

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS JEFES DE LOS GRUPOS ARMADOS
ORGANIZADOS: UNA MIRADA A PARTIR DE LAS TESIS DESARROLLADAS POR LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y LA DOCTRINA EXTRANJERA

JUDY PAULINA ZULUAGA ZULUAGA

ASESORA:

GEOVANA ANDREA VALLEJO JIMÉNEZ

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA
MAESTRIA EN DERECHO PROCESAL PENAL Y TEORÍA DEL DELITO
FACULTAD DE POSGRADOS
MEDELLÍN
2019

La responsabilidad penal de los jefes de los Grupos Armados Organizados: una mirada a partir de las tesis desarrolladas por la Corte Suprema de Justicia y la doctrina extranjera¹.

Judy Paulina Zuluaga Zuluaga²

Resumen: Dada la necesidad de judicializar los crímenes cometidos por los jefes de los Grupos Armados Organizados (GAO), en Colombia se han venido aplicando diferentes posturas provenientes de la doctrina foránea o mediante la fusión de diferentes perspectivas teóricas, atendiendo a la forma particular en que se ejecutan dichos crímenes, en donde el jefe de dicha cúpula delincencial sin participar de manera material del ilícito asume un rol determinante a la hora de impartir la orden, la cual se transmite por intermedio de otros miembros que tienen unos roles específicos, en donde finalmente el crimen es perpetrado por un autor material. La jurisprudencia no ha asumido un tratamiento unificado con relación a la responsabilidad penal de los jefes de los GAO, de tal manera que se debate entre la coautoría impropia, autoría mediata en aparatos organizados de poder y responsabilidad del superior por omisión. Por tal motivo, en este trabajo pretendemos analizar cada una de las posturas dogmáticas aplicadas en los casos de delincuencia organizada, bajo la modalidad de responsabilidad por línea de mando y así determinar cuál tesis se ajusta a la realidad de la comisión delictiva.

Palabras clave: Autoría mediata, autoría mediata en aparatos organizados de poder, coautoría impropia, responsabilidad del superior por omisión.

Abstract: Given the need to prosecute the crimes committed by the heads of the Organized Armed Groups (GAO), in Colombia different positions have been applied from foreign doctrine or through the fusion of different theoretical perspectives, taking into account the particular way in which they execute these crimes, where the head of such criminal dome, without participating in a material manner of the illicit, assumes a determining role when issuing the order, which is transmitted through other members who have specific roles, where finally the Crime is perpetrated by a Material Author. The jurisprudence has not assumed a unified treatment in relation to the criminal responsibility of the chiefs of the GAO. Therefore, this is debated among the improper co-authorship, mediated authorship in organized apparatus of power and responsibility of the superior by default. For this reason, in this work we intend to analyze each of the

¹Este trabajo es producto del proyecto de investigación “La responsabilidad penal de los jefes de las organizaciones criminales: una mirada a partir de las tesis desarrolladas por la Corte Suprema de Justicia y doctrina extranjera” que se elabora como requisito para optar al título de Magister en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito de la Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAUCLA) Tutora: Dra. Geovana Andrea Vallejo Jiménez, docente investigadora de tiempo completo UNAUCLA.

²Abogada de la Universidad Autónoma Latinoamericana, con especializaciones en Derecho Administrativo, Derecho Procesal Penal de la misma universidad y en Derecho Penal de la Universidad de Medellín. Jueza segunda Penal Municipal con función de Control de Garantías Ambulante de Antioquia. Correo: paulis558@hotmail.com

dogmatic positions applied in cases of organizational crime, under the modality of responsibility by command line and thus determine which thesis fits the reality of the criminal commission.

Keywords: Mediated authorship, mediated authorship in organized departures of power, improper co-authorship, responsibility of the superior by omission.

1. Introducción.

La Corte Suprema de Justicia (en adelante CSJ) en Colombia ha venido asumiendo diversas posturas con relación a la problemática que se genera a raíz de la judicialización de los jefes de los Grupos Armados Organizados en razón de los crímenes que sus miembros ejecutan en nombre de la estructura de poder organizada. No ha sido pacífica la jurisprudencia, quien ahondando en diferentes figuras dogmáticas se ha encargado de atribuir responsabilidad penal a los jefes que, sin participar de manera material en el hecho, dada la condición de comandante o jefe que ostenta desde la cúspide de la estructura, los miembros que comanda ejecutan el hecho, ya sea por una orden que se imparta, o simplemente omite adoptar medidas tendientes a evitar el delito cometido, en donde ese nexo de causalidad que los une estaría dado por el conocimiento que aquel tiene de la situación y la condición de mando que detenta sobre el ejecutor.

Desde un principio la Corte dio aplicación a la tesis de la coautoría impropia donde existe dominio funcional del hecho por parte de todos los que participan, que establece como elemento principal la división del trabajo criminal respecto a la ejecución de una conducta punible, postura esta susceptible de críticas, toda vez que el jefe de la estructura jerárquica bajo este tipo de responsabilidad por línea de mando, nunca participa de manera material del hecho, razón por la cual no tiene el dominio de la situación, característica primordial de la coautoría.

Por otra parte, la CSJ también ha acudido a la tesis de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, también conocida como “dominio por organización” o “autor tras el autor” propuesta por Roxin³, de la autoría mediata con instrumento fungible, permitiendo la judicialización de los miembros de estructuras delincuenciales con un aparato organizado de poder en donde sus miembros cometen delitos en cumplimiento de órdenes impartidas por rangos superiores en cuanto controlan la organización.

Recientemente, la Corte⁴ sostuvo la tesis de la “responsabilidad del superior por omisión” quien haciendo una interpretación armónica y sistemática de la dogmática penal interna con las normas internacionales que integran el bloque de constitucionalidad, incorporó en el texto del Código Penal el mecanismo de la

³ ROXIN, Claus “Autoría y dominio del hecho en derecho Penal” Traducción de la novena edición alemana. Marcial pons. 2016. Págs 24 y 25.

⁴ C.S.J SP333/2018 Rad, 50236 de 5 de diciembre de 2018. Magistrado Ponente EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

imputación previsto en el artículo 28 del Estatuto de Roma que como elementos estructurales se tiene: Que el sujeto ostente la condición de comandante militar de una organización; que los miembros de la estructura que aquel comanda cometan delitos de competencia de la Corte Penal Internacional - crímenes de lesa humanidad o de guerra, genocidio o agresión; que los autores materiales de los delitos se encuentren al momento de la comisión, bajo el mando y control efectivo del comandante militar; que el comandante se abstenga de ejercer control apropiado sobre las fuerzas a su cargo de modo que omita la toma de las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir los delitos cometidos por sus subordinados, o para ponerlos en conocimiento de las autoridades competentes para su investigación o juzgamiento; que tuviera conocimiento de que las fuerzas a su cargo estaban cometiendo tales delitos o estaban por cometerlos, o que, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saberlo⁵.

Ahora bien, es preciso aclarar que en Colombia la ley 1908 de 2018 “Por medio de la cual se fortalecen la investigación y judicialización de organizaciones criminales, se adoptan medidas para su sujeción a la justicia y se dictan otras disposiciones” el artículo segundo distingue entre Grupo Armado Organizado (GAO) y Grupo Delictivo Organizado (GDO), cada uno de ellos posee una naturaleza, finalidad y estructura diferente; por tal motivo, para este trabajo por extensión y delimitación temática vamos a centrarnos en los jefes de los GAO; es así que se debe entender por este aquellos que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte del territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas.

Esta normatividad precisa que, para identificar si se está frente a un Grupo Armado Organizado se tendrán en cuenta los siguientes elementos concurrentes⁶:

- Que use la violencia armada contra la Fuerza Pública u otras instituciones del Estado; la población civil; bienes civiles, o contra grupos armados.
- Que tenga la capacidad de generar un nivel de violencia armada que supere el de los disturbios y tensiones internas.
- Que tenga una organización y un mando que ejerza liderazgo o dirección sobre sus miembros, que le permitan usar la violencia contra la población civil, bienes civiles o la Fuerza Pública, en áreas del territorio nacional.

La falta de unificación en los criterios jurisprudenciales asumidos por la CSJ, quien tampoco distingue en sus providencias entre uno y otro grupo de los anteriormente mencionados, implica confusiones para el operador jurídico, por tal motivo, en este trabajo hemos pretendido dar respuesta al siguiente interrogante ¿Cuáles son los criterios interpretativos que deben aplicar los operadores jurídicos en Colombia para establecer la responsabilidad penal de los jefes de los Grupos Armados Organizados

⁵CSJ Rad. 25974 del 8 de agosto de 2007. Magistrado Ponente. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

⁶ Ley 1908 del 9 de julio de 2018, “Por medio de la cual se fortalecen la investigación y judicialización de organizaciones criminales, se adoptan medidas para su sujeción a la justicia y se dictan otras disposiciones”

por los delitos cometidos por los inferiores jerárquicos bajo su mando, en el que aquellos no han tenido intervención material?

La metodología empleada en este trabajo es de tipo cualitativo y dogmático jurídico - penal que permite interpretar, analizar y sistematizar los elementos de la estructura del delito en torno a la autoría y la participación, se elige como método hermenéutico una interpretación sistemática y flexible. Para lograr lo anterior, se hizo un rastreo de fuentes jurisprudenciales de la CSJ en Colombia y de la doctrina a nivel nacional y extranjero. Con relación a la primeras se buscaron las principales providencias emanadas de la CSJ mediante la utilización de fichas bibliográficas, extrayendo la *ratio decidendi* de dichas providencias y seleccionando las diferentes posturas dogmáticas asumidas, mismo rastreo que se efectuó respecto al material doctrinal que han asumido posturas disímiles para dar respuesta a la forma de responsabilidad penal de los jefes de las organizaciones criminales por los delitos cometidos en razón de la organización.

Por lo anterior, en este texto en primer lugar, vamos a analizar las tres posturas – disímiles entre sí- que ha asumido la CSJ con relación al objeto de estudio. En segundo lugar, vamos a referirnos a la propuesta de Roxin sobre “autoría del dominio en organizaciones de poder” toda vez que es una de las más relevantes y seguida por la doctrina mayoritaria, pero además ha sido una postura que también ha venido asumiendo la CSJ. Por último y a modo de conclusión presentaremos una propuesta interpretativa para establecer la responsabilidad penal de los jefes de los Grupos Armados Organizados por los crímenes cometidos por los inferiores jerárquicos a su mando que se adecue al contexto colombiano.

2. Las tesis de la Corte Suprema de Justicia para determinar la responsabilidad penal de los jefes.

Tal y como se acaba de manifestar en Colombia no existe una jurisprudencia unificada que dé cuenta de cómo determinar la autoría de los jefes de los Grupos Armados Organizados por los delitos cometidos por las personas que ocupan un cargo inferior en la estructura organizada y que actúan bajo las ordenes de aquellos. Al respecto hemos identificado que existen tres tesis diferentes, la primera de ellas que tiene que ver con la teoría de la coautoría impropia, la segunda se soporta en la propuesta de Roxin sobre autoría mediata y la última y más reciente, la tesis de la responsabilidad del superior por omisión.

2.1. Coautoría impropia

La interpretación inicial que la CSJ realiza con relación a la autoría de los jefes de los Grupos Armados Organizados o de los Grupos Delictivos Organizados está propuesta en la Sentencia **Rad 23825**⁷, la Corte analiza los hechos ocurridos el 18 de octubre de 1998 en el corregimiento de “Machuca” o “Fraguas” ubicado en el municipio de Segovia

⁷CSJ Rad 23825 del 7 de marzo de 2007. Magistrado Ponente. JAVIER ZAPATA ORTÍZ

- Antioquia, varios guerrilleros adscritos a la compañía “Cimarrones” del frente “José Antonio Galán” del Ejército de Liberación Nacional (ELN), le colocaron un artefacto de gran poder detonante a la línea de conducción de crudos (petróleo) llamada “Oleoducto Cusiana-Coveñas”, produciendo la destrucción total del poliducto y el derramamiento del líquido en una considerable proporción.

Al darse la explosión en la parte superior de una colina, el petróleo corrió por dos ramales para caer luego al río “Pocuné”, por cuyo cauce avanzó hasta llegar a la rivera del corregimiento, donde finalmente se produjo la descomunal conflagración que en minutos arrasó con buena parte de las viviendas y produjo una tragedia humana de incalculables proporciones: casi un centenar de muertos —entre niños, adultos y ancianos- y graves heridas por quemaduras a un número de aproximadamente treinta personas.

Aunque la investigación no pudo descubrir a los autores materiales del atentado criminal, el Fiscal instructor decidió vincular a ella, mediante emplazamiento y declaratoria en contumacia, a los tres jefes de la compañía “Cimarrones”, lo mismo que a los siete cabecillas o comandantes de la cúpula del denominado Ejército de Liberación Nacional.”

El Juzgado Especializado de Antioquia emitió sentencia de condena en calidad *coautores* de un concurso de delitos integrado por homicidios simples, lesiones personales, rebelión y terrorismo. El *a quo* extendió la responsabilidad por las muertes y lesiones a la cúpula de esa organización subversiva, a título de dolo eventual, por las siguientes razones: i) la voladura de oleoductos estaba dentro del plan de acción promovido por el Comando Central del Ejército de Liberación Nacional (COCE), con lo cual pretendían evitar que el petróleo “se lo llevaran los gringos”; ii) el ELN tiene su propia estructura, jerarquía y organigrama, dentro del cual los comandantes dan las órdenes con fuerza vinculante que los militantes deben acatar; iii) la previsibilidad de los resultados, por el conocimiento de la volatilidad del hidrocarburo y el conocimiento de la región; iv) los integrantes del COCE difundieron un comunicado de prensa donde reivindicaban el atentado —pero atribuían el gran incendio a las Fuerzas Militares de Colombia- y una entrevista concedida por NICOLÁS RODRÍGUEZ BAUTISTA, el 11 de noviembre de 1998 al noticiero de televisión “En Vivo”, donde ratifica el compromiso de la compañía “Cimarrones”.

El Tribunal Superior de Antioquia decidió absolver a todos los implicados de los cargos por homicidio, lesiones personales y terrorismo; y declaró que quedaban condenados únicamente por el delito de rebelión, precisando que la responsabilidad penal es individual y la imputación jurídica debe invariablemente proyectarse a señalar la acción particularizada del delincuente, en la forma puntual y específica que impone como garantía el derecho penal democrático. Consideró errado establecer que la orden debía provenir de la “cúpula”, por lo que todos sus integrantes tienen que ser entonces responsables como determinadores de los delitos. Concluyó que, por lo tanto, los integrantes de la cúpula del ELN o su Comando Central (COCE) no podían ser

condenados como determinadores, ya que en un acontecer culposo no es posible, dogmáticamente, predicar la determinación.

La CSJ analizó todo el material probatorio y determinó que varios informes de la Central de Inteligencia Militar del Ejército Nacional y otros organismos de seguridad del Estado enlistan a los miembros del Comando Central del ELN, así como su jerarquía dentro de la organización; y refieren que la compañía “Cimarrón” es el brazo armado del Frente “José Antonio Galán” de ese grupo armado ilegal, el cual hace presencia en el Nordeste antioqueño, incluyendo el corregimiento de la “Fragua”. En clara alusión a la coautoría, la resolución acusatoria expresó que los cuadros de mando del ELN eran “*responsables políticos y militares de todas las acciones terroristas ejecutadas en contra de la infraestructura petrolera y energética del país*”, en el territorio de su influencia.

Por lo tanto, consideró una evidente contradicción del *Ad-quem* al aceptar como ciertas las políticas desestabilizadoras del ELN y que la “orden” de cometer el atentado fue emitida por los directivos de ese grupo armado ilegal y, sin embargo, de tal aceptación, negarle las consecuencias jurídicas condignas a esa forma de intervención criminal. El Juez colegiado dejó de lado todos los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales (*hoy legales en el Código Penal, Ley 599 de 2000*) relativos a la coautoría impropia por división del trabajo.

Se predica la coautoría, cuando plurales personas son gregarias por voluntad propia de la misma causa al margen de la ley, comparten conscientemente los fines ilícitos propuestos y están de acuerdo con los medios delictivos para lograrlos, de modo que cooperan poniendo todo de su parte para alcanzar esos cometidos, realizando cada uno las tareas que le corresponden, coordinadas por quienes desempeñen a su vez el rol de liderazgo.

En tales circunstancias, quienes así actúan, coparticipan criminalmente en calidad de *coautores*, aunque no todos concurren por sí mismos a la realización material de los delitos específicos; y son *coautores*, porque de todos ellos puede predicarse que dominan el hecho colectivo y gobiernan su propia voluntad, en la medida justa del trabajo que les correspondiere efectuar, siguiendo la división del trabajo planificada de antemano o acordada desde la ideación criminal.

Ha dicho la Corte que, en el presente caso, donde subversivos del ELN, de distintas jerarquías, sumaron sus voluntades libres para dinamitar el oleoducto cercano a Machuca, en cumplimiento de las políticas de ataque terrorista a la infraestructura petrolera, compartidas por todos ellos, es evidente que los directivos de esa organización criminal no actuaron como *determinadores* de los ejecutores materiales, sino en calidad de *coautores*, porque no es cierto, al menos las pruebas no lo indican así, que dichos directivos hubiesen hecho nacer la idea criminal en los milicianos rasos y menos que dominaran la voluntad de éstos; pues, por el contrario, lo que se verifica razonablemente es que los guerrilleros del ELN implicados en la destrucción de la tubería desplegaron la conducta que les correspondía, con acuerdo previo, por convicción propia, por compartir las “políticas” del grupo armado ilegal, directrices que conocían y a las cuales habían adherido con antelación, en un proceso paulatino de

reclutamiento, diseño de estrategias, entrenamientos, aprendizaje de doctrinas y estandarización de modos de actuar.

Se dio una mediación de ideologías compartidas, voluntades concurrentes e intervención con aportes concretos según la división preacordada del trabajo criminal, se afirma que todos son *coautores* globalmente de la conducta delictiva realizada y responsables por sus consecuencias. No es, como suele entenderse, que cada uno sea autor sólo de la parte que le corresponde en la división del trabajo; ya que en este género de manifestaciones del crimen organizado se gesta un conocimiento común y una voluntad que también es común y por ello, el delito que recaiga en ese marco de acción, pertenece a todos como a sus autores.

Así las cosas, la Corte determinó que el Tribunal Superior de Antioquia incurrió en violación directa de la ley sustancial, porque no condenó a los procesados como coautores, a pesar de admitir que son directivos o líderes de ese grupo armado ilegal, que el Ejército de Liberación Nacional ELN tiene entre sus políticas la de atacar la infraestructura petrolera, que el grupo “*Cimarrones*” perpetró materialmente el atentado y que el incendio devastador en Machuca se produjo con la ignición del petróleo derramado.

Por último la Corte concluyó que para la Sala de Casación Penal es claro que en la doctrina contemporánea se está abriendo camino la figura de la autoría mediata para atribuir responsabilidad a las personas “*de atrás*” que se amparan en estructuras organizadas de poder; sólo que en el presente asunto, aferrarse a tal creación doctrinaria no es preciso, porque las pruebas enseñan que se trató de un caso de *coautoría impropia* por división del trabajo, en la misma empresa delictiva que aglutina a los subversivos que pertenecen al ELN.

En el **Rad. 29221**⁸, la Corte si bien analizó la tesis de la coautoría por cadena de mando, estas consideraciones se dieron como una “*obiter dicta*”, ya que lo que fue objeto de estudio surgió en torno a una condena que se dio por los delitos de secuestro y hurto entre coautores materiales propios, sin embargo, dado el punto de importancia para el análisis argumentativo del tema que nos convoca, se resalta lo que se precisó al respecto.

Frente a la coautoría por cadena de mando, ha considerado que, dada la ausencia de contacto físico, verbal y de conocimiento entre el primer cabo ordenador y el último que consume la conducta punible, sucede que el mandato o propósito se traslada de manera secuencial y descendente a través de otros dependientes, estos como eslabones articulados que conocen de manera inmediata a la persona antecedente de quien escucharon la orden y de forma subsiguiente a quienes se la transmiten; esto hace que todos se conviertan en anillos de una cadena en condiciones de plural coautoría.

Esta forma de intervención y concurrencia colectiva en conductas punibles es característica en organizaciones criminales claramente identificadas que consuman el delito de concierto para delinquir con fines especiales de que trata el artículo 340 inciso

⁸CSJ Rad. 29221 del 2 de septiembre de 2009. Magistrado Ponente. YESID RAMÍREZ BASTIDAS

2º de la ley 599 de 2000⁹ o como puede ocurrir en grupos armados ilegales, independientemente de los postulados ideológicos que los convoquen, pues en algunos eventos incluso pueden carecer de ellos, pero también se puede consolidar tratándose de comportamientos punibles consumados por funcionarios públicos de menor o residual grado, quienes como anillos últimos hubiesen recibido órdenes de inmediatos superiores constituidos en mandos medios, y éstos a su vez de otras jefaturas ascendentes que administrativamente se hallan articuladas hasta llegar a la cabeza principal quien dio la inicial orden. Por lo tanto, en este seriado todos responden a título de coautores.

También destacó la Corte, en esta providencia, que existen eventos de comportamientos realizados por servidores oficiales, que en principio aparecen cubiertos por el manto de la legalidad o realizando actuaciones aparentemente legítimas en defensa de la patria, la democracia y sus instituciones.

Lo que se ha valorado como casos aislados resultados de voluntades individuales recayendo la responsabilidad penal en ejecutores de menor o residual grado, pero dada su secuencia devienen en casos que reportan con características similares y al revisarse en su conjunto se puede llegar a la conclusión que obedecen a una estrategia criminal del terrorismo de Estado diseñada en las esferas más altas de la dirigencia. No obstante que los funcionarios públicos no se hallan articulados a una organización criminal sino a la administración en jerarquías de diferente grado, lo cierto es que, para los fines y consumación de los artículos 340 y 340 inciso 2º *ejusdemse* relacionan a través de la coautoría por cadena de mando.

Esta tesis es reiterada nuevamente por la CSJ a través de la sentencia con **Rad, 40214**¹⁰, pese a que ya venía en años anteriores tal y como lo veremos a continuación, hablando de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, sin embargo la Corte admitió que el tema ha suscitado interminables debates dogmáticos. La Corte en esta oportunidad analizó el asesinato de Carlos Castaño Gil por orden dada por su hermano Vicente Castaño, para ello el procesado alias Megateo, segundo al mando del grupo de autodefensas Bloque Bananero, quien recibió una llamada telefónica de alias HH, primero al mando, quien le dijo que le enviara veinte de sus hombres, para lo cual se encargó de transmitir la orden a su subalterno alias Darío, a quien le encargó escoger veinte hombres más aguerridos y expertos. Los escogidos cumplieron sin indagar ni cuestionar los deseos de sus Comandantes, esto es, matar a Carlos Castaño y sus escoltas.

En aras de dar solución al planteamiento del problema que genera la delimitación de las figuras de autoría, coautoría y otras formas de participación, cuando de la imputación de responsabilidad a miembros de organizaciones criminales jerarquizadas se trata, la

⁹ Ley 599 de 2000.- Artículo 340, inciso 2º, modificado por el artículo 19 de la ley 1121 de 2006.- Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos o financiamiento del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, la pena será de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2.700) hasta treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

¹⁰CSJ Rad 40214 del 12 de febrero de 2014. Magistrado Ponente. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ.

CSJ hizo un detallado análisis jurisprudencial de la línea trazada por la misma Corporación, acogiendo la solución que desarrolló el Tribunal de instancia, de endilgar la responsabilidad penal bajo la tesis de la coautoría impropia con división del trabajo atendiendo al rol que ejercía el procesado como segundo al mando del Bloque Bananero, cuya finalidad, no era la simple vigilancia sino la ejecución indiscriminada de delitos, entre ellos, homicidios, considerando que el aporte hecho por el mismo, esto es, la escogencia de los veinte hombres, fue trascendente para el propósito buscado -dar muerte a Carlos Castaño-, argumentos que ubican el comportamiento dentro de la figura de la coparticipación criminal por coautoría impropia.

Bastaba que el procesado hiciera parte del grupo armado y compartiera conscientemente sus ideales y fines ilícitos, para encajar su actuación como un aporte relevante en la ejecución de un delito que, si bien no planificó y ni siquiera conoció, se acomodaba a las actividades cotidianas de la empresa criminal.

En el caso concreto, el dolo atribuible al procesado por los delitos que se le enrostran, no proviene directamente de su vinculación con la línea de mando o el respeto a la jerarquía que comporta lo ordenado por sus superiores, sino por ocasión del ideario propio del grupo criminal y la evaluación que necesariamente debió hacer el jefe respecto al hecho puntual en el que decidió escoger a sus mejores hombres –vale decir, los más aguerridos, con mejor experiencia en el combate y mayor capacidad de ejecución de delitos—para cumplir una misión en interés del grupo.

La Corte hizo un breve análisis de los requisitos que se deben dar para la aplicación de la teoría de la coautoría impropia, haciendo referencia a que esta tiene lugar cuando entre las personas que concurren a la comisión del delito media división del trabajo, figura que también se conoce como “empresa criminal”, donde todos realizan una parte del delito independientemente de su trascendencia individual, pues lo que cuenta es el aporte a la empresa y la obtención del objetivo buscado.

Recientemente la CSJ en sentencia **Rad 46382**¹¹, estudió la forma de responsabilidad del entonces General de la XIII Brigada Jesús Armando Arias Cabrales, por el delito de desaparición forzada agravada en concurso sucesivo y homogéneo, por hechos ocurridos en la retoma del Palacio de Justicia, donde el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la sentencia de condena a título de “coautor mediato, en comisión por omisión en aparatos organizados de poder”.

En criterio de la Corte el general Jesús Armando Arias Cabrales, más allá de toda duda, fue el líder de la operación militar, ordenó el ingreso de vehículos militares al Palacio, como él mismo lo aceptó –y lo confirmó el Comandante de la Escuela de Caballería, coronel Alfonso Plazas Vega—, la ubicación de las tropas y asignó funciones a los distintos miembros de la Brigada XIII; dispuso que las personas que salieran del Palacio de Justicia debían ser conducidas a la Casa del Florero, no para auxiliarlas, como él y el coronel Sánchez Rubiano lo afirmaron, sino para identificarlas, interrogarlas y

¹¹CSJ Rad. 46382 del 23 de septiembre de 2019. Magistrado Ponente. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

establecer a los posibles integrantes del grupo enemigo. Sus órdenes realizaban a la perfección la directriz del general Samudio Molina.

La concepción del “Plan Tricolor” deja en evidencia que, como lo señaló el general Rafael Samudio Molina, la unidad de mando de la operación de “rescate del Palacio” se le confió al General Jesús Armando Arias Cabrales, comandante de la Brigada XIII, quien solo debía obediencia a la cúpula militar. El general Jesús Armando Arias Cabrales, fue, entonces, sin ninguna duda, el jefe supremo de la operación contra el grupo insurgente, y quien, por lo tanto, dominó de principio a fin la acción marcial.

La reflexión indiciaria, parte de hechos probados y no de suposiciones, permitió a la Corte afirmar que el general Jesús Armando Arias Cabrales tuvo el control total sobre las tropas y fue por tanto el artífice principal de las conductas ocurridas con ocasión de la “solución final” que se dio a los sucesos subsiguientes a la consolidación de ese operativo injustificable, no por omisión, sino por su aporte a la comisión de la conducta y por el control absoluto de la operación que los mandos le confiaron.

El acervo probatorio demostró que el general Jesús Armando Arias Cabrales mostró un signo inequívoco de despreocupación por la suerte de los rehenes, y que tuvo de principio a fin el control de toda la operación militar y no solamente de un segmento de ella, manteniendo de principio a fin el dominio del hecho, en relación con la aprehensión de personas “posiblemente” vinculadas con el grupo terrorista, con los “sospechosos.”

La Corte hizo un breve análisis de la figura jurídica de la autoría mediata en aparatos organizados de poder indicando que esta supone, entre otros: (i) una estructura criminal organizada con vocación de permanencia, (ii) el vínculo con poder de mando del autor mediato sobre la organización (el dominio de la voluntad), y la (iii) actuación responsable del ejecutor fungible o intercambiable.

Precisa que el discurso elaborado por el Tribunal para imputarle al general acusado la desaparición de personas a título de “autor mediato por omisión en aparatos organizados de poder”, la deduce de la infracción de un deber a su posición de garante —elemento que no es un supuesto autónomo de autoría—, por haber omitido como jefe de un aparato organizado de poder “ad hoc”, los deberes inherentes a su función frente a la decisión de sus subalternos de ocultar a los sospechosos y retenidos, considerando la Corte que esta postura es equivocada y contraria a la evidencia.

Ha ilustrado la Corte en esta providencia que tanto la autoría mediata en aparatos organizados de poder, como la autoría mediata que podría denominarse “convencional,” se sustenta en la idea de que el autor detrás del autor no realiza un acto de ejecución del tipo penal, sino que lo hace otro a nombre de él, sea que actúe como instrumento en el primer caso, o como sujeto fungible y responsable en el otro. Frente a la autoría mediata en aparatos organizados de poder, requiere de una estructura criminal organizada y con vocación de permanencia, aspecto que el Tribunal consideró en la decisión que no se había probado, por lo cual recurrió a la consideración que se trataba de una estructura de poder “ad hoc.”

Pero si algo se debe destacar es que, sea que se trate de un asunto de autoría mediata o de autoría mediata en aparatos organizados de poder, esas elaboraciones parten de un supuesto fundamental: que la dificultad de imputar el resultado recae en el hecho de que el autor mediato no ejecuta el comportamiento, no se implica con el momento ejecutivo del comportamiento, o según algunos, “no interviene en la causalidad natural”, aunque al controlar el aparato y la voluntad domine el hecho, lo que hace que fracasen los arquetipos de la determinación.

Quedó suficientemente probado que el general Jesús Armando Arias Cabrales, no solo impartió ordenes, sino que participó directamente en el operativo, manejó situaciones puntuales con las personas capturadas y dispuso de ellos como consideró que la situación lo ameritaba, demostrando que fue el conductor del operativo y dominador de la acción, dispuso y ordenó la retención y custodia de los retenidos, de aquellos que salieron vivos del Palacio, en medio de una acción que él personalmente dirigió conforme al diseño del “Plan Tricolor” y al convenio con sus superiores.

Todo ello explica que el general Jesús Armando Arias Cabrales, al participar de toda esa compleja operación militar ejecutada por él y por 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

Por supuesto que, según la definición anterior, en estricto sentido y conforme al mero sentido ontológico de la ley, el general Jesús Armando Arias Cabrales no ejecutó el verbo rector del tipo en sentido material. Pero su aporte fue esencial y definitivo a la ejecución del comportamiento, que es precisamente en lo que consiste la coautoría impropia -noción en la cual no todos los autores realizan actos ejecutivos ni consumativos—, pero en la que, el aporte del coautor es esencial.

Ha sido el mismo Roxin quien ha encabezado las críticas a esta postura de la Coautoría impropia, quien predica que en asuntos de delincuencia organizada faltaría el plan, acuerdo o decisión conjunta o común de realizar el hecho, el sujeto de atrás no actúa en fase ejecutiva¹².

Roxin en su obra deja entrever otras críticas que han surgido a raíz de la tesis de la coautoría predicando que: “el autor de despacho no realiza el hecho personalmente, ni siquiera conoce, la mayoría de las veces, al que obra directamente en el caso concreto y no lo auxilia ni siquiera en la fase preparatoria. No se ‘mancha las manos’, sino que se sirve de órganos ejecutores. Haría saltarlos límites de la coautoría, borrando toda

¹² DÍAZ y García Conlledo. “Delincuencia organizada y en organizaciones. Problemas de autoría y participación”.Lusiada. Direito. Lisboa, n. 0 4/5,2007, pág. 127.

posible delimitación con la autoría mediata y la inducción, el incluir en la coautoría el ocasionamiento de un hecho”¹³.

Lo cierto es que cuando se trata de delitos cometidos por miembros de Grupos Armados Organizados, existe un orden jerárquico dentro de la empresa criminal que bajo la tesis roxiniana estaría conformada por cadenas de mando en donde opera una organización delictiva debidamente estructurada y su función estaría dada por quienes conforman la cúpula, los mandos medios y los miembros rasos del aparato organizado al margen de la ley, que como característica fundamental está el dominio de la voluntad, el dominio de la empresa criminal y la fungibilidad del ejecutor.

Si partimos de la tesis contraria, esto es, coautoría impropia, observamos como nota característica el aporte que hace cada uno de los miembros que acuerdan previamente un plan criminal y se distribuyen las tareas, para finalmente entender que todos tienen el dominio funcional del hecho delictivo, y así lo entendió la Corte en estas dos últimas providencias, en donde por un lado, consideró que el procesado debe responder por el hecho de seleccionar los hombres encargados de asesinar a Carlos Castaño, toda vez que estaba contribuyendo con una misión en interés del grupo; y por otro lado, en la providencia más reciente la Corte consideró que el General de la XIII Brigada participó con sus subalternos de toda la operación militar al ordenar y disponer la retención y custodia de aquellos que salieron vivos del Palacio de Justicia.

Consideramos que no se puede pasar por alto los criterios característicos de cada una de las figuras dogmáticas, ya que aportan un análisis particular y en el caso objeto de estudio, partimos de la idea que los delitos autónomos que comete el Grupo Armado Organizado, lo hace en aras de una política interna propia de la organización en donde en la mayoría de las ocasiones no existe certeza por parte de quien da la orden desde la cúpula, respecto de quien sería el ejecutor material (fungibilidad), lo que nos desdibujaría de entrada un plan preacordado frente a la forma de ejecución material del hecho

2.2. Autoría mediata en aparatos organizados de poder

Ahora bien, atendiendo a las dificultades para establecer la responsabilidad penal de los superiores jerárquicos desde una postura de la coautoría impropia, la jurisprudencia de la CSJ varía su interpretación a partir de la sentencia **Rad 38250**¹⁴ que acoge la tesis de la autoría mediata en aparatos organizados de poder.

En el supuesto de hecho que allí se expone, se examina la forma de intervención criminal del postulado en calidad de miembro de las Autodefensas Unidas de Colombia como comandante del frente “William Rivas”, por los delitos endilgados en razón de su pertenencia a la organización, ya que se acreditó que los crímenes cometidos por los

¹³ ROXIN, Claus “Autoría y dominio del hecho en derecho Penal” Traducción de la novena edición alemana. Marcial pons. 2016. pág. 698

¹⁴ Rad. 38250 del 26 de septiembre de 2012. Magistrado Ponente. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

integrantes del grupo ilegal se realizaban según las instrucciones y precisiones de la comandancia, esto es, por orden expresa del postulado o de los máximos dirigentes de las Autodefensas Unidas de Colombia.

En esta oportunidad, la Corte desestimó la tesis de la responsabilidad del superior en aplicación del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, por medio de la cual la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá atribuyó responsabilidad al postulado por los delitos endilgados, e hizo uso de la tesis vigente que es desarrollada por Roxin, para considerar que la autoría mediata en aparatos organizados de poder con instrumento fungible pero responsable, es aplicable en materia transicional en el caso colombiano, por los crímenes cometidos por los integrantes del grupo ilegal, que se realizaban según las instrucciones y precisiones de la comandancia, esto es, por orden expresa del postulado o de los máximos dirigentes de las Autodefensas Unidas de Colombia, dándose un accionar recurrente y uniforme en la región del Magdalena donde tuvo influencia y acreditándose que los crímenes cometidos por los integrantes del grupo ilegal, se realizaban según las instrucciones y precisiones de la comandancia, esto es, por orden expresa del postulado o de los máximos dirigentes de las Autodefensas Unidas de Colombia.

En esta sentencia la Corte precisó que la doctrina internacional y la jurisprudencia colombiana han avanzado en la figura de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, como quiera que se trata de una institución penal aplicable a conflictos internos como el que padece nuestro territorio y en el caso concreto, el postulado actuó como comandante del frente 'William Rivas', grupo organizado de las A.U.C. cuyo accionar fue recurrente y uniforme en la región del Magdalena donde tuvo influencia y quedó acreditado, que los crímenes cometidos por los integrantes del grupo ilegal se realizaban según las instrucciones y precisiones de la comandancia, esto es, por orden expresa del postulado o de los máximos dirigentes de las Autodefensas Unidas de Colombia.

Siguiendo esta misma línea, más adelante, en **Rad 40830**¹⁵ la Corte resolvió el recurso de apelación contra la decisión de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla quien no legalizó un hecho relacionado con dos homicidios que fueron endilgados a título de autoría mediata ejecutados por el Frente Contrainsurgencia Wayüu del Bloque Norte de las AUC, al cual perteneció el postulado. Las víctimas fueron llevadas por integrantes de la organización delictiva hasta el lugar donde este se encontraba, que lo reconocían como comandante de escuadra, pues anteriormente las tuvo bajo sus órdenes. Si bien es cierto la Corte confirmó la decisión de instancia por falta de elementos probatorios que acreditaran la participación del postulado FERNEY ALBERTO ARGUMEDO TORRES en los hechos, se resalta el análisis efectuado en torno a la figura de la autoría mediata con instrumento fungible.

En esta oportunidad la Corte hizo énfasis en el conflicto armado interno en donde los grupos organizados armados al margen de la ley, entre ellos, los de autodefensas, desarrollaron vida independiente de quienes los integraron, y en el caso concreto,

¹⁵Rad 40830 del 22 de mayo de 2013. Magistrado Ponente. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

actuaron con un elevado grado de dependencia en cuanto cumplieron órdenes que provenían de la cima de la organización, con la certeza para quien las emitía, que se cumplirían sin necesidad de dársela directamente al ejecutor material, a quien tampoco tenía necesidad de conocer.

Con fundamento en estas circunstancias, en la ejecución de hechos delictivos intervinieron personas que no estuvieron en el nivel de los ejecutores materiales, por lo que desde el plano teórico su actuación no se acomoda dentro de los linderos de la coautoría impropia, porque su relación con aquellos es de naturaleza vertical y jerarquizada, por lo que adoptan la posición del hombre de atrás, es decir, quien domina la voluntad del autor material, pero no de la forma tradicionalmente conocida, esto es, por un déficit de conocimiento o libertad de este, que lo convierte en simple instrumento.

Precisa que en tratándose de aparatos organizados de poder, la instrumentalización de quien tiene el dominio funcional del hecho, se obtiene sin que su capacidad de conocimiento o autonomía sufra disminución, porque en tal caso el hombre de atrás emite las órdenes a ciencia y paciencia de que serán cumplidas por sus subordinados dentro de la cadena de mando, sin que importe el poder de estos dentro de la misma, como tampoco su conocimiento acerca de la ilicitud de la conducta, lo que elimina la responsabilidad de aquél.

Así, el hombre de atrás, también conocido como de escritorio, a través del aparato organizado de poder influye para asegurar la producción del resultado, sin ejecutar el hecho de propia mano, al paso que, se insiste, quien materializa la conducta tiene el dominio de la acción, en cuanto tiene la posibilidad de elegir la forma como finalmente la ejecuta.

Reconocido el dominio de la organización como una forma de autoría mediata, la Corte atendiendo los postulados roxinianos, además del requisito general de la existencia de un aparato organizado de poder, analizó los siguientes factores que deben concurrir para atribuir el dominio del hecho al hombre de atrás, a saber:

- **Poder de mando.** Solamente puede ser autor mediato quien dentro de una organización rígidamente dirigida emite órdenes y las ejerce para causar realizaciones del tipo.
- **La desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder.** El aparato de poder tiene que haberse desligado del derecho en el marco de los tipos penales realizados por él. Así, concertarse para cometer delitos dentro de la dinámica del accionar de la organización ilegal es suficiente para apartarse del ordenamiento jurídico, circunstancia que constituye una condición necesaria para el dominio del hecho por el hombre de atrás.
- **La fungibilidad del ejecutor inmediato.** La ejecución de órdenes del hombre de atrás se asegura porque muchos ejecutores potenciales están disponibles, por lo que la negativa o inactividad de un individuo no impide la realización del tipo. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el instrumento es la organización, por lo

que, en su funcionamiento, la presencia de otros ejecutores es una realidad que asegura el resultado.

- **La considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor.** En el aparato organizado de poder el sujeto que realiza el último acto, es decir, quien ejecuta la conducta descrita en el tipo, tiene posición distinta a la de un autor individual que se desenvuelve por sí mismo, en cuanto se halla sometido a la influencia de la organización, que no excusa su conducta, pero lo hace “más preparado para cometer el hecho’ que otros potenciales delincuentes, y que, vistas en conjunto, incrementan la probabilidad de éxito de una orden y contribuyen al dominio del hecho de los hombres de atrás”.

En el caso bajo examen en esta providencia, los elementos probatorios presentados por la Fiscalía para sustentar la legalización del hecho puesto a consideración, en el entendido de que FERNEY ALBERTO ARGUMEDO TORRES y alias Kevin compartían el mismo rango, es decir, comandantes de escuadra de la “contraguerrilla buitre” la cual dirigía alias Jader, mientras aquél, por su antigüedad estaba al mando de la primera escuadra, circunstancia por la que, se dice, tenía un poco más de mando, no fue determinante en la ejecución de los homicidios de Claudia Ivonne Torres Gregory y Dianis Julieth Arrieta Angulo.

Es por ello que la Corte al analizar los elementos probatorios y evidencia física acompañada para formular cargos al postulado, emerge igual convencimiento que el asumido por el Tribunal, es decir, que FERNEY ALBERTO ARGUMEDO TORRES no tuvo relación con la retención, homicidio y desaparición de Claudia Ivonne Torres Gregory y Dianis Julieth Arrieta Angulo, en cuanto la orden provino de alias Lucho, y fue dada a alias Jader quien la cumplió con alias Kevin.

Ante las dudas que emergen sobre la participación del postulado en los homicidios y desaparición forzada de las víctimas aludidas, teniendo en cuenta que aquel afirmó que su presencia en la finca La Paola fue casual, en consecuencia, en relación con el hecho la Corte confirmó la decisión cuestionada.

Ahora bien, es importante presentar algunas críticas que han surgido a raíz de esta postura asumida por la Corte, de manera particular se trae a colación la efectuada por Velásquez quien se inclina por la tesis de la coautoría propia cuando se trata de esta forma de participación criminal. Para sustentar su posición trae a colación la propuesta desarrollada por Roxin en donde se precisa otra forma de autoría mediata con instrumento doloso.

Velásquez solo advierte unas formas limitadas de autoría mediata, sin que en ellas considere la de los jefes de los aparatos organizados de poder, al respecto indica expresamente: “cuando el hombre de atrás emplea como instrumento un aparato de poder en el seno de organizaciones delictivas – trátase de órganos estatales o no – en las cuales las órdenes criminales son dadas desde la cúspide de la jerarquía y deben ser ejecutadas por los subordinados”.¹⁶

¹⁶Ibíd, pág 579

Velásquez destaca que si bien esta teoría es utilizada por Roxin como una modalidad de autoría mediata como dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder resaltando decisiones proferidas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en radicados 32805 del 23 de febrero de 2010, 40830 del 22 de mayo de 2013, 40214 del 12 de febrero de 2014. Pero también señala que existe otro sector, incluyéndolo a él, que se inclinan por la teoría de la coautoría impropia, aunque desde el punto de vista práctico esto no tendría ninguna trascendencia, porque tanto el autor como el autor mediato se harían acreedores de la misma pena.¹⁷ Refiere Velásquez, que el artículo 29 de la legislación penal vigente no permite la extensión de la figura de la autoría mediata a los aparatos organizados de poder, hacerlo es plantear el desconocimiento del principio de legalidad y arrasar con el programa penal de la Constitución, es dar cabida a un Derecho Penal expansionista que no respeta principios ni fronteras¹⁸.

Por otra parte, Salazar Marín también contrario a la propuesta que hace la CSJ, ha precisado: “la criminalidad de Estado o la criminalidad organizada, por truculenta que sea, no debe hacer girar la dogmática hacia la desnaturalización de la autoría mediata, al convertir la coautoría en “autoría mediata con autoría doble”, o sea con un ‘autor detrás del autor’ pues concebir la intervención de un autor mediato y un autor sico-físico sin que haya coautoría, con el argumento de que ambos intervinientes se encuentran en el centro y conforman la figura central y no se trata entonces de una autoría compartida sino de “una plena autoría doble”, es un sesgo completamente asistemático y por tanto metodológicamente rechazable¹⁹ Se ha sostenido por este autor una apuesta por la tesis de la coautoría, en la cual, dos sujetos o más, como siempre, cometen de común acuerdo un delito, concluyendo entonces, que la delincuencia a través de aparatos organizados de poder, no da lugar a la autoría mediata y dominio “por organización”, sino a coautoría, mediando la facilidad del poder para delinquir; posición esta sostenida por la jurisprudencia de la Corte, pues se sanciona al director de la empresa de la misma forma que al ejecutor material del hecho, mediando una división del trabajo criminal propio de la coautoría impropia²⁰

También se advierten otras críticas elaborada por Díaz y García Conlledo que, aunque discípulo de Roxin, ha diseñado un análisis argumentativo tendiente a profundizar en las características que identifican esta especial forma de autoría mediata. Al respecto precisa que “una parte de las críticas se refiere a la propia existencia de fungibilidad en el ejecutor. Se dice que no esta tan clara como parece a ojos de Roxin la fungibilidad en los aparatos organizados de poder y que no es tan ilimitado el número de sujetos dispuestos, sin coacción o engaño a colaborar. O, como señalan SCHROEDER,

¹⁷Ibíd.

¹⁸ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Los aparatos criminales organizados de poder. [http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos de derecho penal No 4](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos_de_derecho_penal_No_4). Pág 187

¹⁹ SALAZAR MARÍN, Mario. Autor y partícipe en el injusto penal. Escuela Dialéctica del Derecho penal. Bogotá. Ibañez. 2011. Pág 218.

²⁰ CSJ Rad. 25974 del 8 de agosto de 2007. Magistrado Ponente. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AMBOS o FREUND, en ocasiones serán necesarios sujetos tan especializados que difícilmente podrán considerarse fungibles”.²¹

Destaca dicho autor, que es cierto que Roxin indica que la fungibilidad hay que comprobarla, pero que esto no se daría en todos los casos de manera automática cuando se trate de aparatos de poder estatales u organizaciones estrictamente criminales, pero añade, que tampoco estará ausente de modo necesario la fungibilidad en organizaciones “legales” como las empresas, en donde probablemente será más fácil que el ejecutor sea fungible en los sectores del Derecho penal accesorio o secundario en que la delincuencia no se corresponde con una valoración ético – social evidente.²²

Ha dicho, Díaz y García Conlledo que la inmensa mayoría de las críticas se dirige a la vulneración por Roxin del principio de responsabilidad, en el sentido de que es contradictorio suponer a la vez que un sujeto es libre y responsable y un instrumento en manos de otro. Considera que el principio de responsabilidad precisamente no debe ser un principio. Admite supuestos de autor detrás del autor responsable: por ejemplo, en la creación de un error de tipo vencible en el ejecutor o, incluso, en la creación de un error de prohibición vencible en el sujeto. Pero la cuestión es que en estos casos el sujeto de detrás determina (domina, si se quiere) el hecho porque los déficits de conocimiento de la situación (fáctica - en sentido amplio -, en un caso, jurídico-valorativa en el otro) del sujeto de delante permiten una atribución normativa de dominio al de detrás, basándola, por ejemplo, en su mayor capacidad de inhibición o, mejor, la menor capacidad de inhibición del otro (el sujeto de delante), que le pone en manos del primero. Sin embargo, considera que esos déficits no son apreciables en nuestro supuesto tal y como Roxin y sus seguidores lo configuran²³.

Este autor deja plasmada su posición en cuanto precisa que la situación queda en manos del sujeto de adelante, si sigue “solo” será inductor, mientras que, si dice “vale, salvo que me digas lo contrario”, será autor mediato. Aunque por voluntad del de delante, en los casos en que acepta la eventual “marcha atrás” del sujeto de detrás, aquel pone el hecho, en manos de este, en realidad lo único que hace es ponerlo “en principio”, pues no se establece ningún obstáculo para que, en cualquier momento, el de delante sea el que decida no obedecer en ningún sentido la orden. Esto es, la voluntad y el dominio (positivo del hecho) se mantienen en manos del ejecutor hasta el último momento. Lo único que hace la subordinación, en principio, de este a la de aquel es resaltar la importancia de este, de modo que, de no ser un inductor, habría que calificarlo de cooperador esencial (en la fase previa a la ejecución), de cooperador necesario en el Derecho español, lo que normalmente no será preciso, por tratarse ya de un inductor²⁴.

²¹ DÍAZ y García Conlledo. Delincuencia organizada y en organizaciones. Problemas de autoría y participación. Lusiada. Direito. Lisboa, n. 0 4/5 (2007). Pág 130.

²²Ibíd, pág 130

²³Ibíd.pág 131

²⁴Ibíd.pág 137

Se fija una particular postura neutra por parte del tratadista García Conlledo, quien no deja de desconocer la importancia doctrinal que aporta la tesis roxiniana, pero no por ello deja de lado que en últimas quien tiene el dominio funcional del hecho es el ejecutor material, pero lo que se discute en este trabajo de investigación, no es la forma de responsabilidad penal de los ejecutores materiales, sino la atribuible a los jefes de esas estructuras que forman parte de los denominados Grupos Armados Organizados (GAO).

En síntesis, los opositores a esta tesis de la autoría mediata advierten que desde el punto de vista de las garantías impiden la aplicación en nuestro sistema legal de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder²⁵. Vásquez Ramírez refiere que frente a la aplicación de la tesis de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, y especialmente en lo relacionado con la responsabilidad penal de los mandos dentro de la organización, se estima que esta posibilidad no hace cosa diferente a establecer una cláusula general de responsabilidad en cabeza de los dirigentes, lo que los llevaría a responder penalmente por las actuaciones de sus subalternos sin que se tengan en consideración criterios de responsabilidad personal. Esto es, los mandos de la organización, en consideración a su posición, se verían obligados a asumir responsabilidad tanto por las acciones que se encuentren en el marco de sus órdenes, como frente a aquellos resultados diferentes que sus subalternos (que no se encontrasen dentro del plan criminal, o no correspondiendo a la intención de quien dio la orden), llegaren a producir²⁶.

Es cierto que tradicionalmente en el ordenamiento jurídico Colombia no se conocen dos formas de autoría mediata: por error, coacción o incapacidad de culpabilidad, pero no podemos perder de vista que en la actualidad la criminalidad organizada tiene una estructura piramidal que ubican a los jefes de los Grupos Armados Organizados en la cúpula de la organización, desencadenando una línea de mando, pasando por mandos medios que son los que se encargan de trasladar la orden ya impartida por el hombre de atrás a unos ejecutores materiales que sin conocer en muchos casos a quien impartió dicha orden, la ejecutan, razón por la cual nos iríamos alejando de la característica principal que identifica a la coautoría, que es precisamente el acuerdo previo de voluntades que los une para cometer el delito y con base en ello es que se daría la distribución de funciones para finalmente llegar a la conclusión de que todos quienes participan tendrían dominio funcional del hecho.

De allí entonces que a raíz de esta particular forma de criminalidad organizada, es que surge la necesidad de avanzar en una tercera forma de autoría mediata en aparatos organizados de poder. Se estima que el fundamento de esta forma de autoría, no deviene de la responsabilidad del dirigente de la organización criminal por su relación

²⁵ VÁSQUEZ RAMÍREZ, Walter Fabián. La autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Tratamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia y críticas a su aplicación en el sistema penal colombiano. Revista electrónica//Facultad de Derecho y Ciencias Políticas //U de A. Número 8//Año 3//ISSN 2145-2784// Enero -abril de 2012.Pág 45.

²⁶Ibíd.

subjetiva con el hecho, sino por el control superior que tiene sobre el mismo, aunque los ejecutores no estén sometidos a coacción o error²⁷.

2.3. Responsabilidad del superior por omisión.

Provocando un giro inesperado con relación a las dos posturas anteriores asumidas por la CSJ la reciente jurisprudencia de la Corte **Rad. 50236**²⁸ abordó ampliamente las formas de responsabilidad penal ejecutadas por un tercero: Posición de garante, autoría mediata en aparatos organizados de poder, el actuar por otro y la responsabilidad del superior por omisión, figura esta introducida a nuestro ordenamiento jurídico, por bloque de constitucionalidad, que se encuentra contenida en el artículo 28 del Estatuto de Roma, que consagra causales de responsabilidad de los jefes y otros superiores.

La propuesta que presenta la CSJ en esta oportunidad tiene que ver con el instituto de la “responsabilidad del superior por omisión”, al considerar que existe un espectro de situaciones fácticas que no pueden ser abordadas por la teoría de la posición de garante y de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, pero sí por esta. Se hace en esta providencia una interpretación a la luz de la normatividad internacional y constitucional, según lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley 599 de 2000 e incorporó en la interpretación del texto del Código Penal, el mecanismo de la imputación previsto en el artículo 28 del Estatuto de Roma, solo para atribuir responsabilidad penal en asuntos en los que se investiga y juzga la comisión de delitos internacionales, de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio y agresión, en donde no se requiere la existencia de un deber jurídico de evitación de resultados antijurídicos propio de la figura jurídica de la posición de garante; tampoco se reclama la prestación de un aporte del comandante, como lo reclama la tesis de la coautoría, basta con que con su omisión se haya facilitado el ilícito, y, la misma, no está determinada por la existencia de un vínculo de representación legal, ya que el comandante no obra como representante de sus fuerzas, pero por virtud del mando y control que ostenta sobre ellas, responde por los delitos que estas cometen.

Ha dicho la Corte en esta providencia, que esta forma de responsabilidad tiene cabida tanto en el contexto de comandantes militares de fuerzas armadas legales, como en el de estructuras jerarquizadas ilegales, conforme lo tienen discernido tanto la doctrina como la jurisprudencia internacional. En ese orden, la noción de “comandante militar” no debe entenderse en términos orgánicos, es decir, como una alusión a las Fuerzas Militares legal y constitucionalmente establecidas, sino funcionalmente, esto es, en referencia a la actividad bélica o de la milicia, regular o irregular.

Ahora bien, descendiendo al caso analizado por la Corte en esta providencia, el problema jurídico planteado gira en torno a determinar la responsabilidad penal de un postulado que ejercía el cargo de Comandante militar del Bloque Héroes del Chocó a quien se le investigó por cuatro hechos constitutivos de acceso carnal violento, que se

²⁷ MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. La autoría mediata en el Derecho Penal. Formas de instrumentalización. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Bogotá. 2004. Pág 225.

²⁸CSJ Rad. 50236. Del 5 de diciembre de 2018. Magistrado Ponente. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

ejecutaron por hombres bajo su mando a las pobladoras de las regiones que controlaba.

En una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, el alto tribunal, tal y como se mencionó antes, incorporó la forma de responsabilidad previsto en el artículo 28 del Estatuto de Roma, la del superior por mando, el cual pretende reducir el margen de impunidad y hacer posible atribuir resultados criminales que no hacen parte del plan criminal de la organización y se imputa a quienes, sin haber tomado parte material o directa en los mismos, se encontraban en una situación que les hacía exigible tomar medidas para su prevención, represión o sanción; esto, en atención a las obligaciones internacionales asumidas por Colombia al ratificar y aprobar el Estatuto de Roma que hacen necesaria la aplicación al orden interno de la figura de la “responsabilidad del superior por omisión” a los casos de delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio que investiguen y juzguen las autoridades nacionales y ello se da, toda vez que este mecanismo de imputación, está intrínsecamente asociada a la obligación que tiene el Estado de evitar la impunidad respecto de graves violaciones de derechos humanos y, además, corresponde a un instituto dogmático cuyo desarrollo y consagración se hallan asociados al consenso de la comunidad global respecto de la postura que deben asumir las naciones frente a aquéllas conductas que, por estar revestidas de especial gravedad, han sido elevadas a la categoría de punibles internacionales.

La Corte desarrolló los elementos estructurantes que permiten atribuir responsabilidad penal a un individuo a través del literal (a) del artículo 28 del Estatuto de Roma:

- i). Que el sujeto ostente la posición de comandante militar de una organización, bien sea porque le ha sido formalmente atribuida, ora porque actúa *de facto* como tal.
- ii). Que miembros de la estructura que aquél comanda cometan delitos de competencia de la Corte Penal Internacional – Crímenes de lesa humanidad o de guerra, genocidio o agresión. Explica la Corte que este elemento consiste en la comprobación de que se ha perpetrado un delito base, siempre que en su comisión haya tomado parte, como autor, coautor o cómplice, cuando menos un subordinado del comandante, no siendo necesario a efectos de responsabilizar al comandante por el delito de sus subordinados, que estos hayan sido condenados o que estén plenamente identificados, basta que en el diligenciamiento cometido contra el superior se compruebe más allá de toda duda la ocurrencia de los ilícitos y que estos fueron perpetrados por miembros de las fuerzas controladas por el superior, así no se logre su presa individualización.
- iii). Que los autores materiales de los delitos se encuentren, al momento de su comisión, bajo el mando y control efectivo del comandante militar, o bajo su autoridad y control efectivo, según el caso. Resulta esencial que bajo ese control efectivo el comandante tenga la habilidad material de prevenirlo o reprimirlo, o de castigar a los responsables, derivada de su mando – tratándose de comandantes *de iure* – o de su autoridad – en el caso de comandantes *de facto*, resaltándose que la valoración del control efectivo del jefe sobre sus subordinados no depende de la existencia de mandos medios entre ellos, ni tampoco de la ocurrencia de mando efectivo entre dos o más

superiores, pues la única circunstancia fáctica que resulta relevante a este respecto es la capacidad material, real y comprobable que le asista al cabecilla para prevenir o reprimir los delitos, o denunciarlos a las autoridades competentes.

iv). Que el comandante se abstenga de ejercer control apropiado sobre las fuerzas a su cargo, de modo que omita la toma de las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir los delitos cometidos por sus subordinados, o para ponerlos en conocimiento de las autoridades competentes para su investigación o juzgamiento. Se le exige la implementación de todas las medidas razonables que sean necesarias para evitar, detener o castigar las conductas punibles de las fuerzas a su mando, de modo que, aún en tal escenario, pueden, por razón del incumplimiento parcial de sus deberes de control, imputársele aquéllas.

v). Que tuviere conocimiento que las fuerzas a su cargo estaban cometiendo tales delitos o estaban por cometerlos, o que, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saberlo.

vi). Que exista una relación causal entre el incumplimiento de los deberes del superior y la materialización de los punibles perpetrados por sus tropas. La violación de los deberes de prevención y represión del comandante militar debe haber facilitado o alentado la comisión de los mismos, o cuando menos, incrementado el riesgo de su ocurrencia. De ahí que, aunque no se requiere que el comportamiento omisivo del superior entrañe una contribución sustancial a la conducta punible, sí resulta necesario que comporte un mínimo aporte a su realización.

Aponte Cardona abarca algunos aspectos a destacar: en primer lugar, considera que el artículo hace referencia a dos supuestos fácticos bajo los cuales el superior jerárquico es responsable, de un lado, se encuentra el supuesto de que el ilícito es llevado a cabo por fuerzas bajo su comando y, por el otro, hace referencia a la consumación del delito por parte de sus subordinados. Manifiesta que esta distinción puede resultar útil, cuando quien comete el ilícito no es soldado, sino un subordinado con una función más de carácter directivo, pues resulta claro que en dichos supuestos las cabezas de la estructura también deben controlar el actuar de sus subordinados.

En segundo lugar, el Estatuto de Roma reconoce explícitamente que se puede ser responsable, tanto por acción como por omisión, y es ahí donde se puede decir que se incorpora, de alguna forma, el estándar Yamashita²⁹, pues se reconoce el deber de conocimiento que se debe tener sobre el actuar de las fuerzas bajo su control. Así se incorpora nuevamente la obligación en cabeza de los altos cargos de la estructura de limitar el actuar de sus subordinados con el fin de evitar la comisión de crímenes de guerra. Precisa que se torna evidente según el texto de la norma que cuando el superior tuvo conocimiento de la comisión presente o futura del ilícito y no dirigió su conducta a evitar la perpetuación de este, incurre en responsabilidad en la medida en

²⁹La doctrina Yamashita, en su jurisprudencia señala que “Las leyes de la guerra le imponen a un comandante militar el deber de tomar medidas que estén dentro de su poder de control de las tropas bajo su mando, para la prevención de delitos El -superior- puede ser acusado de responsabilidad personal por su fracaso en adoptar dichas medidas cuando de estas resulten violaciones”. CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. Caso Yamashita. Decisión del 4 de febrero de 1946, Sentencia disponible en <http://www.laws.findlaw.com/us/327/1.html>.

que su posición dentro de la organización, le exigía actuar para prevenir la consumación de estos³⁰.

Esta postura ha sido objeto de críticas por quienes precisan que la imputación de responsabilidad a jefes y superiores en el Estatuto de Roma en su artículo 28 desconoce los principios de legalidad y culpabilidad penal al no ser este un sistema de imputación más concreto en la legitimidad de la pena³¹. Sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad³². De igual forma, en aras del principio de culpabilidad, se predica que no hay pena sin culpabilidad o que aquella exceda la medida de la culpabilidad, principio este que cumple una función político criminal que permite al Estado optar por un determinado tipo de configuración del Derecho Penal, que se materializa a través de las leyes y una función dogmática que permite fundamentar la responsabilidad penal y la tarea de fijar límites en la fase de la medición de la pena³³.

No considero viable sostener que esta figura no sea aplicable por violación al principio de legalidad, ya que se extrae precisamente del mismo ordenamiento jurídico, por vía del bloque de constitucionalidad que permite acudir al Estatuto de Roma; sin embargo, para efectos dogmáticos y probatorios en aras de atribuir este tipo de responsabilidad a los jefes de las GAO, la figura que más se adecúa es la que la dogmática extranjera ha desarrollado y que ha sido acogida en varios pronunciamientos de nuestra Corte Suprema de Justicia, esto es, la autoría mediata en aparatos organizados de poder.

2.4. Elementos diferenciadores de las tres posturas asumidas por la Corte Suprema de Justicia

A partir del recuento que acabamos de hacer, es claro que como ya lo habíamos advertido antes, que no existe una línea unificada por parte de la CSJ para determinar la autoría por la responsabilidad penal por mando ejercida por los jefes de los Grupos Armados Organizados por los delitos que son cometidos por sus subordinados bajo la orden de aquellos, de hecho, las teorías asumidas presentan evidentes diferencias teóricas entre sí. Por tal motivo, a continuación, presentaremos un cuadro resumen en el que comparamos los elementos característicos de cada una de las tesis que ha aplicado la Corte Suprema de Justicia.

³⁰ APONTE CARDONA, Alejandro. "Persecución Penal de Crímenes internacionales: diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional". Grupo Editorial Ibañez. Pág 218

³¹GONZÁLEZ ORTÍZ, Edelmira; LOZADA BENITEZ, Leidy Manuela. "La imputación de responsabilidad a jefes y superiores en el Estatuto de Roma en su artículo 28 desconoce los principios de legalidad y culpabilidad". Universidad Militar Nueva Granada. Facultad de Derecho. Especialización en Procedimiento Penal Constitucional y Justicia Militar. Bogotá. 2010. Pág 2

³²Ibíd. pág. 4

³³Ibíd. pág. 4

TESIS	ELEMENTOS CARACTERISTICOS	PROVIDENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTITICIA QUE LA APLICAN
COAUTORIA IMPROPIA	<ul style="list-style-type: none"> i). Plan preacordado ii) Distribución del trabajo criminal iii). Dominio funcional del hecho de cada uno. iii). Observación del peso del aporte iv). Dolo como elemento subjetivo vi) El coautor tiene que realizar la aportación en la fase ejecutiva. 	<p>Rad 23825 del 5/03/2007</p> <p>Rad. 29221 de 2/09/2007</p> <p>Rad. 40214 del 12/02/2014</p> <p>Rad. 46382 del 23/09/2019</p>
AUTORIA MEDIATA EN APARATOS ORGANIZADOS DE PODER	<ul style="list-style-type: none"> i). Existencia de un aparato organizado de poder, que cumpla con los requisitos verticalidad, estructura jerárquica y capacidad para actuar a través del aparato organizado ii). Capacidad de disposición sobre la ejecución del hecho. "Dominio por organización" iii). Intercambiabilidad o Fungibilidad del ejecutor iv). Responsabilidad penal del ejecutor 	<p>Rad. 38250 del 26/09/2012</p> <p>Rad. 40830 del 22/05/2013</p>
RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR POR OMISIÓN	<ul style="list-style-type: none"> i). Que el sujeto ostente la condición de comandante militar de una organización, bien sea porque le ha sido formalmente atribuida, ora porque actúa de facto como tal. ii). Que miembros de la estructura que aquel comanda cometan delitos de competencia de la Corte Penal Internacional - crímenes de lesa humanidad o de guerra, genocidio o agresión. iii.). Que los autores materiales de los delitos se encuentren, al momento de la comisión, bajo el mando y control efectivo del comandante militar, o bajo 	<p>Rad. 50236 del 5/12/2018</p>

	<p>su autoridad y control efectivo, según el caso.</p> <p>iv). Que el comandante se abstenga de ejercer control apropiado sobre las fuerzas a su cargo, de modo que omita la toma de las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir los delitos cometidos por sus subordinados, o para ponerlos en conocimiento de las autoridades competentes para su investigación o juzgamiento.</p> <p>v). Que tuviera conocimiento de que las fuerzas a su cargo estaban cometiendo tales delitos o estaban por cometerlos, o que, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saberlo.</p> <p>vi). La jurisprudencia de la Corte Penal Internacional ha establecido como un requisito esencial de la atribución de responsabilidad a los comandantes militares que exista una relación causal entre el incumplimiento de los deberes del superior y la materialización de los punibles perpetrados por sus tropas.</p>	
--	--	--

Tabla 1. Elaboración propia. Información tomada de la relatoría de la Corte Suprema de Justicia.

Por las características propias que ostentan este tipo de organizaciones delincuenciales, en donde el jefe de la cúpula no tiene contacto directo con el ejecutor material del hecho, cuya organización GAO tiene unas políticas propias, un *modus operandi* a la hora de ejecutar el ilícito, unas directrices que son trasladadas por intermedio de otros mandos medios quienes se encargan de ubicar a la persona ejecutora de los mismos, que puede ser reemplazada. Es así que no podríamos predicar que quien da la orden ostente el dominio funcional del hecho delictivo, ya que su aporte está basado en una orden que se transmite.

3. La teoría del dominio de la voluntad en virtud de las Estructuras organizadas de Poder

Tal y como se pudo evidenciar una de las teorías asumidas por la CSJ tiene que ver expresamente con la teoría del “dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas”³⁴ propuesta por Roxin finalizando los años 60, quien es además el máximo representante de la teoría del derecho penal contemporáneo, por tal motivo, consideramos importante, dedicar este apartado a analizar con mayor detenimiento esta tesis, así como las críticas que se le han hecho a la misma, pero adicionalmente nuestro máximo interés es tratar de determinar si la misma puede aplicarse al contexto colombiano.

La teoría del “dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas” se caracteriza porque el sujeto de detrás tiene a su disposición una “maquinaria” personal (casi siempre bajo una estructura organizacional de superiores e inferiores) con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor³⁵Roxin concibe esta posibilidad, en aras de comprender de manera global los crímenes de guerra, de Estado y de organizaciones, los cuales no podrían solucionarse con las figuras jurídicas del delito por hechos individuales como la autoría, inducción y complicidad. Quedan de esta forma “excluidos el dominio por acción y por error”³⁶.

Para fundamentar esta teoría, Roxin deja de lado su posición frente al dominio funcional del hecho, para hablar del “mecanismo de funcionamiento del aparato en el marco del que se actúa”. Se dice que en el marco de las organizaciones el sujeto de detrás no se subordina internamente al ejecutor, que no necesita “dejar a criterio” de este el suceso³⁷, de allí entonces surge lo que para Roxin se denomina: dominio de la organización.

Esta organización “despliega una vida independiente de la identidad cambiante de sus miembros. Funciona ‘automáticamente’, sin que importe la persona individual del ejecutor (...) El sujeto de detrás que se sienta a los mandos de la estructura organizativa aprieta el botón dando la orden de matar, puede confiar en que la orden se va a cumplir, sin que tenga que conocer al ejecutor. Tampoco es necesario que recurra a medios coactivos o al engaño, puesto que sabe que si uno de los numerosos órganos que intervienen en la realización de los delitos elude cumplir su cometido, inmediatamente otro va a suplirle, no resultando afectada la ejecución del plan global. El factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en tales casos, que se presenta como la tercera forma de autoría mediata, delimitada claramente con respecto al dominio por coacción y por error, reside, pues, en la fungibilidad del ejecutor”³⁸, es decir, los ejecutores directos tienen que ser sustituibles de manera que si falta un

³⁴ROXIN, Claus “Autoría y dominio del hecho en derecho Penal” Traducción de la novena edición alemana. Marcial pons. 2016. Pág 237

³⁵ Ibid pág 238

³⁶Ibid.

³⁷ROXIN ibid. Pág 239

³⁸ Ibid., pág 240

ejecutor otro ocupa su lugar, asegurando así el cumplimiento de la orden. El dominio sobre la realización del tipo no se basa en la falta de responsabilidad del ejecutor, sino en su gran número de participantes, que asegura la ejecución inexorable³⁹ del hecho con cualquier interviniente.

En esta forma de autoría mediata se predica libertad y responsabilidad del ejecutor directo, que ha de responder como autor culpable y de propia mano y para los efectos que interesa para esta forma de participación, ha dicho Roxin expresamente: “Pero estas circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del sujeto de detrás, porque desde su atalaya el agente no se presenta como persona individual, libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible. El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje – sustituible en cualquier momento – en la maquinaria del poder y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él, al centro del acontecer”⁴⁰.

Se da una característica particular del elemento material del dominio de la organización: mientras normalmente ocurre que un interviniente, cuanto más alejado está de la víctima y de la acción típica directa, más queda relegado de la zona periférica del suceso y excluido del dominio del hecho, en estos casos ocurre a la inversa, que la pérdida de proximidad al hecho se compensa por la medida de dominio organizativo que aumenta cuando más se asciende en la escala jerárquica del aparato”⁴¹.

A propósito de la teoría roxiniana se han dado posiciones a la luz de nuestro ordenamiento jurídico en torno a establecer si en el Código Penal colombiano es viable la aplicación de esta fórmula de autoría⁴², lo cual surge a partir del artículo 29 del Código Penal en el que se establece que es autor el que actúa por sí mismo o “utilizando a otro como instrumento”, para significar que solo existen dos formas de autoría mediata clásicas o tradicionales, la coacción ajena o el engaño, pero la tercera forma de autoría desarrollada por Roxin, no lo haría, en la medida en que en la autoría mediata en estructuras de poder, el autor material, el “hombre de adelante”, actúa plenamente responsable⁴³.

Aponte Cardona ha predicado que se trata de un reproche válido en estricto sentido dogmático, sin embargo, hace énfasis en el requisito de la fungibilidad de los autores materiales, en donde el dominio sobre el aparato por parte del “hombre de atrás”, es tan inminente e irreductible, puede pensarse y ello es coherente dogmáticamente, que ese autor material, responsable en principio, es convertido prácticamente en una especie de instrumento⁴⁴. Es por ello que habla del “Anacronismos de la tesis de Coautoría impropia en casos de violaciones de Derechos Humanos y de Derecho Internacional

³⁹ Ibíd.pág 692

⁴⁰ Ibíd.

⁴¹ Ibíd pág 242

⁴² APONTE CARDONA, Alejandro. “Persecución Penal de Crímenes internacionales: diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional”. Grupo Editorial Ibañez. Pág 239.

⁴³ Ibíd

⁴⁴ Ibíd

Humanitario”⁴⁵, para predicar que “esta fórmula de coautoría impropia, ya no consulta la realidad de estos escenarios la cual está pensada más para pequeñas bandas en las que se da una división relativamente sencilla del trabajo criminal, en la que actúan algunas personas, pero no para aparatos, para máquinas en las cuales las órdenes se disgregan, todo el trabajo se compartimenta, se fragmenta e involucra a decenas y centenares de personas”⁴⁶.

Existen otras posiciones que coadyuvan esta tesis de la autoría mediata, en donde se precisa que con el devenir delictivo de grupos armados paramilitares y guerrilleros, la interpretación del artículo 29 del Código Penal se ve abocada a la adopción de la figura de la autoría mediata para la determinación del concepto de autor, en este caso al tratarse de un instrumento responsable, se habla ya del autor detrás del autor, pero en esa medida la interpretación y aplicabilidad del artículo referenciado debe extenderse a las actuales características de las organizaciones de poder con mando responsable y jerarquía definida en la comisión de delitos, en las que aún se encuentran grupos al margen de la ley e incluso instituciones propias del Estado, haciendo uso del aparataje jurídico y político para la comisión de delitos aún atentatorios contra la humanidad⁴⁷.

Se destacan posturas que le dan mayor relevancia a esta forma de autoría mediata por dominio de la organización, Huertas Díaz et al, precisa que esta postura dogmática ha dado la posibilidad de enmarcar delitos de gran magnitud, garantizando la no impunidad en casos donde los regímenes autoritarios han menoscabado los derechos humanos de las personas. Debido a que a nivel mundial no se ha logrado constituir un Estado que permita la contundencia en las penas frente a crímenes internacionales de gran envergadura, es necesaria la implementación y el fortalecimiento de figuras como la presente para el enjuiciamiento de líderes que basándose en una “defensa del país contra el terrorismo o la subversión” dieron la orden de cometer crímenes atroces no solo contra las víctimas directas, de sus actos reprochables, sino contra la humanidad que es vigilante de los Derechos Humanos⁴⁸.

Hay quienes sostienen que la figura del dominio por organización es imprescindible para la fundamentación de la autoría mediata, esto lo concluye Márquez Cárdenas⁴⁹ cuando establece que los demás intentos de fundamentación, la afirmación de la coautoría o la inducción no pueden resultar convincentes. En contra de la coautoría afirma que especialmente el alejamiento del hecho y el desconocimiento del hombre de atrás del concreto devenir del hecho y del ejecutor del hecho excluyen una cointervención en el régimen de reparto de tareas. Esto es, no se da un reparto funcional de tareas en el sentido de la coautoría. Igualmente, suele faltar una decisión

⁴⁵ Ibíd, pág 242.

⁴⁶ Ibíd Pág. 242

⁴⁷ HUERTA DÍAZ Omar; AMAYA SANDOVAL Carolina y MALTE RUANO German Darío. “Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Tras la sombra del mando fugitivo: del dominio y la instrumentalización del delito. Opinión Jurídica, Vol. 12, N° 23, pp. 81-98 - ISSN 1692-2530. Enero-junio de 2013 / 212 p. Medellín, Colombia.

⁴⁸ HUERTAS DÍAZ, Omar. La autoría mediata: Una respuesta del derecho a la criminalidad organizada. Revista Logos ciencia & tecnología, Vol 3. No. 2, Enero – Junio, 2012, Pág 67

⁴⁹ MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. La autoría mediata en el Derecho Penal. Formas de instrumentalización. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Bogotá. 2004. Pág 377.

común de realizar el hecho entre el hombre de atrás y el ejecutor. Por lo demás, la coautoría no refleja de modo adecuado las jerarquías de mando que son inmanentes a la criminalidad organizada⁵⁰.

Los que manejan el aparato tienen el dominio sobre la organización criminal, caracterizada por su jerarquización y mando, que se hacen ejecutar sus decisiones criminales mediante otros sujetos, los ejecutores que constituyen por su fungibilidad, en el engranaje de la organización ruedas intercambiables. Donde, si el delito no lo realiza un sujeto habrá otro siempre dispuesto a llevar a cabo lo decidido por quienes tienen el poder de mando⁵¹.

En ese sentido Márquez Cárdenas sostiene que muchas veces los que se encuentran en la cúpula de la organización no poseen un dominio actual, quedando éste reservado únicamente para los que actúan de modo directo. Pero si tal dominio tuvo expresión en la fase preparatoria del delito, en que cada miembro de la organización tuvo la oportunidad de colaborar, incluso en esta fase llegan a intervenir dominando el hecho todos aquellos a los que luego se requiere responsabilizar como coautores. Es decir, que son distintos los miembros que intervienen en una fase y en otra y son valorativamente distintas las aportaciones de unos y otros y, sin embargo las consecuencias son las mismas, pues unos dan las órdenes, otros se dedican a transmitir las hasta que llegan al ejecutor y es éste quien directamente realiza el tipo⁵².

Finalmente se advierte que existen posturas que resaltan aún más esta forma de autoría en Estructuras Organizadas de Poder. Al respecto Olásolo refleja la idoneidad de esta figura para efectos de responsabilidad penal de los dirigentes como autores de genocidio, delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra ya que las características especiales de las organizaciones requeridas por el concepto de autoría mediata bajo esta perspectiva, hacen que esta figura sea especialmente idónea para reflejar la responsabilidad penal de los dirigentes (políticos, militares, religiosos, empresariales, etc.) como autores de genocidio, delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra. Esto es debido a que los mismos necesitan por lo general del apoyo de organizaciones de considerable dimensión, estructuradas jerárquicamente, para poder cometer actos ilícitos que cumplan con los elementos objetivos contextuales del genocidio o los delitos de lesa humanidad o los crímenes de guerra, es decir, para poder desarrollar ataques sistemáticos o generalizados contra la población civil, ejecutar en el marco de los conflictos armados planes, políticas o campañas de gran escala de infracciones graves del derecho internacional humanitario, poner en marcha patrones manifiestos de violencia que se adecúen a alguna de las modalidades del genocidio o realizar actos de tal magnitud que puedan causar por sí mismos la destrucción total o parcial de los grupos nacionales, étnicos, religiosos o raciales objeto de la violencia⁵³

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ *Ibíd.*

⁵² *Ibíd* pág 232

⁵³ OLÁSULO ALONSO, Héctor. Tratado de Autoría y Participación en el Derecho Penal Internacional. Edita Tirant Lo Blanch. Valencia – 2013.

3.1. Manifestaciones del “dominio de la voluntad por medio de una maquinaria organizada de poder”⁵⁴

El dominio de la voluntad en estructuras organizadas de poder de los jefes a los subordinados, puede evidenciarse a través de diferentes situaciones, estas pueden ser:

a) Cuando el poder estatal, con ayuda de organizaciones subordinadas a ellos, cometan delitos. Se da en los casos en que ya no están vigentes las garantías del Estado de Derecho, dándose la posibilidad de declarar delictivas y punibles las acciones de los órganos supremos estatales que violan los derechos humanos.⁵⁵

b) Hechos que se cometen en el marco de movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas criminales y grupos semejantes. Para que quepa hablar de dominio de la voluntad por parte de los sujetos de detrás en la ejecución de delitos, lo que debe caracterizar a tales formaciones colectivas es no solo una organización rígida, independiente del cambio de los miembros concretos, sino también una orientación a fines del aparato en su conjunto contraria al ordenamiento jurídico estatal y que vulnere las normas penales positivas ⁵⁶.

Lo decisivo no es que la realización de los delitos se pueda oponer a resistencias situadas fuera de la estructura organizativa hasta el extremo que un plan delictivo pueda fracasar *in concreto* por ello. Lo decisivo es más bien que los miembros no obren por propia cuenta, sino como órganos de la cúpula directiva cuya autoridad reconocen. Cuando un aparato está así estructurado, el criterio característico del dominio de la organización se pone también aquí de manifiesto: la iniciativa puesta en marcha por el sujeto de detrás se lleva a cabo con independencia de la persona del ejecutor.⁵⁷

Explica Roxin que el ejecutor directo es libre al formar su voluntad, no se encuentra bajo presión psíquica de ningún género, por lo tanto, el sujeto de detrás obra sin dominio del hecho. De allí entonces que analice el problema de los jefes de las bandas, para predicar que su teoría del dominio del hecho no es viable aplicarse cuando el cabecilla o jefe se limita a planear los delitos y deja a los demás la ejecución, por tanto, jamás podría ser coautor, más bien, en caso de darse los requisitos del dominio de la organización, a este jefe se le podría atribuir su forma de participación como autor mediato, ya que “no se puede estimar autoría en virtud de la mera posición como jefe de la banda”⁵⁸, y ha concretado Roxin, que el cabecilla podría ser coautor, cuando dirige o asegura la ejecución de los delitos (aunque sea desde lejos), “solo el que toma parte en la ejecución puede tener el dominio del hecho como coautor”⁵⁹.

⁵⁴ ROXIN, Claus “Autoría y dominio del hecho en derecho Penal” Traducción de la novena edición alemana. Marcial pons. 2016. Pág 244

⁵⁵ Ibid pág 244

⁵⁶ Ibid pág 245

⁵⁷ Ibid

⁵⁸ Ibid, Pág 291

⁵⁹ Ibid pág 292

3.2. Requisitos del dominio de la organización⁶⁰

Además del requisito de la fungibilidad que recientemente mencionamos, existen otro grupo de exigencias que se requieren cumplir para que se pueda endilgar la responsabilidad penal por mando, entre ellas establece Roxin las siguientes:

1. Quien imparte las órdenes ha de ejercer poder de mando en el marco de la organización. Se puede dar en organizaciones estatales o en estructuras de poder informal como las que operan en muchas manifestaciones de la delincuencia organizada, las milicias terroristas, los bandos en guerras civiles etc.
2. La organización, en el ámbito de su actividad penalmente relevante, se ha debido desligar del derecho. Roxin pone como ejemplo el caso del régimen Nazi, en donde sus dirigentes consideraron inexistentes para ellos, en la persecución de los judíos, la prohibición de matar. Caso similar rigió para el Consejo Nacional de Defensa de la extinta RDA con respecto a los disparos a matar sobre los fugitivos en el Muro de Berlín.
3. Los ejecutores directos tienen que ser sustituibles (fungibles), de manera que, si falla un ejecutor otro ocupa su lugar, asegurando así el cumplimiento de la orden. El dominio sobre la realización del tipo no se basa en la falta de responsabilidad del ejecutor, sino en su gran número que asegura la ejecución inexorable.

3.3. Críticas a la teoría del dominio de la organización como manifestación de la autoría mediata⁶¹

No desconoce Roxin que su tesis ha sido blanco de críticas y ha precisado que la objeción más frecuente contra el dominio de la organización se deriva, como en todos los supuestos de “autor de tras del autor”, del principio de responsabilidad: puesto que, en tanto que autor plenamente responsable, se podría castigar al propio ejecutor por su hecho, ello excluiría el dominio del hecho simultáneo por parte del sujeto de detrás.

Trae a colación la crítica de Jakobs quien: “reconoce desde luego el dominio fáctico de quienes mueven los hilos en el marco de las organizaciones criminales: “no cabe dudar de la existencia de dominio en estos casos”. Sin embargo, el “automatismo” del cumplimiento de las órdenes y la sustituibilidad de los ejecutores constituiría un “dato naturalístico” sin trascendencia. Los ejecutores directos no serían “precisamente instrumentos, puesto que a su vez obran de manera plenamente responsable, por lo que quien da las órdenes no es autor mediato”⁶²

Otra crítica a destacar es la trascendencia de la fungibilidad para la fundamentación de la autoría mediata que pregona otro de sus contradictores Renzikowski “El sujeto de detrás posee ciertamente posibilidades, garantizadas por la maquinaria, de realizar sus planes con independencia de la persona del ejecutor”. Pero que los ejecutores sean

⁶⁰ Ibíd pág 692

⁶¹ Ibíd 694

⁶² Ibíd pág 694

reemplazables no constituye una circunstancia que fundamente dominio, pues “las acciones hipotéticas de terceros” no deben tenerse en consideración en el derecho penal”.

También se trae a colación la concepción de que las personas que obran por debajo de la cúpula de la organización, solo ejercen dominio parcial y no dirigen la organización en su totalidad, pero Roxin aclara este punto manifestando: “ello no afecta el aspecto decisivo, pues el dominio del hecho de los mandos intermedios se basa, como de manifiesto precisamente el caso Eichmann, en que, en virtud de su poder de mando, tienen en sus manos la maquinaria que les está subordinada igual que quien ocupa la cúspide. Nada obsta a ello que el poder de mando se derive de arriba”⁶³, extrayendo lo que la sentencia del caso Fujimori precisó: “Por tanto, cualquiera que por su posición jerárquica puede poner en marcha el mecanismo de la maquinaria organizada de poder tiene que responder como autor mediato”⁶⁴.

Roxin en su obra deja entrever otras críticas que han surgido a raíz de la tesis de la coautoría predicando que: “el autor de despacho no realiza el hecho personalmente, ni siquiera conoce, la mayoría de las veces, al que obra directamente en el caso concreto y no lo auxilia ni siquiera en la fase preparatoria. No se “mancha las manos”, sino que se sirve de órganos ejecutores. Haría saltar los límites de la coautoría, borrando toda posible delimitación con la autoría mediata y la inducción, el incluir en la coautoría el ocasionamiento de un hecho”⁶⁵.

En palabras propias de Roxin: “la tesis de la coautoría disimula la diferencia estructural decisiva entre autoría mediata y coautoría, que consiste en que la autoría mediata está estructurada verticalmente (en el sentido de un suceso de arriba abajo, del ocasionador al ejecutor) y la coautoría horizontalmente (en el sentido de actuación en plano de igualdad, simultánea, “que fundamenta comunidad”)⁶⁶. El que encabeza esta crítica en contra de la tesis de la coautoría es el propio Roxin quien predica que en asuntos de delincuencia organizada faltaría el plan, acuerdo o decisión conjunta o común de realizar el hecho, el sujeto de atrás no actúa en fase ejecutiva.”⁶⁷

Por otro lado, para Roxin es insostenible predicar la tesis de la inducción dado que bajo esta concepción la decisión de realizar el hecho se deja en manos del inducido y quien domina un aparato organizado de poder y emite una orden criminal puede confiar en que esta se cumplirá⁶⁸.

Ya se ha hecho un análisis doctrinario respecto a la tesis mayoritaria para dar respuesta a la responsabilidad penal de los jefes de las organizaciones criminales por los delitos cometidos a través de ellas, ahora pasaremos a desarrollar la otra postura sostenida

⁶³ *Ibíd*, pág 696

⁶⁴ *Ibíd*

⁶⁵ *Ibíd*, pág. 698

⁶⁶ *Ibíd*.

⁶⁷ DÍAZ y Garcia Conlledo. “Delincuencia organizada y en organizaciones. Problemas de autoría y participación”. *Lusiada. Direito. Lisboa*, n. 0 4/5, 2007, pág. 127

⁶⁸ *Ibíd*, pág. 124

por doctrinantes colombianos y que en varias ocasiones la Corte Suprema de Justicia ha asumido, la cual se denomina coautoría impropia.

Por otra parte, Jakobs indica que en ocasiones se extiende la autoría mediata mucho más de los márgenes permitidos en su postura tradicional, refiriéndose a que se suele apreciar autoría mediata en el aprovechamiento de aparatos de poder organizativos, sobre todo en relación con las muertes de judíos y opositores al régimen en la época nacional – socialista: El “autor de despacho” es considerado autor mediato. Pero considera que apreciar autoría mediata es tan superfluo como nocivo. Es superfluo porque, con la superioridad objetiva, la teoría subjetiva no hace más que crear la base para construir una voluntad de autor de todos modos irrelevante, mientras que la teoría del dominio del hecho en la versión de que las aportaciones son necesarias después del comienzo de la tentativa vuelve a eliminar mediante la autoría mediata esta restricción innecesaria por su parte. Conforme a la concepción que sostiene, la coautoría, en los supuestos normales, no presenta problemas, en los demás casos queda la inducción. Precisa que la construcción de la autoría mediata es nociva, porque, en los hechos de la época del régimen nacional – socialista, encubre la vinculación organizativa de todos los intervinientes, ni mucho menos siempre forzada, hasta convertirla en un hacer común: Solo mediante la conjunción de quien imparte la orden y quien la ejecuta se puede interpretar un hecho singular del ejecutor como aportación a una unidad que abarque diversas acciones ejecutivas⁶⁹.

4. Conclusión. Aproximación a una interpretación acorde al contexto colombiano

A lo largo de este trabajo hemos pretendido dar respuesta a la pregunta problemática que surgió dada la necesidad de determinar los criterios interpretativos que deben aplicar los operadores jurídicos en Colombia para establecer la responsabilidad penal de los jefes de los Grupos Armados Organizados por los delitos cometidos por los inferiores jerárquicos bajo su mando en el que aquellos no han tenido intervención material, pudiéndose establecer después del rastreo jurisprudencial, que la CSJ carece de una postura unánime para dar una respuesta en este sentido, percibiéndose una tendencia a ubicarse en las tesis de la coautoría impropia y la autoría mediata con instrumento fungible, donde si bien es cierto hace un análisis detallado de los aspectos fácticos que dieron origen a la investigación, no se predica lo mismo del análisis efectuado a la figura dogmática que se ha aplicado de tal manera que se desarrolle una reflexión teórica respecto de la tesis que ha marcado la línea jurisprudencial.

Precisamente a raíz de esa falta de unanimidad en los criterios interpretativos por parte del operador judicial, se abordó teóricamente las tres tesis que han surgido para la judicialización de los jefes de los GAO, esto es, coautoría impropia, autoría mediata en aparatos organizados de poder y la responsabilidad el superior por omisión, por lo que

⁶⁹JAKOBS, Günther. Derecho Penal parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid, 1997. Págs. 783 y 784.

pretendemos llegar a una conclusión de adoptar una de las tesis dogmáticas que se ajuste al contexto colombiano.

Consideramos insuficiente el postulado normativo que se desprende del artículo 29 del CP, que precisa que: “Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento”. Tradicionalmente se advierte una única forma de entender la tesis dogmática de la autoría mediata, en donde la persona que ejecuta la conducta punible es utilizada como instrumento del delito por parte del autor, que se ha valido para ello del aprovechamiento de un error o de la insuperable coacción ajena.

El modelo formalista que reposa en una interpretación exegética de la norma, si bien reclama la coherencia y plenitud del ordenamiento legal, pues según esta visión para todos los casos el derecho ha previsto una única solución⁷⁰, esta postura hermenéutica ha sido objeto de críticas ya que la aplicación literal de la norma no ha permitido dar respuesta a muchos interrogantes en el derecho, toda vez que se queda corta y restringe la posibilidad del juez para abordar una situación concreta que desencadena una cantidad de elementos que no encajan en las disposiciones normativas. A raíz de esto se genera un debate contemporáneo de principios, consecuencia y protagonismo judicial⁷¹, por un lado, se da un redescubrimiento de los principios en la práctica judicial y un creciente protagonismo social y político de los jueces⁷², “una decisión judicial no depende tanto de su adhesión a una premisa normativa previa sino también de la bondad futura de sus efectos sociales”⁷³.

Se advierten ciertas dificultades probatorias que han de surgir a la Fiscalía a la hora de acreditar un vínculo del jefe de un GAO, con la materialización de un delito autónomo por parte de un miembro de dicha estructura delincencial, donde la mayoría de las veces no existe un contacto directo sino lejano entre el hombre de atrás con respecto al ejecutor material quien es finalmente quien responde en primer momento como un autor o coautor material del hecho punible, el cual es contactado por otro mando medio de la estructura a quien se le encomienda la labor de reclutar la persona que finalmente va a cumplir la voluntad del jefe o director de la empresa criminal. Son órdenes que se dan de acuerdo a una política de la estructura –(GAO), y es la razón por la cual, para efectos de este trabajo investigativo, solo se tuvo en cuenta esta clase de organización delictiva, ya que, por sus características propias, el *modus operandi* con la cual perpetúan sus crímenes selectivos se torna más apropiado bajo esta perspectiva delictual avanzar en el estudio de las diferentes categorías dogmáticas.

Así las cosas, al entender que el derecho obedece a una realidad cambiante, a un dinamismo propio de las relaciones entre las personas y que cada caso concreto conlleva a evaluar un sin número de situaciones que no todas encajan en una disposición normativa y debido a la insuficiencia de la legislación penal colombiana de regular normas que abarquen supuestos de hecho en donde intervengan sujetos que

⁷⁰ UPRIMY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ VILLABONA, Andrés Abel. Módulo de Interpretación Judicial. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Marzo de 2017. Pág 270

⁷¹ *Ibíd*, pág 323

⁷² *Ibíd*

⁷³ *Ibíd*, pág 324

hacen parte de un aparato de poder organizado, consideramos ajustado a los parámetros del derecho penal centrar un concepto amplio, que propone un enfoque interpretativo flexible que permita contemplar figuras dogmáticas que han servido de norte en otros ordenamientos jurídicos y que han permitido judicializar conductas de aquellos a quienes sin mancharse las manos de sangre se han encargado de cometer los crímenes más atroces de la humanidad.

Sin ir muy lejos, tal como lo vimos en este trabajo, nuestra CSJ ha emitido pronunciamientos aplicando posturas dogmáticas que son emitidas por reconocidos doctrinantes, que han servido de insumo importante a la hora de realizar un estudio juicioso de cada uno de sus elementos y adecuarlos a los casos, pero sin que exista una idea unánime por parte de la Corte que le permita ser coherente con una postura teórica.

Es por ello, que en este trabajo consideramos de gran valor el aporte doctrinario que hace Roxin de quien se precisa presenta postulados que se pueden adaptar a la realidad jurídica y política de nuestro país. Roxin ha avanzado en el estudio de la autoría mediata y la ha extendido a una tercera categoría, esto es, autoría mediata en aparatos organizados de poder, postura esta que como acabamos de advertir es la que más se ajusta a nuestra realidad, dado el avance de los GAO que extienden su actuar delictivo en todo el territorio nacional, que incluso se valen para la comisión de crímenes atroces de personas que sin tener vínculos con el jefe de la organización ilegal, realizan la conducta delictiva por sí mismos sin importar su ideología, plan común, el aprendizaje de doctrinas y estandarización de modos de actuar, simplemente realiza el hecho sin tener un contacto directo con el jefe de la cúpula. Se trata de un aparato de poder formal, lo que se traduce en una organización debidamente estructurada de modo jerárquico y que alberga la suficiente cantidad de ejecutores intercambiables.

Debemos diferenciar cada uno de los elementos de las teorías; partiendo de la teoría del dominio funcional del hecho, en muchas ocasiones los que se encuentran en la cúpula de la organización no poseen un dominio actual, quedando este reservado únicamente para los que actúan de modo directo⁷⁴, además que en el acuerdo común es preciso que el coautor realice una aportación objetiva al hecho y que sea formalmente típica o, en otro caso, interdependiente de ésta en la fase de ejecución del delito⁷⁵. Por el contrario, en la autoría mediata por el dominio de un aparato organizado de poder se da cuando el hombre de atrás (autor mediato) utiliza un aparato de poder para la ejecución de los ilícitos y es lo que precisamente le asegura la ejecución de los mismos, sin ser necesario un contacto previo o concomitante entre el ejecutor y el hombre de atrás, pues aquel en términos de Roxin “son ruedas intercambiables en el engranaje del aparato de poder”.

⁷⁴MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. La autoría mediata en el Derecho Penal. Formas de instrumentalización. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Bogotá. 2004. Pág 232.

⁷⁵ Ibid.

Es usual en la práctica jurídica encontrar evidencia contenida en un interrogatorio a indiciado y reconocimiento fotográfico un señalamiento directo de la persona de quien provino la orden ejecutada, pese a que en ocasiones el interrogado no conoce y jamás ha tenido contacto con esta, desde la cúspide de la estructura organizacional, emite una orden que es transmitida por otros miembros que sí han sido contactados por el jefe de la organización.

Defender la tesis de la coautoría resulta complejo, toda vez que existen situaciones prácticas en los que será imposible acreditar cada uno de los elementos que la conforman, toda vez que “la empresa criminal conjunta tiene en cuenta el plan criminal común de los participantes. La idea detrás de esta atribución de responsabilidad apunta a que quienes comparten un plan común deban también compartir la responsabilidad penal, con independencia del papel en la estructura criminal”⁷⁶.

Nótese que es de suma importancia a la hora de elaborar una postura dogmática como lo es la coautoría, acreditar cada uno de los requisitos como son: “Que exista un elemento subjetivo, esto es, deben darse en todos los autores los requisitos subjetivos del tipo. Que exista un plan común, una decisión conjunta o un acuerdo común. Esto es, que en todo caso debe existir un dolo común de realización del hecho por parte de todos los autores. La existencia del acuerdo común permite a cada uno de los coautores responder por lo que hacen los demás. El acuerdo hace posible que, en la división funcional del trabajo, la realización de cada acto contribuya al todo y por ello se pueda imputar al sujeto la realización de la conducta en calidad de autor. Que se trate de un aporte eficaz”⁷⁷.

No en todos los casos es posible acreditar cada una de estos elementos que tienen como característica primordial el dominio funcional del hecho, que, si bien no solo se predica del autor material, también de aquél que con su labor y sin actuar en el hecho, da un aporte de tal magnitud que, sin el mismo, el plan criminal no tendría ningún éxito. De allí, la razón por la cual nuestra postura está inclinada a defender la aplicación de la tesis de la autoría mediata por dominio de un aparato organizado de poder. Se trata de una estructura piramidal en cuya cúspide están los órganos o mandos directivos que toman las decisiones, imparten las órdenes y tienen una visión global del plan. Los ejecutores materiales no toman parte en la decisión original ni en su planificación, pero su aporte a la realización del delito es la realización de los actos ejecutivos⁷⁸.

Cabe recordar, por lo tanto, cuáles son los elementos que presenta Roxin en su teoría:

a). Existencia de una organización jerarquizada. El autor da las órdenes y espera que estas se cumplan. No es necesario que exista un contacto entre el autor de atrás y el autor material, pues la falta de presencia en el lugar de ejecución se compensa con el poder de mando que garantiza la ejecución de la orden. Para Roxin, todos los mandos intermedios son autores mediatos dentro de su ámbito de actuación. Los hechos

⁷⁶ BENAVIDES VANEGAS, Farid Samid: Manual de Derecho Penal Internacional. Primera edición. Legis. 2017. Pág 85

⁷⁷ Ibíd, pág 84

⁷⁸ Ibíd, pág 100

cometidos en el marco de movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas delictivas y otras asociaciones criminales, como sería grupos mafiosos, paramilitares, guerrilleras de ámbito militar debidamente jerarquizado.

b). Actuación de la organización por fuera del Derecho. Se predica de esta forma, en tanto que la dirección y los órganos de ejecución estén unidos a un orden jurídico independientemente de ellos, ordenar acciones delictuosas no fundamenta el dominio del hecho, porque las leyes conservan su rango superior y la sola ejecución de la orden ilegal, en tal caso, excluye el poder de voluntad del determinador⁷⁹.

c). Fungibilidad de los autores materiales, es decir que sea fácilmente reemplazable, de modo que de rehusarse a completar la orden pueda ser reemplazado por otro que si está en disposición de ejecutarla.

d). Disposición incondicionada del sujeto a la realización del hecho⁸⁰. Al tratarse de una orden impartida por un superior, del cual se puede decir que por su posición puede llegar a dominar la voluntad del subordinado, logrando la ejecución de la acción.

Tal como se había advertido, la labor de la fiscalía para acreditar un vínculo del jefe de la organización con el delito autónomo que se comete se torna difícil en la mayoría de los casos, por lo que nuestra propuesta defiende los postulados de la doctrina extranjera atendiendo a que el dominio que se predica bajo esta perspectiva es de la organización, que valga aclarar, no se dificulta en materia probatoria, ya que se trata de organizaciones que si bien son al margen de la ley, el Gobierno Nacional por intermedio del Consejo de Seguridad Nacional ha emitido una calificación de la condición de Grupos Armados Organizados (GAO), en cumplimiento del parágrafo 2 de la Ley 1908 del 9 de julio de 2018, a las siguientes estructuras: GAO ELN, GAO Clan del Golfo, GAO Puntilleros, GAO Pelusos, y GAO residual, por lo que al existir un reconocimiento de los cabecillas que lideran dicha estructura, es lo que permite conectar al hombre de atrás con el ejecutor material. Esta postura es la que más se ajusta a nuestra realidad, dado el avance de los GAO que extienden su actuar delictivo en todo el territorio nacional.

Bibliografía

APONTE CARDONA, Alejandro. Persecución Penal de Crímenes internacionales: diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional. Grupo Editorial Ibañez. Pág 218

APONTE CARDONA, Alejandro. Persecución Penal de Crímenes Internacionales: diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional. Grupo Editorial Ibañez.

⁷⁹ MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. La autoría mediata en el Derecho Penal. Formas de instrumentalización. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Bogotá. 2004. Pág 228.

⁸⁰Ibid, pág 101

BENAVIDES VANEGAS, Farid Samid: Manual de Derecho Penal Internacional. Primera edición. Legis. 2017

ROXIN Claus "Autoría y dominio del hecho en derecho Penal" Traducción de la novena edición alemana. Marcial pons. 2016

Corte Suprema de Estados Unidos. Caso Yamashita. Decisión del 4 de febrero de 1946, Sentencia disponible en <http://www.laws.findlaw.com/us/327/1.html>.

DÍAZ y García Conlledo. Delincuencia organizada y en organizaciones. Problemas de autoría y participación".Lusiada. Direito. Lisboa, n. 0 4/5, 2007.

GONZÁLEZ ORTÍZ, Edelmira; Lozada Benitez, Leidy Manuela. La imputación de responsabilidad a jefes y superiores en el Estatuto de Roma en su artículo 28 desconoce los principios de legalidad y culpabilidad. Universidad Militar Nueva Granada. Facultad de Derecho. Especialización en Procedimiento Penal Constitucional y Justicia Militar. Bogotá. 2010.

HUERTA DÍAZ Omar; AMAYA SANDOVAL Carolina y MALTE RUANO German Darío. "Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Tras la sombra del mando fugitivo: del dominio y la instrumentalización del delito". Opinión Jurídica, Vol. 12, N° 23, pp. 81-98 - ISSN 1692-2530. Enero-junio de 2013 / 212 p. Medellín, Colombia.

HUERTAS DÍAZ, Omar. La autoría mediata: Una respuesta del derecho a la criminalidad organizada.Revista Logos ciencia & tecnología. ISSN 2145-549X, Vol 3. No. 2, Enero – Junio, 2012.

JAKOBS, Günther. Derecho Penal parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid, 1997.

Ley 1908 del 9 de julio de 2018, "Por medio de la cual se fortalecen la investigación y judicialización de organizaciones criminales, se adoptan medidas para su sujeción a la justicia y se dictan otras disposiciones".

Ley 599 de 2000. Código de Procedimiento Penal Colombiano.

Márquez Cárdenas, Alvaro Enrique. La autoría mediata en el Derecho Penal. Formas de instrumentalización. Ediciones jurídicas Guztavolbañez. Bogotá. 2004.

DÍAZ y García Conlledo. Delincuencia organizada y en organizaciones. Problemas de autoría y participación. Lusiada. Direito. Lisboa, n. 0 4/5 (2007).

OLÁSOLO ALONSO, Héctor. Tratado de Autoría y Participación en el Derecho Penal Internacional. Edita Tirant Lo Blanch. Valencia – 2013.

UPRIMY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ VILLABONA, Andrés Abel. Módulo de Interpretación Judicial. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Marzo de 2017

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Los aparatos criminales organizados de poder. [http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos de derecho penal](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos_de_derecho_penal)

VÁSQUEZ RAMÍREZ, Walter Fabián. La autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Tratamiento por parte dela Corte Suprema de Justicia y críticas a su aplicación en el sistema penal colombiano. Revista electrónica//Facultad de Derecho y Ciencias Políticas //U de A. Número 8//Año 3//ISSN 2145-2784// Enero - Abril de 2012.

Rad. 25974 del 8 de agosto de 2007. M.P. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Rad. 29221 del 2 de septiembre de 2009. M.P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Rad. 38250 del 26 de septiembre de 2012. M.P. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Rad 40830 del 22 de mayo de 2013. M.P. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Rad 40214 del 12 de febrero de 2014. M.P. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Rad. 50236. 05/12/2018. M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Rad. 46382 del 23 de septiembre de 2019. M.P. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA