD MEDIANTE ESTRUCTURAS ORGANIZADAS DE PODER: POSIBILIDAD DE APLICACIÓN EN EL CASO DEL CONFLICTO ARMADO CON LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP*

*José Jaime Restom Merlano***

Resumen: en el contexto del conflicto armado con las FARC-EP, la mayor parte de los crímenes son planeados y definidos por los altos mandos del grupo guerrillero, los

* El presente artículo es producto del semillero del Departamento de Derecho Penal y Criminología “2016-2017 Justicia Transicional y Derecho Penal. Estudio de los Acuerdos de La Habana”, Camilo Iván Machado Rodríguez (coord.).

** Abogado y auxiliar de investigación del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia. Correo-e: jose.restom@uexternado.edu.co.

Fecha de recepción: 25 de agosto de 2021.

Fecha de aceptación: 2 de septiembre de 2022.

Para citar el artículo: José Jaime Restom Merlano, “Dominio de la voluntad mediante estructuras organizadas de poder: posibilidad de aplicación en el caso del conflicto armado con la guerrilla de las FARC-EP”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 43, n.º 115, julio-diciembre de 2022, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 111-168.

doi: <https://doi.org/10.18601/01210483.v43n115.04>

cuales, a pesar de no intervenir materialmente en la ejecución de las infracciones penales, se valen de una serie de subordinados que hacen parte de toda una organización jerarquizada. Entonces, frente a esta compleja intervención delictiva es necesario determinar bajo qué forma, y con qué fundamentos político-criminales dogmáticamente coherentes, se imputará la responsabilidad penal a los máximos responsables. Ante la insuficiencia de las respuestas de las pautas clásicas del concurso de personas en la comisión de delitos realizados en la específica forma descrita, se erigen las propuestas dogmáticas de Claus Roxin en derecho penal que se muestran realmente viables e integrales para hacer frente a la problemática. Se trata de afirmar, en caso de haber concluido el proceso, la responsabilidad penal de los máximos responsables con base en la figura de la autoría mediata en virtud del dominio de organización. En consecuencia, es procedente realizar un juicioso estudio de la aplicabilidad de esta teoría en el ordenamiento jurídico colombiano, incluyendo por supuesto el marco normativo de los acuerdos de La Habana suscritos con las FARC-EP.

Palabras clave: aparatos organizados de poder; autoría mediata; dominio de organización; acuerdos de La Habana; máximos responsables; las FARC-EP.

DOMINANCE OF WILL THROUGH ORGANIZED POWER STRUCTURES: POSSIBILITY OF APPLICATION IN THE CASE OF THE ARMED CONFLICT WITH FARC-EP GUERRILLAS

Abstract: In the context of the armed conflict with FARC-EP, most of the crimes are planned and defined by the guerrilla group senior commanders which, despite not intervening materially in the execution of the penal offenses, are those who make use of a series of subordinates who are part of an entire hierarchical organization. In the face of this complex criminal intervention, it is then necessary to determine, under what form and on what ground, criminal policy and dogmatically coherent, criminal liability will be imputed to those most responsible. In view of the insufficiencies of the answers of the classical guidelines of the concurrence of persons in the commission of crimes, carried out in the specific way described, Claus Roxin's dogmatic proposals in criminal law are truly viable and integral to face the problem. The aim is to affirm the criminal liability, in the event that the criminal process has been concluded in this regard, of the maximum responsible based on the figure of perpetration-by-means by virtue of the organizational control. Consequently, it is appropriate to carry out a careful study of the applicability of this theory in the Colombian legal system, including definitely, the normative framework of Havana agreements signed with FARC-EP.

Keywords: organized apparatuses of power; perpetration-by-means; organizational control; Havana Agreements; those most responsible; FARC-EP.

INTRODUCCIÓN

En Colombia ha existido un prolongado conflicto armado de más de cincuenta años contra el grupo guerrillero FARC-EP, al que se le pretendió dar fin con los acuerdos a los que se llegó en La Habana con el Gobierno Nacional.

Atendiendo a los hechos delictivos acaecidos en el ámbito del conflicto, y que han sido dirigidos, propiciados y coordinados por esta guerrilla, el derecho penal se ve en la necesidad de reaccionar ante las más graves vulneraciones y puesta en peligro de los bienes jurídicos tutelados por el mismo, provenientes de las conductas punibles a las que se hace referencia.

Desde el punto de vista de la autoría y la participación, en su gran mayoría los delitos a los que se hace alusión no podrían llegar a ser sancionados utilizando las pautas clásicas de concurso de personas en la comisión de delitos¹, por cuanto son cometidos por miembros del grupo guerrillero, cualquiera de ellos, en cumplimiento de órdenes que emanan de la cúpula de esta compleja organización ilegal, y en cuyo interior se traza un programa múltiple de acciones criminales.

Dentro de la estructura de las FARC-EP los mandos superiores disponen de un número de subordinados cuya cantidad asciende a miles de integrantes², y al ser tan vasto su número, aquellos pueden estar seguros de que sus órdenes serán cumplidas ya sea por unos u otros, pues es una organización al margen de la ley que posee una estructura jerárquica estrictamente definida. La ejecución de los delitos por los integrantes de la organización atraviesa una serie de etapas que van desde la impartición de la orden que indica su comisión y que surge de los mencionados mandos superiores, pasando por cada uno de los eslabones de la cadena criminal hasta llegar al guerrillero que se ocupa de ejecutarla.

Al ser tal la complejidad del funcionamiento del grupo guerrillero surge entonces la necesidad de establecer la responsabilidad penal de quienes integran la cúpula de la organización, como máximos responsables de los delitos cometidos. En ese sentido salta a la vista la pregunta acerca de la calidad de su intervención delictiva: ¿son coautores, autores accesorios, autores mediatos, determinadores o cómplices?. Es aquí donde aparece la teoría de dominio de la voluntad mediante estructuras de poder organizadas para dar la respuesta más adecuada al ordenamiento jurídico colombiano.

1 Alberto Suárez Sánchez. *Autoría y participación*, 3.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 319.

2 Cfr. bibliografía en <http://www.farc-ep.co/nosotros.html>.

1. EXPOSICIÓN DEL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MIEMBROS DE LA CÚPULA DE LAS FARC-EP EN AQUELLOS SUPUESTOS DONDE SE VALEN DE LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL PARA LA COMISIÓN DE DELITOS

Cuando se trata de fundamentar la responsabilidad penal de quienes dirigen organizaciones ilegales jerarquizadas, las cuales les permiten decidir y ordenar la comisión de delitos como parte de su plan criminal, se torna complejo atribuirles la calidad de autores o partícipes; ello es así, dado que en la mayoría de los casos no hacen parte de la ejecución material de los hechos punibles, pero sí tienen fundamental importancia en su coordinación y, sobre todo, en la aceleración o desistimiento de la comisión de las transgresiones al ordenamiento penal.

Para solucionar la dificultad enunciada, la doctrina ha trabajado una serie de teorías que intentan explicar cuál de las calidades mencionadas es la que se predica de los pertenecientes a la cúpula de las organizaciones criminales que se constituyen sobre un andamiaje jerarquizado, y que en virtud de dichas organizaciones responden penalmente por la comisión de los delitos con ocasión de su utilización.

Entre las elaboraciones doctrinarias se encuentran diversas tesis: la coautoría, la autoría accesoria, la determinación o inducción, la complicidad y la autoría mediata.

Algunas de ellas han tomado mucha relevancia al ser utilizadas por la jurisprudencia, tanto foránea como nacional, para fallar casos aún hoy polémicos, dando lugar a desarrollos judiciales, pero además, dando vida jurídica a las teorías utilizadas.

Este grupo de teorías que se han enunciado constituyen el marco teórico de este trabajo, manifiestan la discusión aún no zanjada en la doctrina y, sobre todo, son materia prima de gran utilidad para definir y esclarecer cuál de los fenómenos acaece, esto es, autoría o participación, y en cuál de sus formas, respecto de los pertenecientes a la cúpula de las FARC-EP como máximos responsables por la comisión de los delitos a través de la organización.

2. EL CONCURSO DE PERSONAS DENTRO DE LA LEGISLACIÓN PENAL COLOMBIANA

En primer lugar es importante precisar que en el artículo 28 de la Ley 599 de 2000 se acoge un concepto restrictivo de autor, pues dispone que “concurren en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes”. Con esto quedan excluidos de nuestro ordenamiento los conceptos unitario y extensivo de autor.

La figura de los autores se encuentra regulada en el artículo 29 de la misma ley, y en él se establece:

Artículo 29. *Autores*. Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento.

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

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

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

En el inciso primero se consagra, por una parte, la figura del autor inmediato o directo como “aquel que reuniendo las exigencias personales objetivas y subjetivas exigidas por el correspondiente tipo legal, realiza el hecho típico”³, y por otra, “o utilizando a otro como instrumento”, una forma de autoría que la doctrina y la jurisprudencia nacionales han venido aceptando. Sin embargo, el legislador no indicó de manera clara los requisitos de configuración, “para dejar margen a la interpretación y desarrollo”⁴.

En el inciso siguiente el legislador se refiere a la coautoría, y señala de manera expresa sus presupuestos: 1. El acuerdo común; 2. La división del trabajo, y 3. La importancia del aporte. Respecto del coautor Suárez manifiesta: “es quien reuniendo todos los elementos objetivos y subjetivos exigidos por el tipo penal, realiza de manera mancomunada con varios sujetos y división del trabajo la acción descrita en el tipo”⁵.

El inciso tercero del Código Penal plantea una hipótesis general a partir de la cual se puede fundamentar la responsabilidad de las personas jurídicas y de quienes actúan en nombre de otro.

El estatuto distingue el fenómeno de la participación de la autoría consagrada en el artículo anterior y lo fundamenta en el artículo 30:

3 Al respecto ver Jorge Alberto Hernández Esquivel. “Evolución doctrinal y jurisprudencial de la teoría del dominio del hecho”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. XXIX, n.ºs 86 y 87, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero-diciembre de 2008, p. 277.

4 Alberto Suárez Sánchez. Ob. cit., p. 286.

5 *Ibíd.*, p. 352.

Artículo 30. *Partícipes*. Son partícipes el determinador y el cómplice.

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

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

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

Esta norma contempla la figura de la participación, la cual no puede ocurrir sin la aparición de un autor en la realización del hecho antijurídico. De esa manera se acoge el principio de accesoriadad en sus modalidades cualitativa y cuantitativa. Córdoba Angulo señala que es cualitativa en tanto se necesita que el autor realice como mínimo una conducta típica y antijurídica para que el partícipe responda penalmente; y cuantitativa porque el partícipe sólo responde siempre y cuando el autor haya dado comienzo al principio de ejecución, es decir que haya realizado la conducta por lo menos en grado de tentativa⁶.

Acerca de la instigación (determinación), Velásquez expresa que por esta, “se entiende la figura en cuya virtud una persona incita, impulsa, apremia a otra a realizar el injusto doloso”⁷; y respecto de la complicidad el autor sostiene que se trata de la “cooperación dolosa con otro en la realización de un actuar antijurídico, dolosamente cometido”⁸.

Además esta disposición recoge en su último inciso la figura del interviniente, la cual es objeto de gran discusión en la doctrina.

6 Miguel Córdoba Angulo. “La figura del interviniente en el derecho penal colombiano”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. xxv, n.º 75, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2004, p. 80.

7 Fernando Velásquez Velásquez. *Manual de derecho penal. Parte general*, 2.^a ed., Bogotá, Editorial Temis, 2004, p. 462.

8 *Ibíd.*, p. 464.

3. TEORÍAS QUE INTENTAN DAR SOLUCIÓN AL PROBLEMA DEL CONCURSO DE PERSONAS EN LA COMISIÓN DE DELITOS CON OCASIÓN DE LA UTILIZACIÓN DE LOS APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

3.1. La coautoría

Esta construcción no acepta la tesis según la cual se predica la autoría mediata de aquellos que dirigen los aparatos organizados de poder con ocasión de su utilización, básicamente con fundamento en que para poder afirmar esta figura se requiere que el instrumento ejecutor de la conducta punible no sea penalmente responsable en forma plena.

Por esta razón, es que se debe acudir a la figura de la coautoría para sancionar a título de autor a los que ordenan desde la cúpula de la estructura la comisión de los hechos delictivos. Suárez afirma que esta tesis entiende que “en las acciones delictivas realizadas en el interior de los aparatos organizados de poder hay un dominio compartido entre dirigentes y ejecutores”⁹, de manera que la conducta realizada ha de ser imputada a título de coautor a los integrantes de la organización.

En ese sentido, Jescheck y Weigend estiman que quien se ubica en la cúspide es coautor justamente porque domina la organización¹⁰. Además, insisten en que

... el carácter común de la resolución delictiva se produce a través de la consciencia del director del aparato y de los ejecutores de que en un hecho determinado, o varios de ellos de la misma clase deben ser llevados a cabo en correspondencia con las indicaciones de la dirección¹¹.

También se señala que el ejecutor hace suyo concluyentemente el plan delictivo¹², y que la coautoría no precisa un contacto personal ni una planificación conjunta, pues basta con el acuerdo tácito¹³.

Asimismo, Jakobs aboga por esta teoría. Según él, en el ámbito de la participación delictiva aquel que da forma con sus actos al “acontecer global” será la figura

9 Alberto Suárez Sánchez. Ob. cit., p. 329.

10 Hans-Heinrich Jescheck y Thomas Weigend. *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., Miguel Olmedo Cardenete (trad.), Granada, Comares, 2002, p. 722.

11 Ídem.

12 Claus Roxin. *Derecho penal. Parte general*, t. II, *Especiales formas de aparición del delito*, Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, José Manuel Paredes Castañón y Javier de Vicente Remesal (trads. 1.ª ed. alemana), Madrid, Editorial Civitas y Thompson Reuters, 2014, p. 118.

13 Ídem.

principal, es decir, el autor; y las figuras secundarias serán quienes aportan algo “no definitorio”. De esta manera, la diferencia entre autores y partícipes es totalmente cuantitativa. Jakobs manifiesta que no se debe perder de vista que el “interviniente accesorio” (el dirigente de la organización) continúa participando en la ejecución aunque no sea de “propia mano”. Si de verdad este sujeto actúa en el hecho, ha construido de manera previa en forma “más o menos intensa” el modo en que se ha de ejecutar; por su parte, los ejecutores actúan no únicamente para ellos, sino también para los intervinientes accesorios pues se han comprometido en el suceso¹⁴. El profesor emérito de Bonn parte de la base de que el ámbito previo no es valorado como injusto, pero sí como razón para imputar los resultados sucesivos. En ese orden, autor (coautor) es quien dentro del ámbito anterior a la ejecución, “determina o codetermina el acontecer global hasta la ejecución”, con tal intensidad que su aporte tiene igual importancia que el del ejecutor. Siendo así, en vista de que la valoración y el significado de la conducta punible no obedece al conocimiento de quien la aprovecha, *la coautoría no precisa de una decisión conjunta para cometer el hecho*. Por ende, para ser coautor sólo se requiere participar con una aportación tal que configure el suceso global, y con una incidencia tan determinante como la del ejecutor¹⁵.

Para Jakobs no está decidido en ningún caso que el trayecto desde “X será asesinado por un subordinado” hasta “X será asesinado en cumplimiento de una orden”, no alcance a ser una determinación común para el hecho. Es más, se trata de la división del trabajo y no de una “comunidad de corazones”, por lo cual, la determinación común puede acaecer en forma “puramente objetiva”, sin que quien alienta sea consciente de que incita y, de darse el caso, a quién incita¹⁶. Es por ello que la figura de la coautoría depende solamente del significado social que tenga cada prestación del que actúa durante la ejecución de la conducta *o antes de la misma*, y dicho significado es susceptible de traducirse en que la ejecución puede ser realizada de manera exitosa, a pesar de que no medie acuerdo común para el hecho.

Es así como Jakobs concibe que un caso como el de Alberto Fujimori, resuelto por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Perú a través de la tesis del dominio de la organización que fundamenta la autoría mediata en aparatos organizados de poder, en realidad se solucionaba sancionando al expresidente con sus “esbirros” como coautores; esta forma de resolver el caso pone de presente la

14 Günter Jakobs. “Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori”, en Kai Ambos y Meini Iván (eds.), *La autoría mediata*, Bogotá, Ediciones Axel, 2011, p. 109.

15 Günter Jakobs. “Participación”, en Jaime Bernal Cuéllar (comp.), *xxxv Jornadas Internacionales de Derecho Penal: Procesos de paz: Derecho penal y justicia transicional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 120, 123 y 124.

16 Cfr. Günter Jakobs. “Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori”, cit., p. 109.

igualdad jurídica de los partícipes en su ámbito de organización, y no se queda exclusivamente en el ámbito de los hechos realizados; dicha igualdad jurídica se predica por cuanto, desde la óptica jurídica, los ejecutores eran sujetos responsables que cometieron la conducta punible conjuntamente con Fujimori, al mismo tiempo que este último actuó con ellos.

Adicionalmente, Jakobs es enfático en afirmar que Fujimori no se quedó simplemente en organizar un suceso de alguna manera delictivo, sino que observó conductas como la del “obligado especial”, en tanto titular de un “estatus especial”. En ese orden de ideas, al tener una posición de garante institucional, el expresidente peruano, a través de su comportamiento, bien fuera por acción o por omisión, lesionó los deberes positivos que radicaban en él, y eso ya lo hizo ser autor de los delitos iniciados por su cuenta¹⁷.

Velásquez también es partidario de la coautoría para estos casos, y descarta la autoría mediata al sostener que se debe concebir una coautoría cuando se cumplen sus exigencias en los eventos en que “el instrumento obra dentro de un aparato de poder en el seno de organizaciones delictivas, en las que las órdenes criminales son dadas desde la cúspide de la jerarquía y deben ser ejecutadas por los subordinados”¹⁸.

3.2. La autoría accesoria

Autores afines a esta teoría no reconocen la figura del “autor detrás del autor” pues, en su parecer, es una idea de difícil verificación y, además, de muy complejo entendimiento¹⁹. Desconociendo la coautoría y también la autoría mediata, acuden a la construcción teórica de la autoría accesoria, cuya nota característica consiste en que una pluralidad de sujetos, sin mediar común acuerdo, al ejecutar de manera independiente y con desconocimiento de la conducta de él o de los otros, ocasionan un resultado típico²⁰.

3.3. La inducción o determinación

Al igual que la autoría mediata, esta teoría presenta una estructura vertical, y se trata, como aquella, de la mera puesta en marcha de un hecho ejecutado por “mano

17 *Ibíd.*, p. 113.

18 Fernando Velásquez Velásquez. *Ob. cit.*, p. 455.

19 Claus Roxin. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (trads. 7.ª ed. alemana), Madrid y Barcelona, Marcial Pons, 2000, p. 725.

20 Al respecto cfr. Jorge Alberto Hernández Esquivel. *Ob. cit.*, p. 284.

ajena”; pero se diferencia en que que el determinador no tiene dominio del hecho, es decir que “la realización del tipo no depende de su voluntad”²¹.

Los autores que acogen esta tesis repudian, al igual que los que siguen la autoría accesoria, tanto la coautoría como la autoría mediata. La primera, porque, como afirma Hezberg, tanto por el hecho de que se presente en los intervinientes la conciencia de que las conductas han de seguirse de conformidad con las órdenes de los superiores como de que dichos superiores planeen y el ejecutor haga suyo tácitamente el plan criminal, se predica de cada instigación del día a día que es exitosa²².

En lo que hace a autoría mediata, una parte de la doctrina se opone a la estructuración de la autoría del “dominio por organización”, que Roxin determina como el dominio del hecho independiente del hecho concreto²³; y asimismo advierte que cuando se sostiene que la negativa de un soldado no obstruiría la ejecución porque otro le sustituiría, se está pasando por alto que en caso de producción de la muerte por un segundo ejecutor material, ya no se estaría frente al mismo hecho material²⁴. De la misma manera, este sector piensa que frente a los sucesos que se presentaron con ocasión a los disparos del muro de Berlín puede apreciarse sin dificultad la inducción²⁵.

Otros autores consideran que en los casos de “dominio de la organización” se tiene que afirmar la inducción, y enfatizan en que, atendiendo a la fungibilidad del sujeto en la “organización del hecho en división del trabajo, ello nada altera en la responsabilidad concreta de dicha organización, de ésta, no procurándole, por tanto al sujeto de detrás posición de autor alguna”²⁶.

Otro sector doctrinal también se muestra partidario de esta teoría y concibe como irrelevante el dominio del hecho de quien imparte las órdenes, y en ese sentido cree que si bien es cierto que el sujeto de detrás tiene la posibilidad garantizada por el aparato de materializar sus planes, al margen de quién sea el ejecutor, dicha posibilidad no suple la falta de dominio fáctico en el caso concreto, “a menos

21 Cfr. Claus Roxin. *Derecho penal. Parte general*, t. II, cit., p. 120.

22 Rolf D. Hezberg. “La sentencia-Fujimori: sobre la intervención del superior en los crímenes de su aparato de poder”, en Kai Ambos y Meini Iván (eds.). *La autoría mediata*, Bogotá, Ediciones Axel, 2011, p. 140.

23 *Ibíd.*, p. 138.

24 Cfr. Claus Roxin. *Derecho penal. Parte general*, t. II, cit., p. 116.

25 *Ibíd.*, p. 120.

26 Cfr. Claus Roxin. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, cit., p. 727.

que se quiera echar por tierra el fundamento de la teoría del dominio del hecho en su totalidad”²⁷.

De la misma manera, Hezberg sostiene tajantemente que el argumento según el cual el aparato asegura el resultado delictivo es “insostenible”, toda vez que aunque se trate de la orden más firme, esta puede ser quebrantada por sus receptores, por cuanto se trata de personas que actúan autónomamente y pueden, por ende, “seguir su conciencia, fallar el objetivo trazado por torpeza, permanecer inactivos por pereza o dejarse sobornar”²⁸.

Según este autor, no se puede entender cuál es la razón por la que la autoría mediata, que debería limitarse y afinarse en la falta de responsabilidad del receptor de la orden, tiene que desfigurarse en una “ampliación” innecesaria en su totalidad; lo anterior, puesto que la instigación en cadena, la cual se da de todas maneras e indiscutiblemente, cobija todos los casos, y adicionalmente la ley prevé para esta la misma “medida penal” sin la posibilidad de reducción de la pena²⁹. Al ser así, según una parte de la doctrina penal, la falta de responsabilidad del instrumento no se presenta, sino que el sujeto es plenamente responsable en los casos de acciones de exterminio, pues cada receptor tiene “el poder sobre la vida y la muerte de las víctimas”; entonces Hitler, Himmler y Honecker no realizaron como autores las muertes que ellos mandaron a través de las órdenes que impartieron, sino que las produjeron en calidad de inductores³⁰, y lo mismo ha de predicarse respecto de criminales como Alberto Fujimori quien, a juicio de esa parte de la doctrina, debía responder penalmente en calidad de determinador.

Para Hernández Esquivel la hipótesis de la autoría mediata que Roxin llama “dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas” es discutible, y el fenómeno jurídico de la determinación es más aplicable y responde con mayor precisión al Código Penal de 2000 en razón a que el ejecutor material también es autor³¹.

3.4. La complicidad

Algunos de los autores que sostienen la teoría de la complicidad estiman que los dirigentes de los aparatos organizados de poder en realidad son cómplices o cooperadores necesarios, puesto que “el hecho de que un sujeto domine y ponga en marcha la máquina de matar, valiéndose de medios materiales y personales

27 *Ibíd.*, p. 728.

28 Rolf D. Hezberg. *Ob. cit.*, p. 133.

29 *Ibíd.*, p. 136.

30 Cfr. Claus Roxin. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, cit., p. 727.

31 Jorge Alberto Hernández Esquivel. *Ob. cit.*, p. 278.

pertenecientes a la organización no condiciona automáticamente su autoría”³². De conformidad con esta misma parte de la doctrina, sin dejar de lado que los ejecutores son plenamente responsables al momento de aceptar y cumplir las órdenes, en realidad el “cooperador necesario” aporta a la conducta punible un “conjunto de actividades” donde se mezclan actos de inducción con otros que incluyen el aporte de medios materiales y maneras de llevar a cabo la inducción.

Así, Suárez afirma que esta parte de la doctrina entiende que los dirigentes de los aparatos organizados de poder son cómplices o cooperadores necesarios; los sujetos que comunican paulatinamente la orden a los receptores de la misma, en otras palabras los intermediarios son cómplices salvo el último de ellos, quien será inductor, y el que realiza la conducta punible será el autor directo o inmediato³³.

3.5. La autoría mediata

A través del “dominio de la voluntad mediante estructuras organizadas de poder” se consigue sancionar en calidad de autores mediatos a aquellos que dirigen las organizaciones criminales jerarquizadas, en virtud del superior dominio que ejercen sobre el hecho, aunque no despliegan coacción, ni induzcan o se aprovechen del error sobre los ejecutores materiales, debido a que la plena responsabilidad del autor inmediato no implica la desaparición de la autoría mediata; de esa manera se configura la figura del autor tras el autor³⁴.

Claus Roxin es el principal exponente de esta tesis que desarrolló por primera vez en 1963³⁵, y desde su proposición ha seguido siendo objeto de estudio por el autor y gran parte de la doctrina, e indiscutiblemente ha sido acogida por varios tribunales del mundo³⁶.

Esta teoría, afirma el autor en comentario, se apoya en la idea de que en una organización delictiva “los hombres de atrás”, que imparten órdenes de cometer conductas punibles con mando autónomo, pueden responder a título de autores mediatos no obstante los autores inmediatos sean, de igual forma, sancionados como autores plenamente responsables³⁷.

32 Alberto Suárez Sánchez. Ob. cit., p. 333.

33 *Ibíd.*, p. 334.

34 En ese sentido *ibíd.*, p. 325.

35 Cfr. Claus Roxin. *Derecho penal. Parte general*, t. II, cit., p. 111.

36 Claus Roxin. “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, conferencia pronunciada el 23 de marzo de 2006 en la Clausura del Curso de Doctorado “Problemas fundamentales del Derecho penal y la Criminología” de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, p. 12, disponible en <http://www.revistaestudiosarabes.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/download/15081/15499>.

37 *Ibíd.*, p. 11.

Teniendo en cuenta el dominio del hecho como criterio fundamental para definir la autoría, el profesor emérito de Múnich, sostiene que existen solamente tres maneras idealmente típicas en las que se puede dominar el suceso delictivo sin siquiera colocar las manos en la ejecución: obligando o forzando al ejecutor material; engañándolo, o (que es a la que en este trabajo se hace referencia) disponiendo de una organización o aparato que garantice la materialización de las órdenes impartidas sin recurrir a la fuerza o al engaño.

Al analizar la documentación de los procesos de Nuremberg Roxin concluye que no se halló caso alguno donde se hubiera asesinado a alguien que se hubiera negado a cumplir las órdenes de fusilar, ni amenazas de condenar a muerte o de internación en campos de concentración, sino que sólo se registraba, a lo máximo, una nota desfavorable en el expediente. De la misma manera, Staschynski encontró la oportunidad de apartarse de las órdenes de asesinar y entregarse a las autoridades de Alemania³⁸. Siendo así, quienes impartían las ordenes dentro de las organizaciones de las que hacían parte, no necesitaban acudir a la coacción o al engaño sobre su ejecutor material, toda vez que, inclusive, si un sujeto concreto no acertaba a cumplir la orden, o se negaba a hacerlo, el aparato contaba con otros que se harían cargo de su función³⁹, de manera que organizaciones de este tipo se despliegan y marchan “automáticamente” sin consideración a la persona individual del autor inmediato.

El ejemplo clásico, y por cierto el que Roxin analizó para construir su teoría, es el del régimen nacionalsocialista alemán, puesto que, al impartir una orden, Hitler, Himmler o Eichmann podían contar plenamente con su realización, debido a que ante la negativa de uno de los encargados de la ejecución simplemente otro cumplía la orden, no siendo suficiente la negativa mencionada de quien debía realizarla para afectar la consecución del plan global. Para este suceso, Roxin sostiene que autor mediato es todo sujeto que se ubica junto a la “palanca de mando” de un aparato de poder, sin importar cuál sea su nivel en la jerarquía de la organización, y es capaz de obtener, a través de una orden, que se realicen conductas punibles independientemente de quién sea el ejecutor⁴⁰.

El autor alemán señala cuatro factores en los que se fundamenta el dominio del hecho de los hombres “de atrás” en las organizaciones delictivas: “el poder de mando de quienes tienen poder para impartir órdenes, el apartamiento del Derecho del aparato de poder que está a su disposición, la fungibilidad del ejecutor inmediato y la alta disposición al hecho del ejecutor”⁴¹.

38 Cfr. Claus Roxin. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, cit., p. 271.

39 Cfr. Claus Roxin. *Derecho penal. Parte general*, t. II, cit., p. 111.

40 *Ibíd.*, pp. 111 y 112.

41 Al respecto cfr. Claus Roxin. “Apuntes sobre la sentencia Fujimori de la Corte Suprema del

Con referencia al poder de mando es pertinente resaltar que el sujeto de detrás no se subordina internamente al ejecutor, pues este no tiene que “dejar a criterio” del mismo la realización del hecho. No obstante, en lo que hace a la autoría mediata, dicho poder de mando solamente encuentra su soporte en el acuerdo con que opera el aparato organizado en cuyo marco se observa la conducta. En virtud de este criterio, autor mediato solo puede ser aquel que al interior de una organización jerárquicamente dirigida goza de autoridad para impartir órdenes, y además ejerce dicha autoridad para lograr “realizaciones del tipo”⁴². En ese orden de ideas, el comandante que dirigía un campo de concentración era autor mediato de los homicidios que ordenaba, a pesar de que dicho sujeto actuara en seguimiento de indicaciones de sus superiores.

Según lo sostenía inicialmente Roxin, de la estructura del dominio por organización se desprende que este sólo aparece allí donde la organización en su conjunto se encuentra al margen del ordenamiento jurídico, toda vez que en tanto los dirigentes y los ejecutores continúen en principio atados a un ordenamiento jurídico que no depende de ellos, las órdenes dirigidas a realizar conductas punibles no son capaces de dar fundamento al dominio, y ello en vista de que las leyes “excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas” y, asimismo, el dominio de la voluntad del sujeto de atrás⁴³. Sin embargo, de manera más reciente⁴⁴ el profesor emérito de Múnich sostiene que no es necesario que el aparato de poder se haya desvinculado del derecho en toda relación, sino que basta con que esta desvinculación del aparato aparezca en el ámbito de las conductas punibles realizadas por el mismo; pero, además, la desvinculación depende de la actual valoración jurídica y no de la forma como se juzgue el poder político anterior; un ejemplo del autor alemán permite ilustrar esto último: las muertes masivas provocadas por el régimen nazi habrían resultado también desvinculadas del Derecho “si la jefatura del Estado” de ese momento las hubiera impartido legalmente y no mediante “órdenes secretas”⁴⁵.

Otro criterio importante, pero no el único en el que se apoya esta tesis de la autoría mediata para fundamentar el dominio de la voluntad en los casos de estructuras organizadas de poder se afina en la “fungibilidad, sustituibilidad o reemplazabilidad” del ejecutor; el autor inmediato dentro de esta forma de autoría mediata es “cambiable a voluntad”, y en palabras de Roxin, “una pieza o ruedecilla intercambiable en el engranaje del aparato de poder”⁴⁶. Aquí concurren en el ejecutor

Perú. Sobre la intervención del superior en los crímenes de su aparato de poder”, en Kai Ambos y Meini Iván (eds.). *La autoría mediata*, Bogotá, Ediciones Axel, 2011, p. 94.

42 Cfr. Claus Roxin. *El dominio de organización...*, cit., p. 16.

43 Cfr. Claus Roxin. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, cit., p. 276.

44 Cfr. Claus Roxin. *El dominio de organización...*, cit.

45 *Ibíd.*, p. 16.

46 Cfr. Claus Roxin. *Derecho penal. Parte general*, t. II, cit., p. 112.

material tanto la libertad como la responsabilidad, y por ello debe responder como autor culpable y directo. Pero dicha concurrencia de circunstancias sobre el que realiza directamente la conducta punible no es para nada relevante para el dominio que ejerce el autor mediato, porque el sujeto agente no aparece como “persona individual, libre y responsable”, sino como sujeto anónimo y sustituible. Adicionalmente, precisa Roxin, los dirigentes de los aparatos organizados de poder son, a pesar de todo, autores mediatos, en tanto que, a diferencia de la determinación, la comisión de la conducta punible no es dependiente de la “decisión” del ejecutor material (autor inmediato).

Si bien la elevada disposición al hecho del ejecutor puede ser utilizada para fundamentar la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, no constituye un presupuesto autónomo sino que se deriva de los tres elementos señalados con anterioridad que estructuran el “dominio por organización”. Primero, la organización jerárquica “lleva a una tendencia de adaptación” y, consiguientemente, a pesar de no llegar a constituir coacción, el poder de mando le es bastante cercano porque el autor inmediato frecuentemente sentirá temor de que frente al incumplimiento de la orden impartida, pierda su puesto o que sea menospreciado por sus compañeros o sea objeto de otras incomodidades sociales, todo lo cual lo encamina a la elevada disposición al hecho. Segundo, el apartamiento del Derecho puede aumentar el grado de disposición al hecho por cuanto el ejecutor material creará que no tendrá que someterse al sistema judicial. Y tercero, la fungibilidad del sujeto también puede coadyuvar en el acrecentamiento de la disposición al hecho porque incluso alguien que por sí mismo no realizaría las conductas delictivas ordenadas, toma partido en ellas, puesto que se dice a sí mismo: “Si no lo hago yo, lo realizará otro de todas maneras”⁴⁷.

4. CRÍTICAS A LAS TEORÍAS

4.1. Haciendo referencia a la tesis de la *coautoría* se encuentran los siguientes reparos:

4.1.1. Para la configuración de esta figura hace falta el acuerdo común

Al respecto sostiene Simon que “la realidad de la comisión del hecho delictivo por individuos que se encuentran en el nivel inferior de la organización jerárquica del sistema macrocriminal no se subsume en el acuerdo común entre coautores para cometer el hecho”⁴⁸.

47 Cfr. Claus Roxin. “Apuntes sobre la sentencia-Fujimori de la Corte Suprema del Perú”, cit., pp. 100-102.

48 Jan-Michael Simon. “El dominio del hecho macrocriminal. Fundamentos”, en *xxxv Jornadas*

De la misma forma en que es exigido por las legislaciones española⁴⁹ y alemana⁵⁰, el “acuerdo común” también lo es expresa e inequívocamente por el legislador colombiano en el artículo 29 de la Ley 599 del 2000, y por tanto, se presenta como condición realmente irrenunciable de la coautoría. En ese orden de ideas sería un atropello al principio de legalidad querer afirmar la existencia de esta figura sin la presencia de uno de los requisitos establecidos por la ley, y que sin duda se desprende del tenor literal de la norma, pero además sería desdibujarla de tal forma que se prescindiera de un requisito fundamental sobre el cual se edifica la coautoría.

El profesor Roxin pone de presente en este punto que la “resolución conjunta o común” brilla por su ausencia en los casos de aparatos organizados de poder, pues la mayor parte de las veces el dirigente y el ejecutor material ni siquiera se conocen, no toman la decisión conjuntamente y mucho menos se tienen entre sí como sujetos titulares de igual rango en lo que hace a la capacidad resolución.

Asimismo, este autor opone a lo sostenido por Jescheck y Weigend⁵¹ que en realidad la conciencia de ser destinatario de una orden, es decir, qué hechos se han de ejecutar observando las instrucciones de la dirección, no es ningún tipo de resolución conjunta al hecho. Rechaza lo afirmado por aquella parte de la doctrina que afirma que “el ejecutor hace suyo concluyentemente el plan delictivo” pues el “hacer propio es un obrar unilateral que no fundamenta resolución conjunta alguna”⁵², ya que de otra manera la determinación (inducción) debería traducirse en una resolución conjunta al hecho. Tampoco acoge lo indicado por el sector doctrinal que estima que la coautoría no precisa un “contacto personal y planificación conjunta, pues basta el acuerdo producido tácitamente”, puesto que no puede entenderse como realización conjunta el hecho de que un sujeto realice el plan de otro desconocido en un momento y lugar desconocidos.

Internacionales de Derecho Penal. Procesos de paz. Derecho penal y justicia transicional. Memoria, n.º 35, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 222.

49 Código Penal Español de 1995, “Artículo 28. Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento”, disponible en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20121008_02.pdf.

50 Código Penal Alemán. “Artículo 25 [...]. (2) Si varios cometen mancomunadamente el hecho punible, entonces se castigará a cada uno como autor” (coautoría). Referencias de la traducción al español del Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871 con la reforma de 1998, realizada por de Claudia López Díaz, Universidad Externado de Colombia, disponible en https://www.unifr.ch/ddpl/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf.

51 Es decir, lo que con anterioridad se citó de Jescheck y Weigend: “el carácter conjunto de la decisión del hecho se produce a través de la consciencia del director del aparato y de los ejecutores de que en un hecho determinado, o varios hechos de ellos de la misma clase, deben ser llevados a cabo en correspondencia con las indicaciones de la dirección”.

52 Cfr. Claus Roxin. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, cit., p. 725.

Jakobs sostiene expresamente que la coautoría no precisa de una decisión conjunta para cometer el hecho⁵³. Para él la imputación es consecuencia del Derecho y no de la voluntad de los intervinientes. Desde su perspectiva, como el ejecutor es plenamente responsable al igual que quien imparte la orden, se presenta en ambos una responsabilidad igual, y dada esta, a la paridad habrá de llegarse sólo por vía de coautoría. Como afirmamos con anterioridad, por expresa consagración legal no es aceptable en el contexto colombiano prescindir del requisito del “acuerdo común”, y Jakobs ni siquiera pretende, como otros autores que apoyan la tesis de la coautoría, tener por realizado el común acuerdo, sino que de forma más indiferente a la norma, en su caso la alemana que como ya se dijo requiere al igual que la colombiana, no la considera siquiera requisito de la coautoría.

El mismo Hezberg⁵⁴, en defensa de la inducción, claro está, piensa que si no se desea derivar en incoherencias no se puede tergiversar la interpretación de la disposición legal que consagra la autoría de acuerdo al sentido posible de la palabra, y en todos los casos adelantada por una extensiva con el único propósito de hacer posible la sanción en calidad de coautor.

En la doctrina colombiana, Hernández Esquivel⁵⁵ señala que una de las notas características de la coautoría es que cada uno de los intervinientes no realiza la totalidad de la conducta punible sino que, por el contrario, en esta confluyen varios comportamientos “funcionalmente distribuidos”, sin embargo, en virtud del acuerdo común se imputa el hecho global a cada uno de los coautores; es decir, gracias al acuerdo es posible la imputación recíproca. Así las cosas, no podría imputarse recíprocamente el hecho total a cada uno de los coautores cuando se está frente a la ausencia de acuerdo común.

4.1.2. Tampoco se presenta ejecución conjunta del hecho

Apunta Roxin, y por regla general así se presenta, que el sujeto de atrás no ejecuta en persona nada, no comete la conducta punible de propia mano, sino lo que hace es valerse de instrumentos ejecutores de su voluntad. De esa manera, si se exige la ejecución conjunta, se excluye desde un principio la coautoría. Inclusive si por vía de jurisprudencia llegaren a tenerse como suficientes para configurar la coautoría los aportes en la fase preparatoria, en realidad no existen contribuciones que constituyan ejecución conjunta pues lo único que hace el sujeto de atrás es planear y ordenar la realización del hecho.

53 Cfr. Günter Jakobs. “Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori”, cit., p. 124.

54 Rolf D. Hezberg. Ob. cit., p. 140.

55 Jorge Alberto Hernández Esquivel. Ob. cit., p. 283.

Cabe resaltar que los actos preparatorios configuran una etapa objetiva externa, y por regla general, en el ordenamiento jurídico colombiano son impunes, salvo que el legislador los haya configurado de manera expresa como delitos⁵⁶.

Entonces, si en nuestro contexto los actos preparatorios no alcanzan ni siquiera el grado de tentativa, sería absurdo fundamentar una coautoría en la ejecución conjunta de actos preparatorios que, como ya dijimos, por regla general no son punibles, y ello sin siquiera tener en cuenta que los actos del sujeto de atrás no llegan a ser ejecución conjunta; ni siquiera si fuera posible que llegara a ocurrir el rarísimo caso en que quien tiene el dominio de organización contribuyera en la fase preparatoria de manera distinta a planear y ordenar pues, a pesar de haber supuestamente preparación conjunta, dichos actos no son punibles. Adicionalmente, en contraposición a lo que sostiene Jakobs, no obstante que los ejecutores son plenamente responsables, no se puede afirmar, sin abandonar la realidad fáctica, pero por supuesto sin dejar de lado la igualdad jurídica que él pretende reivindicar, que actuaron conjuntamente con quien tiene el dominio por organización, y este conjuntamente con aquellos; esto no puede ser así en vista de que si nos acercamos a las relaciones que en la realidad existen entre ellos, el ejecutor nunca cuestiona, discute o influye en la decisión de ordenar la realización de una conducta punible.

Inclusive, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 2 de septiembre de 2009, radicado 29221, sostuvo expresamente que la contribución en calidad de coautor implica que

... la intervención de la persona debe darse durante la *fase ejecutiva* del delito, valga decir, entre el momento en que se inicia la realización del verbo rector que caracteriza la conducta punible de que se trate, esto es, la fase tentada y el instante de su consumación.

No se verifica tampoco que exista una verdadera división del trabajo, o colaboración con reparto de trabajo, a través de aportes al hecho delictivo en los casos en que el dirigente ordena su ejecución; y este también ha sido reconocido por la doctrina, pero aún con mayor trascendencia, por el Código penal colombiano en el citado artículo 29, como elemento central de la coautoría.

4.1.3. La construcción de la coautoría para los casos que nos ocupan da al traste con la diferencia estructural entre coautoría y autoría mediata

Si se pretende aplicar la coautoría se ha de entender que entre sujeto de atrás y ejecutores existe una estructura horizontal, lo cual significaría desdibujar la

56 Miguel Córdoba Angulo. "Tentativa", en *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, 2.^a ed, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 309 y 310.

situación real de las relaciones existentes entre ellos. Esto resulta a todas luces contrario al derecho penal entendido como sistema que debe responder a las realidades sociales, y adicionalmente se borra el límite establecido entre esta figura y la autoría mediata cuya estructura, en cambio, sí es vertical.

4.2. La teoría de la autoría accesoria

Dicha figura no atiende al supuesto de que los aportes de los “autores de escritorio” y de los ejecutores no aparecen desvinculados unos de otros, como sí sucede en la autoría accesoria; en realidad dichos aportes se encuentran relacionados unos con otros en la modalidad en que se presenta la autoría mediata, es decir, un sujeto comete la conducta punible a través de otro⁵⁷.

4.3. La tesis de la determinación o inducción

Al respecto se objeta que si bien el inductor no tiene el dominio del hecho, en el ámbito de organizaciones criminales el sujeto de atrás “es la figura central que domina el delito ordenado por él”⁵⁸, y los ejecutores no disputan al que imparte la orden su dominio de la ejecución del hecho. Incluso una parte del sector doctrinal que aboga por la coautoría concluye que “la concurrencia de dominio”, que para dicho sector se trata en estos casos de co-dominio, no puede ponerse en tela de juicio para los mismos⁵⁹.

En los casos de determinación el determinador queda por fuera del hecho y deja la decisión de si se comete o no la conducta punible a quien directa y personalmente actúa. Cuando se trata de este tipo de organizaciones el ejecutor de la orden no está en capacidad de variar nada fundamental en el curso del hecho delictivo que ha sido delimitado por el aparato. En ese sentido, como señala Roxin, la negativa del ejecutor a realizar la conducta ordenada no surtiría provecho alguno para la víctima, toda vez que el aparato garantiza la ejecución de la orden, pues si no lo hace quien se niega, otro sujeto miembro de la organización lo hará. También es enfático el profesor emérito de Múnich en afirmar que, a diferencia del inductor, el cual debe localizar a un autor y establecer contacto con “el potencial autor” con el objeto de derrotar su oposición, quien goza de autoridad dentro de la jerarquía de la organización criminal puede prescindir de ello; y pone el ejemplo de Hitler que valiéndose del aparato del que disponía, era capaz de desatar un potencial de destrucción que no sería nunca comparable con el que un inductor común y corriente podría lograr. En el mismo sentido, teniendo en cuenta que para que se configure la determinación el determinador tiene que buscarse un “determinado”,

57 Cfr. Claus Roxin. *Derecho penal. Parte general*, t. II, cit., p. 119.

58 *Ibíd.*, p. 120.

59 Cfr. Claus Roxin. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, cit., p. 728.

Simon pone de presente que la realidad muestra otra cosa cuando se trata de organizaciones jerárquicas macrocriminales, pues desde la óptica de quien da la orden los ejecutores son simples figuras “anónimas y sustituibles”.

También Suárez⁶⁰ destaca el hecho de que la determinación requiere de inducción inmediata del partícipe al autor, y en las estructuras organizadas de poder la orden se da a través de intermediarios, los cuales pueden imponer la orden impartida por el superior. Como no se puede admitir la inducción de la inducción, esto es la “determinación en cadena”, no es posible sostener que quien imparte la orden de cometer la conducta punible es determinante si no induce directamente al ejecutor material, porque máxime podrá ser inductor el último que da la orden al autor inmediato, pero jamás quien se haya en la cúpula del aparato.

4.4. La complicidad

Podría aceptarse esta figura respecto de aquellos que se encuentran en la periferia de la organización; de acuerdo con Roxin, “sólo puede ser castigado por complicidad si de verdad ha promovido conscientemente los delitos mediante cualesquiera acciones”⁶¹ pero no los ha ordenado personalmente, “y tampoco ha cooperado en su ejecución”⁶².

4.5. La autoría mediata en virtud del dominio de organización

Al respecto se formulan varias críticas, a las cuales responden sus adeptos con argumentaciones que, desde mi perspectiva, resultan bastante contundentes.

El argumento al que generalmente acuden los críticos de esta teoría es aquel según el cual no puede fundamentarse la autoría mediata cuando el sujeto que se utiliza para la comisión de la conducta punible es plenamente responsable. Este es el denominado principio de autonomía.

En ese sentido, Jakobs⁶³ sostiene que como los autores directos en un aparato organizado de poder actúan de manera responsable, quien da la orden no puede ser autor mediato porque al no actuar en sentido irresponsable los ejecutores no constituyen ningún instrumento y al ser así, quien da la orden no podría “intervenir enérgicamente” desde la óptica jurídica en virtud de la responsabilidad de aquellos. Entonces, para el autor alemán la autoría mediata se construye con el presupuesto

60 Alberto Suárez Sánchez. Ob. cit., p. 332.

61 Cfr. Claus Roxin. “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, cit., p. 16.

62 Ídem.

63 Cfr. Günther Jakobs. *Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori*, cit., p. 107 y 108.

de que el sujeto agente se encuentra subordinado jurídicamente y, por ende, no es plenamente responsable; en caso de serlo no podrá tenerse como instrumento.

Por su parte, Jescheck y Weigend⁶⁴ consideran que no es posible apreciar la autoría mediata en los casos en que el instrumento es un autor plenamente responsable, pues como tiene que responsabilizarse “personalmente” del hecho, no podría considerársele, de manera simultánea, como “instrumento en manos de otro”.

Tanto Jakobs como los dos últimos conforman una posición que estructura la teoría del dominio del hecho como equivalente normativo del principio de autonomía⁶⁵.

De la misma manera, Kindhäuser enfatiza que la autoría mediata sólo puede fundamentarse normativamente en el sentido de que al sujeto de atrás le resulte atribuible el comportamiento del de adelante como comportamiento propio, lo cual solo puede ocurrir cuando la responsabilidad del hombre de adelante es “deficitaria”⁶⁶. Con ello, según este autor, “es necesario que exista una conexión entre el déficit que afecta al hombre de adelante y la imputación de su comportamiento al hombre de atrás”⁶⁷.

Simon afirma, con razón, que este razonamiento no deviene convincente por cuanto “sostiene en la premisa misma” que la teoría del dominio del hecho es de carácter puramente normativo. En consecuencia, estaríamos frente a un problema de argumentación circular, puesto que “se asume como premisa una afirmación que tiene el mismo significado que la conclusión”⁶⁸; en otras palabras, nos encontraríamos frente a una petición de principio. Es así como acertadamente Roxin rechaza de manera expresa esta posición, pues

... todas las categorías sistematizantes del Derecho Penal se basan en ideas centrales normativas de carácter político-criminal, las cuales por sí mismas no ofrecen la solución a problemas jurídicos sino solo en su aplicación a los materiales legales, a los datos empíricos, producen resultados jurídicos diferentes, pero adecuados a la realidad⁶⁹.

64 Hans-Heinrich Jescheck y Thomas Weigend. Ob. cit., p. 715.

65 Jan-Michael Simon. Ob. cit., p. 225.

66 Urs Kindhäuser. “Infracción de deber y autoría. Una crítica a la teoría del dominio del hecho”, pp. 48 y 49, disponible en <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/viewFile/28552/30309>.

67 Ídem.

68 Jan-Michael Simon. Ob. cit., p. 225.

69 Al respecto cfr. Jan-Michael Simon. Ob. cit., p. 226, nota 177.

Por lo que resta al argumento según el cual la plena responsabilidad de los ejecutores hace imposible la fundamentación de la autoría mediata, este se apoya sobre tres errores que Roxin⁷⁰ pone de presente en forma clara.

– El primero es que los autores que apoyan su crítica en el mencionado argumento no tienen en cuenta que el “instrumento” que materializa las órdenes del dirigente no es solamente, y tampoco en forma mayoritaria, quien de propia mano comete el comportamiento delictivo. El “instrumento” en realidad está conformado por un número plural de sujetos que se integran al interior de “estructuras preestablecidas” y que, además, actúan cumpliendo una serie de funciones relativas a la organización; es decir, el “instrumento” es realmente el aparato que en virtud de su composición y funcionamiento garantiza a quien da la orden el dominio sobre el resultado.

– El segundo consiste en que se cree que en una construcción del “autor detrás del autor”, al ser el segundo plenamente responsable, se niega toda posibilidad de dicha conceptualización, en tanto que no podría imputarse el dominio del hombre de atrás puesto que quien ejecuta la orden domina también el hecho de manera imputable, y de ese modo no es posible imputar al sujeto de atrás el dominio del hecho cuando ya se le imputa al autor directo. Lo cierto es que esta manera de observar el fenómeno es equivocada pues se ignora que uno y otro son distintas formas de dominio del hecho que efectivamente pueden coexistir y, en consecuencia, no se excluyen mutuamente. Por un lado, el dominio que radica en la realización de la conducta punible directamente por el ejecutor es el dominio de acción, y es que el autor inmediato ejerce, por el autor mediato, dicho dominio. Por otro lado, el autor detrás del autor ejerce el dominio de organización, lo cual se traduce en una “posibilidad de influir” que garantiza la ejecución de la orden de realizar un comportamiento delictivo sin que él intervenga de manera directa, esto es, de propia mano, pues esto lo logra a través del aparato de poder del cual dispone. El profesor emérito de Múnich también es enfático en sostener que creer que sólo existe una forma de dominio del hecho hace desaparecer las marcadas diferencias que se han establecido en la intervención delictiva y, en consecuencia, con ello nos apartamos del objetivo de alcanzar una estructuración de categorías jurídicas diferenciadora “que hace justicia a las estructuras reales”⁷¹.

– El tercer error consiste en que no es correcto concluir la autoría y el dominio del hecho partiendo de cualquier déficit que radique sobre el “instrumento”, tal como aparecen en el dominio en virtud de la coacción, el error o la utilización de inimputables, pues lo que corresponde es darles fundamento “positivamente”

70 Cfr. Claus Roxin. “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, cit., p. 14.

71 Cfr. Claus Roxin. *Apuntes sobre la sentencia-Fujimori de la Corte Suprema del Perú*, cit., p. 98.

teniendo en cuenta cuál es la posición del autor en la globalidad del hecho. Siendo así, esto conlleva decir que el dominio del hecho de quien da la orden encuentra su pilar en que este puede lograr la ejecución de una conducta punible incluso con mayor seguridad que quienes se valen de la coacción, el error o utilizan inimpuntables puesto que cuentan con un aparato que garantiza el cumplimiento de dicha orden que implica la comisión de un delito.

También existen otras objeciones a la teoría de la autoría mediata para estos casos, y de igual forma el profesor Roxin con claridad las refuta. Veámoslo a continuación.

De la manera en que antes se apuntó, Hezberg cree que es insostenible afirmar que el aparato garantiza el resultado delictivo y lo hace seguro. Esto se comprueba, según él, en la medida en que el ejecutor quiebre la decisión del superior que versa sobre la comisión del delito, puesto que de esa manera obstruye el camino de quien da la orden dirigida a la realización de la conducta punible⁷². No obstante, como apunta Roxin, con ello sólo se hace ver que una autoría mediata, de igual manera como en todas sus formas de aparición, es susceptible de quedarse en un caso concreto como el que señala Hezberg, en el estadio de la tentativa⁷³. Lo que comúnmente sucede es que en los aparatos organizados de poder la producción del resultado ordenado es garantizada por la organización, con lo cual no puede ser decisivo que el denominado automatismo funcione o no en cada caso concreto, pues como ya se dijo, la autoría mediata puede también quedar en grado de tentativa sin que se morigeren los presupuestos que permiten estructurarla.

Por su parte, como indicamos atrás, ciertos autores afirman que cuando se sostiene que la negativa de un soldado no obstruiría la ejecución porque otro le sustituiría, se está pasando por alto que en caso de producción de la muerte por un segundo ejecutor material, ya no se estaría frente al mismo hecho material. Pero esta posición no tiene en cuenta una circunstancia que esos mismos doctrinantes ponen en evidencia y además reconocen, esto es, que para el sujeto de atrás la conducta punible ordenada es un único hecho correspondiente a dicha conducta, independientemente de la cantidad de ejecutores utilizados y de la pregunta de a través de qué sujeto se consumó finalmente el hecho. De esa manera, es claro que quien da la orden busca desde el inicio un hecho único correspondiente al comportamiento delictivo que ordene, y ello a pesar de que para lograrlo se valga de diferentes sujetos.

Otro sector doctrinal acepta la posibilidad garantizada de la ejecución del delito gracias a la fungibilidad del que actúa directamente, pero señala que las “acciones

72 Rof D. Hezberg. Ob. cit., p. 133.

73 Cfr. Claus Roxin. *Derecho penal. Parte general*, t. II, cit., 115.

hipotéticas de terceros” no pueden ser tenidas en cuenta por el derecho penal⁷⁴, y por ende el hecho de que quien da la orden tenga la posibilidad de acudir a otros autores inmediatos no puede justificar un control del que “actúa de hecho”. Sin embargo, como antes se indicó, y así lo hace Roxin, una forma de ver el suceso que lo reduzca a una relación entre dos sujetos no corresponde al dominio de organización en su esencia, toda vez que al ser la organización el “instrumento”, el hecho de que estén disponibles bastantes ejecutores es una realidad que asegura la ejecución del comportamiento delictivo, y no una simple hipótesis.

También otros autores⁷⁵ realizan una objeción a la tesis de la autoría mediata en virtud del dominio de organización, consistente en que dicho dominio fracasaría cuando se está frente al empleo de especialistas imprescindibles que no son intercambiables como ejecutores, es decir, que son decisivos para la consecución del fin delictivo propuesto. A pesar de ello, cuando se trata de estos casos se está fuera del marco del dominio de organización que se adecúa al “automatismo” del resultado ordenado por el sujeto de atrás. En efecto, un autor individual también podría conseguir un sujeto con esta característica, por ello, mientras los sujetos de atrás no recurran a la coacción este será un caso de inducción. Pero con eso Roxin está afirmando que lo único que se comprueba es que no todos los comportamientos delictivos que han sido ocasionados por una organización criminal fundamentan de suyo una autoría mediata. Y es que el dominio de organización no se encuentra estructurado a la medida de dichos supuestos singulares; por el contrario, este se edifica sobre sucesos que encuentran su base en condiciones “similares recurrentes” y que son realizables por sujetos intercambiables.

Resulta de gran importancia resaltar que Roxin, a diferencia de la mayoría de los autores que sostienen tesis diversas, ha dicho que el dominio de organización “no es una solución ideal que pretenda validez en todos los casos imaginables, con independencia de condiciones concretas”⁷⁶, sino que se trata de una figura jurídica que tiene unos elementos fundantes o constitutivos, los cuales deben verificarse en cada caso concreto frente a la realidad. Y es por eso que esta excluye otras tesis sólo por regla general y no en cada caso concreto.

Por último, antes de tomar postura, es necesario hacer referencia a la posición de Fernando Velásquez, quien en la doctrina nacional rechaza enfáticamente la teoría en comento.

74 Ibid., p. 116.

75 Cfr. Claus Roxin. “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, cit., p. 17.

76 Cfr. Claus Roxin. *Derecho penal. Parte general*, t. II, cit., p. 117.

Este autor pretende invalidar la figura de la autoría mediata por aparatos organizados de poder al calificarla de “sofística y ambivalente”⁷⁷ pues, refiriéndose a lo apuntado por un autor alemán, esta parte de la existencia de una “construcción uniforme para los aparatos criminales organizados de poder”. No siendo ello suficiente, la acusa de confeccionarse a partir de la dogmática de la parte general con el objeto de dejar de lado vacíos y/o dudas probatorias; pero, además, según Velásquez, aplicar esta construcción en el contexto colombiano supone una vulneración y desconocimiento del principio de legalidad, toda vez que, como sostiene el texto del artículo 29 de la Ley 599 del 2000 hace imposible que al interior de la autoría mediata se introduzcan como “instrumentos” los aparatos organizados de poder. Es más, concluye que de forma “clara”⁷⁸ se entiende que la expresión “utilizando a otro como instrumento” implica que ese “otro” solamente ha de ser un humano y no un aparato organizado de poder.

Frente a toda esta descarga de afirmaciones en contra de la autoría mediata, Simon⁷⁹ es enfático en sostener que se muestran como poco sustantivas. Este autor expone y demuestra categóricamente cómo dichas críticas son realmente poco fundadas. Su razonamiento se explica a continuación.

Primero, resulta bastante cuestionable el argumento según el cual una autoría mediata que involucre un instrumento plenamente responsable necesita de una definición legal que haga posible dicha forma de imputación, por cuanto la jurisprudencia alemana ya desde el siglo XIX aplicó la figura sin que ella hubiera sido consagrada por el legislador y, adicionalmente, sin que hubiera sido exitosamente propuesta una objeción según la cual se estaba cometiendo una violación al principio de legalidad; de la misma manera ocurrió en España antes de la inclusión de esta construcción en su Código Penal de 1995. Claramente existe una razón teórica que sustenta estos pronunciamientos jurisprudenciales, y consiste en que hay que entender que las construcciones de autoría mediata y coautoría son en realidad simples complementos del “concepto fundamental de autor” y no extensión de la autoría, toda vez que las fronteras de cualquier “concepto de autoría” no son los consagrados en la parte general referidos a la autoría, sino que son los límites formales que se encuentran en los tipos ubicados en la parte especial. Todo esto permite concluir que a través del texto legal que consagra la autoría mediata se explica que la autoría no supone, de suyo, la realización directa de la conducta

77 Fernando Velásquez Velásquez. “Las transformaciones del concepto de autoría: el caso de los aparatos criminales organizados de poder en el contexto colombiano”, *Cuadernos de Derecho Penal*, 2014, p. 42.

78 Fernando Velásquez Velásquez. “Los aparatos criminales organizados de poder”, *Cuadernos de Derecho Penal*, n.º 4, 2010, 183, disponible en http://www.unisergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp4/aparatos-organizados-de-poderFernandovVDP4.pdf, consultada el 18 de octubre 2016.

79 Jan-Michael Simon. Ob. cit., p. 234 y ss.

descrita en el tipo en aquellos casos en los que existe un motivo de suficiente peso que permita estructurar la imputación⁸⁰.

Segundo, no es ni siquiera la doctrina, sino la misma jurisprudencia la que pone de presente la falta de sustento de la afirmación en contra de la legalidad de la figura de la autoría mediata en virtud del dominio de organización.

De esta manera, saltan a la vista detalles que, aunque simples, hacen que se derrumben las críticas de Velásquez pues, por un lado, ignora que desde el siglo XIX el término “instrumento” no ha sido entendido en el derecho penal en su sentido “coloquial”, de forma que se estaría situando en ámbitos anteriores al derecho natural del siglo XVII, deviniendo así su razonamiento en una “auténtica falacia naturalista”⁸¹; y por otro, define al aparato organizado de poder de corte criminal como “número plural de personas de carácter piramidal y de estructura jerárquica, dentro del cual los órganos que toman las decisiones no son los mismos que ejecutan”⁸²; siendo ello así, al decir que la expresión “otro” no abarca un aparato criminal organizado de poder fundamentado en la definición que él da del mismo, el autor en comento acude a un razonamiento tergiversador de la teoría de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder construida por el profesor Roxin, toda vez que la construcción de este último, que intenta ser adaptada en forma equivocada por Velásquez, es en realidad una “teoría mediata estrictamente individual” y no una “autoría mediata colectiva”⁸³.

5. EVOLUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA

Como se verá al final de este apartado, la Corte Suprema de Justicia y la mayor parte de la jurisdicción ordinaria han adoptado la tesis de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder. Sin embargo, antes de llegar a esta posición, el máximo tribunal de la justicia ordinaria le dio tratamientos diferentes de comisión de comportamientos delictivos que encuadraban dentro de esta teoría. Veamos el camino que se siguió.

5.1. La etapa de la autoría impropia

Una primera etapa puede identificarse con la sentencia proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de justicia el 7 de marzo de 2007^[84], en virtud

80 Ídem.

81 Ídem.

82 Cfr. Fernando Velásquez Velásquez. “Los aparatos criminales organizados de poder”, cit., p. 179.

83 Jan-Michael Simon. Ob. cit., p. 241.

84 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 7 de marzo de 2007, proceso n.º 23825, M. P.: Javier Zapata Ortiz.

de la cual se condenó a los implicados en la comisión del crimen de Machuca, en calidad de coautores impropios. Dichos implicados eran miembros del grupo guerrillero ELN, y el hecho consistió en que dinamitaron un oleoducto y como consecuencia de ello ocasionaron una serie de muertes y lesiones personales a las personas de los alrededores.

La Sala estimó que de los procesados es predicable la

... *coautoría impropia*, por división del trabajo en la empresa criminal común, perteneciente por igual a los subversivos que dinamitaron a propia mano el oleoducto, como a los cuadros de mando del Ejército de Liberación Nacional y de sus frentes de combate [...].

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”.

Esta posición fue reiterada por esta Sala en sentencia del 8 de agosto del 2007^[85], en la cual decidió sobre el caso del atentado fallido contra el periodista Yamid Amat Ruiz. Según la Sala, el hecho de que los procesados hubieran actuado en cumplimiento de la orden impartida por alias Romaña –comandante del Frente 53 de las FARC– de causar la muerte al periodista no incidió de manera alguna en la declaración de su responsabilidad penal. Lo anterior en vista de que actuaron libremente y con conocimiento de la antijuridicidad de la misión dispuesta por el mencionado comandante,

... amén de que no tienen la condición de meros ejecutores instrumentales de aquél como autor mediato dentro de la concepción tradicional, pues quienes pertenecen a una organización guerrillera, como aquí se constató respecto de Jhon Jairo Buitrago González, tienen conocimiento del carácter delictivo que conlleva la ejecución de los actos dispuestos por sus jefes en la estructura de mando que tengan.

Puede advertirse que en ambos casos la Corte Suprema de Justicia tuvo la oportunidad de acoger y dar desarrollo a la tesis de la autoría mediata en virtud de

85 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 8 de agosto de 2007, proceso n.º 25974, M. P.: María del Rosario González de Lemos.

aparatos organizados de poder, por cuanto para dichos casos se verificaban todos los elementos constitutivos de la figura.

En cuanto al poder de mando, en el caso Machuca se logró confirmar que la conducta que ejecutaron los autores inmediatos había sido ordenada por los dirigentes del grupo guerrillero ELN, que efectivamente contaban con la autoridad suficiente para impartir órdenes y lograr que sus subordinados realizaran los tipos penales. Exactamente lo mismo puede decirse del caso del atentado fallido contra Yamid Amat pues, como comandante de uno de los frentes de una organización delictiva (que en este caso era el grupo guerrillero FARC-EP), alias Romaña tenía una posición jerárquica que le permitía dar órdenes que debían ser cumplidas por sus subalternos, y en ese caso precisamente los que estaban encargados de la ejecución de la orden ya se encontraban en la fase ejecutiva del hecho.

Respecto de uno y otro casos, al tratarse de grupos guerrilleros que, además de contar con una estructura jerárquica, se dedicaban a realizar acciones en contra del estado constitucional de derecho, evidentemente se encuentran apartados del derecho.

Acerca de la fungibilidad, si los que estaban encargados de hacer la detonación del oleoducto y de causar la muerte del periodista en uno y otro caso se negaban a cumplir la orden, podían ser reemplazados sin ningún problema a órdenes de los dirigentes de cada grupo guerrillero, por cuanto contaban con una cantidad inmensa de integrantes, aspecto del que puede dar cuenta la sociedad colombiana misma porque ha pagado con sangre la basta magnitud de estos verdaderos aparatos organizados de poder.

Por último, siendo coherentes con la historia de la tesis de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, para la época en que le correspondió a la Corte el conocimiento de tales asuntos Roxin ya había integrado a la construcción el elemento de la “elevada disponibilidad al hecho”⁸⁶, y también se verificaba dicho elemento, puesto que la realidad era que los integrantes de ambos grupos guerrilleros, antes de haber materializado o intentado materializar estos hechos delictivos, habían realizado o presenciado órdenes de comportamientos iguales o mucho peores, como masacres, desmembramientos y otra clase de actos que atentan fuertemente contra el derecho internacional de los derechos humanos. Siendo así, con el sólo hecho de haber conocido de este tipo de órdenes, y pese a ello seguir en la organización criminal, demuestra que estarían dispuestos a cumplir todo tipo de órdenes. Realmente quienes empiezan a hacer parte de estas organizaciones son totalmente conscientes de que, si se lo ordenan, tendrán que desarrollar todo tipo de comportamientos, sean o no delictivos, pues de lo contrario no podrán

86 Ello puede verse por ejemplo en Claus Roxin. “El dominio de organización...”, cit.

pertenecer a ellas; esto, por supuesto, haciendo abstracción de los casos en que las personas son constreñidas a ingresar a dichas organizaciones.

No obstante lo anterior, el alto Tribunal sostuvo otra teoría y a continuación acogió otra tesis que permite identificar otra etapa de la evolución jurisprudencial.

5.2. La fase de la coautoría por cadena de mando

A través de una sentencia del 2 de septiembre de 2009⁸⁷, la Sala de Casación Penal de la Corporación acuñó la construcción a la que se hace alusión, que se considera una apariencia para, en realidad, designar la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder⁸⁸. Para desarrollar tal figura la Sala sostuvo que consiste en la

... intervención plural de personas en principio articuladas de manera jerárquica y subordinada a una organización criminal, quienes mediante división de tareas y concurrencia de aportes (los cuales pueden consistir en órdenes en secuencia y descendentes) realizan conductas punibles, es dable comprenderlo a través de la metáfora de la cadena.

De acuerdo con lo anterior, la Corte no sale del ámbito de la coautoría; sin embargo, pareciera darle una serie de características bastante similares, pero no en su totalidad, a las que se manifiestan en la autoría mediata.

También la Sala, en la sentencia del 18 de marzo de 2010⁸⁹, aludió a la idea de “coautoría por cadena de mando”. En esta providencia se apuntó a esta figura al reiterar la decisión del 2 de septiembre de 2009 pero, además, se sostuvo expresamente que había tres elementos que se verificaban en la estructura de los grupos paramilitares, a saber:

[...] 1). Existencia de una organización integrada por una pluralidad de personas sustituibles antes o durante el evento criminal las cuales mantienen una relación jerárquica con sus superiores. Aquellas personas pueden o no tener cierta predisposición a la comisión de delitos; 2). Control (dominio) de la organización por parte del hombre de atrás y a través de ella de sus integrantes sustituibles. Dicho control puede manifestarse bajo distintas

87 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 2 de septiembre de 2009, proceso n.º 29221, M. P.: Yesid Ramírez Bastidas.

88 En este sentido ver Fernando Velásquez Velásquez. “Las transformaciones del concepto de autoría...”, cit., p. 35.

89 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 18 de marzo de 2010, proceso n.º 27032, sin magistrado ponente.

modalidades: a través de la creación de la organización, el no control del mismo pudiendo hacerlo dada su posición o a través del impulso sostenido de la misma con medidas dirigidas a autorizar sus actuaciones ilícitas. En todos estos supuestos se evidencia, por parte del hombre de atrás, un dominio del riesgo (que es el aparato de poder) de producción de actos ilícitos, y 3). Conocimiento de la organización o aparato de poder y decisión de que sus miembros ejecuten o continúen ejecutando hechos ilícitos penales.

Aunque la sentencia no acoge expresamente la teoría de la autoría mediata, estos elementos y la forma de describirlos son más característicos de esta, que de cualquier otra figura.

En estos casos la Corte pudo evitarse esta “rebuscada concepción”⁹⁰ y adoptar la tesis de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder. Para estas decisiones no es necesario, como sí lo fue en la fase de la teoría de la “coautoría impropia”, poner de presente que se verificaban los elementos de la autoría mediata, pues es la misma Corporación la que los esboza, sólo que claramente acoge otra tesis que es ideada en una providencia anterior en vez de acuñar la que con nombre propio correspondía (autoría mediata).

5.3. La consolidación de la autoría mediata por dominio de organización en la jurisprudencia

Sólo fue hasta la sentencia del 23 de febrero de 2010^[91], que el máximo Tribunal de la justicia ordinaria, desarrolló y adoptó en forma expresa la figura de la autoría mediata, y en consecuencia abandonó las anteriores concepciones. Esta sentencia se profirió contra Álvaro García Romero, exsenador de la República, quien fue condenado, entre otras calidades y delitos, como autor mediato de homicidios agravados. Para esta ocasión la Corte sostuvo:

... como los homicidios se produjeron por el accionar de la estructura paramilitar en cuya organización intervino el procesado, permite atribuirle responsabilidad a título de autor mediato [...] cuando se está ante el fenómeno delincencial derivado de estructuras o aparatos de poder organizados, los delitos ejecutados son imputables tanto a sus dirigentes –*gestores, patrocinadores, comandantes*– a título de autores mediatos, a sus coordinadores en cuanto dominan la función encargada –*comandantes, jefes de grupo*– a título de coautores; y a los directos ejecutores o subordinados –*soldados*,

90 En este sentido, cfr. Fernando Velásquez Velásquez. “Las transformaciones del concepto de autoría...”, cit., p. 35.

91 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 23 de febrero de 2010, proceso n.º 32805 (sin M. P.).

tropa, patrulleros, guerrilleros o milicianos–, pues toda la cadena actúa con verdadero conocimiento y dominio del hecho y mal podrían ser amparados algunos de ellos con una posición conceptual que conlleve la impunidad.

Como se puede ver, en la jurisprudencia nacional se abre espacio a la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, aunque se denomina coautores a los coordinadores y a los ejecutores, lo cual no quiere decir que lo sean. Según la teoría de Roxin, como ya se dijo, autor mediato es todo sujeto que se ubica junto a la “palanca de mando” de un aparato de poder, sin importar cuál sea su nivel en la jerarquía de la organización, y es capaz de obtener, a través de una orden, que se realicen conductas punibles independientemente de quien sea el ejecutor.

Posteriormente, en la sentencia del 14 de septiembre de 2011⁹², esta Corporación también desarrolló y aplicó la teoría en comentario contra Jorge Aurelio Noguera Cotes, quien fue director del Departamento Administrativo de Seguridad inexistente en la actualidad. En esa ocasión la Corte consideró que,

... en medio de dos aparatos organizados de poder se encontraba Alfredo Correa de Andreis: uno estatal –el Departamento Administrativo de Seguridad–, en cuya cúpula se encontraba Jorge Aurelio Noguera Cotes, y otro ilegal –el Bloque Norte de las Autodefensas– comandado por Rodrigo Tovar Pupo, alias “Jorge 40”, mientras el primero a través de sus funciones de inteligencia y de policía judicial, fabricó un montaje para hacerlo ver como subversivo, el segundo ejecutó a un falso guerrillero.

Adicionalmente, la tesis ha sido desarrollada y aplicada en la rama judicial del poder público para la toma de decisiones judiciales de instancia. Hagamos referencia a algunas de ellas.

La Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá acogió la tesis en una sentencia del 2 de diciembre de 2010, y condenó a Jorge Iván Laverde Zapata, alias el Iguano. Es visible claramente el reconocimiento de la figura cuando la Sala sostuvo que quedó demostrado que no sólo existe el grupo armado en cuestión sino que también se comprobó el dominio que el procesado tenía sobre el aparato de poder, y ello por cuanto su condición de comandante del frente “Fronteras” le otorgaba una posición que le hacía posible cumplir con las ordenes provenientes de superiores, y a su vez impartir las que fueran necesarias para materializar las políticas de la organización. En ese sentido el juez colegiado en comentario aseveró:

92 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de única instancia de catorce de septiembre de 2011, proceso n.º 32000, M. P.: Alfredo Gómez Quintero.

Analizados cada uno de los hechos enunciados, se pudo establecer que los ejecutores materiales formaban parte de la estructura respecto de la que ostentaba el poder de mando el postulado Jorge Iván Laverde Zapata, circunstancia que sin lugar a dudas lo ubica como autor mediato, especialmente, porque se pudo demostrar que la actuación del postulado consistió en impartir la orden para que se cometieran los homicidios, en cumplimiento de los objetivos de la organización o retransmitirla cuando el mandato provenía de los mandos superiores⁹³.

De igual forma, el Juzgado Cincuenta y uno Penal del Circuito de Bogotá, en sentencia del 28 de abril de 2011, con radicado 2009-0203, aplicó la tesis de Roxin.

También se registró la adopción de la tesis por el Juzgado Once Penal del Circuito Especializado de Bogotá, que a través de la sentencia del 30 de marzo de 2011 declaró a Rodrigo Tovar Pupo, alias Jorge 40, responsable de delitos de homicidio en persona protegida y homicidio agravado a título de autor mediato. El juzgado afirmó que

... las AUC constituyen un aparato organizado de poder, con una cadena de mando jerarquizada, en cuya cúpula se encuentra, entre otros, el aquí procesado, en su calidad de comandante del Bloque Norte. Además, el directo ejecutor era perfectamente intercambiable, de tal suerte que si se hubiese negado a cumplir la orden de ejecutar los homicidios, probablemente otro hubiera podido ejecutar ese plan y cumplir el propósito criminal⁹⁴.

Deviene muy representativo el pronunciamiento de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá el día 30 de enero de 2012, que confirmó la decisión del Juzgado Tercero Penal del Circuito especializado de Bogotá en contra del Coronel Luis Alfonso Plazas Vega en virtud de una serie de desapariciones que tuvieron origen en la toma del Palacio de Justicia durante los días 6 y 7 de noviembre de 1985.

Estimó la sala que:

... 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

93 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia del 2 de diciembre de 2010, radicado: RUN 110016000253200680281, en contra de Jorge Iván Laverde Zapata, alias el Iguano.

94 Juzgado 11 Penal del Circuito Especializado de Bogotá, sentencia del 30 de marzo de 2011, radicado RUN 080013107001 2008-00027-00.

Caballería, lo que permite ubicarlo en una posición preeminente dentro de la estructura de poder estatal [...] Por otra parte, el grado que ostentaba el enjuiciado dentro de la Brigada XVIII del Ejército, le permitía impartir órdenes y ejercer el mando sobre los orgánicos de la Escuela de Caballería; sin embargo, contrario a lo alegado por la defensa, durante los sucesos del Palacio de Justicia, integrantes de las otras unidades tácitas debieron acatar disposiciones emanadas del Coronel Luis Alfonso Plazas Vega, lo que permite demostrar la intercambiabilidad de los subordinados⁹⁵.

De esta manera, condenó al mencionado coronel por concurso homogéneo de delitos de desaparición forzada en calidad de autor mediato.

No obstante esta decisión, resulta importante señalar que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 16 de diciembre de 2015⁹⁶, casó el fallo anterior y absolvió al Coronel Luis Alfonso Plazas Vega. Pero resulta irresponsable no poner de presente que en el pronunciamiento en comento la Corte no entró a discutir ni la aplicabilidad ni la coherencia de la teoría de la autoría mediata en el contexto colombiano, es decir, no cuestionó la construcción, sino que, de la misma manera que puede ocurrir cuando en cualquier instancia se imputa un delito a un sujeto en calidad de autor o participe en cualquiera de sus formas, mediante el recurso extraordinario de casación el máximo tribunal de la justicia ordinaria asumió el conocimiento y, por no encontrar suficientemente probados los elementos de la calidad a cuyo título se hacía responsable al procesado, revocó las decisiones de instancia.

Esto se puede notar cuando la Sala indicó:

Pero según la prueba, no existen indicios que permitan establecer con el grado de convencimiento que se precisa para condenar, que en los actos reprobables participara el acusado Plazas Vega, ni que los mismos puedan atribuírsele a título de autor mediato por hacer parte de una estructura organizada de poder, conforme con lo dicho en precedencia, o bajo la modalidad de posición de garante, o simplemente como coautor.

Luego de haber recorrido este trayecto, es indudable que, además de las providencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia, existe una pluralidad de casos en que la tesis de la autoría mediata ha sido utilizada para adoptar decisiones

95 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, sentencia de segunda instancia contra el Coronel retirado Alfonso Plazas Vega, radicado: RUN 110010704003200800025 09, 30 de enero 2012.

96 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del dieciséis de diciembre de 2015, proceso n.º 38957, M. P.: Luis Guillermo Salazar Otero.

jurisdiccionales trascendentales, permitiendo condenar, en calidad de autor, a sujetos que perpetraron una serie de actuaciones criminales verdaderamente representativas para el país y que son los protagonistas esenciales de las mismas. Pero también se muestra, específicamente en el caso del Coronel Plazas Vega, y como desde hace tiempo lo sostenía Roxin, que hay que analizar cada caso concreto para verificar los presupuestos de la teoría y nunca dejar de lado el material probatorio, puesto que en caso de que el acervo probatorio no arroje suficientes pruebas de los elementos de la figura no podrá condenarse al procesado en calidad de autor mediato. Ello se demuestra en posteriores decisiones de la Corte Suprema de Justicia en las que, con razón, decidió no aplicar la figura por faltar alguno o algunos de sus presupuestos.

En ese sentido, en la sentencia del 5 de diciembre de 2018⁹⁷ se desechó la aplicabilidad de la figura al procesado Rodrigo Zapata Sierra por los hechos imputados, por cuanto en el caso de marras la violencia sexual no hacía parte del ideario delictivo del bloque que este dirigía, pues realmente se encontraba estatutariamente prohibida. Igualmente “las pruebas descartan que los cuatro delitos imputados hubiesen sido ejecutados por órdenes suyas”. No obstante, en esta providencia se realizó un desarrollo de la autoría mediata por aparatos organizados de poder del cual vale la pena resaltar el siguiente apartado:

Ahora bien, la imputación de uno o más delitos a los líderes de la estructura organizada requiere que aquéllos hayan tomado parte o contribuido, de alguna manera, a su realización, por lo cual sólo resulta viable cuando los superiores i) han dado la orden, explícita o implícita, de que se realicen las conductas punibles, la cual es comunicada descendientemente (*sic*) desde las esferas de control de la organización hasta quienes la ejecutan materialmente, o ii) los delitos se enmarcan dentro del ideario de la organización o en su plan criminal.

En esa lógica, no son atribuibles a los superiores aquellos delitos que, no obstante haber sido cometidos por miembros de la organización delictiva, no fueron ordenados por ellos y se apartan del modo operativo de la misma, su ideario o plan de acción, pues de lo contrario, terminaría por sancionárseles sin que hubiesen realizado un aporte a tales conductas ilícitas.

De acuerdo con lo expuesto, son elementos constitutivos de esta forma de participación:

i) La existencia de una organización jerarquizada.

97 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 5 de diciembre de 2018, radicado 50236, M. P.: Eugenio Fernández Carlier.

ii) La posición de mando o jerarquía que ostenta el agente al interior de aquélla.

iii) La comisión de un delito perpetrado materialmente por integrantes de la misma, cuya ejecución es ordenada desde la comandancia y descende a través de la cadena de mando, o hace parte del ideario delictivo de la estructura.

iv) Que el agente conozca la orden impartida o la política criminal en cuyo marco se produce el delito, y quiera su realización.

Nótese que en este escenario, aunque el individuo tampoco obra como autor, se le equipara jurídicamente a éste y se le responsabiliza como si lo fuera.

Asimismo, en decisión del 12 de junio de 2019^[98], la Corte sostuvo que

La responsabilidad por la autoría mediata en aparatos organizados de poder o estructuras criminales jerarquizadas, como el Bloque Mineros, se funda en las órdenes que los máximos responsables imparten hacia los niveles inferiores sin que tengan injerencia directa sobre quienes materializan o ejecutan las acciones ilícitas, pues no existe vínculo directo con el ejecutor sino que se transmiten desde las cabezas visibles a los diferentes niveles que componen la estructura hasta llegar a los ejecutores. Esto porque el aparato criminal funciona de forma automática y el autor mediato emite la orden o dispone el designio criminal sin necesidad de relacionarse con las estructuras ejecutoras.

No obstante, en el analizado en esta sentencia, a partir de la investigación realizada por la Fiscalía, la Corporación concluyó que la explosión de un automotor de servicio público obedeció a la conducta particular de uno de los integrantes del grupo al margen de la ley y no a la ejecución de órdenes, políticas o prácticas promovidas por los comandantes. En consecuencia, la Corte estimó que no era posible imputar al procesado Ramiro Vanoy Murillo como autor mediato.

Igualmente, en sentencia del 23 de septiembre de 2019^[99], la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema desestimó la autoría mediata del general Jesús Armando Arias Cabrales y afirmó su responsabilidad en calidad de coautor puesto que no solamente impartió órdenes, sino que participó de manera directa en el operativo.

98 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 12 de junio de 2019, radicado 54018, M. P.: Luis Antonio Hernández Barbosa.

99 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 23 de septiembre de 2019, radicado 46382, M. P.: Luis Antonio Hernández Barbosa.

En ese sentido, como participó en la compleja operación militar ejecutada por él y sus subalternos no omitió su deber

... sino que actuó como coautor, pues concurren en su caso dos elementos esenciales de este tipo de imputación: un elemento objetivo expresado en el aporte a la comisión de la conducta con dominio funcional del hecho en la fase ejecutiva y subjetiva que se refleja en la exteriorización de la voluntad con base en el acuerdo o en la decisión común, como se probó.

Ahora, igualmente existen decisiones recientes de la Corte Suprema de Justicia en las que no se ha encontrado obstáculo para la aplicación de la teoría de la autoría mediata por aparatos organizados de poder.

Una de ellas es la sentencia del 23 de noviembre de 2017¹⁰⁰, en la que la Sala de Casación Penal de la Corte concluyó que el procesado Fajardo Marroquín no era un simple comandante militar común en la estructura armada de las Autodefensas Bloque Cundinamarca (ABC), sino que en su labor le correspondía inclusive tomar algunas decisiones conjuntas con el máximo jefe del grupo, y que su denominación como “segundo comandante” se dio por el marcado poderío militar que tenía en su zona de influencia. En ese orden de ideas, la Corte revocó dos numerales de la parte resolutive del fallo de primera instancia y atribuyó responsabilidad penal a los procesados Luis Eduardo Cifuentes Galindo y Narciso Fajardo Marroquín (comandantes de las ABC) en calidad de autores mediatos por los hechos que se indicaron en la providencia.

Y otra corresponde a la sentencia del 13 de noviembre de 2019¹⁰¹ en la que, reiterando el desarrollo que hizo la misma Corte en la mencionada sentencia del 5 de diciembre de 2018, decidió que el cargo contra el procesado Iván Roberto Duque Gaviria debía ser legalizado como secuestro extorsivo en calidad de autor mediato “mediante aparato organizado de poder por dominio de la voluntad” en su condición de comandante político e ideólogo del grupo paramilitar comandado por Carlos Castaño hacia 1999, por cuanto sus planes y políticas incluían el exterminio y amilanamiento del enemigo. La Corte concluyó que

Duque Gaviria, ya como comandante de los grupos paramilitares para 1999, compartía el dominio sobre la organización, incidía en sus decisiones, conocía y aceptaba las políticas y planes criminales de ésta, dentro de los

100 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 23 de noviembre de 2017, radicado 44921, M. P.: José Francisco Acuña Vizcaya.

101 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 13 de noviembre de 2019, radicado 51819, M. P.: Eugenio Fernández Carlier.

que se encontraba el secuestro y exterminio de los “*enemigos políticos*”, formó parte activa de la cúpula y alto nivel de mando del grupo paramilitar.

6. CARACTERÍSTICAS DE LAS FARC COMO GRUPO GUERRILLERO QUE CONSTITUYE UN VERDADERO APARATO ORGANIZADO DE PODER QUE OBRA EN EL ÁMBITO DE LA ILEGALIDAD, Y LA SUSCEPTIBILIDAD DEL GRUPO GUERRILLERO PARA SER OBJETO DE APLICACIÓN DE LA TESIS DE LA AUTORÍA MEDIATA EN VIRTUD DEL DOMINIO POR ORGANIZACIÓN

Las FARC-EP se autodenominaron “un movimiento revolucionario de carácter político militar nacido en el año de 1964 en las montañas del sur del departamento del Tolima”¹⁰². Según el movimiento guerrillero, se crearon a partir de la agresión perpetrada por el gobierno contra las colonias de Marquetalia, El Pato, Riochiquito y El Guayabalero. De allí se derivó su propuesta principal que consistía en la toma del poder político del país por la vía de las armas, y de esta consigna se manifiesta de bulto que fueron una organización cuyos actos, por regla general, estaban dirigidos contra el régimen constitucional de Colombia. Así lo registra la historia, y en ese sentido el Centro de Memoria Histórica, en el estudio titulado “Guerrilla y población civil. Trayectoria de las FARC 1949-2013”, sostiene que este grupo guerrillero no se limitó solo a una violencia de respuesta o defensiva contra los agresores a los cuales hacían referencia, sino que, por el contrario, construyó un discurso político con el objeto de justificar su confrontación con el Estado, de manera que desarrolló tácticas encaminadas a la toma del poder político¹⁰³.

En el mencionado estudio se constata que el grupo guerrillero acompañó su estrategia política con la estructuración de una ofensiva militar dirigida a tomarse el poder y que consistió en el posicionamiento de la mayoría de los combatientes en la cordillera oriental y el posterior “cercamiento” de Bogotá a través de distintos frentes guerrilleros. De manera simultánea, las FARC reprodujeron sus frentes en el resto del país, circunscribiendo sus acciones al ámbito de las ciudades principales y teniendo como finalidad la obstrucción de las vías de comunicación. El centro de memoria histórica llegó a la conclusión de que, en concreción de ese plan militar, la organización guerrillera llevó a cabo una guerra irregular que afectó tanto a la fuerza pública como a los civiles ajenos al conflicto. Por una parte, contra la primera ejecutaron los ataques valiéndose de “emboscadas, combates, saboteos, francotiradores, lanzamiento de explosivos artesanales y la instalación de minas

102 Así se puede ver en <http://www.farc-ep.co/nosotros.html>.

103 Centro de Memoria Histórica. “Guerrilla y población civil. Trayectoria de las FARC 1949-2013”, p. 337, disponible en <http://www.centrodehistoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/farc/guerrilla-poblacion-civil.pdf>.

antipersonal”¹⁰⁴. Por otra parte, los ataques a los civiles se concretaron en acciones como “secuestros, atentados terroristas, homicidios selectivos y reclutamientos forzados”¹⁰⁵, además de incursiones a poblaciones e instalación de campos minados para resguardar sus territorios y cultivos ilícitos.

Adicionalmente, es importante resaltar que a lo largo de su historia las FARC desarrollaron diversas actividades alrededor de un negocio que la comunidad internacional ha repudiado severamente, y es el del narcotráfico, del cual obtuvieron, en determinados períodos más que en otros, buena parte los ingresos que les permitieron financiar sus actuaciones y su permanencia luego de más de 50 años de guerra.

Así también lo apunta el estudio en comentario al registrar que para 1991 y los años siguientes ya nadie dudaba que esta guerrilla se financiaba con recursos que derivaban de sus actividades ilícitas en el marco del narcotráfico y que, de acuerdo con cifras de la Consejería para la Defensa y Seguridad Nacional, el promedio anual de ingresos provenientes de la “economía de la droga” del grupo guerrillero para el período 1991-1995 correspondió a un 41% de la totalidad de sus ingresos, y a partir del año 2003 dichos ingresos del narcotráfico pasaron a ser superiores al 50%. Para esos años los guerrilleros no solamente cobraban impuestos a los comerciantes y cultivadores de droga sino, lo que es aún peor, eran dueños de sus propios cultivos y laboratorios. Igualmente el Centro de Memoria Histórica pone de presente que la creciente incidencia de las FARC en esa actividad generó una fuerte y violenta guerra “a muerte” con los paramilitares, buscando obtener el posicionamiento y apoderamiento de las rutas, y para adueñarse del mercado de compra y reventa de la droga a los comerciantes con el fin de amortizar la debacle producto de la avanzada del ejército en zonas de sus cultivos. Para imaginarse un poco la magnitud de sus ingresos, el estudio indica que se especula que en los tiempos cumbre del control territorial de las FARC alcanzaron ganancias entre 500 y 800 millones de dólares anuales¹⁰⁶.

También es enfático el Centro de Memoria Histórica al aseverar que un importante factor que da cuenta de por qué ese grupo guerrillero no se desarticuló antes, es que efectivamente seguía financiándose con el narcotráfico a pesar de la disminución del negocio de la droga debido a la pérdida de sus territorios de influencia. Sin embargo esa mengua de los recursos provenientes de dicha actividad fue compensada paulatinamente por los “tributos” que cobraban a la actividad minera.

104 *Ibíd.*, p. 339.

105 *Ídem.*

106 Cfr. Centro de Memoria Histórica. “Guerrilla y población civil...”, cit., p. 196. Para estas cifras cita a Daniel Pécaut, *Las FARC. ¿Una guerrilla sin fin o sin fines?*, Bogotá, Grupo Editorial Norma, 2008, p. 89.

En lo referente al ámbito militar, el Estatuto Interno de las FARC-EP¹⁰⁷ disponía que la estructura militar del grupo correspondía a “escuadras”, “guerrillas”, “compañías”, “columnas”, y “frentes”, y *cada estructura con su red de complejidad de mandos*. Las escuadras estaban integradas por doce hombres y eran la unidad básica; cada guerrilla estaba conformada por dos escuadras, la compañía por dos guerrillas, la columna por dos compañías, y los frentes por dos o más columnas. También se conformaban unas estructuras militares denominadas Bloques de frentes, que se componían de cinco frentes o más bajo la dirección los Estados Mayores de Bloques, designados por el Estado Mayor Central o su Secretariado. De ello se desprende que el superior jerárquico de los Estados Mayores de bloques era el Secretariado.

El estatuto asignaba expresamente los mandos, de manera que

Los estados mayores de Frente son designados por el Estado Mayor Central. En la Columna, Compañía o Guerrilla donde no exista Estado Mayor de Frente, sus respectivos comandos de dirección están formados por los comandantes que designe el Estado Mayor Central. Donde exista Estado Mayor de Frente, los Comandos de Columna, Compañía o Guerrilla, son designados por éste, así como los comandantes y reemplazantes de Escuadra, con los comandantes que hagan parte del cuerpo de mando, o con compañeros promovidos al mando y aprobados por el estado Mayor Central¹⁰⁸.

Medina Gallego indica que “la estructura que se construye es de naturaleza vertical conforme lo requiere un ejército que demanda para su desarrollo el reconocimiento de un orden de autoridad que determina las relaciones de mando y obediencia, a la vez que define los grados de responsabilidad”¹⁰⁹. Lo anterior se reflejaba en el Estatuto Interno de las FARC que disponía:

Cuando no estén dadas las condiciones para la creación de un Bloque de Frentes funcionará un Comando Conjunto que unificará y coordinará la actividad de los Frentes en un área. Los Comandos Conjuntos tendrán un coordinador y dependen directamente del Estado Mayor Central o su Secretariado. Logradas las metas de la segunda fase del plan entrará en funcionamiento el Comando General que dirigirá la ofensiva.

107 Ver Estatuto de las FARC, disponible en <http://www.farc-ep.co/pdf/Estatutos.pdf>.

108 Ídem.

109 Carlos Medina Gallego. “FARC EP. Notas para una historia política (1958-2006)”, tesis de doctorado, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Humanas. Departamento de Historia, p. 100, disponible en http://www.cedema.org/uploads/Medina_Gallego-Notas.pdf.

El autor pone de presente que el Estado Mayor Central constituía el ente supremo de dirección y mando en todos sus niveles jerárquicos, de manera que las determinaciones que adoptaba y las órdenes que impartía eran obligatorias para todo el grupo guerrillero; además este organismo estaba coordinado por el Secretariado¹¹⁰.

El Estatuto establecía requisitos para ser comandante de los cuales cabe resaltar los literales a y d, que señalaban “a) Capacidad militar y don de mando [...] d) Haber cumplido y defendido las determinaciones de los organismos superiores de las FARC-EP y haberse destacado en el cumplimiento de las normas disciplinarias”¹¹¹.

Lo expuesto hasta el momento respecto de las FARC-EP da cuenta de que en realidad eran un auténtico aparato organizado de poder, del cual eran efectivamente predicables todos los presupuestos de la teoría de la autoría mediata en virtud del dominio por organización con el objeto de establecer la responsabilidad, valga la redundancia, de los máximos responsables. En primer lugar, en lo que hace al poder de mando, salta a la vista de bulto que las FARC-EP eran una organización criminal estructurada verticalmente en una forma muy precisa, donde existían niveles jerárquicos expresamente definidos y concretados en mandos con capacidad de transmitir e impartir órdenes cuyo cumplimiento se encontraba garantizado por la misma organización, la cual contaba, como ellos mismos lo manifestaban, con miles de combatientes que debían ejecutarlas. Por la naturaleza del grupo guerrillero, por el fin del mismo, por su principal consigna y por lo que la historia ha demostrado, dichas órdenes efectivamente podían lograr las realizaciones de los tipos penales que los superiores decidieran.

De la misma manera, resulta evidente que se encuentran apartados del derecho en el marco de sus actuaciones criminales correspondientes a comportamientos que, además de que el legislador colombiano los haya elevado a la categoría de delito, son claramente sancionados por el Derecho Internacional Humanitario. Ejemplo de esto son las acciones a las que anteriormente se hizo alusión como secuestros, atentados terroristas, homicidios selectivos y reclutamientos forzados, incursiones a poblaciones e instalación de campos minados para resguardar sus territorios y cultivos ilícitos. Como si ello fuera poco, esta organización intervino intensamente en el negocio del narcotráfico, es decir, una de las actividades que por manifiesta política criminal nacional y consagración en la legislación penal es perseguida y sancionada. Adicionalmente, la desvinculación del derecho es clara por cuanto esa guerrilla tenía por objeto tomar el poder por las armas, con lo cual atentaba contra el régimen constitucional establecido y, por ende, contra todo el ordenamiento jurídico cuya norma suprema es la Constitución Política.

110 Ídem.

111 Estatuto de las FARC, cit.

Acerca de la fungibilidad, es una realidad que, como ya se advirtió, los altos mandos cuentan con una cantidad inmensa de posibles ejecutores, lo cual ante la eventual negativa de uno de los encargados de cumplir con una orden cuyo contenido sea la realización de una conducta punible, garantiza que esta será cumplida por cualquiera de los otros pertenecientes a la multitud restante sin importar la individualidad del ejecutor.

Por último, frente a la elevada disponibilidad al hecho, cabe señalar que en el estatuto se establecía que “Las FARC-EP se componen de combatientes que se unen conscientemente en la lucha armada. A las filas se llega por tiempo indefinido”, y dentro de los deberes, expresamente consagraba los de “Ser honesto y veraz con el movimiento, abnegado en la lucha y modesto [...] cumplir estrictamente las determinaciones y órdenes con espíritu de iniciativa”. De todo esto se desprende y se puede afirmar contundentemente que existía elevada disposición al hecho de los integrantes del grupo guerrillero, toda vez que quienes decidían unirse a las filas de esa organización lo hacían, no sólo voluntariamente, sino conscientes de que deberían estar dispuestos a cumplir todas las órdenes, de forma que antes de unirse sabían que el propósito era la realización de conductas delictivas, y como si ello fuera poco, deberían ser abnegados en la lucha, lo cual implicaba que incluso debían sacrificar intereses propios a favor de la lucha armada. De suerte que un sujeto que se une en esas condiciones a una organización está fuertemente dispuesto a los hechos delictivos que sus superiores ordenen realizar.

En relación con la aplicación de la tesis cuyos presupuestos se han verificado, Reyes Cuartas apunta con razón que estas hacen posible que las conductas claramente punibles de los sujetos que dirigen los aparatos organizados de poder sean “correctamente tratadas como autoría mediata”, en tanto que la coautoría y otras tesis, en adición a las falencias dogmáticas que en ellas se evidencian, pueden hacer viables tratamientos más benignos desde el punto de vista punitivo para quienes no son en realidad actores secundarios en el suceso delictivo, “sino sus más directos protagonistas”¹¹².

En suma, está claro que esta teoría permite dar una respuesta político-criminalmente efectiva y adecuada a la realidad de una organización como las FARC, cuyos dirigentes lograron la ejecución de comportamientos delictivos a través del aparato, y que en la realización de los mismos reunían todos y cada uno de los presupuestos para la aplicación de la tesis. Esta es la herramienta de la cual el Estado colombiano debe servirse antes de acudir a otras tesis, las cuales, además de ofrecer una serie de deficiencias de índole legal y de talante político-criminal

112 José Fernando Reyes Cuartas. “La autoría mediata con aparatos organizados de poder”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. XXV, n.º 75, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2004, p. 157.

y lógico, no hacen frente a la realidad de las relaciones al interior de los aparatos organizados de poder como las FARC, y no ofrecen una reacción coherente del derecho penal ante las vulneraciones y puestas en peligro de bienes jurídicos fundamentales para la convivencia en sociedad.

7. LA TEORÍA DE LA AUTORÍA MEDIATA EN VIRTUD DEL DOMINIO DE ORGANIZACIÓN COMO FIGURA PLENAMENTE APLICABLE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO Y COMO MEJOR RESPUESTA PARA ESTABLECER LA RESPONSABILIDAD DE LOS MÁXIMOS RESPONSABLES EN EL MARCO DE LOS ACUERDOS DE LA HABANA

En el apartado anterior quedó explicado que la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder es plena y efectivamente aplicable a la organización guerrillera al margen de la ley que nos atañe. Con anterioridad se demostraron las razones por las cuales no habría ningún inconveniente en la utilización de la tesis en el derecho colombiano, y cómo las críticas de Velásquez que la pretenden descartar en nuestra nación se derrumban por su propio peso. Ahora pasaremos a mostrar cómo el ordenamiento jurídico colombiano permite la utilización de esta tesis.

Retomando el artículo 29 del Código Penal del 2000, en la parte que consagra la figura de la autoría mediata dispone: “Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento”.

Para desentrañar el sentido de la norma no nos podemos quedar en el ámbito meramente gramatical como lo hacen algunos autores, y mucho menos pretender manipular el artículo para, de esa manera, restringir el significado de “otro” a un ser humano y no un aparato organizado de poder, pues resultaría abusivo el intérprete al realizar una diferenciación donde el legislador no la hizo. En ese sentido, de una interpretación amplia, y desde el ámbito de las dimensiones normativas, como lo es la redacción del artículo, y de la misma manera en que apunta Reyes Cuartas, además de ser instrumentos aquellos sujetos que obran bajo el error, la coacción o sin culpabilidad, también lo son aquellos que hacen parte de un aparato organizado de poder y actúan de manera “casi automática” frente a la impartición de una orden en virtud de la complejidad de la estructura. Además, por mucho que el ejecutor sea plenamente responsable, es el sujeto de atrás quien ya le ha quitado su condición de “persona digna”¹¹³. También este autor pone de presente que las objeciones que evidentemente surgen en contra de esa manera de interpretar el artículo, deben ceder frente a las observaciones que apuntan a “la intensidad del injusto del autor mediato y a las evidentes soluciones irrespetuosas

113 *Ibíd.*, p. 155.

de los principios de proporcionalidad, razonabilidad e igualdad con que ha de operarse en derecho penal¹¹⁴.

Es preciso reiterar, como ya se afirmó al poner de presente lo sostenido por Simon, que las fronteras de cualquier “concepto de autoría” no son las consagradas en la parte general referidas a la autoría, sino que los límites formales que se encuentran en los tipos ubicados en la parte especial. Con base en ello, la autoría mediata ha de verificarse partiendo de la interpretación de cada tipo penal, pues en realidad esta es la que hace posible determinar si el tipo ha sido realizado por el sujeto de atrás a través de un instrumento¹¹⁵.

Es así como, aunado al amplio desarrollo que la propia Corte Suprema de Justicia y las otras instancias jurisdiccionales han dado a la figura, no cabe duda de que, en virtud del dominio de organización en el ámbito de aparatos organizados de poder, la autoría mediata no sólo tiene vía libre en nuestra legislación, sino que es íntegramente aplicable en el derecho penal colombiano.

Para los efectos de analizar la aplicabilidad de la teoría de la autoría mediata en virtud del dominio de organización en el contexto de los acuerdos de La Habana, es necesario puntualizar los desarrollos normativos que constituyen la base a partir de la cual determinaremos el punto en cuestión de este apartado.

El punto 5 del texto de los acuerdos de paz de La Habana del 24 de noviembre de 2016, que lleva por título “Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto: Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”, “incluyendo la Jurisdicción Especial para la Paz; y Compromiso sobre Derechos Humanos”; específicamente en su punto 5.1, inciso 2, establece como uno de los principios del sistema el reconocimiento de responsabilidad por todos quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto, y se vieron involucrados de alguna manera en dolorosas violaciones a los derechos humanos y graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario¹¹⁶.

En el mismo sentido, la Ley 1820 de 2016, “por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”, prevé en su artículo 3.º que se aplicará

114 Ídem.

115 En ese sentido cfr. Alexandra Hernández Noriega, Juan Pablo Caballero Rodríguez y María del Rosario Arango Zambrano. “Reflexiones sobre la aplicabilidad de la teoría de autoría mediata en aparatos organizados de poder en Colombia”, *Universitas Estudiantes*, n.º 5, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, enero-diciembre de 2008, p. 79.

116 Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, p. 127, disponible en <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>.

... de forma diferenciada e inescindible a todos quienes, habiendo participado de manera directa o indirecta en el conflicto armado, hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado cometidas con anterioridad a la entrada en vigor del acuerdo final.

Por su parte, el acto legislativo 1 del 4 de abril del 2017, “por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”, señala en su artículo 5.º que la Jurisdicción Especial para la Paz conocerá

... de manera preferente sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 10 de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos.

De este marco normativo se puede extraer que la justicia transicional y sus instrumentos cobijarán, en virtud de la redacción de tales normas, a guerrilleros de las FARC-EP, a agentes del Estado, a civiles y, en general, a todo aquel que de una u otra forma hubiere participado en el conflicto. No obstante, este amplio margen de aplicación no está desprovisto de diferenciaciones que, por supuesto, deben hacerse dependiendo de a quién se investigue y juzgue, teniendo en cuenta si se trata o no de un agente del Estado, caso en el cual hay un tratamiento diferenciado previsto desde los acuerdos y también consagrado en la Ley 1820 de 2016, y en el acto legislativo 01 de 2017.

También es preciso resaltar que, en cumplimiento de las obligaciones de investigar y juzgar a los máximos responsables, los acuerdos, y por consiguiente luego la ley, deben establecer unos parámetros en virtud de los cuales se determinen los criterios y la modalidad en que se les imputa la comisión de los delitos a dichos máximos responsables. En efecto, los acuerdos sientan las siguientes pautas.

El numeral 44 del punto 5 de los acuerdos dispone:

... respecto a los agentes del Estado, se establece un tratamiento especial, simultáneo, equilibrado y equitativo basado en el Derecho Internacional Humanitario. Dicho tratamiento diferenciado valorará lo establecido en las reglas operacionales de la fuerza pública en relación con el DIH. En ningún caso la responsabilidad del mando podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción. La responsabilidad de los miembros de la fuerza pública por los actos de sus subordinados deberá

fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes¹¹⁷.

Bajo estos mismos parámetros, el acto legislativo 1 de 2017, en lo que hace a la responsabilidad de agentes del Estado, previó en su artículo 24 transitorio que

Para la determinación de la responsabilidad del mando, la Jurisdicción Especial para la Paz aplicará, en el caso de los miembros de la Fuerza Pública, el Código Penal colombiano, el Derecho Internacional Humanitario como ley especial, y las reglas operacionales de la Fuerza Pública en relación con el DIH siempre que ellas no sean contrarias a la normatividad legal. [...] Se entenderá que existe mando y control efectivo del superior militar o policial sobre los actos de sus subordinados, cuando se demuestren las siguientes condiciones concurrentes:

- a. Que la conducta o las conductas punibles hayan sido cometidas dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando según el nivel correspondiente y que tengan relación con actividades bajo su responsabilidad;
- b. Que el superior tenga la capacidad legal y material de emitir órdenes, de modificarlas o de hacerlas cumplir;
- c. Que el superior tenga la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los hechos punibles, conforme al nivel de mando correspondiente; y
- d. Que el superior tenga la capacidad material y directa de tomar las medidas adecuadas para evitar o reprimir la conducta o las conductas punibles de sus subordinados, siempre y cuando haya de su parte conocimiento actual o actualizable de su comisión.

Por su parte, el numeral 59 del mencionado punto 5 de los acuerdos señala:

Respecto a la responsabilidad de los integrantes de las FARC-EP se tendrá en cuenta como referente jurídico el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Penal. El componente de justicia del SIVJRNR tendrá en cuenta la

117 Ídem.

relevancia de las decisiones tomadas por la anterior organización que sean pertinentes para analizar las responsabilidades. La responsabilidad de los mandos de las FARC-EP por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenirla, y de haber ocurrido adoptar las decisiones correspondientes. La responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango o la jerarquía¹¹⁸.

En ese sentido, el artículo 67 de la Ley 1957 de 2019 “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz” dispuso:

La responsabilidad de los mandos de las FARC-EP por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenirla, y de haber ocurrido adoptar las decisiones correspondientes. La responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango o la jerarquía.

Se entiende por control efectivo de la respectiva conducta, la posibilidad real que el superior tenía de haber ejercido un control apropiado sobre sus subalternos, en relación con la ejecución de la conducta delictiva, tal y como se establece en el derecho internacional.

Algunos dan por sentado que cuando los numerales de los acuerdos y las normas citadas hacen referencia a la responsabilidad de los mandos se refieren a la forma de imputación contemplada en el artículo 28 del Estatuto de Roma, y a lo que Kai Ambos ha denominado “responsabilidad del superior”. Este autor sostiene que, en virtud de esta modalidad de imputación, un superior debe asumir responsabilidad debido a su supervisión deficiente, pero no solo es responsable por eso, sino también por la comisión de delitos por sus subordinados¹¹⁹. De conformidad con lo anterior, se puede concluir que la responsabilidad de mando se estructura sobre una conducta omisiva. La misma Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia reconoce esta circunstancia al hacer una diferenciación de dicha figura con la autoría mediata por aparatos organizados de poder. La Corporación sostuvo:

118 Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, cit., p. 164.

119 Kai Ambos. *¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en derecho penal internacional? Fundamentos y forma*, en Colección de Estudios, n.º 37, Bogotá, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 170 y 171.

... mientras en la categoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder la punibilidad tiene fundamento en que el jerarca controla la voluntad de los miembros de la organización, la responsabilidad del superior por omisión se fundamenta en que el jefe militar renuncia, dolosa o culposamente, a ejercer el control de las tropas bajo su mando o autoridad¹²⁰.

Según lo expuesto en la sentencia C-674 de 2017¹²¹ de la Corte Constitucional, a pesar de que el artículo transitorio 24 no coincida integralmente con la fórmula de responsabilidad por el mando establecida en el artículo 28 del Estatuto de Roma, en la Regla 153 de las Normas Consuetudinarias del Derecho Internacional Humanitario o en el Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, existe una coincidencia material con los elementos estructurales de la figura en cada uno de esos instrumentos. Al respecto la Corte indicó:

Como puede advertirse, los elementos estructurales de la figura delineados en el derecho internacional se encuentran reflejados en el artículo transitorio 24: (i) en uno y otro caso se establece la responsabilidad por el hecho de un tercero, y en particular, la responsabilidad de quienes tienen la autoridad y el control efectivo dentro de una organización por los delitos cometidos por sus subordinados; (ii) en uno y otro caso la responsabilidad por el hecho del otro se configura por una conducta omisiva, esto es, no por contribuir positivamente a la realización de delitos, sino por no adoptar medidas para evitar o para sancionar su comisión; (iii) tercero, en uno y otro caso la responsabilidad se extiende tanto a la hipótesis de la omisión de medidas de prevención de delitos aún no perpetrados, como a la omisión de medidas de sanción de crímenes ya cometidos; (iv) finalmente, en uno y otro caso se exige un elemento subjetivo que descarta la responsabilidad objetiva, ya que quien tiene el mando debe haber tenido el conocimiento, o al menos debe haber contado con los elementos de juicio para poder inferir la actual o potencial comisión de delitos.

En este orden de ideas, es claro que la fórmula del artículo transitorio 24 apunta al mismo fenómeno del derecho internacional, y que las diferencias versan sobre el alcance específico de algunos de los criterios de valoración para determinar la configuración de la figura, y no sobre sus elementos estructurales.

120 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 5 de diciembre de 2018, radicado 50236, M. P.: Eugenio Fernández Carlier.

121 Corte Constitucional, sentencia C-674 de 2017, M. P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Igualmente, en la sentencia C-080 de 2018^[122], al estudiar la exequibilidad del artículo 67 del proyecto de ley estatutaria, que se convertiría en el citado artículo 67 de la Ley 1957 de 2019, la Corte Constitucional estimó:

... a través de la Sentencia C-674 de 2017^[123], esta Corte declaró la exequibilidad del artículo 24, cuyo contenido sustancial respecto de los requisitos para que exista responsabilidad de mando, se reproduce en la norma ahora bajo análisis. Y, si bien es cierto, que la misma se aplicó para los miembros de la Fuerza Pública, la esencia del concepto de responsabilidad de mando se declaró ajustada a la Constitución y se replicó por parte del Legislador Estatutario para las FARC-EP.

A pesar de la interpretación que la Corte Constitucional realiza del artículo 24 transitorio, resulta que ni el numeral 44 del punto 5 del acuerdo, ni el artículo 24 transitorio del acto legislativo 01 de 2017, ni el numeral 59 del punto 5 del acuerdo, ni el artículo 67 de la ley 1957 de 2019, hacen una referencia expresa al artículo 28 del Estatuto de Roma¹²⁴ ni a las otras normas internacionales que consagran esta figura. Si ni siquiera se hace esta mención, mucho menos se podría entender que deben interpretarse exclusiva y excluyentemente atendiendo a dicha figura.

122 Corte Constitucional, sentencia C-080 de 2018, M. P.: Antonio José Lizarazo Ocampo.

123 A través de la cual se adoptó una decisión frente a la constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2017, “Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”, M. P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

124 “Artículo 28. Responsabilidad de los jefes y otros superiores. Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte: a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento. b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando: i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento”.

Resulta importante traer a colación el numeral 19 del punto 5 de los acuerdos, en virtud del cual,

Las secciones del Tribunal para la Paz, las Salas y la Unidad de Investigación y Acusación, al adoptar sus resoluciones o sentencias harán una calificación jurídica propia del Sistema respecto a las conductas objeto del mismo, calificación que se basará en el Código Penal colombiano y/o en las normas de Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH), Derecho Internacional Humanitario (DIH) o Derecho Penal Internacional (DPI), siempre con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad”

Igualmente, y dando cumplimiento a este punto de los acuerdos, el artículo 26 de Ley 1957 de 2019 dispuso que para los efectos del SIVJRN “los marcos jurídicos de referencia incluyen principalmente el Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH)” y reprodujo el aparte anteriormente citado incluyendo las referencias al Código Penal colombiano.

Teniendo en cuenta esta normatividad, es claro que si se debe acudir al Código Penal colombiano y/o a las normas de DIDH, DIH o DPI, la responsabilidad por el mando no será la única forma de imputación a los máximos responsables. Inclusive, esta “responsabilidad del superior” –que algunos han denominado “responsabilidad de mando”– no es la única forma de imputación consagrada en los instrumentos internacionales; de hecho, en su artículo 25, numeral 3, literal a, el Estatuto de Roma reconoce la teoría del dominio del hecho en virtud del dominio de organización como una modalidad de autoría¹²⁵. Este artículo prevé que “de conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable”.

La misma Corte Constitucional, en la ya citada sentencia C-674 de 2017 reconoce que

... debe tenerse en cuenta que la figura de la responsabilidad de mando no fue concebida para criminalizar a quienes cumplen un rol esencial en la acción criminal, sino para sancionar un fenómeno delictivo muy específico, referido a la omisión en el deber de control de los subordinados.

En ese sentido, esta figura solo tiene aplicación cuando el superior omite el deber de control de los subordinados. *Contrario sensu*, cuando este ha cumplido un rol

125 Kai Ambos. Ob. cit., p. 181.

esencial en la acción criminal como, por ejemplo, dar la orden de su comisión, esta figura no será aplicable, dando paso a la teoría de los aparatos organizados de poder que estimamos como la más adecuada para la imputación de los máximos responsables. Resulta que la regla general en el contexto del conflicto armado colombiano ha sido que los altos mandos de las FARC-EP ordenaron a sus subordinados la ejecución de actos delictivos y no que dichos actos delictivos hayan sido cometidos a raíz de omisiones en el deber de control sobre ellos.

Como lo mencionábamos con anterioridad, la JEP será competente para conocer de los delitos de todo aquel que de una u otra forma hubiere participado en el conflicto. En consecuencia, una teoría que pretenda ser aplicada por esta jurisdicción debería entonces poder dar soluciones a la generalidad de los casos, por supuesto, siempre y cuando sus presupuestos se cumplan. A continuación veremos que la teoría de la autoría mediata en virtud del dominio de organización, a diferencia del resto, deviene una propuesta completa y que no pretende, como ya lo hemos venido esbozando, una aplicabilidad absoluta pasando por alto los supuestos fácticos de cada caso concreto, ni derrumbar caprichosamente la regulación del legislador. En efecto, el máximo exponente de la teoría reconoce que, a pesar de que esta tesis corresponde a la regla general de los casos, en aquellos eventos en que no se den los supuestos de la figura claramente habrá que fundamentar la responsabilidad bajo la modalidad de autoría o participación distinta que corresponda¹²⁶.

Con toda seguridad habrá que afirmar que esta teoría resulta aplicable a los agentes del Estado y a los miembros de las FARC, y desde luego ha ofrecido una solución para los civiles que desde la periferia inciden o colaboran en la realización de conductas delictivas ordenadas por un superior de la organización.

No faltará quien se apresure a afirmar que los agentes del Estado no pueden ser objeto de aplicación de la teoría por la que aquí se aboga por cuanto no cumplen con el presupuesto de la “desvinculación del derecho”. Este argumento se cae por su propio peso si se recuerda que este presupuesto se analiza teniendo en cuenta, como ya se explicó, que no es necesario que el aparato de poder se haya desvinculado del derecho en toda relación, sino que basta con que esta desvinculación aparezca en el ámbito de las conductas punibles realizadas por el mismo¹²⁷. Esto para nada implica presumir la ilegalidad en los actos de los agentes del Estado, sino todo lo contrario: reconociendo la presunción de legalidad que cobija los actos del Estado, debe desvirtuarse tal presunción probatoriamente, para luego poder afirmar la responsabilidad del superior en virtud de su dominio de organización. También ya hemos hecho énfasis en que todos los presupuestos de la

126 Cfr. Claus Roxin. *Derecho penal. Parte general*, t. II, cit., p. 117.

127 Cfr. Claus Roxin. “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, cit., p. 16.

teoría deben quedar fehacientemente acreditados en el proceso respectivo, pues de no ser así, evidentemente ni esta, ni ninguna teoría debería ser aplicada para afirmar la responsabilidad de un sujeto.

Pues bien, ya hemos visto que los acuerdos fundamentan la responsabilidad, tanto de los mandos de los agentes del Estado como de los mandos de las FARC-EP, en el control efectivo de la conducta de sus subordinados, el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de las respectivas conductas, así como su alcance para prevenirlas. Hasta este punto es idéntica la fundamentación. La diferencia en la redacción se nota en la parte inmediatamente siguiente en cada apartado correspondiente, donde para los agentes del Estado se dice “y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes”, mientras que para los miembros de las FARC-EP se establece “y de haber ocurrido adoptar las decisiones correspondientes”.

No cabe duda de que el hecho de fundamentar la responsabilidad de los mandos en el control efectivo de la conducta de sus subordinados le abre el camino a la aplicación de la teoría del dominio de la voluntad mediante estructuras organizadas de poder, pues precisamente aquellos sujetos que tienen dominio de organización serán quienes podrán decidir cómo, cuándo y dónde se realiza el tipo, al paso que son ellos quienes tienen la capacidad para acelerar, interrumpir, o continuar su realización. De manera que, con independencia de lo que quiera el subordinado, ellos son quienes podrán disponer efectivamente de la realización de la respectiva conducta.

Se demuestra claramente la efectividad de su control al observar que aquellos que tienen dicho dominio, mediante una orden o instrucción de realizar una conducta punible, encuentran garantizada su ejecución por el aparato. De la misma manera, encuentran garantizado que con una simple orden podrán incluso, independientemente de la voluntad del ejecutor, lograr abortar la materialización del delito.

Ahora bien, el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de las respectivas conductas, así como su alcance para prevenirlas, incluidas las referencias “y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes” –en el caso de los agentes del Estado–, “y de haber ocurrido, adoptar las decisiones correspondientes” –en el caso de las FARC-EP–; todos estos elementos no son más que una confirmación y consecuencia del poder de mando de quien lo tenga en la organización.

¿Qué es lo que permite que quien tenga dominio de organización posea tal control sobre sus subordinados? Sencillamente su poder de mando, la desvinculación del derecho, la fungibilidad y elevada disposición al hecho de los ejecutores pertenecientes al aparato organizado de poder. Estos son los elementos que al mismo tiempo permiten atribuir el dominio del hecho a los hombres de atrás.

Lógicamente, y de acuerdo con Roxin, como los civiles no hacen parte de la organización se les debe sancionar en calidad de cómplices si en realidad han “promovido conscientemente los delitos mediante cualesquiera acciones”¹²⁸, pero no los han ordenado personalmente, “y tampoco ha(n) cooperado en su ejecución”¹²⁹. Y si los civiles desde afuera de la organización, por su misma condición, y por ello sin poder de mando, ordenaron, incitaron o apremiaron a la organización, cualquiera que esta sea, para que realizara un delito deberán responder en calidad de inductores. También aquí es evidente que se debe analizar cada caso concreto y, por supuesto, tener en cuenta si, por ejemplo, el civil obró por fuera de las hipótesis de la comisión de delitos a través de una organización, caso en el cual se estudiarán las otras modalidades de imputación.

Adicionalmente, de lo dispuesto en el numeral 19 del punto 5 del acuerdo final para la terminación del conflicto y en el artículo 26 de la Ley 1957 de 2019 se puede colegir, sin duda alguna, que el Código Penal colombiano es fuente en virtud de la cual se realizará la calificación jurídica. En lo que hace a las teorías que fundamentan la atribución de responsabilidad a los “máximos responsables”, por un lado, demostramos cómo el artículo 29 permite la figura de la autoría mediata en virtud del dominio de organización, y por otro, acreditamos que quedaría excluida la tesis de la coautoría que, de ser aplicada en nuestro ordenamiento, constituiría un claro y protuberante desconocimiento y vulneración al principio de legalidad que nos rige, toda vez que nuestro legislador consagra elementos irrenunciables de esta forma de autoría, como el común acuerdo y la división del trabajo que, como vimos, en los casos de aparatos organizados de poder brillan por su ausencia.

A pesar de que con más coherencia podría pensarse en la inducción, un análisis de la realidad de la interacción entre los superiores y los ejecutores de un aparato organizado de poder nos lleva a concluir que esta figura ofrece soluciones incoherentes desde los puntos de vista dogmático y práctico, tal como se expuso con anterioridad, y lo mismo podría decirse frente a la autoría accesoria y la complicidad.

Por último, ya en reiteradas ocasiones se evidenció que el *factum* que da lugar a la “responsabilidad del superior” solo permite afirmarla en casos de omisión, lo cual, contrastado con la realidad del conflicto colombiano, a todas luces vendría a ser la excepción y no la regla general. Sin embargo, ello no obsta para que, si excepcionalmente se da el supuesto de omisión del hombre de atrás, esta sea aplicable.

Como vimos, también son aplicables las normas del DIDH, el DIH o el DPI. Pues bien, al igual que la figura de la responsabilidad por el mando contemplada en el artículo 28 del Estatuto de Roma, la teoría del dominio del hecho en virtud del

128 Ídem.

129 Ídem.

dominio de organización como una modalidad de autoría se encuentra prevista en el artículo 25, numeral 3, literal a, del mismo Estatuto. De esa manera, impera concluir que la teoría de los aparatos organizados de poder también es aplicable en virtud de una norma de derecho internacional.

Por todo lo expuesto, es dable afirmar que, en tratándose de atribuir responsabilidad a los “máximos responsables” por la comisión de los delitos realizados por su organización respectiva, la teoría de la autoría mediata en virtud del dominio por organización es la tesis que realmente ofrece las soluciones más ajustadas tanto a la realidad práctica e histórica del conflicto, como a las disposiciones normativas legales y del acuerdo de paz. Esto sin perjuicio, claro está, de que de no cumplirse los presupuestos de la figura, ella no podrá aplicarse. He ahí gran parte de su legitimidad a diferencia de las demás.

CONCLUSIONES

1. En el marco de un proceso de paz como el que se adelantó con el grupo guerrillero FARC-EP, el derecho penal colombiano debe responder atendiendo a la estructura de organización y funcionamiento de este grupo guerrillero.
2. Los altos mandos de las FARC disponían de una organización cuya estructura les proveía de poder de mando, de forma que tanto la organización como sus actuaciones se manifestaban claramente desvinculadas del derecho; es esta misma la que garantizaba la fungibilidad de los ejecutores de las conductas delictivas, los cuales, adicionalmente, presentaban elevada disposición al hecho. Así, se verifican todos los presupuestos que fundamentan la tesis del dominio de la voluntad mediante estructuras organizadas de poder.
3. Ni la coautoría, ni la autoría accesoria, ni la inducción, ni la complicidad, logran dar soluciones a los casos de crímenes cometidos por la organización a la que se hace referencia que no sean, o violatorias del principio de legalidad, o dogmáticamente incoherentes e insatisfactorias frente a la realidad.
4. Por el contrario, la teoría del dominio de la voluntad mediante estructuras organizadas de poder, además de lograr sancionar correctamente a quienes en realidad son los directores del suceso criminal, ofrece soluciones que respetan los principios de proporcionalidad, razonabilidad e igualdad que han sido consagrados en las normas rectoras de nuestro Código Penal.
5. Y en efecto, esta forma de autoría es plenamente aplicable en el ordenamiento jurídico colombiano de conformidad con el Código Penal, el Estatuto de Roma y los acuerdos de paz de La Habana.

6. Independientemente de las fórmulas propias de justicia transicional que se adopten en el proceso de paz en relación con las penas a imponer, los sujetos que al ostentar la posición de dirigentes impartían órdenes y directivas dirigidas a la realización de delitos deben responder precisamente como protagonistas del hecho delictivo, para lo cual se manifiesta de la manera más útil la figura de la autoría mediata en la modalidad que aquí se expone.

7. Entonces, siguiendo la tesis de Roxin, en aplicación de dicha figura se tiene que en el ámbito de los delitos cometidos por las FARC-EP, al ser un verdadero aparato organizado de poder, tanto el dirigente como los intermediarios que tenían poder de mando al interior de la estructura, así como el ejecutor material actuaron con dominio del hecho. Sin embargo, como apunta el profesor emérito de Múnich, es necesario analizar cada caso concreto pues esta es la regla general en los aparatos organizados de poder, lo cual no excluye que de manera excepcional al interior de la estructura se den las condiciones, y tengan lugar la inducción, la coautoría o la complicidad.

8. También es muy importante resaltar que en el proceso penal respectivo se tendrá que verificar, en atención al acervo probatorio que haga parte del mismo, la existencia de todos los presupuestos de la figura, pues esta tesis no pretende evadir vacíos probatorios.

9. Por último, es pertinente reiterar que esta solución, como bien lo apunta Roxin, puede quedar, como cualquier otra, en el estadio de la tentativa, y ello no debilita, sino que reafirma la legitimidad de la figura dentro del derecho penal de acto que rige en Colombia.

BIBLIOGRAFÍA

Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, disponible en <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>.

Ambos, Kai. “¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en derecho penal internacional? Fundamentos y forma”, en Colección de Estudios, n.º 37, Bogotá, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Universidad Externado de Colombia, 2008.

Centro de Memoria Histórica. “Guerrilla y población civil. Trayectoria de las FARC 1949-2013, disponible en <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/farc/guerrilla-poblacion-civil.pdf>.

Código Penal Español, disponible en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20121008_02.pdf.

Córdoba Angulo, Miguel. “La figura del interviniente en el derecho penal colombiano”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. xxv, n.º 75, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2004.

Córdoba Angulo, Miguel. “Tentativa”, en *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, 2.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

FARC-EP, disponible en <http://www.farc-ep.co/nosotros.html>.

FARC-EP, disponible en <http://www.farc-ep.co/pdf/Estatutos.pdf>.

Hernández Esquivel, Jorge Alberto. “Evolución doctrinal y jurisprudencial de la teoría del dominio del hecho”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. xxix, n.ºs 86 y 87, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero-diciembre de 2008.

Hernández Noriega, Alexandra; Juan Pablo Caballero Rodríguez y María del Rosario Arango Zambrano. “Reflexiones sobre la aplicabilidad de la teoría de autoría mediata en aparatos organizados de poder en Colombia”, *Universitas Estudiantes*, n.º 5, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, enero-diciembre de 2008.

Hezberg, Rolf D. “La sentencia Fujimori: sobre la intervención del superior en los crímenes de su aparato de poder”, en Kai Ambos y Meini Iván (eds.). *La autoría mediata*, Bogotá, Ediciones Axel, 2011.

Jakobs, Günter. Participación, en *xxxv Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Procesos de paz. Derecho penal y justicia transicional. Memoria*, n.º 35ª, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

Jakobs, Günter. “Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori”, en Kai Ambos y Meini Iván (eds.). *La autoría mediata*, Bogotá, Ediciones Axel, 2011.

Jescheck, Hans-Heinrich y Thomas Weigend. *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., Granada, Comares, 2002.

Kindhäuser, Urs. “Infracción de deber y autoría. Una crítica a la teoría del dominio del hecho”, disponible en <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/viewFile/28552/30309>.

Medina Gallego, Carlos. “FARC-EP. Notas para una Historia Política 1958-2006”, tesis de doctorado, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de

Ciencias Humanas, Departamento de Historia, disponible en http://www.cedema.org/uploads/Medina_Gallego-Notas.pdf.

Reyes Cuartas, José Fernando. “La autoría mediata con aparatos organizados de poder”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. xxv, n.º 75, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2004.

Roxin, Claus. “Apuntes sobre la sentencia Fujimori de la Corte Suprema del Perú. Sobre la intervención del superior en los crímenes de su aparato de poder”, en Kai Ambos y Meini Iván (eds.). *La autoría mediata*, Bogotá, Ediciones Axel, 2011.

Roxin, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (trads. 7.ª ed. alemana), Madrid y Barcelona, Marcial Pons, 2000.

Roxin, Claus. *Derecho penal. Parte general*, t. II, *Especiales formas de aparición del delito*, Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, José Manuel Paredes Castañón y Javier de Vicente Remesal (trad. 1.ª ed. alemana), Madrid, Editorial Civitas y Thompson Reuters, 2014.

Roxin, Claus. “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, Conferencia pronunciada el 23 de marzo de 2006 en la clausura del curso de doctorado “Problemas fundamentales del Derecho penal y la Criminología”, Sevilla, Universidad Pablo de Olavide, disponible en <http://www.revistaestudio-sarabes.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/download/15081/15499>.

Simon, Jan-Michael. “El dominio del hecho macrocriminal. Fundamentos”, en *XXXV Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Procesos de paz. Derecho penal y justicia transicional. Memoria*, n.º 35, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

Suárez, Sánchez, Alberto. *Autoría y participación*, 3.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

Código Penal. Traducción del Alemán, 15 de mayo de 1871 con la reforma de 1998, realizada por Claudia López Díaz, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, disponible en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf.

Velásquez Velásquez, Fernando. *Manual de derecho penal, Parte General*, 2.ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 2004.

Velásquez, Velásquez, Fernando. “Las transformaciones del concepto de autoría: el caso de los aparatos criminales organizados de poder en el contexto colombiano”, Cuadernos de Derecho Penal, febrero de 2014.

Velásquez, Velásquez, Fernando. “Los aparatos criminales organizados de poder”, Cuadernos de Derecho Penal, N.º 4, 2010, disponible en http://www.unisergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp4/aparatos-organizados-de-poderFernandoVDP4.pdf.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal, sentencia de única instancia del 14 de septiembre de 2011, proceso n.º 32000, M. P.: Alfredo Gómez Quintero.

Sala de Casación Penal, sentencia del 7 de marzo de 2007, proceso n.º 23825, M. P.: Javier Zapata Ortiz.

Sala de Casación Penal, sentencia del 8 de agosto de 2007, proceso n.º 25974, M. P.: María del Rosario González de Lemos.

Sala de Casación Penal, sentencia del 2 de septiembre de 2009, proceso n.º 29221, M. P.: Yesid Ramírez Bastidas.

Sala de Casación Penal, sentencia del 18 de marzo de 2010, proceso n.º 27032 (sin M. P.).

Sala de Casación Penal, sentencia del 23 de febrero de 2010, proceso n.º 32805 (sin M. P.).

Sala de Casación Penal, Sentencia del 16 de diciembre de 2015, proceso n.º 38957, M. P.: Luis Guillermo Salazar Otero.

Sala de Casación Penal, sentencia del 23 de noviembre de 2017, radicado 44921, M. P.: José Francisco Acuña Vizcaya.

Sala de Casación Penal, sentencia del 5 de diciembre de 2018, radicado 50236, M. P.: Eugenio Fernández Carlier.

Sala de Casación Penal, sentencia del 12 de junio de 2019 radicado 54018, M. P.: Luis Antonio Hernández Barbosa.

Sala de Casación Penal, sentencia del 23 de septiembre de 2019, radicado 46382, M. P.: Luis Antonio Hernández Barbosa.

Sala de Casación Penal, sentencia del 13 de noviembre de 2019, radicado 51819, M. P.: Eugenio Fernández Carlier.

Corte Constitucional

Sentencia C-080 de 2018, M. P.: Antonio José Lizarazo Ocampo.

Sentencia C-674 de 2017, M. P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Sentencias de instancia

Juzgado Once Penal del Circuito Especializado de Bogotá, sentencia del 30 de marzo de 2011, radicado RUN 080013107001 2008-00027-00.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia del 2 de diciembre de 2010, radicado RUN 110016000253200680281, en contra de Jorge Iván Laverde Zapata, alias el Iguano.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, sentencia de segunda instancia contra el coronel retirado Alfonso Plazas Vega, radicado RUN 110010704003200800025 09, treinta de enero 2012.