

LA AUTORIA MEDIATA EN APARATOS ORGANIZADOS DE PODER EN LA NORMATIVIDAD
COLOMBIANA

CARLOS ARTURO TORO GIL

TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR
AL TITULO DE MAGISTER
EN DERECHO PROCESAL PENAL

ASESORES
DOCTORES CARLOS BERNAL CASTRO Y RICARDO ARIZA LOPEZ

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
BOGOTÁ
2.012

CONTENIDO

LA AUTORIA MEDIATA EN APARATOS ORGANIZADOS DE PODER EN LA NORMATIVIDAD COLOMBIANA

Resumen.....	01
Abstrac.....	02
Introducción.....	04
Tesis de roxin sobre la autoría mediata en aparatos organizados del poder.....	05
Casos de derecho internacional en los que se ha aplicado la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder	11
1. El caso argentino	11
2. El “consejo nacional de defensa” en Alemania	13
3. El caso Pinochet.....	15
4. El caso “sendero luminoso” en el Perú.....	17
5. El caso Fujimori.....	17
6. El protocolo 1 adicional a los convenios de Ginebra de 1997.....	18
7. Estatuto del tribunal para el enjuiciamiento de crímenes en Yugoslavia...19	
8. Estatuto del tribunal de Ruanda.....	21
9. Estatuto de la corte penal internacional	22

Vigencia en el territorio colombiano de las normas internacionales.....	23
El planteamiento del problema y su aceptación en la jurisprudencia colombiana.....	25
a. El caso plazas vega y el palacio de justicia	25
b. El caso “machuca” y la cúpula del ELN.....	32
Conclusiones.....	36
Bibliografía.....	39

LA AUTORÍA MEDIATA EN APARATOS ORGANIZADOS DE PODER EN LA NORMATIVIDAD COLOMBIANA

RESUMEN.

El problema a tratar sobre la autoría mediata en aparatos organizados de poder en la legislación colombiana, lo enfoque desde el punto de vista del creador de esta teoría, el profesor CLAUS ROXIN, tesis que inicialmente no tuvo acogida en la propia Alemania lugar de su inicio doctrinario sino hasta que dieron los primeros fallos en los tribunales Argentinos contra las juntas militares.

Posteriormente, fue acogida por otros tribunales internacionales e inclusive en Alemania en el juicio contra los soldados del muro que disparaban contra las personas que trataban de huir de la república democrática alemana y los miembros del Consejo Nacional de defensa en 1994, lo mismo que en contra del ex nazi ADOLF EICHMAN, este último juicio se realizó en Israel.

En Colombia a partir de los hechos ocurridos en la población de machuca, el Ministerio público en esa ocasión empezó a vislumbrar en los estrados judiciales dicha teoría y aunque en esa ocasión no fue acogida por nuestra corte suprema de justicia, en posteriores fallos de la parapolítica y contra agentes estatales se ha venido aplicando.

Es de expresar, que la teoría tal y como la concibió su creador, ha sufrido modificaciones y se da una interpretación extensiva a los elementos estructurales que le dieron origen.

Por lo que ha se llega a la conclusión sobre el artículo 29 del código penal Colombiano no fue concebido para la época de su expedición para tratar los problemas de la autoría mediata sobre las estructura de poder.

Por lo tanto nuestra ley penal no establece una verdadera aplicación de dicha teoría en el artículo 29 (autoría mediata a través de aparatos organizados de poder) tal y como fue concebida por Claus Roxin. La construcción dogmática no es

suficiente como para que la jurisprudencia haga el salto de su reconocimiento y aplicación. Por lo que es necesario para mayor tranquilidad mental de los operadores jurídicos, una reforma a la norma que consagra los tipos de autoría, y no contraria el principio de legalidad, y fijar los límites de su aplicación dentro de los Estamentos estatales y fuera de ellos.

Palabras claves: autoría mediata en estructuras organizadas de poder, dominio del hecho, autores, participación.

ABSTRAC

The problem to deal with command responsibility in organized apparatus of power in Colombian law, the approach from the point of view of the creator of this theory, Professor Claus Roxin, thesis initially had no reception in Germany itself rather than its beginning doctrinaire until failure took the first Argentine courts against the military juntas.

Subsequently, he was welcomed by other international courts and even in Germany in the trial against the wall soldiers fired at people trying to flee the German Democratic Republic and the members of the National Council of Defense in 1994, as well as against of former Nazi Adolf Eichmann, the latter trial was held in Israel.

In Colombia from the events in the village of Machuca, prosecutor at that time began to see in the courts and even the theory at that time was rejected by our supreme court in subsequent decisions of parapolitics and against state agents has been applied.

Is to express the theory as conceived by its creator, has been modified and is given a broad interpretation to the structural elements that originated.

It has come to the conclusion on Article 29 of the Colombian penal code was not conceived at the time of issue to address the problems of command responsibility over the power structure.

Therefore our criminal law does not establish a real application of this theory in Article 29 (perpetration through organized apparatus of power) as conceived by Claus Roxin. The construction is not dogmatic enough to make the jump jurisprudence of recognition and enforcement. So it is necessary for greater peace of mind of the legal, an amendment to the provision recognizing the types of authorship, and not contrary to the principle of legality, and set limits on their application within the Estates and out of state

Keywords: perpetration organized structures of power, domination of fact, authors, participation.

INTRODUCCIÓN

En el prólogo al libro “Autoría y Dominio del hecho en derecho Penal” de Claus Roxin, el catedrático Manuel Cobo del Rosal hace la siguiente afirmación:

“Existen afirmaciones muy concretas en el pensamiento del profesor Roxin, que, por nuestra parte, no podemos compartir, como son la muy dudosa solución que ofrece para la autoría en el caso del autor directo que actúa con dolo pero sin intención, *o su intento, que creemos fallido, de fundamentar una autoría mediata en base a aparatos organizados de poder*, y que solo son pequeñas objeciones que solo corroboran la muy relevante, y desde luego brillante culminación de sus propósitos”. (Cursiva fuera del original).¹

Esta sentenciosa afirmación (hecha en la traducción de la séptima edición alemana en el año de 1999), parecía entonces fundamentada pues habían transcurrido poco más de 25 años desde la inicial formulación de la teoría de Roxin hasta que fuera rescatada y utilizada en los tribunales argentinos durante los juicios a la dictadura de ese país. Pero a partir de entonces, su posterior uso por parte del Tribunal Alemán y otros alrededor del mundo han probado que esta opinión ha perdido fuerza y la dogmática jurídica se ha encargado de replicar la teoría de la autoría mediata, unos para confirmarla y otros para refutarla, pero indudablemente todos para apuntalarse en sus preceptos.

Múltiples trabajos, investigaciones y monografías se han dedicado a resumir y compendiar la tesis de Roxin en cuanto a la autoría mediata en aparatos organizados de poder y el presente trabajo buscará dilucidar, con base en el análisis de esas obras previas, si dicha teoría tiene o no cabida en el ordenamiento jurídico colombiano. Un ordenamiento cuya realidad impone la

¹ROXIN, Claus. “Autoría y dominio del hecho en derecho penal”, 2ª edición, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2000.

necesidad de encontrar mecanismos que permitan la satisfacción de los derechos de las víctimas de los diferentes y muy variados actores armados que hasta el momento, y sólo con contadas excepciones, han logrado una línea de impunidad injustificada por parte de la dogmática penal, en lo que se refiere a la aplicación de las normas sobre autoría, coautoría y participación.

Una corta introducción sobre el fundamento de la teoría roxiniana seguido de los más relevantes usos de la misma en la jurisprudencia internacional, nos permitirán adentrarnos en el análisis de dos casos específicos en Colombia: el fallo al Coronel retirado Plazas Vega por los hechos del Palacio de Justicia y la teoría expuesta por la Fiscalía durante la investigación por la masacre en Machuca.

En ambas situaciones se analizaron los hechos con intención de endilgar responsabilidad a partir de la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder; uno de ellos ocurrido “dentro” del establecimiento, el otro “fuera” del establecimiento. Veremos qué tan cerca o qué tan lejos estamos de adoptar la figura en nuestra actual jurisprudencia.

LA TESIS DE ROXIN SOBRE LA AUTORÍA MEDIATA EN ESTRUCTURAS ORGANIZADAS DE PODER

En 1963 Claus Roxin publica su tesis sobre “Autoría y dominio del hecho en el derecho penal”² en la cual plantea de forma muy novedosa una especie de autoría no utilizada hasta ese momento: la del autor mediato cuando este hace parte de un aparato organizado de poder.

²ROXIN, Claus. “Autoría y dominio...”, op. cit.

Llegaba a esta teoría con motivo de las sentencias dictadas dentro del juicio al ex nazi Adolf Eichmann, cuya defensa durante el juicio en Israel estuvo basada en el hecho de que, a pesar de haber estado a cargo de buena parte de la “solución final” al problema judío, directamente no había sido el autor de ninguna muerte o ejecución.

Por supuesto esta hipótesis se remontaba también a la experiencia europea vivida durante la Segunda Guerra Mundial durante la cual unas poderosas estructuras estatales determinaron la comisión de una serie de hechos de lesa humanidad durante los cuales la totalidad de los partícipes —desde la cabeza visible o principal hasta los soldados rasos— tuvieron dominio del hecho. Las condenas que se dictaron en tales procesos no estuvieron exentas de críticas desde todos los frentes tanto durante como después de que los Tribunales de Nüremberg terminaran su labor. Los horrores de la guerra y las atrocidades cometidas que quedaron en evidencia durante esas audiencias, dejaron pocos reparos a las condenas impartidas, pero no cabía duda de que la legitimidad misma del tribunal (compuesto en su totalidad por miembros de las naciones vencedoras), y los argumentos utilizados para soportar las condenas a todos los implicados presentaban unos vacíos argumentativos importantes.

En el campo de la autoría, ¿era posible hablar de una responsabilidad de cuerpo *per se* basados en el concepto de autor, co-autor, inductor, cómplice y determinador? No desde el punto de vista clásico. La pregunta acerca de si era posible que quien actuase determinado por las órdenes de un superior para el cumplimiento de un mandato abiertamente contrario a toda legalidad conocida hasta ese momento, lo hiciera también de manera voluntaria de forma que la responsabilidad pudiera recaer no sólo en quien impartía la orden sino también en quien la ejecutaba, no era tema de discusión en ese momento.

Al momento del juzgamiento de los criminales de guerra nazis, el tribunal estimó como ineficaz la argumentación innegable de la exculpación por cumplimiento de órdenes superiores al interior de un sistema jurídico legítimo. El nacional socialismo, si bien culpable de terribles crímenes contra la humanidad, había actuado dentro de un marco constitucional y legal consecuente con la filosofía de exterminio adoptada durante la Segunda Guerra Mundial. ¿Cómo entonces argumentar que existía el deber de abstenerse a ejecutar la orden? Y, ¿cómo vincular al ordenador y al ejecutor cuando el primero estaba en física incapacidad de compartir la ejecución del hecho?

Los tribunales militares que juzgaron a los criminales de guerra aplicaron un principio superior de defensa de los derechos humanos y la necesidad del castigo por crímenes que afectaron la razón misma de la convivencia humana. Pero seguía existiendo un vacío conceptual que sólo vino a ser llenado a partir de la tesis de Roxin según la cual era posible compartir un mismo grado de culpa entre quien ordena y quien ejecuta a pesar de que no existiese una directa conexión entre ambos más que a través de la pertenencia mutua a un esquema organizado y basado en relaciones de poder.

El supuesto que Roxin proponía partía de establecer si las teorías vigentes sobre la autoría y la participación criminal que incluían la figura de la inducción y de la complicidad, eran suficientes para resolver la problemática de los crímenes de guerra o si era necesario establecer que bajo la existencia de una organización al mando de una autoridad superior se podía diferenciar esa autoridad del inductor o del instigador para convertirlo directamente en sujeto con plena responsabilidad.

Para Roxin cuando existen estas maquinarias de poder, funcionan casi de manera automática de forma tal que el individuo que ejecuta el hecho es indiferente para quien emite la orden, de manera que el control de esa autoridad sobre el ejecutor

proviene de una estructura y no de una relación personal.³Roxin lo describe de la siguiente manera:

“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 engañosos, puesto que sabe que si uno de los numerosos órganos que cooperan en la realización de delitos elude cumplir su cometido, inmediatamente otro va a suplirle, no resultando afectada la ejecución del plan global.”⁴

Existen pues dos diferencias fundamentales con la autoría ordinaria; la primera es que se trata de una estructura criminal y la segunda es que el autor directo es “fungible” es decir, fácilmente reemplazable en caso de que se niegue a cumplir la orden.

“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.”⁵

³Conviene tratar de definir el concepto de “aparato organizado de poder”. Algunos instrumentos internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, lo definen como un “grupo delictivo organizado o grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”. En Colombia se utiliza la definición contenida en el Protocolo II adicional a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949: “Grupo Armado Organizado al Margen de la Ley (GAOAL): Aquel que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerza sobre una parte del territorio un control tal que le permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas que necesariamente debe corresponder a un grupo de guerrilla o de autodefensas, o una parte significativa e integral de los mismos bloques, frentes u otras modalidades de esas mismas organizaciones” (Esta definición aparece parcialmente en el artículo 1º de la Ley 975 de 2005).

⁴ ROXIN, Claus. “Autoría y dominio del Hecho en Derecho Penal”, Traducción Gómez Navajas, Revista Penal 18, 2006.

⁵ROXIN, Claus. “Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión”, traducción por María Teresa CastiñeiraPalou, en AA. VV., “Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universidad PompeuFabra)”, Jesús María Silva Sánchez (editor), Cuadernos Civitas, Civitas, Madrid, 2000, p. 161.

La última característica que Roxin plantea sobre la autoría mediata en aparatos organizados de poder, es que estas estructuras se encuentran al margen del ordenamiento jurídico. La razón de esta exigencia la entiende Roxin por el hecho de que, dado que las leyes tienen un rango superior, lo normal es que cuando el sujeto está cubierto por la normatividad legal opte por cumplir la ley y no por violarla; en esas condiciones, si bien es posible que actores estatales puedan ser sujeto de esta calificación, no lo hacen en tanto tales sino como una desviación como cuerpo del deber jurídico inicialmente impuesto o porque existe una situación anómala al interior de la legislación que rige.⁶

Este es el argumento por el cual el autor niega la posibilidad de la existencia de este tipo de autoría en entornos empresariales: si el sujeto está inmerso en un medio en el que la normalidad le impulsaría a cumplir la ley en vez de lo contrario, está en capacidad de abstenerse de ejecutar un acto contrario a derecho pues la relación de mando no tiene la entidad de compelerlo como sí sucedería cuando pertenece a un aparato organizado de poder al que se encuentra vinculado. Además, en el caso de organizaciones empresariales, el ejecutor no tiene la característica de fungibilidad (en caso de negarse cualquier otro puede tomar su lugar para la ejecución de la orden) pues la organización empresarial —por lo general— requiere de habilidades específicas en cada uno de sus miembros.

⁶“Así, cuando en un Estado de Derecho una autoridad determina a sus subordinados a cometer delitos o cuando en las Fuerzas Armadas un mando imparte órdenes antijurídicas, ello ha de valorarse siempre, salvo que haya que afirmar la autoría mediata por otras razones, sólo como inducción, pues si todo el aparato se mueve por los cauces del Derecho, “funciona” de la manera requerida por la estructura de dominio descrita únicamente al utilizar las vías preestablecidas por el ordenamiento jurídico. Una instrucción antijurídica no puede poner aquí la organización en movimiento; si es obedecida, no se trata de una acción de la maquinaria de poder, sino de una “iniciativa particular” llevada a cabo eludiendo su modo de funcionar, cuya característica entonces suele ser también la ocultación cuidadosa con respecto a los demás titulares de competencias de la organización. Así pues, en tales casos no se actúa *con* el aparato, sino *contra* él, quedando excluidos de entrada del ámbito del posible dominio de la organización. Faltan aquí también, con arreglo al suceso externo, todos los presupuestos de la autoría mediata, puesto que el individuo tiene que ser enrolado para el plan delictivo en cada caso como interviniente individual y no cabe hablar de la sustituibilidad a voluntad.” ROXIN, Claus. “Autoría...”, op. cit. p. 277.

Más opositores que adeptos dentro de la doctrina y la dogmática penal ha tenido esta tesis de Roxin.

(¿Se justifica la larga enumeración de opositores y el resumen de sus teorías?)

CASOS DE DERECHO INTERNACIONAL EN LOS QUE SE HA APLICADO LA TEORÍA DE LA AUTORÍA MEDIATA EN APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

Claus Roxin relata —no sin cierta amargura— que la jurisprudencia alemana ignoró su teoría durante 25 años, habiendo podido usarla en el juzgamiento de los delitos cometidos por el nacional socialismo.

El primer uso real y práctico de su tesis se produjo durante los años 80 por parte del Tribunal de Apelaciones y la Corte Suprema Argentina durante el juzgamiento de los delitos cometidos por la Junta Militar que gobernó ese país. Se aplicó para los delitos cometidos “en el marco de la actividad represiva del terrorismo subversivo, realizada mediante una estructura jerárquica estatal durante el gobierno de facto vigente entre 1976 y 1983.”⁷

1. El caso argentino

La acusación que enfrentaron los militares argentinos con ocasión de su juzgamiento por parte de la Cámara Federal en lo criminal y correccional de la Capital Federal, entre otros, incluía los siguientes argumentos:

“Los hechos enunciados debían ser analizados dentro de las disposiciones legales existentes sobre la lucha contra la subversión,

⁷LASCANO, Carlos Julio. *Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales*, artículo publicado en “Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales”, Marcos Lerner Editora Córdoba – La Lectura Libros Jurídicos, Córdoba, octubre de 2001, pp. 349-389.

pero dejando sin cumplir aquellas reglas que se opusieran al plan ordenado, razón por la cual, se trató de una estructura organizativa estatal, que a través de la cadena jerárquica de mandos, actuaba al margen del ordenamiento jurídico. Mientras el sistema se ponía en práctica, la sociedad seguía sometida al orden jurídico, la constitución (con las limitaciones propias de un régimen de facto) estaba en vigor, al igual que el Código Penal la policía detenía a los delincuentes y los jueces dictaban sentencias.

Además, integraba el sistema ordenado la garantía de impunidad que se aseguraba a los ejecutores, al lograr que los organismos legales de prevención del delito no interfirieran en la realización de los procedimientos, ocultando la realidad de los hechos ante los pedidos de los jueces, organizaciones, familiares y gobiernos extranjeros, efectuando remedos de investigaciones sobre lo que ocurría, y utilizando el poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias eran falsas y que respondían a una campaña orquestada de desprestigio al gobierno.

Para el Tribunal carecía de importancia determinar la eventual responsabilidad de los ejecutores materiales de tales hechos —quienes no tenían relevancia— porque los comandantes acusados mantuvieron siempre el dominio sobre éstos, pues controlaban la organización que los produjo, a través de la compleja gama de factores (hombres, órdenes, lugares, armas, vehículos, alimentos, etc.) que supone toda operación militar.

Se sostuvo en el fallo que quien domina el sistema —integrado por hombres fungibles en función del fin propuesto— lo hace en forma total, pues tiene en sus manos la anónima voluntad de todos sus miembros, y si alguno se resistiera a cumplir lo ordenado, sería automáticamente reemplazado por otro que si lo haría, de lo cual se deriva que el plan trazado no puede ser frustrado por la voluntad del ejecutor, quien solo desempeña el rol de mero engranaje de una gigantesca maquinaria”.⁸

Dentro de los fundamentos de la sentencia del Tribunal de Apelaciones se encuentran los siguientes:

“Los inculpados tenían dominio del hecho pues controlaban la organización que producía los hechos... en este contexto pierde

⁸Ibídem.

importancia el ejecutor concreto de los hechos. El dominio de los que controlan el sistema sobre la consumación de los hechos ordenados por ellos es total, pues incluso si hubiera algún subordinado que se resistiera, sería automáticamente reemplazado por otro; de lo cual resulta que el plan proyectado no puede ser frustrado por la voluntad (opuesta) del ejecutante, el cual solamente juega el papel de un simple engranaje dentro de una maquinaria gigantesca... El instrumento del cual se sirve el hombre de atrás es el sistema mismo... el cual está compuesto por intermediarios fungibles...”.⁹

El soporte normativo de la Cámara estuvo en la interpretación del artículo 45 del Código Penal Argentino:

“Los antecedentes reseñados resultan elocuentes en demostrar que la expresión “determinar a otro” tiene un alcance más vasto que la mera instigación y que resulta un sustento dogmático mucho más firme de la autoría mediata que la parte primera del art. 45”.¹⁰

La Corte Suprema de Justicia Argentina, confirmó la condena que dictó la Cámara Federal en un fallo dividido en el que una mayoría de tres ministros aplicó “la teoría del dominio del hecho a través de los aparatos organizados de poder calificando la conducta de los ex comandantes militares como autoría mediata, en tanto la disidencia (de dos ministros) rechazando la tesis del dominio del hecho, la catalogó de complicidad primaria.”¹¹

2. El “Consejo Nacional de Defensa” en Alemania

⁹Citado por ROXIN, Claus en “Problemas actuales de la dogmática penal”, ARA Editores, 1ª edición, 2004, p. 226.

¹⁰La sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal dictada el 9 de diciembre de 1985 en la “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto nº 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional”, en el proceso a los integrantes de las Juntas militares, por delitos cometidos con motivo u ocasión de las acciones antisubversivas llevadas a cabo entre el 24 de marzo de 1976 y el 26 de septiembre de 1983, fue publicada en “Fallos”, t. 309, vol. 2. Esta cita específica, en págs. 1604 a 1609.

¹¹LASCANO, Carlos Julio, artículo citado. Acerca de si la tesis de Roxin fue finalmente aplicada o no en la sentencia de segunda instancia, hay diversas interpretaciones, entre ellas la de Zaffaroni, Aboso y Kai.

La segunda ocasión en la cual se utilizó la tesis de Roxin fue en el año de 1994, cuando se juzgó a los soldados de fronteras de la República Democrática Alemana que disparaban contra las personas que querían huir a la República Federal o que resultaron víctimas de minas antipersona en el caso conocido como “Consejo Nacional de Defensa”.

Tanto los guardias fronterizos como los miembros del Consejo Nacional de Defensa fueron condenados, los primeros como autores de homicidio y los segundo como autores mediatos al haber impartido orden de matar. El Tribunal sostuvo que “a pesar a la responsabilidad ilimitada del ejecutor la contribución del hombre de atrás conduce automáticamente a la realización del tipo”.¹² Roxin toma nota de esta decisión en los siguientes términos:

“La Quinta Sala ha asumido finalmente esta figura jurídica [criminalidad organizada a través de un aparato de poder] en su famosa sentencia de 1994. En este fallo, los miembros del “Consejo Nacional de Defensa” de la ex República Democrática Alemana fueron condenados como autores mediatos por el homicidio en el Muro de Berlín de los “fugitivos de la República”. Estos miembros, mediante disposiciones generales, habían ordenado a los soldados fronterizos ubicados en el muro disparar y colocar minas con cargas explosivas mortales, y, según la tesis del fallo, dominaban los acontecimientos a través del aparato de poder dirigido por ellos, aunque los ejecutantes inmediatos en la frontera también fueran responsables como autores (inmediatos) que actuaron culpablemente. Los miembros del Consejo fueron considerados como autores mediatos “detrás de los autores (responsables)”.¹³

En un análisis del caso, Kai Ambos analiza que en este caso la jurisprudencia considera que el hombre de atrás tiene dominio del hecho “cuando aprovecha determinadas condiciones configuradas por estructuras de organización de modo

¹²BGHSt., 40218 del 26 de julio de 1994, página 236.

¹³ROXIN, Claus, “Problemas actuales de dogmática penal”, op. cit., p. 227.

que dentro de esas condiciones su contribución al hecho desencadena procesos reglados”. Si ese hombre de atrás actúa en conocimiento de estas circunstancias que se dan especialmente en estructuras de carácter estatal, empresarial o en jerarquías de mando, aprovecha la disposición incondicional del autor material y espera el resultado como consecuencia de su actuación, será el autor mediato¹⁴.

3. El caso Pinochet¹⁵

La primera referencia de los tribunales chilenos a la doctrina de la autoría mediata se dio en el caso del asesinato en Washington del ex canciller del gobierno de Salvador Allende, Orlando Letelier del Solar, el 21 de septiembre de 1976. La sentencia del 12 de noviembre de 1993, calificó como autores mediatos a dos individuos que impartieron la orden de matar, desde un organismo del Estado, a una persona considerada como enemiga del gobierno.¹⁶

Los crímenes contra disidentes del gobierno de Pinochet, nacen al interior de estructuras organizadas del aparato estatal revestidas de reglamentación propia y dotadas de personal militar en sus diversos niveles de mando y ejecución, y disciplina característica del mundo castrense.¹⁷

El General José Manuel Contreras, uno de los acusados, quien fue el director de la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) bajo la dependencia directa de la Junta Militar, ejercía un control total sobre éste organismo encargado de la

¹⁴ AMBOS, Kai, “Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder”, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 12. Citando la sentencia del Tribunal Alemán.

¹⁵ Tomado de: SALAZAR POSADA, Mariana, “Juzgar al dirigente: la responsabilidad por autoría mediata en el caso Fujimori”, Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo en Iberoamérica, Universidad de Alcalá, Documento de Trabajo N° 08-2010

¹⁶ GUZMÁN, J.L., “El caso chileno”, en K. Ambos (ed.), Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado, Editorial Themis, Bogotá, 2008, p. 78.

¹⁷ GUZMÁN, J.L., “El tratamiento de los crímenes internacionales en la jurisprudencia chilena: Una cabeza de Jano”, *LatinamerikaAnalysen*, 18,3, 2007, p. 112.

represión política posterior al golpe de Estado. El crimen de Letelier fue dispuesto por Contreras y transmitido al autor directo por Pedro Octavio Espinoza, “el jefe de operaciones”, también procesado, quien adoptó “las medidas necesarias para materializar el plan”. Contreras y Espinoza fueron considerados coautores mediatos del delito.¹⁸

En esta sentencia, de primera instancia, se descartó la inducción y se optó por la figura de la autoría mediata, con expresa adhesión a la tesis de Roxin del dominio de la voluntad a través de un aparato organizado de poder, dentro del cual el autor material aparecía como un simple instrumento de la DINA. Esta jurisprudencia expresa claramente la responsabilidad por dominio de organización, ya que se seguía la obligación de no cumplir la orden ilícita, “no era una orden del servicios”.¹⁹

El dictador Augusto Pinochet enfrentó cinco procesos desde 1998 hasta su muerte en 2006 y fue acusado como autor mediato. El 1° de diciembre de 2000, el juez Guzmán Tapia dictó auto de procesamiento en su contra, en calidad de coautor por los delitos de secuestro calificado y de homicidio calificado por el caso “Caravana de la Muerte”, comitiva militar comandada por un general de la República cuya tarea consistió en eliminar personas, en espera de ser enjuiciadas o sentenciadas por la justicia castrense, que dejó 75 personas desaparecidas. Quien dio la orden en este caso, el general Pinochet, y permitió que se cometieran los crímenes, implícitamente no dispuso lo pertinente para que fueran investigados los autores materiales teniendo la obligación de hacerlo por ser Comandante del Ejército, director de la DINA y presidente de la Junta Militar con facultades de impartir órdenes a las Fuerzas Armadas.²⁰

¹⁸GUZMÁN, J.L., “El caso chileno”...cit., pp. 74-79.

¹⁹GUZMÁN, J.L., “El tratamiento...cit., p. 113.

²⁰SALAZAR POSADA, Mariana, “Juzgar al dirigente...”, cit. p. 16

4. El caso “Sendero Luminoso” en Perú

En el año 2006, la Sala Penal Nacional del Perú condenó a Abimael Guzmán²¹ a cadena perpetua por el delito de terrorismo en su calidad de líder de Sendero Luminoso bajo la tesis del dominio de la organización dado que las demás categorías penales de autoría no resultaban satisfactorias para explicar y resolver los casos de intervención delictiva de quienes dirigen y controlan una organización criminal. La sentencia, aunque se aparta parcialmente de la propuesta de Roxin, funda el dominio del hombre de detrás en la predisposición del ejecutor a realizar órdenes ilícitas, pero justifica la opción por la tesis del dominio de la organización, por su mayor grado de desarrollo en comparación con otras formas de imputación.²²

5. El caso Fujimori²³

En el año 2007, la Corte Suprema de Chile accede a extraditar al Perú al ex presidente de esa nación, Alberto Fujimori,²⁴ en virtud de tratado vigente entre ambos países. Los casos por los cuales se solicitaba su entrega aludían a violaciones a los derechos humanos ocurridos en “La Cantuta” y “Barrios Altos” a los que se sumó el caso denominado “Sótanos del CIE”.

Tanto la sentencia de extradición como la acusación del Ministerio Público del Perú, explicitan los criterios doctrinarios que sustentan la imputación como autor mediato de los delitos investigados y de allí se deduce la responsabilidad penal del ex presidente por el dominio de la voluntad en aparato organizado de poder.

²¹ Expediente 560-03 del 13 de octubre de 2006

²² SALAZAR POSADA, Mariana, “Juzgar al dirigente...”, cit., p. 17.

²³ *Ibíd.*, p. 20.

²⁴ Resolución Rol 3744-2007.

La sentencia condenatoria dictada en su caso, reconoce que la autoría mediata está suficientemente acreditada ya que “se cumplen definitivamente los elementos fácticos y jurídicos, que como presupuestos y requisitos posibilitan tal nivel y modalidad de imputación de responsabilidad penal”.

“El acusado ocupó la posición más alta en el nivel estratégico del Estado [...] ejerció ostensible poder de mando para la conducción política y militar directas de las estrategias de enfrentamiento contra las organizaciones subversivas terroristas [...]

[...] como de jefe supremo de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, el acusado abusando de su posición de mando y pervirtiendo el uso legítimo de su poder, fue configurando desde mil novecientos noventa, conjuntamente con su asesor Vladimiro Montesinos Torres [...]

[...] en todos los delitos sub judice la condición fungible de los ejecutores así como su disposición al hecho y su no relación directa ni horizontal con el acusado, posibilitan afirmar la posición de autor mediato de éste como ente central con poder jerárquico de dominio sobre el aparato de poder, cuyo automatismo conocía y podía controlar a través de sus mandos intermedios.”²⁵

6. El Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1977

Previo a la creación y reconocimiento internacional de la Corte Penal, los Convenios de Ginebra de 1949 relativos a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales²⁶ habían considerado la responsabilidad que recae en cabeza de los jefes de organizaciones armadas que, si bien no es un abierto reconocimiento a la autoría mediata en aparatos organizados de poder, constituye un antecedente valioso en cuanto habla del castigo al autor detrás del autor. Según el artículo 86 de dicho Protocolo:

²⁵ Fundamento 745 de la sentencia por el Expediente N° AV 19-2001

²⁶ Aprobado el 8 de junio de 1977 por la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados. Entró en vigor el siete de diciembre de 1978.

“Omissiones. 1. Las Altas Partes Contratantes y las Partes en conflicto deberán reprimir las infracciones graves y adoptar las medidas necesarias para hacer que cesen todas las demás infracciones de los Convenios o del Presente Protocolo que resulten del incumplimiento de un deber de actuar.

“2. El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción.”

Por su parte, el artículo 87 del Protocolo contempla con relación a los jefes de organizaciones armadas lo siguiente:

“Deberes de los jefes. 1. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes militares, en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad, impidan las infracciones de los Convenios y del presente Protocolo y, en caso necesario, las repriman y denuncien a las autoridades competentes.

“2. Con el fin de impedir y reprimir las infracciones, las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes, según su grado de responsabilidad, tomen medidas para que los miembros de las fuerzas armadas bajo sus órdenes tengan conocimiento de las obligaciones que les incumben en virtud de lo dispuesto en los Convenios y en el presente Protocolo.

“3. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto obligarán a todo jefe que tenga conocimiento de que sus subordinados u otras personas bajo su autoridad van a cometer o han cometido una infracción de los Convenios o del presente Protocolo a que tome las medidas necesarias para impedir tales violaciones de los Convenios o del presente Protocolo y, en caso necesario, promueva una acción disciplinaria o penal contra los autores de las violaciones.”

7. Estatuto del Tribunal para el enjuiciamiento de crímenes en Yugoeslavia

Con ocasión del conflicto que azotó a las repúblicas que conformaban a la antigua Yugoslavia, el Consejo de Seguridad de la ONU mediante resolución 808 de 1993, decidió establecer un tribunal internacional para la investigación y juzgamiento de los responsables de las violaciones al derecho internacional humanitario cometidas desde 1991 en ese territorio. El informe del Secretario General sobre el caso contenía el estatuto del Tribunal Internacional, aprobado por resolución 827 de 1993. El artículo 7º de dicho estatuto dispuso:

“Responsabilidad penal individual.

1. Quienquiera haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto, es individualmente responsable de dicho crimen.

“2. La categoría oficial de un acusado, ya sea como Jefe de Estado o de Gobierno, o como alto funcionario, no le exonera de su responsabilidad penal y no es motivo de disminución de la pena.

“3. El hecho de que cualquiera de los actos contemplados en los artículos 2 a 5²⁷ del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado, no libera a su superior de su responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo hizo, y que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido, o para castigar a los autores.

“4. El hecho de que un acusado haya actuado en ejecución de una orden de un gobierno o de un superior no le exonera de su responsabilidad penal, pero puede ser considerado como un motivo de disminución de la pena si el Tribunal Internacional lo estima conforme a la justicia”.

²⁷Infracciones graves a la Convención de Ginebra de 1949, violación de leyes o prácticas de guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad.

Según Fernando Velásquez V.²⁸, son tres los aspectos que deben destacarse:

“En primer lugar, se afirmó que para poder atribuir responsabilidad al superior por actos que no ha cometido directamente, se debe partir de la existencia del deber de evitar tales actos, o de sancionarlos después de cometidos, como lo disponía para entonces el artículo 86 del Protocolo I y el artículo 7º del mismo Estatuto; en segundo lugar, se asentó la responsabilidad del superior sobre la existencia de una relación de subordinación con quienes efectivamente ejecutan los actos ilícitos. Y, en tercer lugar, se debe destacar como las decisiones del Tribunal han tenido en cuenta el aspecto subjetivo a la hora de hacer las correspondientes declaratorias de responsabilidad, sea porque los agentes hubiesen tenido conocimiento directo de los actos realizados por los subordinados, o sea por la presunción de conocimiento directo de los actos realizados por los subordinados, o sea por la presunción de conocimiento de tales actos con base en el estándar “había razones para conocer” los actos realizados por ellos”.

8. Estatuto del Tribunal de Ruanda

Este tribunal fue creado por el Consejo de Seguridad de la ONU con base en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, para juzgar a los responsables de genocidio y otras violaciones al derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y estados vecinos en el año de 1994.

El artículo 6º de dicho estatuto, contempló:

“Responsabilidad penal individual.

“1. Quienquiera haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados en los artículos 2

²⁸Concepto presentado al Proyecto ProFis, con base en el cual se elaboró el documento “La concurrencia de personas en el delito y los aparatos organizados de poder” dirigido a la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. FORER, Andreas y LÓPEZ DIAZ, Claudia.

a 4²⁹ del presente Estatuto, es individualmente responsable de dicho crimen.

“2. La categoría oficial de un acusado, ya sea como Jefe de Estado o de Gobierno, no le exonera de su responsabilidad penal y no es motivo de disminución de la pena.

“3. El hecho de que cualquiera de los actos contemplados en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no libera su superior de su responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o lo había cometido y el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido o para castigar a los autores.

“4. El hecho de que un acusado haya actuado en ejecución de una orden de un gobierno o de un superior no le exonera de su responsabilidad penal, pero puede ser considerado como un motivo de disminución de la pena si el Tribunal Internacional para Ruanda lo estima conforme a la justicia”.

Como puede verse, la necesidad de ampliar la responsabilidad hasta abarcar al autor detrás del autor comenzó a ser palpable a medida que la justicia internacional trataba de controlar los desmanes cometidos en los graves conflictos internacionales que replicaban la experiencia del genocidio a lo largo y ancho del mundo.

9. El Estatuto de la Corte Penal Internacional

Este Estatuto contempla la responsabilidad a partir de la autoría mediata de manera individual pero también prevé la responsabilidad de los jefes y superiores. Los artículos 25.3 a) y 28 establecen lo siguiente:

“De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

²⁹Crímenes contra la humanidad y violaciones del artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra y al Protocolo Adicional II.

- a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable.”

“Responsabilidad de los jefes y otros superiores. Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

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

10. Vigencia en el territorio Colombiano de estas normas internacionales

La sentencia C-225 de 1995 extiende la obligatoriedad del cumplimiento de las normas de Derecho Internacional Humanitario a todos los posibles actores del

conflicto interno colombiano. El fundamento es claro: el artículo 214, numeral 2º de la Constitución Política dispone que “en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”. Sobre la obligatoriedad de su cumplimiento por todas las partes en conflicto, dice la sentencia:

“La obligatoriedad del derecho internacional humanitario se impone a todas las partes que participen en un conflicto armado, y no sólo a las Fuerzas Armadas de aquellos Estados que hayan ratificado los respectivos tratados. No es pues legítimo que un actor armado irregular, o una fuerza armada estatal, consideren que no tienen que respetar en un conflicto armado las normas mínimas de humanidad, por no haber suscrito estos actores los convenios internacionales respectivos, puesto que la fuerza normativa del derecho internacional humanitario deriva de la universal aceptación de sus contenidos normativos por los pueblos civilizados y de la evidencia de los valores de humanidad que estos instrumentos internacionales recogen. Todos los actores armados, estatales o no estatales, están entonces obligados a respetar estas normas que consagran aquellos principios mínimos de humanidad que no pueden ser derogados ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado.”³⁰

No cabe duda, pues, que existe no sólo la obligación del respeto a las normas del derecho internacional al interior de nuestro conflicto y por parte de todos los actores armados que participan en él, sean de naturaleza estatal, para-estatal o subversiva, sino que además conocemos de larga data la posibilidad de una responsabilidad no sólo a nivel personal sino a partir de la estructura de una organización armada.

³⁰Corte Constitucional, sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

EL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y SU ACEPTACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

Desde hace unos años se viene planteando en la jurisprudencia con cierta insistencia la teoría de la autoría mediata al interior de aparatos organizados de poder. Inicialmente solo como mención en las sentencias para justificar o enfatizar la importancia del cabecilla o del mando al interior de una organización criminal y a partir de ahí entrar a demostrar la importancia de su participación en todo el actuar criminal y deducir su grado de responsabilidad.

Esta teoría se ha planteado tanto por la Corte Suprema de Justicia como por los diversos operadores jurídicos que han visto la necesidad de avanzar en la discusión acerca de si la figura de la autoría impropia (o, como es comúnmente llamada “coautoría impropia”) es todavía de recibo y acerca de si es suficiente usar la denominación de “determinador” de quienes encabezan los diferentes grupos criminales que hacen parte del conflicto colombiano.

Se analizarán un par de sentencias en las que la discusión sobre la tesis de Roxin constituyó el tema central en orden a determinar el grado de participación de los inculpados.

A. El caso Plazas Vega y el Palacio de Justicia

Son suficientemente conocidos los hechos que dieron lugar al juicio adelantado en contra del Coronel (retirado) Plazas Vega con ocasión de su participación en la retoma del Palacio de Justicia; baste con decir que entre los días 6 y 7 de noviembre de 1985 se produjo un ataque a la sede que ocupaban para esa época la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado por parte del M-19, lo que condujo a una respuesta militar casi inmediata que arrojó como resultado casi un centenar de muertos, varias decenas de heridos y once desaparecidos.

Después de 25 años y miles de folios en decenas de expedientes, el Juzgado 3º Penal del Circuito Especializado de Bogotá dictó sentencia el 9 de junio del año 2010 por medio de la cual declara penalmente responsable al “coronel (R) Luis Alfonso Plazas Vega como coautor mediato de la conducta de desaparición forzada agravada prevista en el artículo 165 y 166.1 de la ley 599 de 2000”.³¹

Dada la sensibilidad del tema, esta sentencia produjo múltiples y aireadas expresiones de apoyo y rechazo; entre estas últimas, se cuentan las críticas de diversos tratadistas y abogados (especialmente entre los tratadistas de derecho penal, dentro de los que se destaca Fernando Velázquez sobre cuyo artículo se volverá un poco más adelante).

El acápite 6.3.3 de la sentencia hace el análisis de la responsabilidad que se le endilga al coronel Plazas, comenzando con un análisis de las diferencias entre la autoría mediata y la coautoría, partiendo de que el Despacho no comparte la calificación que se contiene en la resolución de acusación de “coautor impropio” del imputado pues la que se ajusta, en sentir de la juez, a ese caso es la teoría de la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder.

³¹ Sentencia condenatoria, parte resolutive, Radicado 2008-00025, Juzgado 3º Penal del Circuito Especializado de Bogotá.

Hay a continuación una serie de referencias y análisis de los textos de Roxin y otros autores y de la acogida que esta teoría ha tenido en la jurisprudencia nacional. De hecho es interesante que la juez se ocupa de la importancia del principio de congruencia para denotar que el cambio de imputación de coautoría impropia por el de autoría mediata, no vulnera tal principio, como quiera que en diversas sentencias como las del 2 de septiembre de 2009 (Radicado 29221 con ponencia del magistrado Yesid Ramírez Bastidas) y la sentencia del 3 de diciembre de 2009 (Radicado 32672 Con ponencia del magistrado Julio Enrique Socha Salamanca) ambas de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, se ha reiterado la siguiente tesis:

“... La fiscalía profiere resolución de acusación en contra de un mando intermedio de una organización criminal, por la realización de la conducta punible de homicidio agravado a título de lo que en la doctrina nacional se conocía tradicionalmente como autor intelectual. En los alegatos finales el representante del organismo acusador solicita la condena de esta persona como determinador, aduciendo que tal figura resulta más coherente desde el punto de vista sistemático de la teoría del delito que maneja. El funcionario de primera instancia, por su parte, lo sentencia como coautor del delito imputado, al considerar que participó en la conducta atribuida con dominio del hecho funcional. Por último, después de ser apelada la providencia, el Tribunal la confirma, pero aclara que la participación del procesado fue a título de autor mediato en virtud de su pertenencia a una estructura organizada de poder.

“En ninguno de estos casos se desconocería el principio de congruencia, en la medida en que las consecuencias punitivas para cualquiera de las figuras señaladas (autor intelectual, determinador, coautor y autor mediato) resultarían idénticas a la inicialmente planteada”.³²

El párrafo anteriormente transcrito refleja en toda su extensión el problema que la dogmática y la jurisprudencia nacionales tienen en este momento para dar el paso

³²Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 5 de diciembre de 2007, radicado 26513, magistrado ponente julio Enrique Socha Salamanca.

al reconocimiento de la posibilidad de la coautoría mediata en aparatos organizados de poder. Esa indiferenciación nacida del argumento de que las consecuencias son las mismas y en consecuencia la calificación pase a un segundo plano, abre una riesgosa brecha que perjudica por igual a víctimas y a victimarios.

El esquema de la sentencia contra Plazas Vega trata de encuadrar los hechos de la retoma y posterior desaparición de algunas de las personas que estaban al interior del Palacio, con los elementos y la estructura de la teoría de Roxin. En primer lugar encuentra que es evidente que las Fuerzas Militares tienen una organización jerárquica y que la Escuela de Caballería (unidad que fue designada dentro de la investigación de manera repetida como la encargada de detención y desaparición de 11 de las víctimas del Palacio) estaba al mando del coronel Plazas. Que se demostró que hacía parte integrante del Ejército y que esa unidad recibió la orden, junto con otras, de actuar en coordinación con el fin de “rescatar los secuestrados, recuperar el palacio y reducir al grupo subversivo”.³³

En segundo lugar que el poder de mando del coronel Plazas quedó perfectamente demostrado a partir de los testimonios de otros miembros del Ejército, funcionarios y testigos; su presencia en el lugar de los hechos ampliamente documentada por los medios de comunicación de la época y su responsabilidad en la detención de los desaparecidos y su posterior traslado a la Escuela de Caballería; todo ello con conocimiento y dominio del acusado. Finalmente diversos testimonios señalan el conocimiento que tenía el coronel Plazas de las torturas y posterior desaparición de los 11 detenidos, todo lo cual lleva a la juez a concluir que:

“Con base en lo hasta aquí expuesto, resulta innegable que el coronel (R) LUIS ALFONSO PLAZAS VEGA, como comandante de la Escuela de Caballería, debió conocer los censurables actos perpetrados por

³³Declaración del general en retiro Rafael Hernández López folio 250 c.o. 6 Radicado2008-00025.

personal militar en contra de varios sobrevivientes, entre ellos los 11 desaparecidos, en dependencias militares a su cargo, lo cual demuestra la conciencia de la antijuridicidad que acompañó al acriminado durante el desarrollo de los sucesos que ocupan nuestra atención.

“ ...

“De otro lado, si bien no se acreditó que el enjuiciado llevó a cabo personalmente la acción descrita en el tipo penal, definitivamente puede inferirse que tuvo el dominio del hecho a través de la fuerza que comandaba, lo que le aseguró la consumación del punible a través de la fungibilidad de los ejecutores responsables, quienes resultaron ser piezas esenciales de un engranaje completo orientado al crimen.”

Con el fin de encuadrar suficientemente los antecedentes comportamentales del sindicado y en general de la estructura a su mando que llevarían a explicar por qué al interior de una estructura armada legal se ha presentado la anomalía que sustenta la autoría mediata en la comisión de delitos, la funcionaria analiza dentro de la sentencia una serie de denuncias previas y posteriores a los hechos del Palacio en las que se detalla cómo miembros de la Escuela de Caballería y otras divisiones del Ejército habían realizado detenciones y sometido a torturas a los detenidos, lo que la lleva a concluir:

“En definitiva, el proceder del inculpado, formó parte, por un lado, tal y como se afirmó en el acápite de materialidad, de la estrategia emprendida por diversos sectores que pretendían aplacar las voces de todas aquellas personas que poseían información o tenían interés en indagar por la suerte de los sobrevivientes del palacio de quienes no se volvió a tener noticia con el fin último de extender un manto de impunidad alrededor de los funestos acontecimientos acaecidos prevaleciéndose de una estructura de personas y medios estatales que operó al margen del estado de derecho”.

Este juicio de reproche que condujo a la sentencia condenatoria, como ya se dijo, ha producido múltiples reacciones al interior de los tratadistas, entre ellos Fernando Velázquez quien publicó un artículo de análisis de esta sentencia que

contiene reproches a la misma³⁴. La parte central de esta crítica es directamente a la teoría de Roxin la cual considera revaluada incluso por el mismo autor.

Comienza controvirtiendo la existencia de un verdadero aparato criminal organizado de poder ya que se trata no solo de un grupo que opera al interior del Estado sino también que en su sentir ese aparato organizado de poder solo habría funcionado durante los dos días en los cuales transcurrió la toma y retoma del Palacio. Adicionalmente critica que se utilice la figura frente al estamento militar puesto que la teoría roxiniana exige que el aparato u organización actúe como un todo al margen del derecho y que esa actuación por fuera del derecho debe producirse de una manera tal que “violaciones aisladas de los derechos humanos que no forman parte de una política no son suficientes”³⁵. Finalmente advierte que ni el poder de mando ni la fungibilidad de los instrumentos, ni la disponibilidad a realizar los hechos quedaron plenamente demostrados al interior del proceso y estos elementos son los que fundamentarían la teoría que condujo a la responsabilidad del imputado.

Finalmente el autor advierte que la autoría mediata a través de aparatos criminales organizados de poder no se encuentra vigente en nuestra ley penal ya que él entiende que cuando el artículo 29 del Código Penal alude a “utilizando otro como instrumento” es un ser humano y no un aparato organizado de poder. Sus últimas notas dentro del artículo son acerca de sus reparos a la tesis de Roxin y la afirmación de que este ha revaluado su teoría introduciendo la posibilidad de que esta no es una verdad absoluta (esto último en lo cual este ensayo se encuentra de acuerdo).

³⁴VelásquezV., Fernando. “Los aparatos criminales organizados de poder” en Cuadernos de derecho penal No. 4 Pág. 173, Universidad Sergio Arboleda. 2012.

³⁵Kai, Ambos. “La autoría mediata”. Pág. 82.

Ahora bien, cierto es que la teoría de los aparatos organizados de poder para sustentar la autoría mediata no se encuentra reconocido dentro de nuestro ordenamiento jurídico como figura autónoma; pero indudablemente la interpretación del artículo 29 del Código Penal que se hace por medio de esta figura, no está argumentando que el “otro” del que allí se habla es un aparato organizado de poder. Ese “otro” es el elemento fungible del que habla Roxin y el cual actúa con un dolo propio que está mediado por la cabeza de la organización a la que pertenece y cuyos ideales o ideología comparte.

Así mismo, es discutible su posición en relación con que el aparato organizado de poder del que se habla en el fallo hubiese operado solo durante los dos días de la toma y retoma del Palacio. Es cuidadoso el fallo en documentar otros eventos de detenciones arbitrarias, torturas y desapariciones que con ocasión de la lucha anti-subversiva que adelantaban los organismos estatales, se habían producido hasta la fecha de la toma, y que indudablemente tales hechos y otros relacionados continuaron produciéndose con posterioridad, por lo cual ese actuar irregular tanto del Coronel (R) Plazas como de otros organismos armados del Estado incurrieron en irregulares conductas que luego conducirían a múltiples condenas en contra de la Nación tanto del orden nacional como internacional.

Muchas críticas pueden intentarse en cuanto al análisis probatorio del fallo de primera y segunda instancia en el caso del Coronel (R) Plazas Vega; pero en cuanto al encuadramiento de la responsabilidad del mismo, resultó ser más comprometida con la dogmática jurídica el encuadramiento que realizó la falladora de primera instancia que el que había intentado la instancia fiscal en la resolución de acusación.³⁶ Pero, se dejó de analizar el contexto en que se ha aplicado la

³⁶Huelga decir que el fallo de segunda instancia que confirmó parcialmente la sentencia condenatoria contra el Coronel (R) Plazas Vega es aún más detallado y explicativo en la forma que considera la empresa criminal bajo la cual se produce la autoría mediata por aparatos organizados

teoría, no es lo mismo lo ocurrido en Alemania, Argentina o en el caso Fujimori y además, no se profundizó en las características de sus elementos estructurales de la teoría y sólo lo hace en relación de la empresa o maquinaria de poder sin analizar los otros elementos de la teoría de Roxin.

B. El caso “Machuca” y la cúpula del ELN

El 18 de octubre de 1998, la compañía “Cimarrones” del Ejército de Liberación Nacional, dinamita un tramo del oleoducto Cusiana-Coveñas generando un derrame de crudo que se esparce colina abajo, llega al río y corre a lo largo de un pequeño corregimiento del municipio de Segovia llamado “Machuca”. Casi una hora después de la voladura, los gases acumulados se encienden y arrasan la casi totalidad de la población con un resultado de alrededor de cien víctimas mortales y treinta gravemente heridos.

La investigación y juzgamiento culminaron con sentencia condenatoria para los tres jefes de la compañía “Cimarrones” y los siete miembros de la cúpula del grupo guerrillero, por los delitos de homicidio simple, lesiones personales, rebelión y terrorismo.³⁷ Apelada la sentencia, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala Penal, revoca parcialmente y condena a los implicados por el delito de rebelión, controvirtiendo y denegando la teoría de coautores en concurso de delitos en la que se había basado la decisión de primera instancia.

Esta decisión de segunda instancia es apelada tanto por la Fiscalía Delegada como por el Ministerio Público quienes aducen diversos cargos. En cuanto al alegato del Ministerio Público, se hace una extensa defensa de la figura de la autoría mediata por aparatos organizados de poder para justificar la necesidad de

de poder que defendió el fallo de la a-quo. Sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, 30 de enero de 2012, radicado 2008-00025.

³⁷Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, sentencia de mayo 25 de 2004.

la condena y la vinculación de la totalidad de los procesados por todos los hechos delictivos deducidos con ocasión de la voladura del oleoducto y posterior conflagración en el corregimiento.

Una vez hecho el traslado de estas demandas, el Procurador Delegado ante la Corte Suprema de Justicia Sala Penal, desestima los cargos propuestos por la Fiscalía y apoya en gran medida el alegato del Ministerio Público, ampliando el concepto emitido en cuanto a la autoría mediata y solicitando la revocatoria de la sentencia de segunda instancia y la confirmación plena de la primera decisión. Respecto a la condición de la cúpula del movimiento y su participación, conceptuó:

“Ni en la acusación, ni en la sentencia de segunda instancia se atribuyó a los procesados responsabilidad en calidad de determinadores, es decir, como instigadores u ordenadores de un acto terrorista aislado, sino como mandantes en la condición de líderes de un aparato organizado de poder que entre sus consignas o acciones criminales preordenadas había dispuesto de manera general atentar contra la estructura petrolera y energética del Estado que combaten, asumiendo las perniciosas consecuencias que ello genera, en lo cual intervienen como autores mediatos de los atentados que en cumplimiento de esa política realmente ejecutan los operarios que son instrumentalizados como piezas fungibles o intercambiables de la organización criminal”.³⁸

Este interesante análisis fue retomado por la Corte pero no para estimar el grado de responsabilidad de los imputados como autores mediatos dentro de un aparato organizado de poder, sino para demostrar la ocurrencia del dolo eventual (también denegado por el Tribunal Superior de Antioquia en su fallo de segunda instancia) y la línea directa de vinculación de los cabecillas del movimiento con las acciones desplegadas por sus diversos frentes a título de coautores impropios. Dice la sentencia:

³⁸Farfán Molina, Francisco. Concepto Procurador Primero Delegado para la Casación Penal, Radicado 23825, Corte Suprema de Justicia.

“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.

“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.

“Mediando, como en el presente asunto, 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.”³⁹

Justo es coincidir con quienes lamentan que esta decisión de la Corte Suprema hubiese desperdiciado la oportunidad para avanzar en el estudio y la introducción de la figura de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, fuertemente sustentada por el delegado de la Procuraduría en su alegato, pero dejada de lado por la comodidad de una figura largamente utilizada en nuestra jurisprudencia como es la coautoría impropia, figura jurídica que solo existe en Colombia y desde el punto de vista de la dogmática penal tiene muchas críticas su aplicación.

³⁹Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia Rdo. 23825, 7 de marzo de 2007, Magistrado Ponente Javier Zapata Ortiz.

CONCLUSIONES

Al comienzo de este trabajo avizoraba la necesidad de un cambio en la redacción del artículo 29 del código penal; trabajo legislativo para llegar al punto de introducir la teoría roxiniana en la ley colombiana.

Al terminar, confirmo mi intuición; no es clara la aplicación jurisprudencial de la teoría, con los elementos característicos inicialmente concebida por su creador. Por, la forma que se viene aplicando considero; es necesario cambios en la normatividad penal por que se está desconociendo el principio de legalidad. Considero, entonces por desconocimiento de éste principio; se vulnera el principio de defensa, no es lo mismo cuando se acusa a título de coautor, determinador, instigador o como autor mediato, ya que dependiendo del tipo de imputación que haga el ente acusador; la defensa debe valorar el tipo de pruebas que harán valer en su defensa ante la clase de autoría o participación que se endilga.

Pero eso no es lo único; ha sido también claro que la tesis inicial de Roxin no es la misma que se ha venido aplicando, no sólo en Colombia, sino alrededor del mundo. La triple característica de maquinaria, actores fungibles y acciones por fuera de la ley, no es exactamente lo que se ha esgrimido cuando de ubicar las conductas de los líderes, mandos medios, intermediarios y ejecutores se ha tratado.

La situación más interesante de todas: el hecho, que los operadores jurídicos alrededor de todo el mundo la usaron para juzgar a su luz, aparatos estatales

organizados de poder. Si bien de poder corrupto, de acciones desviadas de la legalidad, de negación del derecho en algunos casos inclusive, pero aparatos estatales en todo caso. El recorrido casuístico hecho en este trabajo así lo demuestra, será por la situación probatoria ya que con solo demostrar uno de los elementos de la teoría (la existencia de una maquinaria de poder) se puedan deducir responsabilidades sin tener que demostrar otras situaciones probatorias,

El caso colombiano es diferente a otros alrededor del mundo. Como otros países de Latinoamérica hemos sufrido periodos de desviación de poder, pero a diferencia en los últimos tiempos no han existido golpes de Estados o gobiernos de factos como el caso argentino o la Alemania nazi. Como otros países del mundo, sostenemos una guerra irregular con múltiples frentes que se debate entre la confrontación política y la delincuencia común; una mezcla que produce de manera incesante grupos armados con los que es necesario hacer la diferencia en cuanto a la estructura de poder de esos grupos y las Estatales tal y como lo hizo Roxin, pues el mando y el elementos fungible tiene otras connotaciones en las estructuras al margen del ordenamiento jurídico.

Ahora, si analizamos el caso machuca traído como ejemplo, es evidente que la teoría de Roxin con sus tres características se puede subsumir o ajustar a las conductas endilgadas a los jefes del ELN y los ejecutores materiales.

En cambio en el caso del Coronel ® Plaza Vegas la situación es muy diferente, dos de los tres elementos de la teoría de Roxin; no se ajusten como son: el elementos de la fungibilidad y la empresa criminal.

En esta parte estaría de acuerdo con las criticas del el Dr, Fernando Velásquez, hace, ya que los integrantes del ejercito no estaban dentro de una estructura criminal y esta se puede ejercer para el curso de dos días.

En los dos ejemplos propuestos es evidente que la corte; en el primero de machuca no le quiso dar la interpretación extensiva a pesar de reunir los elementos de la teoría de Roxin. Pero, en el caso del Coronel Plaza Vega, en el palacio de justicia se da la total aplicación extensiva, pero desconociendo la teoría inicial de roxin.

En nuestro derecho, de la manera en que está concebido el artículo 29 del Código Penal, se puede afirmar que se viene aplicando la teoría desconociendo otros conceptos e inclusive el de “aparato organizado de poder” tal y como lo concibe la Convención de las Naciones unidas contra la delincuencia organizadas, el protocolo II adicional a los convenios de ginebra e inclusive como lo estipula la ley 975 de 2005 en su artículo 1 (ley de justicia y paz). Pero lo anterior, queda la inquietud ¿ se estará desconociendo el principio de legalidad ?.

Es que en el pensamiento del legislador no estaban incluidas estas posibilidades; el que nuestro derecho haya interpretado las formas de autoría a través de terceros de una manera diferente y se aplique por vía doctrinal y jurisprudencial, considero desdibuja el principio de legalidad y la seguridad jurídica fundamentales en un Estado social y democrático de derecho.

Otra cosa es que podamos confiar en la capacidad de nuestros falladores para aplicar tal criterio con sabiduría.

Por lo tanto, tal y como está redactado la norma, considero; no se puede dar aplicación a la teoría y debería replantearse la descripción normativa del artículo 29 del Código penal.

BIBLIOGRAFIA

AMBOS,Kai. "Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder" Cuadernos de conferencias y artículos No. 20 traducción de Manuel Cancio Melía. Universidad Externado de Colombia.

AMBOS,Kai.. Traducción de Claudia López Díaz. "Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales en el muro". Ed: Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

BOLEA BARDÓN, CAROLINA. "autoría mediata en derecho penal, Editorial Tirant lo Blanc, valencia, 2000.

Código Penal Colombiano, Art 29. Autoría.

DIAZ y GARCIA CONLLEDO, Miguel . "La autoría en derecho penal" Editorial Leyer, Bogotá, D.C.- Colombia. 2009.

Díaz, Rafael Arroyave. "La coutoria impropia" figura extraña a la lógica y a la ley penal colombiana. Primera edición 2000. Editora jurídica de Colombia.

Estatuto de Roma del 17 de julio de 1998

Farfán M., Francisco Javier, "La masacre de Machuca: autoría mediata a través de aparatos organizados de poder". Institutos de estudios del Ministerio Público, Bogotá, 2006.

Farfán Molina, Francisco, Concepto procurador primero delegado para la casación penal, ([http://209.85.207.104/search?q=cache:g5Y41z9Oeskj:websql.procuraduria.Gov.co/relatoría web/dependencia/1 Casación Penal/2006/23825%2520 \(Machuca\) % 2520 octubre.doc +oleoducto+cusiana+cove%B1as+eln+sentencia+corte+suprema+de+justicia+sala+de+casación+penal&hl=es&ct0clk&gl0co](http://209.85.207.104/search?q=cache:g5Y41z9Oeskj:websql.procuraduria.Gov.co/relatoría+web/dependencia/1+Casación+Penal/2006/23825%2520+(Machuca)+oleoducto+cusiana+cove%B1as+eln+sentencia+corte+suprema+de+justicia+sala+de+casación+penal&hl=es&ct0clk&gl0co))

GUZMÁN, J.L., "El caso chileno", en K. Ambos (ed.), Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado, Editorial Themis, Bogotá, 2008.

GUZMÁN, J.L., “El tratamiento de los crímenes internacionales en la jurisprudencia chilena: Una cabeza de Jano”, *Latinamerika Analysen*, 18,3, 2007, p. 112.

“*Juicios a las juntas militares*”, Cámara federal de la capital en lo criminal y en lo correccional, buenos aires, Argentina. Capítulo 8 de diciembre de 1985

LASCANO, Carlos Julio. *Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales*, artículo publicado en “Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales”, Marcos Lerner Editora Córdoba – La Lectura Libros Jurídicos, Córdoba, octubre de 2001, pp. 349-389.
Ley 975 de 2005

MARIN, Mario Salazar. “Autor y participe en el injusto penal”. Edición 1998. Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez.

Protocolo II adicional a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. “ El autor mediato en derecho penal español” en anuario de derecho penal y ciencias penales, Consejo General del poder judicial, Madrid, 1969.

ROXIN, Claus. “Autoría y dominio del hecho en derecho penal”, 2ª edición, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2000.

ROXIN, Claus. “Autoría y dominio del Hecho en Derecho Penal”, Traducción Gómez Navajas, *Revista Penal* 18, 2006.

ROXIN, Claus. “Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión”, traducción por María Teresa Castiñeira Palou, en AA. VV., “Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universidad PompeuFabra)”, Jesús María Silva Sánchez (editor), Cuadernos Civitas, Civitas, Madrid, 2000.

ROXIN, Claus. “Problemas actuales de la Dogmática penal” primera edición. ARA Editores E.I.R.L.

Sánchez, Alberto Suárez. “Autoría y participación” segunda edición 1998. Editado por el departamento de publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

SALAZAR POSADA, Mariana, “Juzgar al dirigente: la responsabilidad por autoría mediata en el caso Fujimori”, Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo en Iberoamérica, Universidad de Alcalá, Documento de Trabajo N° 08-2010

Velásquez., Fernando. "Los aparatos criminales organizados de poder" en Cuadernos de derecho penal No. 4 Pág. 173, Universidad Sergio Arboleda. 2012.

