



AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN: Institución viable para operadores judiciales en Colombia al atribuir responsabilidad penal por autoría*

**Maestría en Derecho Procesal Penal
Artículo de Grado**

AUTOR:

Willian Castro Galeano

TUTOR:

Dra. YACKELIN DIAZ RODRIGUEZ

**Facultad de Derecho
Universidad Militar Nueva Granada
Bogotá D.C., Colombia
Diciembre de 2015**

* Artículo resultado de investigación en el marco de la Tesis de Maestría en Derecho Procesal Penal de la Universidad Militar Nueva Granada.

*AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN: Institución viable para operadores judiciales en Colombia al atribuir responsabilidad penal por autoría**

*“Desterrada la justicia que es vínculo de las sociedades humanas,
muere también la libertad que está unida a ella y vive por ella.”*

Juan Luis Vives.

*Willian Castro Galeano***

RESUMEN

La forma en que hoy en día se refleja la delincuencia en diferentes partes del mundo, sobre todo en lo que tiene que ver con su organización, hace necesario que se realicen estudios acerca de la participación criminal de los miembros de estas organizaciones, con el fin de presentar soluciones a la forma de imputación que se les debe hacer cuando éstos se encuentran en investigaciones penales. En ese sentido, la autoría mediata por dominio de la organización criminal, se encuentra como forma adecuada de imputar cargos a los máximos dirigentes de las organizaciones criminales, con el fin de no dejar impune sus acciones. El documento que a continuación se presenta es el resultado de una investigación de tipo inductivo, empleando como fundamento la hermenéutica y el análisis de documentos.

* Artículo resultado de investigación en el marco de la Tesis de Maestría en Derecho Procesal Penal de la Universidad Militar Nueva Granada.

** Abogado de la Universidad la Gran Colombia, Especialista en Derecho Penal y Criminalística Universidad Católica de Colombia, Magister © en Derecho Procesal Penal Universidad Militar Nueva Granada. E-mail: williamcastrogaleano@hotmail.com

El documento aquí desarrollado parte del análisis del artículo 29 del código Penal colombiano, desde el cual puede inferirse la aplicación de la autoría mediata por dominio de la organización, doctrina que no se encuentra profundamente aceptada y conceptualizada en la actualidad. A lo largo del texto se muestra el tratamiento que la legislación y la doctrina, tanto nacional como mundial, ha otorgado a la teoría de la autoría mediata por dominio de la organización, describiendo su formulación, evolución y discusión actual iniciando por los postulados propuestos por los profesores Roxin y Schroeder, como promotores de las primeras teorizaciones acerca del tema, dando paso al tratamiento que los tribunales extranjeros ha tenido sobre la autoría mediata en su jurisprudencia, en especial en el Tribunal Federal Alemán y el caso de Fujimori dentro de la Corte Suprema de Justicia del Perú. Por último se hace referencia al caso Colombiano, en especial sobre los aportes hechos por la Corte Suprema de Justicia.

PALABRAS CLAVE

Autoría mediata, dominio por la organización, Tribunales extranjeros, Colombia, Sentencia Fujimori.

ABSTRACT

The way that reflects today's crime in different parts of the world, especially when it has to do with your organization, makes it necessary to conduct studies about criminal involvement of the members of these organizations, in order to present solutions to the form of imputation that they must do. In that sense, by domain perpetration of the criminal organization, is correct to impute as

burdensome the top leaders of criminal organizations, in order not to let their actions go unpunished.

KEY WORDS

Development of the theory, foreign courts, Colombia, Fujimori Judgment.

INTRODUCCIÓN

De acuerdo a la legislación colombiana los sujetos que concurren en la realización de una conducta punible se denominan autores y partícipes. Sobre los partícipes, éstos se dividen en determinador y cómplice. En lo que respecta a los autores, según el artículo 29 del código penal colombiano (Biblio, 2010), se califica como autor a “quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento” y se agrega entre esta división a los coautores, entendidos como aquellos que “mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte”, prosigue igualmente el mismo artículo aclarando que “también es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado”.

Aunque no siendo claro y en una interpretación más amplia, de este último apartado del artículo 29 del código, se infiere la forma de autoría denominada

como autoría mediata. Sin embargo, como se ha anotado, se trata tan solo de un intento de la aplicación de este tipo de autoría, ya que ésta no se encuentra profundamente aceptada y conceptualizada al momento de judicializar a los responsables de conductas delictivas, razón por la cual es el punto central del presente documento.

Existen consideraciones que se expondrán a lo largo del presente texto que tomaran importancia socialmente, porque, a lo largo de la historia, el tratamiento a personas que pertenecen a diferentes culturas, razas o ideologías tienen una gran afectación en sus derechos constitucionales, y un detrimento en la calidad de la comunidad o de intereses personales, políticos o económicos; obteniendo así como consecuencia que la diferencia reflejada en cada ser humano, desencadene en graves violaciones a los derechos de estas personas como secuestros, torturas físicas y psicológicas, por parte de otros individuos conductas que han producido, en algunos casos, desde lesiones en ser –físico y psicológico- hasta la muerte. Dichas conductas, en vista del panorama social planteado por las desigualdades ya mencionadas, aunado a las nuevas formas de criminalidad, han conllevado a la creación de organizaciones criminales con estructuras jerarquizadas, lo cual conlleva a que en dicha organización se dé la participación de una pluralidad de personas en el actuar delictivo: algunas con posición de mando –altos y medios- y otras solamente sometidas a la recepción y ejecución de órdenes. En este marco de la situación actual, se presenta un problema a la hora de presentar una imputación respecto de la participación de esa o esas personas con posición de mando, frente a la conducta delictual desplegada y ejecutada por subordinados de la estructura de poder. (Huertas Díaz, Amaya Sandoval & Malte Ruano, 2013).

De esta forma la pregunta que guía las siguientes disertaciones académicas es: ¿La autoría mediata por dominio de la organización, es teoría admisible para imputar conductas punibles a quien sólo da órdenes?

El presente artículo busca orientar a los operadores judiciales mostrando en qué casos puede ser aplicada la teoría de la autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder, al momento de imputar la conducta o conductas punibles a una persona que solo se dedicaba a dar órdenes, sin que haya participado de forma directa o en el caso que se haya concertado para el accionar delictual. El artículo se desarrollará en cuatro partes, en donde la primera estudiará las teorías de Roxin y Schroeder, luego el lector se encontrará con el desarrollo jurisprudencial de los tribunales extranjeros y su posición sobre la tesis que se defiende, después se analizará la influencia de la teoría expuesta por Roxin y su influencia en las decisiones de los tribunales nacionales y extranjeros, y por último, se rescatarán los principales aportes que realizó la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, en la sentencia contra Alberto Fujimori. Al finalizar, se presentarán algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, para finalizar con las conclusiones y aportes para la distinción de los casos en donde se pueda aplicar esta teoría.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN Y ENFOQUE METODOLOGICO

Es necesario establecer cómo es que en Colombia se ha venido tratando el tema de autoría mediata en aparatos organizados de poder, ya que es un tema ligeramente nuevo que no tiene legislación en concreto, pero que a través de las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia se ha tratado de llegar a establecer un precedente que busca solucionar este tipo de conflictos que se han venido presentando.

El problema de investigación es revisar las diferentes posturas dogmáticas trabajadas en la doctrina y en la jurisprudencia, para así lograr comprender que teoría y de qué manera se ha utilizado en las diferentes sentencias analizadas.

El enfoque metodológico es descriptivo, pues lo que se hace es describir las diferentes posturas relacionadas con el tema del presente trabajo, así como las posturas que ha venido desarrollando la Corte Suprema de Justicia a lo largo de estos últimos años.

Y así mismo se utilizó como tipo de metodología la inductiva, como parte del paradigma cualitativo, ya que el objetivo principal es el análisis de la teoría de los aparatos organizados de poder como forma de autoría mediata, haciendo uso de la legislación y la doctrina, así como de los casos ya vistos en el Derecho interno y el extranjero, permitiendo así la diferenciación entre esta forma de autoría y las demás.

I. LA TEORÍA DE LOS APARATOS ORGANIZADOS DE PODER: FORMULACIÓN, EVOLUCIÓN Y DISCUSIÓN ACTUAL.

Hay que contextualizar al lector, sosteniendo que esta forma de autoría mediata es soberana de las demás formas de dominio por coacción y por error. El progreso de esta forma de autoría mediata tuvo como base primordial los crímenes cometidos durante la dictadura nazi y, sobre todo, el juicio penal realizado en Jerusalén en 1961 contra el criminal nazi Adolf Eichmann. A partir de este momento, el dominio de organización nace como una solución digna para juzgar la codelinquencia en los crímenes efectuados por aparatos organizados de poder. (Aboso, 2012)

Así sucedió en tiempos del régimen Nazi, donde se evidenció la artimaña universal en la omisión de responsabilidad penal de los más altos mandos jerárquicos, se justificó en lo que en principio los mismos invocaban como expresión formalista del Derecho Positivo, en tanto al no haber sido los ejecutores de propia mano de las más atroces violaciones a los derechos humanos, no les

era atribuible ningún tipo de responsabilidad. (Huertas Díaz, O. & Amaya Sandoval, C. (2015)

1.1. Roxin y Schroeder, los primeros desarrollos.

La elaboración de la tesis del dominio del hecho a partir de aparatos organizados de poder como tercer forma de autoría mediata, comenzó su camino en el Derecho penal con la conferencia inicial que hiciera el profesor Claus Roxin en su cátedra de la Universidad de Hamburgo en el año de 1963 (Rotsch, 2010). La inspiración de esta teoría tuvo origen en los hechos que se debatieron entre el 11 de abril y el 15 de diciembre de 1961 ante el Juzgado de Distrito de Jerusalén, dentro del caso Eichman y la solución final al problema judío, el caso de Hitler con su obsesión del establecimiento del nuevo orden en la Alemania Nazi, Himmler y su jefatura en los campos de concentración nazi y en la policía alemana (Huertas Díaz, 2012). Éste fue el primer caso que debatió la participación de un comandante de alto mando nazi, en la ejecución de conductas punibles, sin que éste tuviera una participación directa en los hechos.

La gran discusión que se planteaba era si existía una autoría o una instigación que conllevara a la ejecución de los terribles hechos que se cometieron durante el Holocausto. Para Roxin, el establecimiento de la autoría por domino de la organización fue desde siempre una cuestión de delimitación entre la instigación y la autoría, de la cual, la decisión más acertada era la autoría (Rotsch, 2010).

En el desarrollo de esta forma de autoría, Roxin (2006, P. 244) propone que la misma debe contener mínimo los siguientes elementos: en primer lugar el poder de mando, es decir aquella persona que “tiene autoridad para dar órdenes y la

ejerce para causar realizaciones del tipo.”. En segundo lugar se exige que la organización de poder esté desvinculada del Derecho, significando esto que el aparato de poder, respecto de los tipos penales que se busca su vinculación, debió haberse separado por completo del ordenamiento jurídico, ya sea que el mismo ordenamiento haya permitido las conductas (como por ejemplo lo sucedido con los disparos del muro de Berlín o la solución que se dio a la cuestión judía en el Holocausto causado por la Alemania Nazi de la segunda guerra mundial), esto respecto de las acciones delincuenciales. En tercer lugar se encuentra una de las grandes polémicas del tema, la fungibilidad del ejecutor. Esta figura consiste en “la sustituibilidad de los que en el actuar delictivo de aparatos organizados de poder ejecutan el último acto parcial que realiza el tipo”. (Roxín, 2006, P. 246).

Sobre esta última figura, vale la pena señalar que el carácter fungible nos da a entender que el ejecutor no es un sujeto determinable para la comisión de un delito pues el autor puede tener plena certeza de que la ejecución del acto delictivo se llevará a cabo aun sin necesidad de conocer la identidad del ejecutor y aún más, sin requerir -o mejor incluso, “sin necesitar”- el asentimiento o no de dicho ejecutor. En consecuencia, el papel del ejecutor es de un simple engranaje, es decir, una función más ligada sistémicamente al aparataje de poder, el cual actúa “automática e independientemente”, sustituyendo a factores funcionales reemplazables no decisivos para la ejecución del delito. (Huertas Díaz, Amaya Sandoval & Malte Ruano, 2013).

Con lo anterior se evidencia que la teoría planteada por Roxin tiene cabida en una nueva categorización de autoría, pues podemos evidenciar que es autor mediato, quien causa el resultado punible valiéndose de otro como instrumento para la ejecución del delito, de manera que aquél no lo lleva a cabo de manera personal ni directa. Por eso, la imputación no versa esencialmente sobre quien ejecuta materialmente el delito sino por el llamado *hombre de atrás*, por disponer éste de los medios y de la voluntad de quien ejecuta, pero se debe aclarar que en el

actuar del autor mediato ya no se habla de dominio del hecho como dominio de acción, sino del dominio de la voluntad, ya que es quien ejerce control sobre la voluntad del mediador; mientras que el control de la acción como suceso fáctico y materialmente verificable está en manos del ejecutor, en tanto causante del resultado buscado bajo motivaciones subjetivas. (Huertas Díaz & Amaya Sandoval, 2013).

En resumen, se habla del dominio de voluntad por coacción, por error o en virtud de aparatos organizados de poder. Ahora bien, la última forma de dominio de la voluntad, también conocida como dominio por organización, consiste para Roxin el modo de funcionamiento específico del aparato que está a disposición del *hombre de atrás* (Roxin, 2000).

La teoría de igual forma se ha desarrollado bajo determinados requisitos y elementos que configuran su existencia, tales como:

a) El dominio del hecho final social lo posee quien está detrás del instrumento: Es necesario que el dominio del hecho lo tenga el llamado hombre de atrás pues si lo posee el instrumento o lo comparte este con aquel o un tercero, se debe pensar en otra forma de concurso de personas del hecho punible.

b) La subordinación del instrumento: El sujeto que es utilizado debe encontrarse subordinado al hombre de atrás, por lo que todos los presupuestos de la punibilidad deben concurrir en este último y referirse solo a él. Ese sometimiento puede darse por coacción, error, incapacidad de culpabilidad o por actuación de buena fe del instrumento.

c) Existencia de un hecho doloso: Es indispensable además que se trate de un hecho doloso pues esta figura no es admisible en los casos culposos o imprudentes en los que no existe dominio del hecho.

d) Que el tipo penal no requiera un autor idóneo: Debe tratarse de una descripción típica que no requiera realización corporal o personal de la acción típica por parte del autor como tipos de propia mano.

e) Como mínimo un actuar con trascendencia penal: El instrumento debe realizar una conducta penalmente relevante pues si en su actuar se presente una de las causas de inexistencia se descarta la figura de la autoría mediata (Velázquez, 2009).

Como elemento adicional, enunciado en líneas anteriores, es determinante para la existencia de la autoría mediata por dominio de organización la comisión de delitos al margen del ordenamiento jurídico, pues es posible inferir interpretaciones que den lugar a la existencia de ordenamientos jurídicos que autoricen de manera típica actos antijurídicos de suma gravedad, pues introduciéndonos en la extensa realidad mundial e incluso en la historia, no es descartable esta posibilidad; no obstante a efectos de un estudio contemporáneo del derecho sobre el rol de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, con una perspectiva internacional de los conflictos, es impensable la existencia de un ordenamiento que autorice la violación evidente de los derechos humanos, contradiciendo todo principio de la comunidad internacional y en últimas de la integridad humana en el ámbito global. Ello es diferente a catalogar la legitimidad de la que se valen tales organizaciones delictivas a partir de un ordenamiento legal y legítimo, para actuar al margen del mismo (Huertas Díaz, Amaya Sandoval & Malte Ruano, 2013).

Ahora bien, profundizando en los aspectos esenciales de la autoría mediata mediante aparatos organizados de poder desde el desarrollo que ha dado de la teoría Roxin, vemos que hay varios elementos tanto subjetivos como objetivos tales como:

El instrumento: Aquí estamos frente a un instrumento que permite al hombre de atrás la ejecución de sus órdenes. Tal instrumento no solo se conforma por aquel que ejecuta directamente, materialmente, el delito. Ni siquiera es el instrumento, sino más bien una función de este. No existe una relación autor-ejecutor sino autor-instrumento, donde en la última relación el ejecutor no cumple un papel indispensable para la ejecución del delito por su carácter fungible. Por lo tanto, el verdadero instrumento es más bien el aparato como tal. Este está compuesto por una pluralidad de personas que están integradas en estructuras pre-establecidas, que cooperan en diversas funciones relativas a la organización y cuyo entramado asegura al hombre de atrás el dominio sobre el resultado. El que actúa individualmente no desempeña un papel decisivo para el actuar de la organización porque puede disponer sobre muchos ejecutores dispuestos a hacer lo que se les pide (Ambos, 2008).

El dominio: En este caso, tanto el ejecutor como el hombre de atrás poseen distintas formas del dominio del hecho, que no se excluyen entre sí. Evidentemente el ejecutor o autor material del delito poseerá el dominio de la acción, el cual se derivará de la consumación de un determinado acto del hecho (Ambos, 2008).

En conclusión, el hombre de atrás tiene, por su parte, el dominio de la organización, esto se traduce en la posibilidad de influir, como garantía de certeza,

de que se llevará a cabo la producción de un resultado sin haber ejecutado el hecho de propia mano, valiéndose del aparato de poder a su disposición (Huertas Díaz, Amaya Sandoval & Malte Ruano, 2013).

El resultado: Para Roxin, se necesita analizar detenidamente cada caso en concreto a fin de determinar una conclusión o juicio preciso de autoría mediata, pues hay que determinarla a partir de la posición del autor en todo el suceso. Esto significa en el caso concreto, que el dominio del hecho por parte del hombre de atrás se basa en que puede a través del aparato que está a su disposición, producir el resultado con mayor seguridad que incluso en el supuesto de dominio mediante coacción y error (Ambos, 2008).

Con todo, el autor de esta teoría hace un llamado a una evaluación del contexto, en donde puede evidenciarse, en adición con los elementos señalados líneas atrás, que existe una certeza de que se llegará a un resultado, mediante la instrumentalización de la organización misma que ya no hace dependiente la finalidad del delito del autor mediato, del ejecutor material en sí mismo por su carácter fungible, sino que estará mediada por la funcionalidad del aparato de poder (Huertas Díaz, Amaya Sandoval & Malte Ruano, 2013).

La ilegalidad: Sobre este punto, de la estructura del dominio de la organización se deduce que éste solo puede existir allí donde la estructura en su conjunto se encuentra al margen del ordenamiento jurídico, ya que la dirección y el hecho de que los órganos ejecutores se mantengan en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, hace que las ordenes de cometer delitos no puedan fundamentar dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas, y con ello el

poder de voluntad del sujeto de detrás. Quiere decir que cuando una autoridad, inmersa en un Estado de Derecho determina a sus subordinados a cometer delitos o imparte órdenes antijurídicas, ello deberá apreciarse sólo como *inducción*, puesto que 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 (Ambos, 2008).

Finalmente, para Roxin esto lleva a determinar que para el dominio de la voluntad mediante un aparato organizado de poder, solo se considerarán dos formas de autoría mediata:

1. Primera forma básica de autoría mediata: acontece cuando aquellos que ostentan el poder estatal, con ayuda de organizaciones subordinadas a ellos, cometen delitos, pues usualmente solo es el poder estatal aquel que puede actuar al margen de la ley, e incluso se verá facilitado cuando no estén vigentes las garantías del Estado de derecho. Aun así, esta consideración no implica que quienes ostentan ese poder en un Estado totalitario no estén sometidos al derecho. Otra cosa es que la relación o vinculación jurídica no pueda contener ese poder, más aún si no hay capacidad de oponerse a él. En tales circunstancias, el aparato es visible y se comporta funcionalmente (Huertas Díaz, Amaya Sandoval & Malte Ruano, 2013).
2. Segunda forma básica de autoría mediata: ocurre en presencia de hechos cometidos por movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas criminales y grupos semejantes. En este caso, dichas organizaciones deben caracterizarse no solo por tener un carácter independiente del cambio de los miembros concretos -fungibilidad-, sino que, además, estarán encaminadas

a la realización de fines del aparato en su conjunto, de manera contraria al ordenamiento jurídico estatal. Según Roxin, debe tratarse de un “Estado dentro de un Estado”. No obstante, deberá hacerse un análisis del caso concreto que evidencie si realmente existe una organización estructurada de poder con todos los rasgos señalados (Roxin, 2006).

En 1965, la tesis doctoral de Friedrich-Christian Schroeder, aparece en la escena de la discusión sobre el tema de los aparatos organizados de poder y el dominio de éstos como forma de autoría mediata. El autor considera que no es necesario tener en cuenta el elemento de “fungibilidad” al que se refería Roxin, sino que propone que el elemento adicional es la “resolución condicional del hecho” (Rostch, 2010, 36). Para él lo importante radicaba en la falta de fuerza de cohibición en el ejecutor al momento de la ejecución del hecho.

2. LA DOCTRINA DE LOS APARTOS ORGANIZADOS DE PODER COMO AUTORÍA MEDIATA EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES EN EL MUNDO.

2.1. El Tribunal Federal Alemán.

El desarrollo de esta doctrina se vio reflejado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Alemán (BGH), en la que juzgó a los miembros del Consejo de Defensa Nacional de la ex República Democrática Alemana, respecto de los disparos que hicieron soldados de esa fuerza a las personas que intentaban cruzar la frontera. En dicha decisión el tribunal entendió que las acciones desplegadas por los miembros de ese Consejo se configuraban la autoría mediata a través del dominio de la organización.

2.1.1. El desarrollo posterior del BGH frente al derecho penal económico.

El BGH ha venido desarrollando la doctrina del dominio de la organización como forma de autoría mediata respecto del Derecho penal económico. En dicho desarrollo, el BGH se ha distanciado de los postulados de Roxín como de Schroeder, y en cambio ha desarrollado la teoría acerca de la creación y el aprovechamiento de las condiciones marco que han sido creadas por la organización a través de su propia estructura. Con ello se ha permitido una flexibilización dogmática al no solo depender de los criterios de la fungibilidad (Roxín) o de la determinación del hecho (Schroeder), sino que también es posible estar en presencia del dominio del hecho a través de las circunstancias particulares del caso. (Rotsch, 2010).

3. LOS TRIBUNALES EXTRANJEROS Y LA TEORÍA DE ROXÍN.

Como bien se ha expuesto en los acápites anteriores, la teoría del dominio del hecho a través de aparatos organizados de poder como forma de autoría mediata, comenzó a teorizarse en Alemania, pero lo cierto del caso es que su aplicación fue haciendo carrera más en los tribunales extranjeros: mientras que el país de origen de los autores que formularon esta postura dogmática se veía mayor resistencia a su aceptación y posible aplicación, al otro lado, en Suramérica ya se comenzaba a aplicar.

Después de la caída del régimen militar que vivió la República de Argentina, desde el año 1976 y que se extendió hasta comienzos de la década de los ochenta, se iniciaron los respectivos procesos penales en contra de los miembros de la Junta Militar de la Argentina que gobernaron durante este periodo de tiempo. En dichos casos, tratados durante los años de 1985 y 1987, ya comenzaba a

tomar postura respecto del criterio de fungibilidad de Roxín como base de la autoría de estos miembros, dentro de la jurisprudencia. (Cám. Nal. Apel., 1985).

Más recientemente, la Corte Penal Internacional ha adoptado un criterio a favor de la autoría mediata por dominio de la organización. Es así que la Sala de Asuntos Preliminares de este tribunal, en el caso Katanga/Ngudolo Chui (Cor. Pen. Intern. 2008, 407) tomó este criterio, amparado en que el Estatuto de Roma trae consigo la modalidad a través del artículo 25, 3, b), y que los hechos del caso daban para tomar esta decisión.

Como evidencia del uso y desarrollo de la doctrina de la teoría de la autoría mediata por dominio de la organización se presenta en las siguientes líneas lo desarrollado histórica y conceptualmente en Perú con la sentencia en contra de Fujimori.

3.1 Fujimori y la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia del Perú.

El mayor precedente jurisprudencial de la aplicación de la teoría del dominio de la organización como forma de autoría mediata, se dio a través de la sentencia que condenó a 25 años de privación de la libertad personal al ex presidente del Perú Alberto Fujimori Fujimori, por los hechos que ocurrieran durante los años de 1990 y 1991 en los casos “Barrios Altos” y “La Cantuta”, en donde se cometieron graves infracciones a los derechos humanos imputados como crímenes de lesa humanidad (Cort. Inter. Derechos Humanos, 2006, p. 225)

Para este tribunal, la atribución de responsabilidad de Alberto Fujimori se basó en los siguientes elementos: i) la estructura jerárquica de la organización, es decir en la verticalidad de dicha estructura, con mandos y roles claramente definidos, lo cual permite que exista autonomía e independencia frente a las

contribuciones de los miembros de la organización; ii) De la formación de dicha organización se desprende que debe existir un poder de mando, es decir que los autores mediatos tienen dominio frente a las órdenes que se dictan y sobre su ejecución; iii) la desvinculación de la organización del Derecho, con lo cual, sea una organización estatal o no estatal, debe realizar acciones tendientes a apartarse del ordenamiento jurídico, ya sea a nivel nacional o internacional; iv) la fungibilidad de los ejecutores, con ello, no se necesita tener claro que los miembros dedicados a la ejecución de las ordenes sean previamente establecidos, sino que existan personas en la estructura que garanticen la realización del hecho delictivo dispuesto por los mandos altos; v) predisposición del autor directo a la realización del hecho delictivo, con lo cual, el actor deja de ser un individuo y se adscribe a la estructura de la organización criminal para la realización de acciones delictuales. (Ambos, 2010)

Esta sentencia recoge todas las posturas dogmáticas discutidas durante mucho tiempo sobre el tema de autoría mediata a través del dominio de una organización criminal, en especial de aquellas que se encuentran en el seno del Estado.

3.2 Corte Suprema de Justicia de Colombia y la teoría del dominio de la organización como forma de autoría mediata. Desarrollo jurisprudencial.

En Colombia, la aplicación de la teoría de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder no ha sido del todo acogida. Basta ver los diferentes pronunciamientos que ha tenido la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal- respecto del tema.

Para iniciar, la Corte conoció el caso Machuca, donde miembros de la compañía “Cimarrones” del frente “Antonio José Galán” del grupo guerrillero “Ejército de Liberación Nacional” (ELN), dinamitaron un oleoducto que conducía

petróleo, con el fin de que este combustible no fuera vendido a los Estados Unidos, produjo una tragedia en la vereda denominada “Machuca”, cuando a causa del crudo que se movía por el cauce del río “Pocuné”, se produjo una gran explosión, la cual produjo la muerte a casi un centenar de personas, heridas a otras e innumerables daños materiales a las viviendas de esta vereda. En dicha oportunidad se buscó la condena de los miembros de la cúpula del ELN, para lo cual se formularon argumentaciones tendientes al reconocimiento de esta responsabilidad penal a través de la teoría de los aparatos organizados de poder como forma de autoría mediata.

La Corte Suprema de Justicia (2007), argumentó que dicha teoría era inaplicable en vista a que los elementos de juicio que fueron legalmente practicados en la etapa del juicio, probaban que el ataque al oleoducto, respecto de la cúpula del ELN y su participación en dicha actividad ilícita, se constituida en realidad en la figura de la coautoría impropia, ya que ésta no necesita sino que se pruebe la existencia de un plan criminal en donde participe los implicados, sin que éstos últimos tengan una participación directa. Esta jurisprudencia fue ratificada mediante radicado 29418 del 23 de febrero de 2009 con ponencia de la doctora María del Rosario González de Lemos.

Solo fue hasta el 23 de febrero de 2010, mediante el radicado 32805, cuando la Corte cambió su posición y varió la jurisprudencia vigente, al reconocer la teoría diseñada por el profesor Roxín, respecto de la autoría mediata a través del domino de un aparato organizado de poder, determinando que en dicha teoría los delitos ejecutados pueden ser imputables a dirigentes, gestores, patrocinadores, comandantes, coordinadores en cuanto éstos dominan la función encargada como lo son los comandantes, jefes de grupo y a los directos ejecutores o subordinados, bien sean soldados, tropa, patrulleros, guerrilleros o milicianos, tomando como ejemplo el caso nazi o las dictaduras militares, mencionando que: (Corte Suprema, 2010):

En esa dirección, el debate doctrinal y los desarrollos de la jurisprudencia foránea, unidos a la mejor solución político-criminal del problema jurídico, llevan a la Corte a variar su jurisprudencia en punto a que la autoría mediata sólo se presenta,... cuando una persona, sin pacto tácito o expreso, utiliza a otra como simple instrumento para que realice el hecho objetivamente típico. El fenómeno ocurre, entonces, cuando el 'hombre de atrás' es el único responsable, porque el instrumentalizado no realiza conducta, o despliega conducta que no es típica, u obra en concurrencia de una causal de no responsabilidad -excluyente de antijuridicidad o de subjetividad- o es inimputable.

Ciertamente, cuando se está ante el fenómeno delincencial derivado de estructuras o aparatos de poder organizados, los delitos ejecutados son imputables tanto a sus dirigentes - gestores, patrocinadores, comandantes- a título de autores mediatos, a sus coordinadores en cuanto dominan la función encargada -comandantes, jefes de grupo- a título de coautores; y a los directos ejecutores o subordinados - soldados, tropa, patrulleros, guerrilleros o milicianos-, pues toda la cadena actúa con verdadero conocimiento y dominio del hecho y mal podrían ser amparados algunos de ellos con una posición conceptual que conlleve la impunidad.

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

banda asesinó a 69 campesinos en Santiago de Lucanamarca, región de Ayacucho.

Así, la Corte acoge los criterios formulados por Roxín, respecto de la teorización de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, al reconocer que en los nuevos tiempos, se debe buscar la mejor fórmula para evitar la impunidad de los mandos altos y medios que hacen parte de estructura delincencial; razón por la cual, la responsabilidad por el delito se debe extender no sólo al ejecutor directo, sino a los mandos medios en calidad de coautores y a los mandos altos en calidad de autores mediatos de la conducta desplegada por el primero.

4. LOS APORTES DE LA SENTENCIA CONTRA EL EX PRESIDENTE FUJIMORI EN LA ACTUAL DISCUSIÓN SOBRE LA TEORÍA DEL DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN.

La sentencia condenatoria que la Corte Suprema de Justicia del Perú, dio en contra de Alberto Fujimori, se ha convertido en estudio dogmático obligatorio para el análisis de la actual discusión sobre el tema de la teoría del dominio de los aparatos organizados de poder como forma de autoría mediata.

Este alto tribunal concreta su aporte en diferentes momentos. De un lado, analiza el por qué se debe dar en este caso en concreto, la figura de autoría mediata por dominio de la organización, descartando así la coautoría como forma de imputación, así como la figura de la responsabilidad del superior por omisión; del otro, puntualiza los elementos constitutivos que deben verificarse al momento de estudiar la figura en el caso concreto,

4.1. La autoría mediata en aparatos organizados de poder, la coautoría y la instigación.

Sobre este tema, el tribunal del Perú especifica que al momento de realizar la verificación del grupo u organización, se debe definir si se cuenta con una estructura jerarquizada, es decir, de un nivel vertical, donde existan mandos. Con esto, ya no se estaría frente a una figura horizontal, propia de la coautoría, sino frente a la autoría mediata.

En palabras del Tribunal del Perú:

... una característica importante de esta clase de estructuras organizadas jerárquicamente y que pone de relieve su estricta verticalidad, es, pues, (i) la “asignación de roles”. Esta expresión resulta más ideográfica que aquellas que usa comúnmente la doctrina penal contemporánea para explicar la relación entre el nivel estratégico y el ejecutor, y que aluden a una división del trabajo o distribución de funciones. Es más, tales referencias podrían confundir la autoría mediata con supuestos de coautoría. En este sentido, ROXIN ha precisado que “tampoco puede hablarse de “división del trabajo” –lo que en la actualidad de manera general se considera como elemento central de la coautoría– cuando el detentador de poder deja a órganos ejecutantes toda la realización de su orden. (Cort. Supr. Just. 2009, Exp. N° A.V. 19-2001, 633)

También aclara que el autor imparte ordenes desde su mando, con lo cual, éstas serán llevadas a cabo en el nivel más bajo, en virtud de la estructura vertical de la organización. Así ilustra la Corte Suprema:

[La estructura] desarrollan una vida funcional que es independiente a la de sus integrantes. El fundamento de ello no radica en un estado de ánimo especial del nivel superior estratégico, sino en el “mecanismo

funcional del aparato” (...), esto es, su “automatismo” o desarrollo de un proceso o funcionamiento por sí sólo. En consecuencia, el hombre de atrás podrá confiar siempre en que su orden o designio criminal se van a cumplir sin necesidad de que tenga que conocer al ejecutor inmediato (Cort. Supr. Just. 2009, Exp. N° A.V. 19-2001, 633)

Por último, para descartar de manera tajante la tesis de la instigación en el caso Fujimori, la Sala Penal Especial menciona que no se puede dejar de lado el “rol” que desempeña quien ostenta el mando, pues es este rol la figura central dentro del aparato organizado de poder, máxime cuando esta función que desempeña, también es piedra angular y forma de descarte de la coautoría como ya se mencionara con anterioridad. (Cort. Supr. Just. 2009, Exp. N° A.V. 19-2001, 626)

4.2. Requisitos específicos de este tipo de autoría mediata

Para el tribunal, los requisitos se encuentran enmarcados dentro de dos supuestos: de un lado objetivo, en donde se pueden encontrar i) el poder de mando, y ii) la desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico; y del otro subjetivos, respecto de i) fungibilidad y ii) elevada disponibilidad hacia la realización del hecho. A continuación se hará referencia a este aporte y clasificación.

4.2.1. Poder de mando

El poder de mando es la capacidad del nivel estratégico superior de emitir órdenes y asignar roles a los miembros de la organización subordinado a su mando. Dicha capacidad es adquirida o conferida en razón a la posición de autoridad, liderazgo o escala en la cadena de mando, y tiene una relación muy

estrecha con factores políticos, ideológicos, sociales, religiosos, culturales, económicos o de índole similar.

El poder de mando del autor mediato se manifiesta ejercitando órdenes, de modo expreso o implícito, las cuales serán cumplidas debido a la automaticidad que otorga la propia constitución funcional del aparato. Es decir, sin que sea necesario que quien ordena debe además, o alternativamente, recurrir a la coacción o al engaño de los potenciales ejecutores. Sobre todo porque, como se detallará más adelante, el ejecutor directo comparte los objetivos delictivos que persigue la organización y tiene una predisposición al cumplimiento de la orden que expresa la concretización de un hecho ilegal. Lo cual significa que el dominio de la voluntad que posee y ejerce el autor mediato, titular del poder de mando, le viene dado por la integración de la persona interpuesta o ejecutor directo dentro del propio aparato organizado. (Cort. Supr. Just. 2009, Exp. N° A.V. 19-2001, 635)

Por último, se hace un aporte importante al momento de realizar el estudio de este poder de mando. En efecto, la Sala distingue dos tipos de poderes de mando: el que se ejerce en el nivel superior estratégico, y el que se ejerce en los mandos medios. Mientras que el primero va dirigido a los niveles intermedios (tácticos u operativos), el segundo es transmitido por los mandos medios a los ejecutores del hecho. (Cort. Supr. Just. 2009, Exp. N° A.V. 19-2001, 636).

4.2.2. El apartamiento de la organización del Derecho.

El grupo u organización, ya sea del Estado, de parte de éste o no estatal, debe desvincularse del ordenamiento jurídico nacional o internacional, es decir, debe apartarse del Estado de Derecho en que se fundamenta el Estado. Esta desvinculación debe ser de carácter estructural, con lo cual sus acciones sean

interpretadas como una política de la organización y no como acciones aisladas, que si bien pueden ser violadoras de derechos humanos, no hacen parte de un sistema de violaciones a que el grupo se dedica. “En consecuencia, el apartamiento o desvinculación del Derecho significa que la organización se estructura, opera y permanece al margen del sistema jurídico nacional e internacional. (Cort. Supr. Just. 2009, Exp. N° A.V. 19-2001, 640).

Con esto se hizo referencia a los dos presupuestos objetivos. A continuación se revisaran los presupuestos subjetivos de la autoría mediata por dominio de la organización criminal.

4.2.3. Fungibilidad

Este concepto es entendido como la característica que posee el ejecutor de realizar el intercambiado o sustitución por el nivel estratégico superior en la operación y realización de su querer delictual. Aunque esto es en su concepción inicial. Ahora bien, esta fungibilidad “se cimienta, en realidad, en la propia configuración que tienen los niveles intermedios y ejecutores que se integran en la estructura criminal de poder que aquél controla totalmente.” (Cort. Supr. Just. 2009, Exp. N° A.V. 19-2001, 644).

También, un gran aporte que da esta sentencia a la discusión sobre la autoría mediata, se encuentra en la distinción entre la fungibilidad negativa y positiva. La primera de estas consiste en que la negación del ejecutor directo de la conducta no impide su realización, ya que este incumplimiento es suplido de manera inmediata por otro miembro ejecutor de la organización. La segunda permite que el nivel estratégico superior elija, desde el mismo momento de la planeación del hecho penal, a los ejecutores directos más cualificados para la ejecución del plan delictivo, y así evitar cualquier fracaso de la acción propuesta. (Cort. Supr. Just. 2009, Exp. N° A.V. 19-2001, 645).

4.2.4. La predisposición a la realización del hecho ilícito

Este último elemento de naturaleza subjetiva para la Corte Suprema de Justicia del Perú, consiste en la predisposición psicológica que tiene el ejecutor para la realización de la orden que implica la comisión del hecho delictual. Así, al agregar este elemento a la teoría del dominio de la organización como forma de autoría mediata, ya no es la fungibilidad de quien realizó la conducta, sino la “internalización” de éste y su convencimiento de que ello ocurra. “Se trata, entonces, de factores eminentemente subjetivos y a los que algunos autores identificaron con el proceso de una motivación justificativa, los que podían transformar a “millones de personas en potenciales y obedientes instrumentos (...)” (Cort. Supr. Just. 2009, Exp. N° A.V. 19-2001, 649-650).

De esta manera, la sentencia proferida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de Perú, se convierte en un derrotero para ser seguido a la hora de juzgar eventos en donde se encuentren una organización criminal dedicada a la violación sistemática del ordenamiento jurídico nacional o internacional.

5. APARATOS ORGANIZADOS DE PODER, AUTORÍA MEDIATA Y JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

5.1 Primera tesis de la Corte: Coautoría Impropia.

La coautoría impropia, para la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, es un modo de coautoría que pertenece a la figura de “empresa criminal” en la que los coautores efectúan únicamente un aporte parcial, que no se sitúa precisamente en la fase de ejecución del delito, y alcanzan el dominio del hecho colectivo en virtud de la división de trabajo y el previo acuerdo común que los vincula. Y contrario a lo anterior se encuentra la coautoría propia, la cual admite que los diferentes autores ejecutan cada uno de ellos por completo, y por medio de un acuerdo, la conducta típica establecida en la norma. (Cadavid, 2015).

De la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Radicado 40214 de 2014, de 12 de febrero 2014, se puede sostener que su tesis jurisprudencial radica en la coautoría impropia; además dice que “la coautoría, como modalidad de responsabilidad por intervención plural en el hecho, tiene como presupuestos mayoritariamente aceptados la realización de un aporte de importancia en virtud de un acuerdo común. Otros dos requisitos, aunque defendidos por menos seguidores en la doctrina son: que el aporte se efectúe en fase de ejecución del delito y que los coautores tengan una relación de carácter horizontal”.

La modalidad de la coautoría impropia, a que explícitamente representó la providencia mencionada anteriormente, fue esbozada por la doctrina para recoger los supuestos en que varios sujetos realizan un aporte al hecho actúan en virtud de división de trabajo, ejecutando cada uno una parte de la conducta típica, de forma que ninguno la realiza de manera integral. El profesor Muñoz Conde (2000), diferencia dos tipos de coautores, señalando los impropios por haber realizado un aporte en virtud de división del trabajo y asumir la totalidad del hecho como propio, mientras que los propios habrían ejecutado cada uno de ellos la conducta de manera integral.

Teniendo en cuenta la Sentencia con radicado número 29418 del 29 de febrero de 2009, la coautoría impropia “se presenta cuando varios individuos mediante acuerdo previo o concomitante realizan la conducta, pero todos actualizan el verbo rector definido en el tipo, como cuando cada uno de los coautores hiere letalmente y con el propósito de causar la muerte de la víctima. La otra, la coautoría material impropia, tiene lugar cuando entre las personas que concurren a la comisión del delito media división del trabajo, figura también denominada empresa criminal, pues todos realizan una parte del delito, incluso algunos efectúan comportamientos objetivamente intrascendentes o atípicos, no por ello impunes, como cuando alguien se limita a esperar a otros miembros de la asociación ilegal en un automóvil fuera del lugar donde se comete el delito, con el propósito de transportarlos una vez culminen su tarea”.

En sentencia con Radicado número 23835 de 2007 se explica que van a coparticipar como coautores, así no todos ayuden por si mismos a la realización material de los delitos específicos; ya que de todos ellos puede decirse que dominan el hecho colectivo y rigen su propia voluntad, en la medida justa del trabajo que les incumbe cometer, continuando con la división del trabajo proyectada de antemano o pactada desde la ideación criminal.

Así las cosas, se evidencia que esta tesis de coautoría impropia ha sido acogida por la jurisprudencia Colombiana y sobre todo en las relacionadas con estructuras organizadas de representación delincriminal.

Se tiene como referente principal el caso “Machuca” (radicado No 23835) en donde la Corte sustentó la responsabilidad de los jefes de la organización guerrillera que ejecutó el hecho con soporte en la tesis de la coautoría impropia, al concebir que realizaron el aporte que les correspondió en virtud de la división del trabajo procedente dentro de la organización y a raíz de ello dominaron el hecho colectivo y no solamente su parte pertinente. Este mismo bosquejo fue apadrinado por la Corte Suprema de Justicia para resolver los casos de “la gabarra” radicado número 24448; “Pueblo Bello”, radicado número 14851; “Mapiripan”, radicado número 25889; “Belén de los Andaquíes”, radicado número 29418; entre otros. (Cadavid, 2015).

Para la Corte Suprema de Justicia, en este tipo de estructuras concurre una relación de jerarquía enérgica y predeterminada que aprueba el curso de las órdenes de superiores a mandos medios e inferiores, quienes son los operadores materiales de las instrucciones de sus jefes. Pero, igualmente la Corte ha apelado a esta teoría en relación con sujetos que no formaban parte de la estructura de la organización, como sucedió en el caso del ex congresista Elcuere Chacón, Radicado número 29640.

Por medio del criterio del acuerdo común, este modo de coautoría intenta suplir los inconvenientes que admite la intromisión de sujetos de distinta jerarquía en el hecho, en donde cada uno efectúa un aporte de diversa entidad, de acuerdo a las funciones que le competen al interior de la organización, y con regularidad supondrá solamente la transmisión de una orden emitida por un superior, lo que en el mejor de los casos parecería más propia de un acto de determinación. Así, esta construcción jurisprudencial presenta riesgos, en la medida en que permite extender la categoría de la coautoría a sujetos a quienes no les correspondería de acuerdo con la concreta intervención realizada, y puede conducir a la absurda

conclusión de que todo miembro de la organización debe responder como coautor de todos los delitos cometidos al interior de la misma, riesgos que se derivan de basar la responsabilidad penal en un criterio eminentemente subjetivo, que suele suponerse por la sola pertenencia al grupo. (Cadavid, 2015).

Ya para redondear las cosas, para la Corte, existen ciertos elementos que conforman la figura de la coautoría en el aspecto de estructuras de carácter delincencial: a) La pertenencia del sujeto a la organización, b) el rango que ostenta al interior de la misma y c) la importancia objetiva del aporte del hecho. Y así se deduce que todo delito cometido por cualquier miembro de la organización le debe ser atribuido a los mandos medios y superiores de la misma, ya que la creación de esta entidad fue para cometer delitos y que como tal es conocido por todos, como en una especie de conciencia colectiva que sustenta una responsabilidad general.

5.2 Segunda tesis de la Corte: Empresa Criminal Conjunta y Responsabilidad del superior.

La teoría de la responsabilidad del superior fue trazada y ha venido desarrollándose por la normatividad y la jurisprudencia de los tribunales internacionales, por ende puede ser aplicada en Colombia con cimiento en las disposiciones penales vigentes. Por medio de esta teoría se pretende responsabilizar a los mandos medios o superiores, de grupos organizados, por las conductas ejecutadas por los hombres que estén bajo su autoridad, y los siguientes son los elementos que lo conforman: (Cadavid, 2015).

- El sujeto debe ser o un comandante militar o una persona que efectivamente actúe como tal.
- Debe haber tenido efectivo comando, control o autoridad sobre los sujetos que cometieron el crimen.
- La comisión de ese crimen debe ser el resultado de la falla del sospechoso al ejercer adecuado control sobre los hombres a su mando.
- El sujeto debió saber o, por las circunstancias del momento, debió haber sabido que sus subordinados estaban cometiendo o iban a cometer uno o ms crímenes.
- Finalmente, el superior debe haber fallado en la adopción de necesarias y razonables medidas para prever o reprimir la comisión de esos crímenes, o en la remisión del asunto a las autoridades competentes para su investigación y juzgamiento. (Cadavid, 2015. Pp. 309).

Ahora bien, la empresa criminal conjunta, se fundamenta en una responsabilidad por acción, no por omisión, por ello no tiene sus raíces en la posición de garante del superior, sino en el acuerdo común que vincula las acciones de los numerosos miembros de una organización. Y, asimismo, admite formular responsabilidad por vía de coautoría o de complicidad, de forma que para esos efectos será apreciable la entidad del aporte realizado, mientras que la ruta de la omisión no diferencia el nivel de intervención en el hecho. (Cadavid, 2015).

Se estructuran tres modalidades de empresa criminal conjunta que invocan a diversos supuestos como objetivos y subjetivos.

Con respecto a los elementos objetivos de la tesis:

- Pluralidad de personas en el acto

- Existencia de un plan, diseño o propósito común que involucre la comisión de crímenes.
- Participación del sujeto en el diseño común de la empresa criminal y así, en la comisión del crimen por medio de cualquier forma de asistencia, contribución o ejecución, en aras del logro del propósito colectivo. (Cadavid, 2015 pp. 311).

Y con relación a los elementos subjetivos:

- La empresa criminal conjunta comprende los actos realizados por los miembros de la empresa criminal, en consonancia con el aporte realizado por cada uno al hecho, en virtud del diseño común y de acuerdo con el desarrollo del plan, aporte que requiere intención, lo que supone el conocimiento del plan común al hecho.
- La empresa criminal conjunta acoge la existencia de un sistema organizado para la comisión de delitos e incluye los crímenes cometidos por miembros de cuerpos militares o administrativos de la empresa criminal, que actúan en el marco de un plan o propósito común. El contenido subjetivo de esta categoría está integrado por el conocimiento del sujeto respecto de la naturaleza del sistema y su intención de impulsar el diseño criminal común para cometer los delitos.
- La empresa criminal conjunta, incluye a los ejecutores o autores materiales que cometen la conducta en exceso del plan o propósito común de la empresa criminal, pero como consecuencia natural y previsible de los efectos de ese plan o propósito. (Cadavid, 2015. Pp 313.).

Es importante decir que, la doctrina de la empresa criminal conjunta es una forma de comisión del crimen, no es un crimen en todo el sentido de la palabra, por ende

no pertenece a un imaginario de conspiración ni de responsabilidad en virtud de la organización; la figura no menoscaba el reproche de la pertenencia a la organización, sino que le brinda prioridad a la contribución realizada frente a la comisión del crimen, como perfeccionamiento de un propósito común; no incumbe a la responsabilidad penal por la integración de una organización delictiva que pretenda la comisión de delitos sino que requiere que estos en efecto sean cometidos, y que en ellos se verifique el propósito común de la empresa criminal. (Cadavid, 2013)

Es preciso anotar que las tesis de la responsabilidad del superior y la empresa criminal conjunta, son tesis de índole Internacional que lo que buscan es imputar responsabilidad por camino de autoría a los superiores de las organizaciones en cuyo ámbito se realizaron las conductas delictivas por medio de los ejecutores que las integran, la figura de la responsabilidad del superior atiende a fuentes, criterios y supuestos diversos a la Empresa criminal conjunta; así, aun cuando las dos figuras han sido aplicadas por la jurisprudencia internacional presentan claras diferencias. (Ramelli; 2011)

5.3 Tercera tesis de la Corte: Autoría mediata en aparatos organizados de poder.

Esta figura fue esbozada por primera vez por Roxin en el año de 1963, en su libro denominado Autoría y dominio del hecho, como una ramificación de la autoría mediata en virtud del error, la coacción o el actuar de forma inimputable, en donde el sujeto de adelante, el ejecutor del delito, actúa de manera no responsable. Los elementos para su configuración son: a) delito cometido en el ámbito de un aparato organizado de poder al margen del derecho. b) aparato organizado con

estructura jerárquica y superior con capacidad de mando y c) fungibilidad del ejecutor. (Cadavid, 2015).

Teniendo en cuenta a Claudia López Díaz, la tesis de la coautoría impropia para la Sala de casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es la que se aplica a los aparatos organizados de poder y no la autoría mediata, porque, según ella, así no todos los participantes hayan concurrido por si mismos en la realización material de los delitos específicos, está presente en lo autores materiales una voluntad propia que concurre a la misma causa, se comparten los fines ilícitos, hay acuerdo en relación con los medios delictivos y todos dominan el hecho colectivo en la medida justa del trabajo que les corresponde efectuar, dividido previamente. (Ambos, 2010)

Pero también grandes grupos de personas pertenecientes a la Fiscalía, Procuraduría, y doctrinantes como por ejemplo Alvaro Márquez Cárdenas, José Fernando Reyes Cuartas y Maximiliano Aramburo Calle, instituyen que a partir del artículo 29 del código penal se puede aceptar la figura de la coautoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, ya que en esta normatividad se dice que es autor quien realice la conducta punible utilizando a otro como instrumento, asimismo complementan que en algunos casos ese instrumento no necesariamente queda impune sino que nada impide que responda penalmente de acuerdo con su aporte al hecho. (Ambos, 2010)

Entonces, desde este punto de vista, la tesis de la autoría mediata a través de estructuras o aparatos organizados de poder, elaborada por el profesor Roxin, para terminar con los problemas de imputación de responsabilidad penal a los jefes de la criminalidad organizada, por diseñar estrategias generales de

actuación, por rotular víctimas, por decidir el modus operandi, o por pertenecer a la cúpula de la organización, se podría aplicar en Colombia, pues en la mayoría de los casos el jefe emite la orden criminal con la seguridad de que cualquier miembro conocido o desconocido de la estructura jerárquica la cumplirá. (Ambos, 2010)

6. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Dentro de los resultados, se espera que se avance en la discusión de la autoría mediata en los aparatos organizados de poder, para así tratar de despejar las dudas que se presenten al respecto, y fomentar que se siga haciendo el estudio de las modalidades de autoría, con el fin de terminar con los problemas que estas figuras puede presentar.

La discusión es amplia y aún muy sesgada, por eso dentro del presente artículo se muestran las teorías acogidas y planteadas por algunos doctrinantes y por algunos de los altos tribunales penales incluyendo el Colombiano; con el fin de seguir aportando a tan relevante situación y por qué no poder contribuir con parte de la tesis que se maneja hoy en día en nuestro país.

7. Conclusiones.

- El desarrollo de la teoría de la autoría mediata a través del dominio de aparatos organizados de poder no ha sido pacífico. Al contrario, la larga discusión que se ha tenido desde el momento que se formuló por parte del profesos Roxín, y los aportes que han tenido los tribunales extranjeros como los internacionales, han permitido la depuración de los elementos que la componen, además de su conceptualización para su aplicación en casos concretos.

- La recepción de la teoría ha sido mayormente en los tribunales extranjeros e internacionales, desde los juicios de Núremberg, pasando por el juzgado de Jerusalén en el caso Adolf Eichman, el caso de la Junta Militar en la República de Argentina, los disparos del muro y los miembros del Consejo Nacional de Seguridad RDA, hasta el caso Fujimori en el Perú.

- En Colombia, el desarrollo ha venido siendo progresivo, pasando por momentos de negación (caso Machuca), hasta llegar a los casos de personas que tuvieron relación directa o indirecta con miembros del paramilitarismo, así como la participación activa en actividades delictuales que conllevaron a la realización de tipos penales incluidos en el estatuto penal colombiano.

- Los tribunales nacionales deben tener en cuenta los elementos que la dogmática penal y los tribunales extranjeros han desarrollado, al momento de enfrentarse con casos en donde se debate la responsabilidad de personas que no participaron de manera directa en la realización de un tipo penal, en especial, con relación a hechos que comprometan violaciones a los derechos humanos.

- Aunque con gran esfuerzo y resistencia por parte de cierto sector de la doctrina y de la misma jurisprudencia, la aplicación de la teoría del dominio de la organización como autoría mediata, poco a poco se fue introduciendo en los juicios penales en Colombia. Siendo entonces admisible la misma para el ordenamiento jurídico y así, de obligación para el juez penal. Aunque dicha tesis dogmática debe ser abordada con especial cuidado y en el marco de los derechos y garantías constitucionales que tiene el procesado, bajo la aplicación estricta del principio de legalidad, la confirmación de los hechos constitutivos de este tipo de autoría mediante pruebas legal y constitucionalmente obtenidas, con las formas propias de cada proceso y ante operador judicial competente.

Con esta debida aplicación del debido proceso, no sólo se estará frene al respeto del derecho fundamental, sino que podrá también el ejercicio de las víctimas de sus derechos, ya que con este avance permitirá no solo conocer a los autores directos de los delitos, sino también a los mandos de dominio que dieron las ordenes, encontrándose una real verdad y justicia y avanzando en la construcción de una memoria histórica coherente con los padecimientos sufridos por las víctimas.

BIBLIOGRAFÍA

Abanto, M. (2005). *Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber*. España: Revista Penal Número 14.

Aboso, G. (2012) *Los límites de la autoría mediata*. Euros Editores. Buenos Aires, Argentina.

Ambos, K. (1998). *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*. Bogotá: Traducido por Universidad Externado de Colombia.

Ambos, K. (2008) *Sobre la "organización" en el dominio de la organización*. *Indret Revista Para Derecho*. Barcelona.

Ambos, K. (2010). *Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el expresidente peruano Alberto Fujimori*. En: Ambos, K y Meini, I. *La Autoría mediata*. Perú. Ara Editores. *La autoría mediata*. Colombia: Ara editores.

Ambos, K (2010) *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente*. Rubinzal editores. Argentina

Aramburo, M. (2005) *La delincuencia en la empresa: problemas de autoría y participación en delitos comunes*, en NFP, No 68, Universidad Eafit, Medellín.

Argentina. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital. (1985). *II Colección de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. 1601-1602.

Bustos, J. (2008). *Autoría y participación: Otra visión*. Madrid.

Biblio Bazaar. (2010) Código Penal Colombiano Con Anotaciones Y Leves Reformatorias. Colombia.

Cadavid, P (2015). *Estudios críticos de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 2*. Editorial Ibáñez, Colombia.

Cadavid, P (2013) Coautoría en aparatos organizados de poder de carácter delincencial. Editorial Ibáñez. Colombia.

Castillo, F. (1987). *La autoría mediata*. San José de Costa Rica: Publicaciones Universidad de Costa Rica.

Castillo, J. (2003). *Autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder. El dominio de la organización*. Lima: Sistemas Penales Iberoamericanos.

Colombia. Asamblea nacional Constituyente. *Constitución Política*.

Colombia. Congreso de la República. *Ley 599 de 2000* "Por medio del cual se expide el código penal.". *Julio 24 de 2000*.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. (2001). Sala de Casación Penal. *Sentencia del 8 de marzo. Radicado 14851 "Pueblo Bello"*. M.P. Gálvez Argote, Carlos.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. (2007). Sala de Casación Penal. *Sentencia del 7 de marzo. Radicado 23835*. M.P. Zapata Ortiz, Javier

Colombia. Corte Suprema de Justicia. (2007) Sala de Casación penal. *Sentencia del 12 de septiembre. Radicado 24448 "La Gabarra"*. M.P. Ibáñez Guzmán Augusto

Colombia. Corte Suprema de Justicia. (2007) Sala de Casación penal. *Sentencia del 26 de abril. Radicado 25889 "Mapiripan"*. M.P. Espinosa Pérez, Sigifredo.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. (2009) Sala de Casación penal. *Sentencia del 29 de febrero. Radicado 29418 "Belén de los Andaquiés"*. M.P. González, María Del Rosario

Colombia. Corte Suprema de Justicia. (2009). Sala de Casación Penal. *Sentencia del 3 de diciembre. Radicado 32672*. M.P. González, María Del Rosario.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. (2009) Sala de Casación Penal. *Sentencia del 16 de septiembre. Radicado 29640* M.P. Zapata, Javier.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. (2009) Sala de Casación Penal. *Sentencia radicado 29418* M.P. González, María Del Rosario.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. (2010). Sala de Casación Penal. *Sentencia del 14 de septiembre. Radicado 32000.* M.P. Gómez Quintero, Alfredo.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. (2014) Sala de casación Penal. *Sentencia del 12 de febrero. Radicado 40214.* M.P. Malo Fernández, Guillermo.

Congreso de la Republica. Ley 599 de 2000. *Por medio de la cual se expide el Código Penal Colombiano.*

Corte Penal Internacional. Sala de Asuntos Preliminares. *Prosecutor v Katanga and Ngudjolo Chui. Decision on the confirmation of charges. Case. No. ICC-01104-01107.*

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001). *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo. Serie C No. 75.*

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). *Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre. Serie C No. 162.*

Cuello, J. (2007). *Autoría y participación en un sistema lógico-funcional.* Lima: Dogmática actual de la autoría y la participación criminal.

Cuerda, A. (1992). *Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en derecho penal español.* España: Anuario de Derecho penal y Ciencias penales.

Donna, E. (2007). *El concepto de autoría y la teoría de los aparatos de poder de Roxin.* Lima: Dogmática actual de la autoría y la participación criminal.

Gimbernat, E. (1984). *El dominio del hecho en la autoría. Validez y Límites.* España. Anuario de Derecho penal y Ciencias penales.

Gómez, J. (2013). *Nuevas perspectivas del Derecho Penal.* Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.

Hernández, J. (1996). *La autoría mediata en el Derecho penal.* Granada: Comares.

Huertas Díaz, O. (2012). *La autoría mediata: una respuesta del derecho a la criminalidad organizada*. En Revista Logos Ciencia & Tecnología. Vol. 3. No. 2. Enero-Junio. Policía Nacional. Bogotá.

Huertas Díaz, O., Amaya Sandoval, C., Malte Ruano, G. (2013). *Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder*. En Revista Opinión Jurídica. Vol. 12. No. 23. PP 81-88. Enero-junio. Universidad de Medellín. Medellín.

Huertas Díaz, O, Amaya Sandoval, C. (2015) *Autoría mediata: una nueva categorización de autoría, con que se vislumbra la sombra del hombre de atrás*. En Periódico Argumentos Grupo Editorial Ibáñez. Número 12. Bogotá.

Márquez, A. (2002). *La autoría Mediata en el Derecho Penal. Formas de Instrumentalización*. Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda.

Muñoz Conde F (2000), *Derecho Penal General*, Tirant To Blanch, Valencia.

Perú. Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Especial. (2009). *Exp. N° A.V. 19-2001. Sentencia del 7 de abril*.

Perú. Corte Suprema de Justicia. Primera Sala Transitoria. (2009). *Exp. N° A.V. 19-2001. Sentencia del 30 de diciembre.*

Panta, F. (2007) *Breves cuestiones relativas a la autoría mediata en referencia a los aparatos de poder organizados.* Colombia.

Ramelli, A. (2011) *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia.* Uniandes. Colombia-

Reyes, J. (2004) *La autoría mediata con aparatos organizados de poder,* en DPC, No 75, 2004, Universidad externado de Colombia, Bogotá.

Rotsch, T. (2010). *De Eichman hasta Fujimori. Sobre la recepción del dominio de la organización después de la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Perú.* En: Ambos, K y Meini, I. *La Autoría mediata.* Perú. Ara Editores.

Roxin, C. (2000). *Autoría y dominio del hecho.* España. Marcial Pons.

Roxin, C. (2006). *El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata.* Recuperado de:
http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/REVISTA_PENAL_D_OCS/Numero%2018/dominio.PDF

Roxin, C. (2009). *Dirección de la organización como autoría mediata*. España: Anuario de Derecho penal y Ciencias penales.

Roxin, C. (2010). Apuntes sobre la sentencia- Fujimori de la Corte Suprema del Perú. En: Ambos, K y Meini, I. *La Autoría mediata*. Perú. Ara Editores.

Velázquez, F. (2009). *Derecho Penal Parte General*. Librería Jurídica Comlibros. Bogotá- Colombia.