
Aproximación a la problemática de la responsabilidad penal de los jefes de las organizaciones criminales: un estudio de Derecho Comparado

*Carlos Alberto Suárez López**

Resumen

Una de las mayores problemáticas a las cuáles se enfrenta la dogmática jurídico-penal en materia de autoría y participación, en la actualidad, es la de la responsabilidad penal que les corresponde a los jefes de las organizaciones criminales por los delitos cometidos por éstas bajo su mando. Al respecto se han elaborado diversas tesis, que van desde responsabilizarlos en calidad de autores, hasta hacerlo a título de cómplices. La teoría que hoy goza de más aceptación es la de sancionarlos penalmente a título de autores mediatos, en virtud de la instrumentalización del aparato de poder organizado que se encuentra bajo su dominio; tesis esbozada hace ya varios años por el gran penalista alemán Claus Roxin. Esta teoría ha sido adoptada por diversas jurisdicciones extranjeras y se está empezando a discutir en Colombia, dada las problemáticas que supone la investigación y el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad cometidos por las organizaciones criminales nacionales a los cuales la administración de justicia patria se enfrenta.

* Abogado y Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, Magíster en Derecho de la Universidad de los Andes y Doctorando en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Director del Consultorio Jurídico y del Área de Derecho Penal de la Universidad Jorge Tadeo Lozano.

Abstract

A major contemporary issue which confronts the legal and criminal dogmatic concerns to accessory liability related to criminal responsibility that places chiefs of criminal organizations for crimes committed by those under their command. In this regard various arguments have been developed, ranging them to be sanctioned as principals to accessories. The most widely accepted theory today is to prosecute them as indirect authors, due to the criminal acts performed within their spheres of control in a structure of organized violence; thesis outlined several years ago by the great german penologist Claus Roxin. This theory has been adopted by several foreign jurisdictions and now it has been discussed in Colombia led to the problems posed by the investigation and prosecution of crimes against humanity committed by national criminal organizations that national justice administration takes fight against.

Palabras clave: Autoría y participación, responsabilidad penal de los jefes de las organizaciones criminales, autoría mediata, autoría mediata en virtud de aparatos de poder organizados.

Introducción

Una constelación de casos que ha despertado muchas polémicas en la doctrina y en la jurisprudencia penal, especialmente en los últimos años, es la de aquéllos en los que nos hallamos ante un delito que se comete a través de una organización criminal que puede catalogarse de *estructura, maquinaria o aparato de poder organizado*^{**}, *v. gr.*, una organización criminal terrorista, guerrillera, paramilitar, mafiosa o, incluso, una organización criminal estatal.¹ Vale la pena aclarar que no se hace referencia a los delitos que supone la pertenencia a una organización criminal de esta índole *per se*, como, por ejemplo, los delitos de concierto para delinquir (C.P., art. 340), rebelión (C.P., art. 467), sedición (C.P., art. 468) o tráfico de estupefacientes (C.P., art. 376), sino a otros delitos que podrían ser cometidos eventualmente sin la intervención de una estructura criminal de estas características, pero que son realizados a través de ellas en el caso concreto y que suelen ir de la mano *de facto* con estas organizaciones delincuenciales, como, por ejemplo, genocidios,

^{**} La letra cursiva es discrecional del Autor e indica lo que, a su criterio, le parece importante destacar. En las citas, se excusan tales destacados con la advertencia: (énfasis suplido). Nota del Editor.

1 Sostiene en ese sentido Suárez Sánchez (2007: 320) que estas estructuras de poder organizadas “pueden ser creadas bajo el ropaje del poder estatal, como las del régimen nacional-socialista alemán con relación al exterminio de la raza judía, o constituidas como bandas de terroristas o grupos guerrilleros o paramilitares, etc., con estructuras jerarquizadas.” Bolea Bardon (2000: 337 y 338), por su parte, anota que: “Entre las organizaciones criminales cabe distinguir: las desarrolladas al amparo del poder político de un determinado Estado, como la del régimen nacional-socialista alemán del III Reich; y las organizaciones criminales que operan en contra del poder del Estado, enfrentándose al ordenamiento jurídico, como bandas mafiosas, grupos terroristas, etc.” Roxin (cfr. 2000 (a): 270) señala incluso que estos aparatos de poder organizados *casi siempre son de naturaleza estatal*, teniendo en mente seguramente a los regímenes nacional-socialista del III Reich y comunista de la Alemania Oriental, que siempre han sido considerados como prototipos de aquéllos.

homicidios, secuestros, desapariciones forzadas, desplazamientos forzados, reclutamiento ilícito, torturas, violaciones, hurtos o extorsiones.

Estas estructuras de poder organizadas difieren de las bandas criminales comunes y corrientes, en que mientras en éstas hay una estructura horizontal, más allá de que pueda existir un “jefe de la banda” y una cierta jerarquía, en aquéllas la estructura es vertical (cfr. Suárez Sánchez, 2007: 320). En otras palabras, en los aparatos de poder organizados, a diferencia de otras organizaciones criminales, existe una relación jerárquica –lineal o piramidal– supremamente estricta que genera que las órdenes o directrices que emanan de la cúpula o el vértice de la misma no se van a discutir y van a ser cumplidas de forma prácticamente segura, casi automática, por las personas que están en la base, y en ello pueden confiar los miembros de aquélla.²

Esta estructura vertical y jerarquizada genera una dinámica criminal muy particular: “En estas organizaciones el delito se va forjando en varios estadios, cuyo origen está en la cúpula de la organización, en donde se gesta, decide y ordena, y en la que la orden va descendiendo en la cadena criminal hasta llegar al último eslabón, quien se encargará de ejecutarla” (Suárez Sánchez, 2007: 319).

Ahora bien, la cuestión dogmática más problemática que suponen los delitos que se cometen a través de estas organizaciones criminales –a las cuáles me he referido– es la relativa a la responsabilidad penal individual que les compete a los miembros de la misma. No cabe duda de que el ejecutor o los ejecutores materiales del ilícito deben responder penalmente en calidad de autores directos o de coautores, según el caso, y de que para ello son suficientes las teorías o doctrinas tradicionales de la autoría.³ Sin embargo, *la inquietud surge en relación con la responsabilidad penal que le corresponde a los jefes o dirigentes de la estructura de poder organizada y a sus intermediarios con cierta autoridad en la organización que han dado la orden de cometer el delito, lo han diseñado o planificado, o han asumido*

2 Bolea Bardón (2000: 337) caracteriza de la siguiente manera a los aparatos de poder organizados: “nos referimos a toda clase de organización que utiliza para la comisión de delitos un aparato de poder que cuenta con una estructura jerárquica, a partir de la cual la relación que se establece entre los miembros de la organización es vertical y piramidal. En la cúspide de la pirámide se sitúan los órganos o mandos directivos, desde donde se toman las decisiones y se imparten órdenes. Los encargados de cumplirlas, los ejecutores, no toman parte en la decisión original de realizar el hecho ni tampoco en la planificación del mismo, aunque decidan llevar a cabo el encargo. En muchas ocasiones los subordinados ni siquiera conocen el plan en su globalidad, siendo conscientes únicamente de la parte del plan que les toca ejecutar.”

3 Salvo que se acogiese una teoría subjetiva de la autoría, totalmente anacrónica, como la teoría del interés o la teoría del dolo, pues a la luz de ellas podría llegarse perfectamente a realizar afirmaciones tales como que el ejecutor material actúa en interés ajeno y por ello es partícipe del delito, mientras que el jefe de la organización criminal lo hace en interés propio y por lo tanto es autor, o que el dolo del ejecutor material depende del dolo del jefe de la organización criminal, motivo por el cual es predicable la autoría de éste y la participación de aquél (sobre las teorías subjetivas de la autoría cfr., entre otros, Roxin, 2000 (a): 71 y ss; Díaz y García Conlledo, 2009: 272 y ss; Suárez Sánchez, 2007: 113 y ss; Hernández Esquivel, 2002: 265 a 267). La muy cuestionable forma como se decidió en Alemania el “caso Statschinsky” (al cual me referiré adelante), siguiendo la teoría del interés, es una buena prueba de ello. Otro de los resultados absurdos a los cuáles ha conducido la teoría del interés es descrito por Roxin (2000 (b): 158 y 159): “los delincuentes nazis que con sus propias manos habían matado a otras personas, fueron castigados por lo general como cómplices, si al actuar lo hacían en interés de la dirección del Estado de aquel entonces.”

el control y la dirección de su realización, pero que no han intervenido en su ejecución material. La cuestión es la siguiente: ¿Deben responder estas personas sólo en calidad de partícipes (determinadores o cómplices) o, por el contrario, debe imputárseles responsabilidad penal en calidad de autores (coautores, autores mediatos o autores accesorios)?

La primera solución, la de responsabilizar a los jefes de estas organizaciones criminales y a sus intermediarios con mando sólo como partícipes (determinadores o cómplices) *es más sostenible a la luz de las teorías tradicionales de la autoría* —especialmente si se asume un concepto restrictivo de autor que implica que, por regla general, los intervinientes en el delito son partícipes y por excepción son autores⁴— *pero se antoja político-criminalmente insatisfactoria e, incluso, injusta*. En tal sentido, parecería injusto, por ejemplo, que los jefes de las organizaciones terroristas, paramilitares, guerrilleras o narcotraficantes que operan en el país, que han dado la orden de cometer crímenes de lesa humanidad, que diseñan el plan para ejecutar tales delitos y que controlaron su ejecución, sólo vayan a responder en calidad de *cómplices* de los mismos. Parecería claro que normativamente su intervención es aún más determinante que la de los mismos ejecutores materiales, pues, al fin y al cabo, éstos podrían ser casi cualquier otro miembro de la organización criminal, mientras que sin la orden, planificación y control de los dirigentes de la misma seguramente el delito no podría realizarse.

La segunda solución, la de sancionar a los dirigentes de estas organizaciones criminales y a sus intermediarios con poder como autores (coautores, autores mediatos o autores accesorios), *pese a ser político-criminalmente más satisfactoria y, si se quiere, justa, resulta ser muy difícil de fundamentar dogmáticamente*. En efecto, dado que autor es quién realiza la conducta punible (C.P., art. 29), resulta muy difícil poder afirmar que estos “intervenientes de escritorio” lo han hecho. Podría pensarse, en principio, en acudir a figuras que extienden el ámbito de la autoría a intervinientes que, en estricto sentido, no han realizado la acción típica, tales como la autoría mediata. No obstante, esta modalidad de autoría, que se configura cuando una persona realiza la conducta punible utilizando a otro como instrumento (C.P., art. 29, inc. 1°), supone, de acuerdo a los criterios comúnmente aceptados, que éste obre con un conocimiento, una voluntad o una libertad viciados y, por ende, que no responda penalmente, mientras sí lo hace aquél que domina la voluntad del ejecutor material, valga decir, el autor mediato. Ello no ocurre en estos supuestos, pues el ejecutor material, *v. gr.*, el sicario que trabaja para la organización criminal, obra con plena conciencia, voluntad y libertad y, por ende, debe responder penalmente en calidad de autor directo o coautor, dependiendo de si ha ejecutado el delito sólo o acompañado. Por lo anterior, *salvo que se recurra a alguna complementación teórica que admita la posibilidad de “un autor tras el autor”, la autoría mediata parecería descartada*.

4 Como bien lo anota Díaz y García Conlledo (2009: 373): “Lo que sí es claro que caracteriza al concepto restrictivo de autor, frente al unitario y al extensivo, es que, mientras los últimos parten de la idea de que, en principio, todos los intervinientes en un hecho delictivo a los que les sea objetivamente imputable el resultado (en sentido amplio) del mismo son autores, el primero parte de una idea contraria: no todos los intervinientes en un hecho delictivo son autores, sino solo algunos de ellos.”

Por ello, frente a esta constelación de casos resulta supremamente adecuada, al menos en principio, la famosa frase de Roxin (1972: 30), según la cual “puede ser dogmáticamente cierto lo que desde el punto de vista político-criminal es equivocado, y a la inversa.”

Ahora bien, últimamente viene haciendo carrera en la doctrina y en la jurisprudencia penal la solución que, precisamente, el mismo profesor Roxin (cfr. 2000 (a): 269 y ss) propuso, hace ya varios años (1963),⁵ para la antinomia que suponen estos casos, consistente en *fundamentar la autoría mediata de los jefes de la organización criminal y de sus intermedarios con mando en la existencia de un dominio de la voluntad en virtud de la comisión del delito a través de una estructura, un aparato o una maquinaria de poder organizado (organisatorische Machtapparate)*.

Esta teoría ha sido objeto de varias críticas por parte de un importante sector de la doctrina penal (cfr. Ambos, 2005: 216 y ss) y no es, ni mucho menos, una tesis pacífica, pues para algunos teóricos en esta constelación de casos los jefes de la organización criminal sólo podrían responder en calidad de determinadores⁷ o de cómplices,⁸ mientras que para otros podrían hacerlo en calidad de autores, pero no de autores mediatos, sino de coautores⁹ o autores accesorios, simultáneos o paralelos.¹⁰ Sin embargo, pese a las críticas de parte de este sector de la doctrina, la teoría de Roxin de la autoría mediata en virtud de aparatos de poder organizados se ha venido convirtiendo en doctrina dominante y en los últimos años la jurisprudencia de algunos países viene acogiénola de forma cada vez más amplia.¹¹ Así ha ocurrido, por ejemplo, en Alemania, donde esta tesis ha sido adoptada por el Tribunal Supremo Federal (BGH) para juzgar, entre otros casos, la responsabilidad penal de los dirigentes de la antigua República Democrática Alemana por los disparos mortales en el muro de Berlín (cfr. Ambos, 2008: 18 y ss). De igual forma, la tesis de Roxin ha sido admitida por la administración de justicia en Argentina (cfr. Malarino, 2008: 40 y ss) y Chile (cfr. Guzmán, 2008: 74 y ss) para juzgar la responsabilidad penal de los dirigentes de las dictaduras militares, padecidas en dichos países, por los crímenes de lesa humanidad cometidos por fuerzas estatales durante ellas.

5 Aunque el mismo Roxin (2007: 513 y ss) ha compartido recientemente los créditos por la postulación de esta tesis con Schroeder.

6 Recordemos que el “dominio de la voluntad” es la forma de dominio del hecho propia de la autoría mediata en la teoría penal roxiniana (cfr. Roxin, 2000 (a): 165 y ss).

7 Así, por ejemplo, Gimbernat Ordeig (2007: 287 y ss) en España. También decantan esta tesis en Alemania Herzberg y Köhler (cfr. Roxin, 2000: 727 y 728; Ambos, 2008: 24).

8 Así, por ejemplo, Hernández Plasencia (cfr. Bolea Bardon, 2000: 365 y 366).

9 Así, por ejemplo, Jescheck y Weigend (2002: 722); Jakobs (1997: 753). Son también partidarios de esta postura en Alemania: Baumann, Weber y Mitsch y Kindhäuser (cfr. Ambos, 2008: 25), así como Otto (cfr. Roxin, 2007: 518 y 519).

10 Así, por ejemplo, Bockelmann y Volk (cfr. Ambos, 1998: 29); y Murmann (cfr. Bolea Bardon, 2000: 362).

11 Señala Ambos (2008: 24) que: “la jurisprudencia y la doctrina *dominantes* fundan en este tipo de casos la imputación en una *autoría mediata* basada en la teoría *roxiniana* del dominio del hecho en virtud de aparatos de poder organizados.”

En Colombia el debate sobre la posibilidad de implementar tal teoría para fundamentar la autoría mediata de los jefes de las organizaciones narcotraficantes, guerrilleras y paramilitares por los crímenes cometidos a través de éstas apenas está en sus albores. No obstante, se puede observar que dicha tesis está siendo acogida o, al menos, debatida cada vez más por la jurisprudencia (cfr. Aponte Cardona, 2008: 154 a 157), en algunos casos de forma más bien poco afortunada. Este trabajo persigue la modesta finalidad de contribuir a ilustrar y fomentar dicho debate.

El plan a seguir será el siguiente: en primer término, este artículo analizará la tesis que hoy goza de mayor aceptación en la dogmática jurídico-penal en relación con la responsabilidad penal de los dirigentes de las organizaciones criminales por los crímenes cometidos por sus subordinados, esto es, la ya mencionada teoría de la autoría mediata en virtud de estructuras, aparatos o maquinarias de poder organizados esbozada por Roxin. En segundo lugar, se analizarán otras tesis que pretenden solucionar esta problemática, las cuáles van desde la coautoría hasta la complicidad. En tercer lugar, se comprobará la acogida que ha recibido la tesis de Roxin en el derecho penal comparado, particularmente en Alemania para juzgar la responsabilidad penal por los homicidios cometidos en el muro de Berlín, en Argentina y Chile para juzgar la responsabilidad penal por los crímenes de las dictaduras militares y en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Finalmente, se analizará y valorará la forma cómo se viene solucionando esta problemática en el derecho penal colombiano, particularmente en los casos de la masacre de Machuca, de la Ley de Justicia y Paz y de la denominada “Parapolítica”.

1. La teoría de la autoría mediata en virtud de estructuras, aparatos o maquinarias de poder organizados de Roxin

1.1. Fundamentos

Tal como se ha señalado, probablemente la teoría más influyente en la actualidad para solucionar la problemática de la responsabilidad penal de los dirigentes de las organizaciones criminales y sus intermediarios con mando por los delitos cometidos a través de éstas es la de Roxin, según la cual los mismos deben responder en calidad de *autores mediatos* por estos crímenes, aun cuando no los hayan realizado de manera directa.¹²

12 Esta teoría fue desarrollada por Roxin teniendo en mente especialmente la problemática de los crímenes contra la humanidad cometidos por los miembros del aparato de poder del gobierno nacional-socialista alemán durante el *Tercer Reich*, es decir, durante el período de 1933 a 1945 (cfr. Suárez Sánchez, 2007: 320; Cerezo Mir, 2008: 938). Especial preocupación despertaba en Roxin el hecho de que delitos como el genocidio resultan impensables como hechos individuales y, por lo tanto, las formas tradicionales de autoría y participación, elaboradas para ellos, son insatisfactorias dogmáticamente (cfr. Roxin, 2000 (a): 270; Reyes Cuartas, 2004: 141).

Para Roxin (cfr. 2000 (a): 271) es claro que esta es la solución político-criminalmente más acertada para esta problemática, pero hasta los años sesenta no se había planteado la cuestión dogmática de cómo fundamentar la autoría mediata del “sujeto de atrás” porque con ayuda de la teoría subjetiva del *animus auctoris* se podía atribuir fácilmente la voluntad de autor a éste, salvando así las dificultades. Sin embargo, para el autor germano (cfr. Roxin, 2000 (a): 271) “ésa es una solución sólo aparente, pues ciertamente quienes mueven los hilos de tales organizaciones tienen un interés relevante en el éxito del delito, en el sentido de la teoría subjetiva. Pero eso ocurre también normalmente en los inductores y, por tanto, no puede ser un criterio útil para distinguir inducción y autoría mediata.”

Bajo ese entendido, considera Roxin (cfr. 2000 (a): 269 y ss) que *la autoría mediata del “sujeto de atrás” (Hintermann) se puede fundamentar en estos casos acudiendo a la teoría del dominio del hecho* (que es el criterio esencial para determinar quién es autor en su teoría de la autoría y la participación, con excepción de los supuestos de delitos de infracción de deber y delitos de propia mano). Señala el catedrático de Múnich que el dominio de la voluntad –forma de dominio del hecho propia de la autoría mediata en su teoría¹³– no sólo se configura cuando el “sujeto de adelante” (*Vordermann*), es decir, el ejecutor material, obra bajo error o coacción,¹⁴ sino también cuando se trata de un miembro de una estructura o aparato de poder organizado, que actúa cumpliendo la orden de uno de los jefes de dicha maquinaria, que le ha sido transmitida directamente por él o por un intermediario. En esos casos también puede decirse que *el “sujeto de atrás” domina la voluntad del “sujeto de adelante”, en virtud de su pertenencia a la organización sobre la cual ejerce poder* (cfr. Roxin, 2000 (a): 272 y 273).¹⁵

Naturalmente, *en estos casos no debe mediar ni error ni coacción en el instrumento*, pues de lo contrario se configuraría la autoría mediata según los criterios tradicionales (cfr.

13 Recordemos que Roxin (cfr. 2000 (a): 151 y ss) considera que existen tres variedades de dominio del hecho característicos, cada uno de ellos, de las tres formas de autoría: (a) el “dominio de la acción” que fundamenta la autoría directa individual; (b) el “dominio de la voluntad” que funda la autoría mediata; y (c) el “dominio funcional” que constituye la esencia de la coautoría.

14 Los supuestos de error y coacción, junto a los casos en los cuales se instrumentaliza a un inimputable o a un niño, son los eventos en los cuales la doctrina acepta de forma mayoritaria la posibilidad de la autoría mediata. Para Roxin (2000 (a): 259 y ss) la cuestión del dominio del hecho en los supuestos de utilización de inimputables y niños puede resolverse con ayuda de los mismos criterios que se usan en las situaciones de error o de coacción, dependiendo del caso concreto, motivo por el cual no los distingue como supuestos de autoría mediata autónomos.

En contra de estos supuestos tradicionales de autoría mediata se pronuncian Zaffaroni, Alagia y Slokar (2005: 609), para quienes: “Suele decirse que hay autoría mediata también cuando el agente se vale de otro que actúa inculpablemente, es decir, de otro que comete un injusto inculpable, o sea, que es inimputable, se halla en error de prohibición o en una situación de necesidad exculpante. Por nuestra parte, no creemos que este supuesto configure autoría mediata en todos los casos, por entender que la falta de reprochabilidad de la acción del interpuesto no siempre proporciona al determinante el dominio del hecho.”

15 En realidad resulta dudoso que en estos casos pueda hablarse de un “dominio de la voluntad” por parte del “hombre de atrás”, pues el ejecutor directo obra con plena conciencia, voluntad y libertad. Sin embargo, sí parece acertado hablar de un “dominio de la organización” por parte de los miembros del vértice de la misma. Es por ello que la doctrina contemporánea (y el mismo Roxin por momentos) suelen denominar así a esta modalidad de dominio del hecho (cfr. Ambos, 1998: 14).

Roxin, 2000 (a): 270 y 271). En estos supuestos el ejecutor material debe obrar con plena conciencia, voluntad y libertad. Por ejemplo, si el ejecutor material fuese coaccionado en el sentido de que si no realiza el delito que se le ordena va a ser asesinado él o algún miembro de su familia, no habría que acudir a esta teoría para fundamentar la autoría mediata, pues bastaría para ello con el auxilio del tradicional criterio según el cual en los casos de insuperable coacción ajena quien coacciona domina la voluntad del coaccionado y, por ende, es autor mediato.

Roxin (cfr. 2000 (a): 270 y ss) brinda como ejemplos dos casos reales en los cuáles se configuraría esta clase de autoría mediata en virtud de la pertenencia a una estructura o un aparato de poder organizado:

El primero de ellos es el “caso Statschinsky”, en el cual el servicio secreto de la Unión Soviética encargó a un agente con ese apellido el asesinato de dos exiliados políticos en la República Federal Alemana. El agente cumplió con su misión al matar de propia mano a las víctimas seleccionadas en plena calle de Múnich utilizando una pistola con munición envenenada. Este caso siempre ha sido citado en la doctrina como un argumento en contra de las teorías subjetivas de la autoría y, específicamente, contra la teoría del interés, pues el BGH de la Alemania Occidental, al parecer por motivaciones políticas, consideró que en este caso el agente era simplemente un cómplice, con el argumento de que él no era el interesado en el hecho, sino los que le encomendaron las muertes. En otras palabras, según el Tribunal Supremo Federal alemán, Statschinsky obraba en interés ajeno, con *animus socii*, y, por ende, no podía ser considerado autor, sino apenas un cómplice.

Por supuesto que esta solución es rechazada por Roxin –y por la mayor parte de la doctrina– pues está claro que el agente soviético dominaba la acción y, por ende, no puede decirse que sea un simple cómplice, sino un autor directo.¹⁶ Pero lo novedoso del planteamiento de Roxin es que él considera que en este caso los miembros del servicio secreto de la Unión Soviética que le dieron la orden a Statschinsky de matar a los exiliados políticos en la Alemania Occidental, también deben ser considerados autores, concretamente *autores mediatos*, pues ellos dominaban un aparato de poder organizado como lo era dicho servicio secreto. Statschinsky era un mero ejecutor instrumental totalmente fungible o intercambiable, pues si él se hubiese negado a ejecutar el delito, seguramente otro agente del servicio secreto soviético lo habría hecho.

El segundo es el “caso Eichmann”. Adolf Eichmann fue uno de los principales responsables de la denominada “solución final” del régimen nazi, es decir, del genocidio de los judíos. Era el encargado de localizar a los judíos en los países invadidos, en especial en

16 Sobre la sentencia del BGH en el “caso Statschinsky” señala Roxin (2000 (a): 152 y 153) que: “No es imaginable en absoluto un dominio más amplio sobre el suceder de la acción. Cuando el BGH trasmuta mediante interpretación el comportamiento de autor que ejecutó por sí sólo y libremente en complicidad, sobre la base de la obcecación política del acusado, está creando una causa de atenuación de la pena no contenida en la ley. Al margen de lo cual la sentencia también es sumamente objetable desde el punto de vista político-criminal, porque puede servir para exonerar en gran medida a todos aquellos que sin coacción ponen en práctica los fines criminales de una potencia estatal.”

Polonia, y coordinar su transporte hacia los campos de concentración alemanes durante la Segunda Guerra Mundial, en los cuales eran ejecutados. Después de la caída del régimen nazi, se refugió en Argentina, donde fue secuestrado años después por miembros del servicio secreto israelí y llevado a este país para ser juzgado. Después de un largo y polémico juicio, fue condenado por un tribunal en Jerusalén, que se organizó siguiendo el modelo de los tribunales de Núremberg, a morir en la horca; pena que se hizo efectiva. La defensa de Eichmann argumentó que la intervención de su cliente resultaba irrelevante, pues de haberse negado a obedecer las órdenes que se le dieron, ello no habría surtido efecto alguno en la ejecución de los judíos, pues otro lo habría reemplazado. Habría sido un “sacrificio gratuito” (cfr. Roxin, 2000 (a): 273).

Para Roxin (2000 (a): 274) la excusa de la defensa de Eichmann resulta inaceptable pues “quien comete un delito no se ve exonerado de responsabilidad porque de no haberlo hecho él, otro lo habría cometido.” Se trata de una objeción de “causalidad adelantada” que carece de significado dogmático, dice el autor germano. Pero además, Roxin (cfr. 2000 (a): 273 a 275) considera que en este caso también debe aplicarse su teoría para fundamentar la autoría mediata de Eichmann y de los superiores en la jerarquía nazi que le daban órdenes para estos crímenes.

1.2. Excepción al “principio de responsabilidad”

Ahora bien, a diferencia de los demás supuestos de autoría mediata (error, coacción y utilización de niños e inimputables), en los cuales el ejecutor instrumental, el “hombre de adelante”, debe quedar impune al no obrar con plena conciencia, voluntad o libertad, recayendo la autoría (mediata) y la responsabilidad penal exclusivamente en el “hombre de atrás”, *en estos supuestos el ejecutor instrumental obra con plena conciencia, voluntad y libertad y por ello también responde penalmente de forma plena en calidad de autor directo* (o de coautor en caso de que fueren varios los ejecutores materiales). Por ende, es posible decir que *en estos casos existen dos niveles de autores: (1) el nivel de los autores directos o coautores*, que son los que ejecutan materialmente el hecho punible; y (2) *el nivel de los autores mediatos*, constituido por el vértice de la estructura de poder organizada que da la orden de cometerlo y sus intermediarios con autoridad en la organización que la transmiten.

Se trata de un auténtico supuesto de “un autor tras el autor” y, por ende, de una excepción al denominado “principio de responsabilidad” que tradicionalmente ha regido a la autoría mediata (cfr. Schünemann, 2004: 34 y 35; Bolea Bardon, 2000: 350 y 351).¹⁷ Según este principio “el hombre de adelante por eso y sólo eso es instrumento del hombre de atrás,

17 Tal como lo anota Suárez Sánchez (2007: 334): “Se produce una clara ruptura con el denominado ‘principio de responsabilidad’, porque se da la plena responsabilidad penal del ejecutor material, quien a pesar de ser considerado como instrumento del hombre de atrás es calificado autor inmediato del delito ordenado desde la cúspide de la organización.”

ya que el mismo o no cumple los presupuestos objetivos y subjetivos del tipo penal, o no ha actuado ilegalmente, o no se ha comportado culpablemente y en cualquier caso para el hecho no es responsable penalmente, de forma que la responsabilidad que le falta es derivada al hombre de atrás” (Schünemann, 2004: 29). *Contrario sensu*, “cuando el hombre de adelante es responsable penalmente, el hombre de atrás responde sólo como partícipe, de forma que según este principio no existe ninguna figura jurídica del ‘autor detrás del autor’” (Schünemann, 2004: 29). En otras palabras, *cuando se configura la plena responsabilidad penal del ejecutor material se descarta la autoría mediata. Toda vez que esta modalidad de autoría mediata que se comenta supone admitir la posibilidad de un “autor tras el autor”, constituye una excepción a dicho principio*,¹⁸ y —como se verá— es ésta la principal objeción que se le suele hacer a esta doctrina.

1.3. Requisitos

De la lectura de la obra de Roxin puede concluirse que para él son tres los requisitos o elementos que deben estar presentes para que se configure la autoría mediata en virtud de estructuras o aparatos de poder organizados: (1) *el dominio de la organización por los autores mediatos*; (2) *la fungibilidad de los ejecutores materiales*; y (3) *la desvinculación del derecho del aparato de poder organizado* (cfr. Suárez Sánchez, 2007: 320).¹⁹ Examinaré a continuación cada uno de estos requisitos:

1.3.1. El dominio de la organización por los autores mediatos

Para Roxin el *dominio de la voluntad* propio de la autoría mediata se configura en esta constelación de casos en quienes actúan en la cúpula de una estructura de poder organizada y en sus intermediarios que ejercen autoridad en la misma,²⁰ en primer término,

18 De allí que Schünemann (2004: 27 y ss) considere que la adopción de esta tesis por parte de la jurisprudencia alemana y su aplicación incluso a casos de criminalidad empresarial, constituya una de las razones para sostener que en la actualidad se presenta “un tormentoso desarrollo y expansión de la figura de la autoría mediata.”

19 Sin embargo, en un texto reciente, Roxin (2007: 530 y 531), incorporando en su teoría la tesis de Schroeder, considera que a estos elementos se debe agregar la “resolución al hecho” o la “inclinación típicamente organizativa al hecho” por parte del ejecutor material, que consiste en que éste está dispuesto, condicional o incondicionalmente, a realizar el hecho delictivo desde un momento previo a la orden. Señala Roxin (2007: 530) que en esta constelación de casos el ejecutor material “está sometido a una serie de influjos que son específicos de la organización y que, si bien no excluyen de ninguna manera su responsabilidad, sí hacen que éste ‘más dispuesto al hecho’ que cualquier delincuente potencial y que, visto en su totalidad, incrementan la probabilidad de éxito de una orden y contribuyen al dominio del hecho por parte de los hombres de atrás.”

20 Como bien lo anota Suárez Sánchez (2007: 338 y 339), de acuerdo con la teoría roxiniana que se está analizando: “No sólo responde como autor mediato el superior jerárquico que da la orden en el seno de la estructura de poder organizada, sino todos los intermediarios de la misma, siempre y cuando tengan capacidad para imponer la decisión ante los subordinados, de acuerdo con la posición que ostenten dentro de la jerarquía de la organización.”

porque los mismos *dominan la organización y, por ende, tienen el control superior sobre el hecho realizado a través de ella.*²¹

El dominio del hecho de estas personas radica en que tienen a su disposición una auténtica “maquinaria de personal” con cuya ayuda pueden cometer sus crímenes, sin que su realización dependa de la decisión autónoma del ejecutor. En virtud de la estructura jerárquica, vertical de estas organizaciones criminales –estatales o no estatales–, que supone la obediencia casi automática de aquéllos que están en la base, los jefes de las mismas pueden confiar en que sus órdenes van a ser ejecutadas casi con plena seguridad. Si el miembro de la organización criminal en el cual recae la orden se niega a ejecutarla, el vértice de la misma puede confiar en que va a ser reemplazado por otro, pero de igual forma, sus órdenes van a ser cumplidas. En otras palabras, *el dominio del hecho lo hace descansar Roxin en el funcionamiento peculiar del “aparato” que está a disposición del “sujeto de atrás”, el cual opera casi “automáticamente”, sin importar la persona individual del ejecutor.*²²

Roxin (2000 (a): 272) ilustra esta modalidad de dominio del hecho con un ejemplo bastante simbólico:

Basta con tener presente el caso, en absoluto de laboratorio, del gobierno, en un régimen dictatorial, que implanta una maquinaria para eliminar a los desafectos o a grupos de personas. Si dada esa situación (por expresarlo gráficamente) 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.

Ahora bien, esta modalidad de dominio del hecho posee una muy interesante particularidad (Roxin, 2000 (a): 274): “mientras normalmente ocurre que un interviniente, cuanto más alejado está de la víctima y de la acción típica directa, más queda relegado a la zona periférica del suceso y excluido del dominio del hecho, *en estos casos ocurre, a la inversa, que la pérdida de proximidad al hecho se compensa por la medida de dominio organizativo que va aumentando según se asciende en la escala jerárquica del aparato*” (énfasis suplido). Se trata de *una auténtica paradoja* de esta modalidad de dominio del hecho.²³

21 Señala Roxin (2000 (a): 272) en ese sentido que: “es evidente que una autoridad superior competente para organizar el exterminio masivo de los judíos o la dirección de un servicio secreto encargada de perpetrar atentados políticos dominan la realización del resultado de manera distinta a un inductor común. Nadie vacilaría en atribuir a quien da las órdenes una posición clave en el acontecer global, posición que no les corresponde a los meros instigadores en los casos de criminalidad ‘común.’”

22 En palabras de Roxin (2000 (a): 272) el dominio del hecho radica “en el funcionamiento peculiar del aparato, que en nuestros ejemplos está a disposición del sujeto de detrás. Una organización así despliega una vida independiente de la identidad variable de sus miembros. Funciona ‘automáticamente’, sin que importe la persona individual del ejecutor.”

23 Zaffaroni, Alagia y Slokar (2005: 611) apuntan al respecto que: “La regla que establece que un sujeto que se encuentra más alejado de la víctima y de la conducta homicida, tiene menor dominio del hecho, en los casos de aparatos organizados de poder sufre una inversión, pues cuanto más alejado el ejecutor está de las víctimas más cerca se encuentra de los órganos ejecutivos de poder, lo que le proporciona mayor dominio del hecho.”

1.3.2. La fungibilidad de los ejecutores materiales

Tal como lo anota el propio Roxin (2000 (a): 272): “El factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en tales casos [...] reside, pues, en la fungibilidad del ejecutor”^{24/25}. Esta fungibilidad radica en que *si el miembro de la organización al cual se le da la orden decide no cumplir con ella, puede ser reemplazado oportunamente por otro que de todas formas la va a ejecutar y en ello puede confiar el jefe o vértice de la organización que da la orden por la estructura jerárquica, vertical de la misma.*²⁶

Señala Roxin (2000 (a): 273) que en estos casos, desde la atalaya del “sujeto de atrás”

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

En otros términos, en estos supuestos fácticos el ejecutor material no es más que *una ruedecilla del engranaje*, una piecita de la máquina, que puede ser sustituida sin más en cualquier momento. Por ello, en últimas quien domina el hecho en estos casos es el dirigente de la estructura de poder organizada que da la orden de ejecutar el hecho: sólo en virtud de esa orden el delito se realiza y sólo él puede evitarlo dando la orden contraria (a menos, por supuesto, que intervenga un factor externo a la organización que frustre el plan criminal).

1.3.3. La desvinculación del derecho del aparato de poder organizado

Finalmente, Roxin (cfr. 2000 (a): 277) sostiene que esta forma de dominio de la voluntad *sólo es posible cuando se trate de estructuras de poder organizadas que actúan por principio al margen de la ley o desvinculadas del derecho*. Ello por cuanto *sólo en ellas los miem-*

24 Ahora bien, como quiera que fungible es lo que se consume por el uso, es quizás preferible hablar de la “intercambiabilidad” del ejecutor en lugar de su “fungibilidad” como fundamento de la autoría mediata en esta constelación de casos (cfr. Suárez Sánchez, 2007: 335).

25 Vale la pena anotar que se han realizado algunos intentos por fundamentar materialmente de forma diversa el dominio de la organización (cfr. Ambos, 1998: 16 y ss). Por ejemplo, Schroeder ha pretendido fundamentar el dominio del hecho del “sujeto de atrás” y, por ende, su autoría mediata *en la decisión incondicional de cometer el hecho en la persona del ejecutor* (cfr. Ambos, 1998: 19 y ss; Roxin, 2007: 514). Según Schroeder: “Se presenta tal aprovechamiento cuando la ejecución de la intención solamente depende de una condición que lleva a cabo el hombre de atrás... Con el conocimiento de la resolución segura del otro hacia el hecho, desaparece para el hombre de atrás la inseguridad del resultado que es típica en el partícipe, desaparece el sometimiento a la resolución hacia el hecho que deba tener un tercero” (cfr. Roxin, 2007: 514). Sin embargo, esta tesis de Schroeder no ha convencido demasiado, entre otras cosas, “porque en la realidad jurídica –prescindiendo de los escasos casos de *omnimodo facturus*– no concurren frecuentemente ejecutores ‘incondicionalmente dispuestos’.” (Ambos, 1998: 22).

26 Roxin (2000 (a): 275) describe esta dinámica criminal propia de estos casos en estos términos: “Si uno fracasa, otro le va a suplir, y precisamente esta circunstancia convierte al respectivo ejecutor, sin perjuicio de su propio dominio de la acción, al mismo tiempo en instrumento del sujeto de atrás.”

*bros de la organización saben que, por regla general, las órdenes que les van a llegar y que deben acatar al pertenecer a la misma van a ser de carácter criminal.*²⁷

Según el catedrático de Múnich (cfr. Roxin, 2000 (a): 277):

De la estructura del dominio de la organización se deduce que éste sólo puede existir allí donde la estructura en su conjunto se encuentra al margen del ordenamiento jurídico, puesto que en tanto que la dirección y los órganos ejecutores se mantengan en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las órdenes de cometer delitos no pueden fundamentar dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas, y con ello el poder de voluntad del sujeto de atrás (énfasis suplido).

Este requisito, que es muy discutido en la doctrina (cfr. Ambos, 2005: 234 y ss), conlleva dos importantes consecuencias:

1.3.3.1. Primera consecuencia: la aplicabilidad restringida de esta tesis en los casos de criminalidad estatal

La primera consecuencia de este requisito consiste en que la teoría de la autoría mediata en virtud de aparatos de poder organizados, de Roxin, *sólo es aplicable frente a los crímenes cometidos por fuerzas estatales cuando éstas se hallen en un contexto en el cual ya no estén vigentes las garantías del Estado de Derecho* (una dictadura totalitarista, por ejemplo) y en el que, en consecuencia, los miembros de los poderes estatales puedan partir de la premisa de que las órdenes que sus superiores les van a impartir van a ser, por principio, antijurídicas (cfr. Roxin, 2000 (a): 277). En caso contrario, es decir, si una autoridad estatal en el marco de un Estado de Derecho determina a sus subordinados a cometer delitos, su intervención debe considerarse como de determinación o instigación, salvo que medie coacción o error (cfr. Roxin, 2000 (a): 277).²⁸ *Esto limita notablemente la aplicabilidad de esta teoría frente a las estructuras de poder organizadas de carácter estatal*, pues no van a ser muchos los casos, por lo menos en la actualidad, en los cuales podamos afirmar de forma categórica que en un Estado no se encuentran vigentes definitivamente las garantías propias del Estado de Derecho.

27 Tal como lo explica Suárez Sánchez (2007: 342): los sujetos que pertenecen a estas organizaciones criminales están “en su conjunto (sin perjuicio de que se den excepciones) dispuestos a ejecutar el delito, porque saben que forman parte de la organización criminal y que la mayoría de las órdenes son para delinquir, dado que ésta es la función de la empresa.”

28 Sostiene Roxin (2000 (a): 277) que: “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 causes del Derecho, ‘funciona’ de la manera requerida por la estructura de dominio descrita únicamente al utilizar las vías preestablecidas por el ordenamiento jurídico.”

1.3.3.2. Segunda consecuencia: la no aplicabilidad de esta tesis en los casos de criminalidad empresarial

Por otra parte, una segunda consecuencia radica en que esta teoría *no es, por principio, aplicable en el ámbito de la delincuencia empresarial* (cfr. Roxin, 2000 (a): 729; Suárez Sánchez, 2007: 341 y ss). Cuando los directivos de una empresa deciden excepcionalmente cometer un delito a través de ella y con la participación de los miembros de la misma, no puede hablarse de autoría mediata en virtud de aparatos de poder organizados, pues el sólo hecho de pertenecer a una de estas organizaciones no supone una disposición global a delinquir.²⁹ El mismo Roxin (2000 (a): 729) reconoce expresamente la inaplicabilidad de esta doctrina en los casos de criminalidad empresarial:

Quando una gran empresa moderna que participa en la vida económica dentro del ordenamiento jurídico, un jefe de departamento exhorta a un empleado a cometer falsedad documental [...], de llegarse a la comisión, es sólo inductor del delito cometido en concepto de autor por el empleado (aun cuando el empleado sea fungible), puesto que de una organización que trabaja en el marco de la legalidad debe esperarse que no hay que obedecer las órdenes antijurídicas [...].³⁰

Aun cuando el tema resulta bastante polémico, ante la inaplicabilidad de la tesis del dominio de la organización, considero que *se deben seguir en esos casos los criterios generales de la teoría de la autoría y la participación*, es decir, que quien induce directamente al ejecutor material (autor directo) debe ser considerado *determinador* y los superiores que inducen a aquél meros *cómplices* o a lo sumo *determinadores* (ello si se admite la discutida posibilidad de la “inducción o determinación en cadena”³¹), pues no inducen directamente al autor inmediato (en igual sentido Suárez Sánchez, 2007: 345).

29 A este argumento en contra de la aplicabilidad de la teoría roxiniana en estudio en el ámbito empresarial debe sumarse que el requisito de la fungibilidad o intercambiabilidad del instrumento tampoco se da en las empresas llamadas en principio a no delinquir, pues en ellas las distintas labores suelen ser realizadas por personas muy especializadas. En ese sentido precisa Suárez Sánchez (2007: 343) que: “en un grupo empresarial no es fácil reemplazar a un funcionario de bajo rango que habrá de ejecutar el delito planeado y ordenado por los integrantes de la cúspide de la organización, porque sus especializados conocimientos no permiten su fácil sustitución, como sí se permite en las organizaciones criminales al margen de la ley, en las cuales cualquier hombre de la base de la pirámide de la organización puede ser reemplazado por otro que está dispuesto a ejecutar el crimen.”

30 Sin embargo, el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), en contra de la voluntad de su creador, ha aplicado la tesis de la autoría mediata en virtud de un aparato de poder organizado o al menos la ha empleado como *obiter dictum* en algunos casos de delincuencia empresarial (cfr. Schünemann, 2004: 35; Roxin, 2000 (a): 677).

31 La mayor parte de la doctrina española se manifiesta contraria a la posibilidad de la “inducción en cadena” (cfr. Mir Puig, 2004: 405). En contra de esta posibilidad se pronuncia, por ejemplo, Gimbernat Ordeig (2007: 293 y 294), para quien calificar de inductor del hecho principal al inductor del inductor no convence: “En primer lugar, porque se pone en contradicción con toda la doctrina de la autoría mediata, admitiendo supuestos de inducción mediata cuando el inductor directo es plenamente responsable [una excepción a este postulado es precisamente la tesis de la autoría mediata en virtud de aparatos de poder organizados de Roxin]. En segundo lugar, porque desconoce la simple verdad de que el inductor en cadena no ha inducido al hecho principal (como se le suele calificar), sino que ha inducido a otro a que indujese al hecho principal. Lo que no es lo mismo.”

Por el contrario, en la doctrina alemana se suele aceptar esta posibilidad (cfr. Jescheck y Weigend, 2002: 739).

1.4. Una aclaración

Finalmente, cabe advertir que Roxin (cfr. 2000 (a): 275 y 276) no descarta que en los delitos cometidos a través de estructuras de poder organizadas *pueda configurarse la participación (la determinación o la complicidad)*, es decir, que *no necesariamente todos los intervinientes en estos casos son autores*. No obstante, ello sólo es predicable de “quienes no integran el engranaje de la maquinaria, es decir de quienes están en la periferia de la misma” (Suárez Sánchez, 2007: 339).

En palabras del penalista alemán (Roxin, 2000 (a): 275 y 276):

Cabe afirmar, pues, en general, que quien es empleado en una maquinaria organizativa en cualquier lugar, de una manera tal que puede impartir órdenes a subordinados, es autor mediato en virtud del dominio de la voluntad que le corresponde si utiliza sus competencias para que se cometan acciones punibles. [...] Naturalmente, no se quiere decir que en los delitos cometidos en el marco de maquinarias de poder organizadas no quepa la complicidad. Cualquier actividad que no impulse autónomamente el movimiento de la maquinaria más bien sólo puede fundamentar participación.

Podría darse la complicidad, por ejemplo, cuando un extraño a la organización le presta ayuda al ejecutor material para que realice el delito o le colabora a quien da la orden de realizar el delito llevándole el mensaje a otro miembro de la organización, que habrá de continuar con la cadena de órdenes hasta llegar al ejecutor (cfr. Suárez Sánchez, 2007: 339).

Podría configurarse la determinación, por ejemplo, cuando una persona que no forma parte de la organización criminal convence a uno de los jefes de la misma para que disponga un delito a través de sus subordinados, como, por ejemplo, el homicidio o el secuestro de una persona (cfr. Suárez Sánchez, 2007: 339).

Pese a que la teoría de Roxin de la autoría mediata en virtud de estructuras o aparatos de poder organizados se ha venido convirtiendo prácticamente en la *doctrina dominante* sobre esta problemática (cfr. Ambos, 2008: 24) y a que —como se verá— ha sido acogida por la jurisprudencia de algunos países para juzgar casos de gran trascendencia nacional e internacional, la misma ha sido sometida a importantes críticas, pues existen posiciones doctrinales diversas sobre la forma como debe ser valorada en estos casos la responsabilidad penal de los superiores de las organizaciones criminales.³² A continuación se expondrán las principales críticas que se han dirigido contra esta tesis de Roxin.

32 Tal como lo reconoce el propio Roxin (2000 (b): 171): “El dominio de organizaciones como caso de autoría mediata se ha impuesto en la jurisprudencia alemana, pero en la doctrina, si bien encuentra fuertes defensores, tiene también considerables adversarios.”

1.5. Críticas

1) *Parecería existir una contradicción o antinomia difícil de solucionar en la tesis de Roxin:* “si los ejecutores no son libres no deberían ser responsables, o si son libres no deberían ser tenidos como autores mediatos quienes dan las órdenes desde arriba” (Suárez Sánchez, 2007: 334). En otras palabras, la objeción radica en el ya mencionado “principio de responsabilidad”, según el cual la plena responsabilidad penal del ejecutor material excluye la posibilidad de la autoría mediata.

Para obviar esta aparente contradicción, *Roxin le da en su teoría una interpretación más amplia a la noción de instrumento*, al no suponer esta figura un defecto que anule la conciencia, la voluntad o la libertad necesariamente (cfr. Suárez Sánchez, 2007: 334). De igual forma, “[l]a teoría del dominio por organización supera la libertad ajena del hombre de adelante con el criterio de la *fungibilidad*” (Ambos, 2005: 220).

2) Como lo ha reconocido el propio Roxin (cfr. 2000 (a): 272), la fuerza persuasiva de la teoría del dominio por organización se encuentra en la validez del criterio de la fungibilidad o intercambiabilidad del instrumento y *ello resulta muy difícil de verificar en el caso concreto* (cfr. Ambos, 2005: 220 y ss). En efecto, en la teoría de Roxin la libertad ajena del “hombre” o de los “hombres de adelante” no es un obstáculo para argumentar la autoría mediata del “hombre de atrás”, “puesto que quienes ejecutan directamente el hecho son solamente ruedecillas intercambiables en el engranaje del aparato de poder”, de modo que “al hombre de atrás no le interesa quién cumple sus órdenes” (Ambos, 2005: 220). En todo caso, bien sea a través de este o de otro miembro de la organización, la orden del hombre de atrás va a ser cumplida y en ello puede confiar éste.³³

Por el contrario, “si se parte de que el hombre de atrás que domina la organización no puede confiar más en que sus órdenes serán cumplidas por quien quiera que fuese, fracasaría su dominio del hecho por esa inseguridad concretada en la libertad del hombre de adelante” (Ambos, 2005: 221). En otras palabras, el dominio del hecho por dominio de la organización “no existe sólo si se puede contradecir en el caso concreto la intercambiabilidad del ejecutor” (Ambos, 2005: 222). Se trata de *un problema netamente empírico*, es decir, “de si realmente en todos los casos de comisión de un hecho por medio de un aparato organizado de poder se puede partir de la fungibilidad del ejecutor directo” (cfr. Ambos, 2005: 222). Ahora bien, existen dos inconvenientes para aceptar esta fungibilidad del instrumento de forma general:

a) El primero consiste en *la posible especialización del ejecutor, que generaría que no fuese sin más un sujeto fungible o intercambiable* (cfr. Ambos, 2005: 222). En efecto, la expe-

33 Anota Ambos (2005: 221) en ese sentido que: “No interesa por consiguiente tanto el ‘cómo’ de la ejecución de la orden cuando el ‘sí’ está asegurado. En todo caso, el hombre de atrás podrá confiar en que alguna persona cumplirá sus órdenes criminales. La automaticidad del aparato fundamenta el dominio sobre la ejecución directa del hecho y, así parece, también sobre los ejecutores directos.”

riencia parece indicar que un aparato de represión moderno no puede funcionar sin “especialistas” (cfr. Ambos, 2005: 222). Se podría argüir que en dichas estructuras de poder organizadas modernas “las reservas de especialistas son lo suficientemente grandes como para permitir intercambiar sin demora el ejecutor que se niega a realizar el hecho” (Ambos, 2005: 222). Abstractamente ello no se puede rebatir, como tampoco se puede probar lo contrario. No obstante, “la pretensión de validez general del criterio de la fungibilidad se refuta ya por la existencia de *un caso contrario*” en el cual no pudiera reemplazarse, sin más, al ejecutor material (cfr. Ambos, 2005: 222).

b) El segundo radica en que *la fungibilidad del ejecutor puede fundamentar un dominio del hecho a lo sumo en sentido general, pero no en la situación concreta del hecho* (cfr. Ambos, 2005: 222). Como bien lo anota Ambos (2005: 222): “Por más que el hombre de atrás pueda dominar la organización, no domina *directamente* a aquéllos que ejecutan el hecho concreto.” Por ejemplo, si en el caso de los disparos mortales en el muro de Berlín –caso en el cual se aplicó la tesis de Roxin, como se verá– “un guardia de frontera o una patrulla entera se hubiese negado a disparar a un fugitivo (y no hubiera ningún otro guardia en el lugar), nadie podría impedir la fuga de *ese* fugitivo. Si esta fuga tuviera éxito, entonces se negaría el dominio del hecho del vértice de la organización” (Ambos, 2005: 222).

Por ende, es posible afirmar que *la fungibilidad del instrumento en la situación concreta sólo rara vez está presente y existen buenas razones para negarla desde el punto de vista empírico* (cfr. Ambos, 2005: 223). En últimas, “el vértice de la organización sólo podrá estar seguro de que el aparato *como tal* continuará trabajando (de alguna forma) y que la próxima orden será ejecutada sin vacilar por un ejecutor entretanto intercambiado” (Ambos, 2005: 224). De esta forma, el dominio de la organización se convierte así sólo en “un dominio de las causas de reemplazo” (Ambos, 2005: 224).

Esta es quizás la crítica más contundente contra la tesis de Roxin. Como quiera que parece ser cierto que la fungibilidad o intercambiabilidad del instrumento resulta de muy difícil constatación empírica en el caso concreto, *el fundamento del dominio del hecho no puede radicar exclusivamente en este elemento*. En otros términos, *la fungibilidad o intercambiabilidad del instrumento es un requisito necesario, mas no suficiente, para fundar el dominio del hecho en estos casos*.

3) *El criterio de la fungibilidad puede constituirse en un argumento en contra de la consideración de los jefes de las organizaciones criminales como autores mediatos*. Así, por ejemplo, Hernández Plasencia (cfr. Cerezo Mir, 2008: 938) señala que:

Más bien creo que la fungibilidad es un argumento que se vuelve en contra de la construcción de la autoría mediata. En efecto, si se acepta que el concreto ejecutor puede negarse a cumplir la orden, y ello en virtud de una resolución libre de voluntad, entonces es que la influencia que está recibiendo a través de esa orden es constitutiva únicamente de inducción.

Ahora bien, no considero de recibo esta crítica, pues si se acepta que el hecho de que exista una posibilidad de que el ejecutor material no cumpla con el designio del “hombre de atrás” es suficiente argumento para negar la autoría mediata y desembocar, por ende, en la inducción, muchos de los supuestos tradicionalmente aceptados de autoría mediata no podrían ser considerados como tales.³⁴

4) *No existe acuerdo sobre hasta qué nivel de jerarquía es posible partir de un dominio por organización del provocador del hecho* (cfr. Ambos, 2005: 229 y ss). Como lo evidencia Ambos (2005: 229 y 230): “La jurisprudencia alemana acepta una autoría mediata en virtud del dominio de la organización, apoyándose en la teoría de Roxin, también respecto de acusador situado por debajo del vértice de la organización o del Estado”, lo cual, en mi opinión, parece en principio correcto. Pero la jurisprudencia alemana ha llegado a imputar, por ejemplo, dominio de la organización en casos como el de un ciudadano alemán occidental que con su denuncia de los planes de fuga de un ciudadano de la antigua República Democrática Alemana causa la detención antijurídica de éste. Parecería exagerado decir que un simple ciudadano puede dominar un aparato estatal y además extranjero (cfr. Ambos, 2005: 230).

5) *El requisito de la desvinculación del derecho de la estructura organizada de poder ha sido objeto de críticas*. Ello por cuanto se ha señalado que *también existen, al menos en el ámbito de la criminalidad de Estado, aparatos de poder organizados que actúan criminalmente sin desvincularse del derecho, por lo menos sin desvincularse del derecho positivo* (cfr. Ambos, 2005: 235). Tal fue lo que ocurrió, por ejemplo, en muchos de los crímenes cometidos durante el *Tercer Reich* por los nazis, pues en su momento dicho genocidio estaba globalmente avalado por el derecho vigente en Alemania.

Ambos (2005: 235) propone entonces diferenciar dos formas de desvinculación del derecho:

Por un lado, una desvinculación del derecho escrito, *positivo*, que representaría el caso normal, pudiéndonosla designar como desvinculación del derecho “*positivo*”. Por otro lado, una desvinculación del derecho no escrito, *suprapositivo*, que sólo podría existir de modo excepcional en determinados aparatos de poder estatales y que se le puede nombrar como desvinculación del derecho “*suprapositivo*”.

Por lo demás, como Ambos (cfr. 2005: 234 a 236) lo pone de presente, el mismo Roxin no es muy claro sobre lo que entiende por desvinculación del derecho. Parece posible distinguir en la teoría roxiniana dos clases de desvinculación del derecho: (a) *una desvinculación del derecho en sentido amplio*, consistente en que “el aparato en su conjunto

34 Es por ello que, por ejemplo, Zaffaroni, Alagia y Slokar (2005: 609 a 611) consideran que cuando se instrumentaliza a un sujeto inculpable no existe generalmente dominio del hecho del “hombre de atrás”: “Quien le dice a un inimputable con delirio persecutorio que su vecino es el autor de todos sus males, no tiene el dominio del hecho, porque no puede controlar preponderantemente el curso de los acontecimientos, ya que no sabe ni tiene motivos para creer más que en una probabilidad, pues la decisión al hecho la conserva el inimputable.”

actúa fuera del ordenamiento jurídico”,³⁵ y (b) *una desvinculación del derecho en sentido estricto*, que radica en “una desvinculación del derecho específica del delito [...] como mero actuar injusto punible”, o, en otros términos, una desvinculación del derecho referida “*sólo a los hechos* incriminados cometidos en autoría mediata y no a todo el ámbito de acción de la organización”³⁶ (cfr. Ambos, 2005: 234 a 236).

6) *Acoger la teoría de la autoría mediata en virtud de estructuras de poder organizadas supone algunas dificultades dogmáticas*. Por ejemplo, Zaffaroni, Alagia y Slokar (2005: 611) señalan en ese sentido que acoger la tesis de Roxin implicaría, en estricto rigor dogmático, que “habrá tentativa desde que [el autor mediato] comienza a dar la orden, en tanto si se le considera instigador, recién será punible cuando el ejecutor final comience su conducta.”

7) Finalmente, se ha dicho que *la tesis de Roxin supone “el riesgo de devaluar la intervención de los ejecutores y facilitar ciertas soluciones políticas poco deseables”* (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2005: 611). No obstante, la verdad es que esta opinión no se puede compartir, pues pese a que Roxin considera a los ejecutores materiales en estos casos como meras ruedecillas del engranaje de la organización, y en ello radica el dominio del hecho del “hombre de atrás”, nunca ha dudado en responsabilizar a aquéllos a título de *autores directos o inmediatos* de las conductas punibles realizadas.

Pese a estas críticas, *la tesis de la autoría mediata en virtud de estructuras o aparatos de poder organizados de Roxin es, en mi opinión, la más convincente dogmáticamente, a la vez que político-criminalmente más satisfactoria*. Obsérvese que la mayor parte de las críticas anteriormente relacionadas apuntan a detalles de esta teoría que aún no han sido suficientemente dilucidados o a la dificultad de la constatación empírica de sus presupuestos, pero *no son críticas que anulen de raíz la fundamentación de esta tesis*. Por el contrario, a las otras tesis que se han esbozado en la doctrina para solucionar la problemática de la responsabilidad penal de los superiores de las organizaciones criminales —que se expondrán a continuación— se les pueden hacer contundentes críticas desde el punto de vista dogmático-jurídico o político-criminal, que las hacen casi inadmisibles.

2. Otras tesis para solucionar la problemática de la responsabilidad penal de los superiores de las organizaciones criminales por los delitos cometidos a través de ellas

35 Tal es la exigencia que hace Roxin en su obra *Autoría y dominio del hecho en derecho penal (Täterschaft und Tatherrschaft)* (2000 (a): 276 y 277): “De la estructura del dominio de la organización se deduce que éste sólo puede existir allí donde la estructura en su conjunto se encuentra al margen del ordenamiento jurídico.”

36 Así, en un escrito reciente considera Roxin (2007: 528) que: “el aparato de poder, naturalmente, no tiene que haberse separado del Derecho en todos los aspectos, sino solamente en el marco de los tipos penales que él realiza.” Se trata de una matización de la exigencia que hace en *Täterschaft und Tatherrschaft*.

2.1. Tesis de la coautoría

2.1.1. Fundamentos

Para algunos autores de mucho peso en la dogmática jurídico-penal como Jescheck y Weigend (2002: 722) y Jakobs (1997: 753, 783 y 784) en la tipología de casos descrita *los jefes de la organización criminal y sus intermediarios deben ser considerados coautores* y rechazan la posibilidad de que sean autores mediatos.³⁷ Para estos autores la premisa según la cual no puede haber autoría mediata cuando el ejecutor material responde penalmente de forma plena (el “principio de responsabilidad”) *es irrenunciable* y, por ello, descartan esta modalidad de autoría. No obstante, consideran que sí se estructura la coautoría.

Según Jescheck y Weigend (2002: 722): “la persona que ocupa la posición central de la organización es coautor precisamente porque domina la organización.” Por su parte, Jakobs (1997: 753, 783 y 784) estima que considerar al “autor de despacho” (*Schreibtschütter*) como autor mediato es superfluo y nocivo, motivo por el cual –haciendo abstracción del hecho de que este “hombre de atrás” no participa en la ejecución del hecho– opta por considerarlo coautor.³⁸

2.1.2. Críticas

La tesis de la coautoría, después de la tesis de la autoría mediata, es la que goza de mayor aceptación en la doctrina. Sin embargo, a esta tesis se le han realizado importantes objeciones, especialmente por parte del mismo Roxin (cfr. 2000 (a): 725 a 727; 2007: 518 a 520):³⁹

1) *En estos casos no se estructuraría el plan común o la resolución conjunta del hecho, propios de la coautoría* (cfr. Roxin, 2000 (a): 725 y 726; Roxin, 2007: 519).⁴⁰ Por un lado,

37 También se decanta esta tesis en el derecho penal colombiano Velásquez Velásquez (cfr. 2009: 893 a 895). Por el contrario, Suárez Sánchez (cfr. 2007: 319 y ss), Márquez Cárdenas (cfr. 2004: 225 y ss), Reyes Cuartas (cfr. 2004: 135 y ss) y Rivera Llano (cfr. 2005: 471 y ss), entre otros en nuestro país, se muestran partidarios de la tesis de la autoría mediata.

38 Para Jakobs (1997: 784): “La construcción de la autoría mediata es nociva, porque, en los hechos de la época del régimen nacional-socialista, encubre la vinculación organizativa de todos los intervinientes, ni mucho menos siempre forzada, hasta convertirla en un hacer común: Sólo mediante la conjunción de quien imparte la orden y quien la ejecuta se puede interpretar un hecho singular del ejecutor como aportación a una unidad que abarque diversas acciones ejecutivas.”

39 Roxin (2007: 518) sostiene de forma contundente que: “no se da ninguno de los presupuestos para admitir una coautoría entre el dador de la orden que se encuentra en la central de un aparato de poder y el ejecutante situado ‘en el lugar de los hechos’ (p. ej., en los casos de asesinatos en campos de concentración o los tiradores del Muro).”

40 Vale la pena recordar que en la teoría de la autoría de Roxin se exigen tres requisitos para que se configure la coautoría: (1) el plan común o la resolución conjunta del hecho; (2) la esencialidad de la contribución; y (3) la contribución en fase ejecutiva (cfr. Díaz y García Conlledo, 2009: 596 y ss).

para que exista el acuerdo común o la decisión común propia de la coautoría *es necesario que no exista subordinación* a la voluntad de uno o varios que mantengan en sus manos la decisión sobre la consumación del delito, que es precisamente lo que ocurre en los aparatos de poder organizados, en los cuales existe subordinación entre los jefes de la organización y los ejecutores materiales. En palabras de Roxin (2007: 519): “[e] cumplimiento de una orden es lo contrario a una decisión común, acordada entre los coautores.”

Por otro lado, el acuerdo común o la decisión común propia de la coautoría *no se puede configurar allí donde los supuestos coautores ni siquiera se conocen*. En ese sentido señala Roxin (2000 (b): 171) que: “no puede existir coautoría porque los que dan las órdenes y el ejecutor ni se conocen y en modo alguno se hallan entrelazadas sus acciones”.⁴¹ En igual sentido, Ambos (1998: 29) manifiesta que: “el alejamiento del hecho y el desconocimiento del hombre de atrás del concreto devenir del hecho y del ejecutor del hecho excluyen una cointervención en régimen de reparto de tareas [propia de la coautoría].”

2) *En estos casos no se configura el requisito de la coautoría* –al menos en la teoría de Roxin– *consistente en que el aporte causal se brinde en la fase ejecutiva de la conducta punible*, pues generalmente en estos supuestos quienes se encuentran en la cúpula de la organización no intervienen en la ejecución del hecho (cfr. Roxin, 2000 (a): 726; 2007: 519 y 520). Al respecto afirma Roxin (2000 (a): 726) que:

[...] falta, además de la resolución conjunta del hecho, también la ejecución conjunta, que igualmente representa un elemento constitutivo de la coautoría, según una posición discutida, pero correcta. El autor de despacho no ejecuta por sí mismo, ‘no se ensucia las manos’, sino que se sirve de órganos ejecutores. Incluir en la coautoría el ocasionamiento de un hecho supone destruir los límites de la coautoría y difuminar toda delimitación posible con respecto a la autoría mediata y la inducción.

La exigencia según la cual la contribución del coautor debe realizarse en la fase ejecutiva del delito es uno de los puntos “más discutidos entre los defensores alemanes de la teoría del dominio del hecho, siendo mayoritaria la postura de quienes no exigen este requisito” (Díaz y García Conlledo, 2009: 614).⁴² Sin embargo, aun cuando el artículo 29 del Código Penal no lo exige expresamente como uno de los elementos de la coautoría (tampoco lo descarta, valga la salvedad), la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (cfr. C.S.J. Penal, 21 Ago. 2003, Rad. 19.213) ha expresado que uno de los requisitos de la coautoría en nuestro ordenamiento jurídico es el “*aporte significativo durante la ejecución del ilícito*.” La Corte (C.S.J. Penal, 21 Ago. 2003, Rad. 19.213) ha explicado en estos términos esta exigencia de la coautoría:

41 En otro texto acota Roxin (2007: 519) que: “El que el dador de la orden y el ejecutante, por regla general, ni siquiera se conozcan, y que tampoco se vayan a conocer alguna vez, hace que la admisión de una resolución conjunta aparezca como una ficción.”

42 Roxin (2000 (b): 175) defiende la necesidad de este requisito de la coautoría en estos términos: “Fuera de los casos de autoría mediata [...] no es posible dominar un proceso de ejecución, cuando ni siquiera se está allí.”

Y el aporte durante la ejecución del hecho quiere decir que la prestación que hace la persona debe ocurrir, total o parcialmente, entre el momento en que se inicia la realización del verbo rector que guía la conducta criminal y el logro de la consumación. De esta manera, el comportamiento frente a la pura ideación delictiva o a los actos preparatorios, no constituye coautoría, como tampoco aquel subsiguiente a la consumación o al último acto en materia de tentativa de delito.

Bajo ese entendido, parece claro que *en el derecho penal colombiano, frente a la constelación de casos que estudiamos, no sería posible responsabilizar como coautores a los dirigentes de las organizaciones criminales y a sus intermediarios que se limitan a dar las órdenes delictuales o incluso a orquestar el plan criminal, pero que no intervienen en la fase ejecutiva de los ilícitos.* La tesis de la coautoría parece entonces descartada entre nosotros a la luz de esta interpretación jurisprudencial que resulta, al menos en principio, vinculante para todos los operadores jurídicos.

3) *La coautoría supone una estructura horizontal y en los aparatos de poder organizados existe, por el contrario, una estructura vertical, es decir, jerárquica, que es más compatible con la autoría mediata* (cfr. Roxin, 2000 (a): 726 y 727). Sostiene Roxin (2000 (a): 726 y 727) en ese sentido que: “la tesis de la coautoría sortea la diferencia estructural determinante entre autoría mediata y coautoría, que reside en que la autoría mediata está estructurada verticalmente (en el sentido de un proceso de arriba hacia abajo, del que ocasiona al ejecutor) y la coautoría horizontalmente (en el sentido de actividad pareja, simultánea, ‘fundamentadora de comunidad’).”

2.2. Tesis de la autoría accesoria o paralela

2.2.1. Fundamentos

Para otros autores como Bockelman y Volk y Murmann la *autoría accesoria, simultánea, paralela o concomitante*⁴³ sería la vía dogmática para resolver estos casos (cfr. Bolea

43 Recordemos que la *autoría accesoria, simultánea, paralela o concomitante* (también denominada *coautoría impropia* en la doctrina alemana), que se discute si constituye o no una modalidad autónoma de autoría, se caracteriza “por el hecho de representar, desde el punto de vista material, una *autoría individual*, con un resultado provocado en forma casualmente coincidente, dada la fortuita convergencia de las actuaciones de voluntad” (Maurach, Gössel y Zipf, 1995: 388). Según Jescheck y Weigend (2002: 731) “Concorre la autoría accesoria cuando varias personas provocan conjuntamente el resultado típico sin estar vinculadas por una resolución delictiva común.” Esta modalidad de autoría se puede presentar, aunque en escasas situaciones, cuando todos los sujetos actúan dolosamente, pero sin conocimiento del propósito criminal paralelo de los demás. Por ejemplo, cuando dos personas, sin saber uno de la existencia del otro, le proporcionan simultáneamente a un tercero veneno, ocasionándole la muerte el efecto conjunto de las dosis que, individualmente consideradas, no hubieran provocado dicho efecto (cfr. Maurach, Gössel y Zipf, 1995: 389). Pero esta modalidad de autoría es mucho más frecuente en los delitos culposos (cfr. Maurach, Gössel y Zipf, 1995: 389; Jescheck y Weigend, 2002: 731).

Bardon, 2000: 361 y 362; Ambos, 1998: 29). Según Murmann –quien ha escrito una de las obras sobre autoría y participación más relevantes de los últimos años en la ciencia penal alemana (cfr. Roxin, 2000 (b): 166)– en estos supuestos, al menos cuando se trata de aparatos de poder organizados *estatales*, se configuraría la autoría accesoria por cuanto se lesiona a la víctima dos veces: una lesión “a través del que actúa de forma inmediata que transforma su propia relación con la víctima en injusto” y otra por la “lesión de las relaciones del portador de la decisión del Estado hacia los ciudadanos” (cfr. Bolea Bardon, 2000: 362). En otras palabras, según Murmann, en el caso de una orden antijurídica de parte del Estado consistente en que un ciudadano lesione a otro ciudadano “se encuentran afectadas dos relaciones jurídicas: la relación de reconocimiento entre Estado y ciudadano caracterizada por deberes especiales, así como la relación de reconocimiento general de los ciudadanos entre sí” (Ambos, 2005: 225).

2.2.2. Críticas

Sin embargo, existen dos objeciones de peso a esta postura:

1) *No siempre las estructuras o aparatos de poder organizados son de naturaleza estatal*, pues también pueden tratarse de organizaciones terroristas, guerrilleras, paramilitares o mafiosas al margen del Estado, y en ese caso no cabría el argumento de la doble lesión a la víctima.

2) *En realidad no se dan en estos casos las notas características de la autoría accesoria o paralela*. No es posible decir que el que da la orden lesione de manera directa a la víctima y, menos aún, que exista una co-ejecución paralela entre él y el que recibe la orden, pues sólo lo hace éste (cfr. Suárez Sánchez, 2007: 331).⁴⁴ Además de ello, como bien lo anota Roxin (2000 (a): 725): “la imbricación de las acciones individuales en el seno de una maquinaria de poder organizada excluye el discurrir simultáneo inconexo de distintos cursos causales que caracteriza a la autoría simultánea.”

2.3. Tesis de la determinación o inducción

2.3.1. Fundamentos

Otro sector de la doctrina pretende solucionar estos casos atribuyendo responsabilidad penal a los dirigentes de la estructura de poder organizada en calidad de partícipes y, particularmente, a título de *determinadores, inductores o instigadores*. Esta tesis es soste-

⁴⁴ A esto habría que añadir que el modelo que Murmann propone “parece innecesariamente complicado y abstracto” (Ambos, 1998: 24).

nida, por ejemplo, por Herzberg y Köhler en Alemania (cfr. Roxin (a): 727 y 728), por Gimbernat Ordeig en España (cfr. Gimbernat Ordeig, 2007: 161 y ss) y por Donna en Argentina (cfr. 2005: 60 y ss).

El destacado penalista español Gimbernat Ordeig, por ejemplo, sostiene que en los delitos cometidos a través de aparatos de poder organizados, el comportamiento de los mandos medios (tipo Eichmann), que simplemente van transmitiendo la orden del jefe de la organización, es propio de *complicidad*, descartando la posibilidad de una inducción en cadena o de una autoría mediata. Gimbernat Ordeig (2007: 161) rechaza en estos términos que estos intermediarios puedan ser considerados autores mediatos, como lo sostiene Roxin:

Según ella, es autor de la muerte de miles de personas el que, en su despacho, recibe la orden, descuelga el teléfono y ordena al comandante del campo de concentración que asesine, en las cámaras de gas, a tales y tales judíos. ¿Es realmente autor este miembro intermedio? Él, que ni ha creado ni propagado la ideología que ha hecho posible la matanza; él, al que no se le ha ocurrido la idea del exterminio, sino que la ha encontrado ya ahí, dada; él, que tampoco ha creado el aparato; que no ha sido la fuente de la orden, sino sólo un conducto; él, que no lleva a cabo, personalmente, el hecho material de causar la muerte. ¿Es éste realmente su hecho; tiene el dominio sobre él? ¿No es, más bien, un mero colaborador en un hecho que no es suyo, sino de otros, en un hecho sobre el que no tiene ninguna clase de dominio?

Por el contrario, Gimbernat Ordeig (2007: 166) defiende la idea de que los sujetos que están en la cúspide de la organización, que dirigen el aparato y dan las órdenes, aun cuando no deben responder en calidad de autores mediatos, como lo asevera Roxin, sí deben hacerlo en calidad de *determinadores o inductores*:

Hitler y algunos otros jefes nazis, son inductores de todos los delitos cometidos dentro del marco de la llamada “solución final” de la cuestión judía. Era la voluntad del llamado *führer* o de algún otro nazi prominente como Himmler, la que determinaba a los miembros del aparato a actuar. El ejecutor no actuaba porque se lo dijese el sargento que le transmitía la orden; sino porque sabía que esta correspondía a la voluntad de Hitler; es más, si este sargento, por su propia cuenta, hubiese dispuesto la comisión de asesinatos “fuera del plan” (de enemigos personales suyos, por ejemplo), es probable que el autor material se hubiese negado a actuar; y si hubiese cumplido esa orden, entonces sí que habría que considerar al hipotético sargento el inductor de esos asesinatos concretos.

Finalmente, para Gimbernat Ordeig (2007: 162) quienes realizan los actos ejecutivos deben responder como *autores inmediatos o directos*, puesto que la energía criminal en ellos es mayor que quien sólo transmite la orden que ha recibido de su superior:

Me parece evidente, y, además, justo, que todos los que realizaron actos ejecutivos respondan como autores. Evidente, porque esos actos son los que, en efecto,

cumplen el supuesto del art. 14, núm. 1 [del antiguo Código Penal español]. Justo, porque el hecho de tomar parte directa en la ejecución de una muerte, exige una energía criminal mucho mayor que la que existe en el que se presta a ser un eslabón de la cadena que transmite la orden.

En resumen, para Gimbernat Ordeig “el dirigente del aparato que decide y ordena el delito es inductor; los intermediarios que convencen a los ejecutores son cómplices; y, los ejecutores son autores inmediatos” (Suárez Sánchez, 2007: 332).⁴⁵

2.3.2. Críticas

Pese a lo persuasivo de los argumentos de Gimbernat Ordeig, la tesis de la determinación o inducción encuentra también serias dificultades:⁴⁶

1) Según un importante sector de la doctrina, *la figura de la determinación exige inducción directa del determinador al autor* (cfr. Cerezo Mir, 2008: 963; Mir Puig, 2004: 404 y 405) *y en estas estructuras organizadas de poder* –tal como se ha explicado– *la orden se imparte generalmente a través de intermediarios que tienen la capacidad de imponer la instrucción dada por el superior* (cfr. Suárez Sánchez, 2007: 332). Por ende, a lo sumo quien da la orden *directa* al ejecutor material podría ser inductor, pero no podría serlo quien se encuentra en la cúspide de la organización, salvo que se admitiera la discutida tesis de la “determinación o instigación en cadena”.⁴⁷ Así las cosas, si no se acudiera a la tesis de la autoría mediata en virtud de aparatos de poder organizados, el directivo que está en la cúspide de la organización a lo sumo podría ser cómplice y ello no parece satisfactorio desde la perspectiva político-criminal.

Este argumento que la doctrina suele dar en contra de la tesis de la determinación o inducción, en el derecho penal colombiano encuentra aún más fuerza, pues el artículo 30, inciso 2°, del Código Penal señala que: “*Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción.*” Al tenor de este texto legal, sólo podría ser considerado determinador el que instiga *directamente* al que realiza la conducta antijurídica, valga decir, al autor.⁴⁸

45 Donna (2005: 80), en el ámbito del derecho penal argentino, también se decanta la tesis de la inducción y desecha la tesis de la autoría mediata de Roxin en estos términos: “Pues bien, esta persona situada detrás de un autor libre tiene a nuestro juicio nombre y apellido, esto es, un inductor. Decirle a este sujeto autor es ampliar desmedida y peligrosamente el campo de la autoría, en desmedro de conceptos que están firmes y legalmente reconocidos.”

46 No obstante, Roxin (2007: 520) considera que esta solución es más lógica que la de la coautoría.

47 Como ya se ha señalado, en contra de la posibilidad de que pueda estructurarse una “inducción en cadena” se pronuncia, precisamente, el mismo Gimbernat Ordeig (cfr. 2007: 293 y 294).

48 En todo caso, nuestra normatividad no le cierra las puertas de forma tan tajante a la posibilidad de la “determinación en cadena”, como sí lo hace la legislación española, pues según el artículo 28, literal a) del Código Penal de aquel país también serán considerados autores: “los que inducen *directamente* a otro u otros a ejecutarlo [el hecho].”

2) *La dinámica de esta constelación de casos es diferente a los típicos casos que se suelen cobijar bajo la figura de la determinación o inducción.* Por una parte, tal como lo señala Ambos (1998: 28), citando a Schroeder:

[...] en el caso de los hechos realizados en el contexto de organizaciones de poder no concurre la situación típica de la inducción, es decir, el encuentro de la voluntad del instigador (inductor) con las contrafuerzas psíquicas “fieles al derecho” del instigado (inducido) y la inseguridad en cuanto al éxito de la instigación que ello implica. Por el contrario, en estos casos la voluntad contraria del instigado es tan débil que el instigador puede partir de la base de la “ausencia de cualquier fuerza que se oponga.”

En otras palabras, en estos casos *el que transmite la orden al ejecutor material se encuentra con una persona que desde antes estaba resuelta a cometer la conducta punible (un omnimodo facturus)*, lo que va en contravía con la estructura propia de la figura de la determinación, en la cual el determinador es quien debe crear dicha resolución delictiva en el autor.

Por otra parte, como bien lo anota Roxin (2007: 521):

Un inductor no está en el centro de la decisión. Él produce la resolución hacia el hecho pero tiene que dejar en manos del inducido el ulterior desarrollo de los hechos, quien es el único que tiene el dominio del hecho que determina los acontecimientos. *En el dominio de la organización esto es precisamente al revés: el hombre de atrás que está ubicado en la palanca del poder es quien decide sobre el “sí” del hecho, mientras que el ejecutor inmediato, mayormente, sólo de manera casual cae en la situación concreta de la acción.* Éste ya no puede cambiar nada que sea esencial en el curso de los acontecimientos predeterminado por el aparato; en todo caso, solamente podría modificarlo. Incluso el negarse a ejecutar la orden, por regla general, no ayudaría en nada a la víctima porque, en ese caso, las bases de la organización, usualmente, van a asegurar que la orden sea ejecutada de todos modos (énfasis suplido).

2.4. Tesis de la complicidad (necesaria)

2.4.1. Fundamentos

Un sector más bien minoritario de la doctrina, como por ejemplo el español Hernández Plasencia, considera que “el hecho de que un sujeto domine y ponga en marcha la máquina de matar valiéndose de medios materiales y personales pertenecientes a la organización no condiciona automáticamente su autoría” (cfr. Bolea Bardon, 2000: 365). Para Hernández Plasencia sí es posible en estos casos que se configure la *inducción* y no

es de recibo en contra de esta tesis el argumento ya reseñado, según el cual los ejecutores materiales estaban ya antes de la orden resueltos a cometer el hecho. Señala que si los ejecutores materiales están dispuestos a cumplir las órdenes no significa que desde antes de recibir las estuvieran decididos a cometer el delito, por lo cual la previa disposición a cumplir órdenes no es óbice para deducir inducción de quien determina al ejecutor (cfr. Bolea Bardon, 2000: 365 y 366).

No obstante, Hernández Plasencia admite la tesis de la inducción *sólo respecto del último de la cadena que transmite la orden al ejecutor*, pues en relación con los demás intermediarios que van comunicando la orden y los mismos jefes de la organización, los califica como meros *cómplices o cooperadores necesarios* (cfr. Bolea Bardon, 2000: 365).⁴⁹

2.4.2 Críticas

La tesis de la complicidad esbozada, entre otros, por Hernández Plasencia, pese a ser realmente minoritaria en la doctrina, *admite, en mi opinión, pocos reparos desde el punto de vista dogmático*. Si no se acudiese a la tesis de la autoría mediata en virtud de aparatos de poder organizados, probablemente esta sería la tesis más convincente dogmáticamente hablando.

No obstante, *las objeciones que se le pueden hacer a la misma son de carácter político-criminal*: no parece político-criminalmente satisfactorio y, en últimas, justo, que quienes han decidido cometer el delito y han dado la orden para que así se haga, quienes han diseñado el plan para ejecutarlo, sin cuya intervención seguramente el delito no se hubiera realizado, respondan sólo en calidad de *cómplices*. Parecería que, desde un punto de vista normativo-valorativo, a ellos les pertenece el hecho antes que a ningún otro de los miembros de la organización que han intervenido en su realización; si ellos no hubiesen dado la orden seguramente el delito no se hubiese escenificado. En fin, como bien lo anota Ambos (2005: 219): “La ‘convicción intuitiva’ de que los organizadores intelectualmente responsables de tales crímenes son autores y no meros inductores no puede ser dejada de lado, sin más”.⁵⁰

49 Recordemos que en el derecho penal español existe la figura de la complicidad necesaria. Según el artículo 28, literal b) del Código Penal español, son cómplices necesarios: “Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se habría efectuado.”

50 Vale la pena anotar que este reparo político-criminal no es tan decisivo en el marco del derecho penal español, pues en él, el *cooperador necesario responde con la misma pena del autor* (C.P. español, art. 28, b)). En cambio, *en el derecho penal colombiano esta objeción político-criminal cobra mucha fuerza*, toda vez que no existe la figura de la complicidad necesaria y el artículo 30, inciso 3°, del Código Penal patrio establece que el cómplice “*incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.*”

3. Adopción de la teoría de la autoría mediata en virtud de estructuras, aparatos o maquinarias de poder organizados en el derecho comparado

La teoría de Roxin de la autoría mediata por dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados ha sido acogida por importantes tribunales europeos y latinoamericanos (cfr. Roxin, 2000 (a): 723 y 724; Roxin, 2007: 514 a 516; Ambos, 1998: 32 y ss; Ambos, 2008: 18 y ss; Malarino, 2008: 40 y ss; Guzmán, 2008: 74 y ss). En ellos la tesis de Roxin ha sido invocada para solucionar problemas de coparticipación no sólo en el ámbito de la criminalidad estatal o paraestatal, sino también en el marco de organizaciones criminales ilegales no estatales, que funcionan basadas en el principio de jerarquía y obediencia ciega, como los grandes grupos mafiosos u organizaciones guerrilleras o paramilitares (cfr. Suárez Sánchez, 2007: 321).

Probablemente los casos más significativos por su trascendencia internacional en los cuáles la jurisprudencia se ha servido de la tesis de Roxin son los siguientes:

3.1. El caso de los disparos en el muro de Berlín

La tesis de Roxin ha sido acogida ya en reiteradas oportunidades en la jurisprudencia penal alemana, incluso para juzgar casos de criminalidad económica (cfr. Roxin, 2000 (a): 677; Schönemann, 2004: 34 y 35).⁵¹ Ambos (1998: 11 y 12) señala en ese sentido que:

En la actualidad la jurisprudencias de los tribunales superiores alemanes parte de que el hombre de atrás –a pesar de ser el instrumento un sujeto responsable– tiene dominio del hecho cuando “aprovecha determinadas condiciones marco preconfiguradas por unas estructuras de organización, de modo que dentro de esas condiciones su contribución al hecho desencadena procesos reglados.”

No obstante, quizás el caso más trascendental en el cual la jurisprudencia alemana se ha valido de la tesis roxiniana de la autoría mediata en virtud de aparatos de poder organizados fue el de “los disparos en el muro de Berlín”, también conocido como caso del “Consejo Nacional de Defensa” (cfr. Roxin, 2000 (b): 161; Ambos, 2008: 18 y ss). En efecto, el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), en una sentencia del 26 de julio de 1994, se sirvió de la tesis de Roxin para declarar la responsabilidad penal a título de *autoría mediata* de los integrantes del Consejo Nacional de Defensa de la antigua República Democrática Alemana por los disparos realizados en el muro de Berlín por

51 Schönemann (2004: 35) se muestra bastante crítico frente a la adopción de esta teoría en el ámbito de la criminalidad empresarial: “En el caso de que esta teoría siga afianzándose y lleve a suponer o calificar de autoría mediata de la gerencia de las compañías en los delitos penales premeditados cometidos por personas subordinadas a éstas, creo que ha llegado el momento de enterrar de una vez y para siempre el ‘principio de responsabilidad’ como regla dogmática.”

guardias fronterizos contra quienes intentaron cruzar la frontera hacia Alemania Occidental.⁵² Estos soldados cumplían la orden de evitar de cualquier manera (aún con disparos o minas antipersonales) la huida de personas del país y el cruce del muro que separaba a las dos Alemanias; órdenes que eran impartidas por el Consejo Nacional de Defensa, organismo encargado de fijar la política de la frontera.⁵³ El tribunal del *Land*, en primera instancia, había calificado de inducción la conducta de los miembros del Consejo, pero el BGH, acudiendo a la tesis de Roxin, consideró que la conducta de los mismos era propia de la autoría mediata. En esta sentencia el BGH (cfr. Ambos, 2008: 22), por ejemplo, manifestó que:

Empero, hay grupos de casos en los que, pese a que el ejecutor actúa con responsabilidad plena, el aporte del hombre de atrás conduce casi automáticamente a la realización del tipo buscada por él. *Lo anterior puede darse cuando el hombre de atrás se sirve de determinadas condiciones previas a través de estructuras de organización, dentro de las cuales su aporte al hecho desencadena cursos regulares.* Semejantes condiciones previas asociadas a cursos regulares entran en consideración particularmente en estructuras de organización estatal, empresarial o de tipo comercial y en jerarquías de mando. *Si en un caso tal el hombre de atrás actúa conociendo estas circunstancias, si se sirve en particular también de la predisposición incondicionada del que actúa de modo inmediato para cumplir el tipo y si quiere el resultado como consecuencia de su propio actuar, entonces es autor en forma de autoría mediata* (énfasis suplido).⁵⁴

3.2. El caso de los crímenes de las dictaduras militares del Cono Sur

Pero la influencia de la tesis de Roxin no se ha limitado a la jurisprudencia alemana, sino que también ha sido acogida por tribunales extranjeros. El caso más representativo probablemente es el de Argentina, país en el cual las autoridades judiciales adoptaron la tesis roxiniana para condenar en calidad de *autores mediatos* a los generales de la dictadura que ocupó *de facto* el poder en dicho país entre 1976 y 1983, los cuales organizaron y ordenaron las muertes y desapariciones de miles de personas opositoras al régimen durante los años setenta, sin llevar a cabo de manera personal y directa los secuestros y asesinatos, que fueron ejecutados por otros (cfr. Suárez Sánchez, 2007: 321).

52 Naturalmente, los guardias tiradores del muro (*Mauerschützen*) también fueron condenados como autores, pero a título de autoría directa o inmediata (cfr. Roxin, 2000 (b):159).

53 Por lo demás, se ha discutido que dichos disparos en el muro de Berlín puedan ser catalogados como conductas penalmente antijurídicas, pues los mismos fueron realizados *al amparo del derecho positivo vigente* en ese momento en la República Democrática Alemana. Una visión estrictamente iuspositivista podría llevar entonces a concluir que dichos comportamientos estaban al menos justificados en la Alemania Oriental. Por supuesto, acudiendo a fundamentos iusnaturalistas el panorama cambia radicalmente (cfr. Ambos, 1999).

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

Anota en ese sentido Malarino (2008: 58) que en el juzgamiento de estos casos: “La posición ampliamente mayoritaria en la jurisprudencia considera al superior como *autor mediato*, recurriendo a la teoría del dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados elaborada por el profesor de Múnich, Claus Roxin”.⁵⁵ Por ejemplo, en fallo del 9 de diciembre de 1985, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal (cfr. Malarino, 2008: 49 y 50) manifestó que:

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

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

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

La tesis de Roxin también ha sido adoptada en Chile para juzgar algunos crímenes de la dictadura bajo la cual estuvo sometido dicho país entre 1973 y 1990 (cfr. Guzmán, 2008: 74 y ss). En el fallo de la Corte Suprema de Chile del 12 de noviembre de 1993, en el marco del proceso seguido por el asesinato de Orlando Letelier del Solar y de su secretaria, ocurrido en Washington el 21 de septiembre de 1976, pero con un *iter criminis* iniciado en Chile y desencadenado por las decisiones de los militares Contreras y Espinoza, se mencionó expresamente la tesis del profesor de Múnich para fundamentar la responsabilidad penal a título de coautores mediatos de estos “autores de escritorio” que no toma-

55 Sin embargo, Zaffaroni, Alagia y Slokar (2002: 779 y 780) señalan que, si bien esta tesis fue aplicada en la jurisprudencia argentina en la sentencia que condenó a los miembros de las juntas militares durante la dictadura de 1976 a 1983, la misma no fue finalmente acogida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, prevaleciendo en ella la tesis de la participación primaria o cooperación necesaria (cfr. en igual sentido Ambos, 1998: 39 y ss).

ron parte en la ejecución del crimen. No obstante dicho fallo resulta bastante cuestionable dogmáticamente, pues, a pesar de citar la tesis de Roxin, se termina fundamentando la autoría mediata en la coacción (cfr. Guzmán, 2008: 83).

3.3. El Estatuto de la Corte Penal Internacional

Finalmente, cabe decir que *el Estatuto de la Corte Penal Internacional o Estatuto de Roma también permite acoger la tesis de Roxin y considerar autores mediatos a los jefes de las estructuras de poder organizadas que hayan ordenado la realización a través de éstas de crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra o el delito de agresión*.⁵⁶ Ello por cuanto el artículo 25, numeral 3°, de dicho Estatuto dispone que: “3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable [...]” Obsérvese que este literal a), al establecer que el delito puede ser cometido por conducto de otro, *sea éste o no penalmente responsable*, admite la posibilidad de que en los eventos de autoría mediata pueda existir un “*autor tras el autor*”. En otras palabras, este literal a) parecería abrirle la puerta en el ámbito del derecho penal internacional a la tesis de Roxin de la autoría mediata en virtud de estructuras de poder organizadas.

En todo caso, el Estatuto de Roma contiene una disposición (art. 28) que regula de forma expresa la responsabilidad de los jefes militares y otros superiores y que tiene por finalidad facilitar “la persecución de un comandante cuando sus subordinados han cometido efectivamente crímenes y cuando es imposible establecer que ello obedeció a órdenes dadas por el comandante” (Schabas, 2003: 298). Esta norma dispone lo siguiente:

Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

1. 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:

a) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

56 Recordemos que, como bien lo anota Schabas (2003: 285): “A la Corte Penal Internacional le incumbe el juzgamiento y castigo de individuos, no de Estados.”

b) 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.

2. 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:

a) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;

b) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y

c) 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.

Debe repararse en que esta norma regula la responsabilidad de los superiores por sus *conductas omisivas*, esto es, cuando teniendo conocimiento de que sus subalternos iban a cometer o estaban cometiendo alguno de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, no hagan nada para evitarlos. No otra cosa puede concluirse del tenor literal del numeral 1º de este artículo 28 que dispone que el jefe militar respectivo responde “*en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas* [las fuerzas bajo su mando]” y siempre y cuando “*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.*” De igual forma, cabe advertir que lo que se castiga a través de esta norma no es tanto el comportamiento doloso del comandante respectivo, sino *su negligencia o imprudencia* (cfr. Schabas, 2003: 298).

Ahora bien, *si en el derecho penal internacional los jefes militares y otros superiores deben responder en calidad de autores cuando omiten imprudentemente evitar que sus subordinados delincan, con mayor razón deben hacerlo en tal calidad cuando instigan o inducen dolosamente a los mismos a hacerlo*. Ello le otorga aún mayor sentido al literal a) del numeral 3º del artículo 25, que –como ya se ha señalado– autoriza responsabilizar en calidad de autores mediatos a quienes cometen un crimen de competencia de la Corte Penal Internacional a través de otro, aun cuando este otro *sea plenamente responsable*.

4. Acogida de la teoría de la autoría mediata en virtud de estructuras, aparatos o maquinarias de poder organizados en el derecho penal colombiano

En Colombia, en realidad, apenas se está empezando a escenificar el debate en torno a la responsabilidad penal de los superiores de las organizaciones criminales que pueden ser catalogadas de estructuras, aparatos o maquinarias de poder organizados, por los crímenes cometidos a través de ellas y, particularmente, la discusión sobre la tesis de la autoría mediata por el dominio de la organización postulada por Roxin. Sin embargo, ya se han fallado o, al menos, investigado algunos casos importantes en los cuales se ha adoptado o, por lo menos, debatido esta tesis. A continuación vamos a reseñar los que probablemente son los más significativos en un orden cronológico.

4.1. El caso de la masacre de Machuca

Hasta hace poco en Colombia sólo tres sentencias de la Sala de Penal de la Corte Suprema de Justicia habían tratado expresamente el tema de la autoría mediata en virtud de aparatos de poder organizados, pero en ninguna de ellas se había acogido esta figura (cfr. López Díaz, 2008: 157.)⁵⁷. Probablemente la más importante de ellas es aquella a través de la cual se juzgó el caso de la masacre de Machuca (C.S.J. Penal, 7 Mar. 2007, Rad. 23.825) que fue la primera y la que sirvió de precedente jurisprudencial a las otras dos.

Los hechos fueron resumidos por el Tribunal Superior de Antioquia en los siguientes términos:

La horrorosa tragedia que informa el proceso, tuvo lugar el 18 de octubre de 1998, tal vez a las 12:30 de la mañana, en el humilde corregimiento de “Machuca” o “Fraguas”, situado en comprensión territorial del municipio de Segovia (Antioquia). Para golpear la infraestructura petrolera y con ello la economía nacional, varios guerrilleros adscritos a la compañía “Cimarrones” del frente “José Antonio Galán” del Ejército de Liberación Nacional (ELN), le colocaron un artefacto de gran poder detonante a la línea de conducción de crudos (petróleo) llamada “Oleoducto Cusiana-Coveñas”, produciendo la destrucción total del poliducto y el derramamiento del líquido en una considerable proporción. Justamente por haberse producido la explosión en la parte superior de una colina, el petróleo corrió por dos ramales para caer luego al río “Pocuné”, por cuyo cauce avanzó hasta

⁵⁷ Estas tres sentencias son: C.S.J. Penal, 7 Mar. 2007, Rad. 23.825 (“caso Machuca”); C.S.J. Penal, 8 Ago. 2007, Rad. 25.974 (“caso Yamid Amat”); y C.S.J. Penal, 12 Sep. 2007, Rad. 24.448 (“caso La Gabarra”).

llegar a la rivera del corregimiento, donde finalmente se produjo la descomunal conflagración que en minutos arrasó con buena parte de las viviendas y produjo una tragedia humana de incalculables proporciones: casi un centenar de muertos –entre niños, adultos y ancianos– y graves heridas por quemaduras a un número de aproximadamente treinta personas.

Aunque la investigación no pudo descubrir a los autores materiales del atentado criminal, el Fiscal instructor decidió empero vincular a ella, mediante emplazamiento y declaratoria en contumacia, a los tres jefes de la compañía “Cimarrones”, lo mismo que a los siete cabecillas o comandantes de la cúpula del denominado Ejército de Liberación Nacional.⁵⁸

El principal problema jurídico que suponía este caso para nuestros efectos era el siguiente: ¿a qué título deben responder (si es que han de responder) los miembros de la cúpula del Ejército de Liberación Nacional (ELN) que no participaron en la ejecución de estos delitos?

La Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación, mediante resolución del 12 de agosto de 2002, les formuló cargos a los tres dirigentes del Frente José Antonio Galán y a siete miembros del Comando Central (COCE) del ELN por los delitos de terrorismo, rebelión, homicidio y lesiones personales, asignándoles a estos últimos la calidad de “coautores determinadores” (cfr. López Díaz, 2008: 158 y 159).⁵⁹ El Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, a quien le correspondió juzgar este caso en primera instancia, mediante sentencia del 25 de mayo de 2000 condenó a los acusados como coautores por todos los delitos imputados, extendiendo la responsabilidad por las muertes y lesiones a la cúpula de esa organización subversiva a título de dolo eventual (cfr. Aponte Cardona, 2008: 156; López Díaz, 2008: 159 a 161).

La impugnación de la decisión tuvo lugar precisamente con relación a la posible autoría de los miembros del COCE. El Tribunal Superior de Antioquia, en segunda instancia, descartó los cargos por dolo eventual frente a estos sujetos respecto de los delitos de terrorismo, homicidio y lesiones personales cometidos. Concluyó además el *ad quem* que no podía castigarse a los jefes de la organización guerrillera como determinadores de estos crímenes, bajo el entendido de que en un acontecer culposo –como lo era éste en opinión del Tribunal– no es posible dogmáticamente predicar la determinación. Por ende, condenó a los miembros de la cúpula del ELN que no participaron directamente en los hechos

58 No obstante, debe advertirse que los miembros de la organización guerrillera alegaron que la responsabilidad por esta catástrofe era del Ejército Nacional, sosteniendo que fueron miembros de esta institución quienes prendieron fuego al petróleo derramado en el río con el fin de ocasionar un daño a la población civil y desprestigiar de esta manera a la organización subversiva. Esto nunca se demostró.

59 Sobra decir que esta calificación no fue la más afortunada, pues no existe una categoría dogmática que se pueda denominar así. O se es coautor, que es una modalidad de autoría, o se es determinador, que es una modalidad de participación, pero no se puede ostentar simultáneamente la doble calificación.

sólo como autores del delito de rebelión (cfr. Aponte Cardona, 2008: 156; López Díaz, 2008: 161 y 162).

El fiscal adscrito a la Unidad de Derechos Humanos y la procuradora judicial del caso interpusieron el recurso extraordinario de casación contra la sentencia del Tribunal y solicitaron a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia aplicar las sanciones contra la cúpula del ELN por los delitos cometidos a título de dolo eventual, tal como lo había hecho el *a quo*. Para la agente del Ministerio Público los miembros del COCE del ELN debían ser considerados autores mediatos en virtud del aparato organizado de poder que dirigían (cfr. Aponte Cardona, 2008: 156; López Díaz, 2008: 162 a 164).

El Procurador Delegado para la Casación Penal al cual le correspondió el caso acogió parcialmente la demanda de casación instaurada por la agente del Ministerio Público, al considerar que a la cúpula del grupo guerrillero le corresponde responsabilidad penal a título de dolo eventual y en calidad de *autores mediatos* por los delitos de terrorismo, homicidios y lesiones personales, acudiendo para ello a la teoría de Roxin. En consecuencia le solicitó a la Corte casar la sentencia de segunda instancia, actualizando de paso su jurisprudencia al respecto y aplicando dicha tesis (cfr. Aponte Cardona, 2008: 156 y 157).⁶⁰

No obstante, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia que decide el recurso de casación interpuesto, pese a citar la tesis de Roxin y de manifestar que el artículo 29 del Código Penal sí permitiría su aplicación, considera que *no es necesario acudir a ella, pues los miembros de la cúpula pueden ser considerados coautores bajo la figura de la coautoría impropia* (C.S.J. Penal, 7 Mar. 2007, Rad. 23.825).⁶¹ Según la Sala, no existe autoría mediata ni hay “sujeto de atrás”, ya que todos, incluyendo a los miembros de la cúpula de la organización criminal, contribuyeron a la ocurrencia del hecho, con división del trabajo. En palabras de la Alta Corporación (C.S.J. Penal, 7 Mar. 2007, Rad. 23.825):

60 Según el Procurador Delegado (Farfán, 2006: 46), más allá de las incoherencias terminológicas en las cuales se incurre en estas providencias: “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.”

61 Vale la pena anotar que la noción de *coautoría propia* y *coautoría impropia* no es para nada uniforme en la doctrina penal. Reyes Echandía (1998: 489) señala que: “Hay *coautoría propia* cuando cada uno de los copartícipes realiza integral y simultáneamente la misma conducta típica acordada por ellos”, mientras que “[h]ay *coautoría impropia* cuando un mismo hecho punible es realizado comunitariamente y con división de trabajo por varias personas que lo asumen como suyo.” Esta parece ser la noción de coautoría impropia que acoge la Corte Suprema de Justicia en el fallo del “caso Machuca”. No obstante, en la doctrina alemana lo que se entiende por *coautoría impropia* es algo bastante diferente. Maurach, Gössel y Zipf (1995: 320) identifican la coautoría impropia con la denominada *autoría accesoria, simultánea o paralela* —ya explicada arriba— en la cual falta el elemento subjetivo característico de la coautoría, es decir, el plan común o la resolución conjunta del hecho.

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

Sin embargo, ya se han mencionado las serias objeciones que la tesis de la coautoría supone en estos casos. Una de ellas es precisamente que en estos supuestos fácticos falta el requisito de la coautoría, *reconocido por la misma Corte en otros pronunciamientos* (cfr. C.S.J. Penal, 21 Ago. 2003, Rad. 19.213), consistente en que *el aporte esencial debe darse durante la ejecución del ilícito*.

4.2. Los casos de la Ley de Justicia y Paz

Según el Segundo Informe del Observatorio Internacional sobre DDR y la Ley de Justicia y Paz del Centro Internacional de Toledo para la Paz, CITPax (2009: 73 y ss) en los procesos de la “Ley de Justicia y Paz” (Ley 975 de 2005) seguidos en contra de los jefes de las organizaciones paramilitares desmovilizados se han barajado diversas tesis en torno a la responsabilidad que a los mismos les compete por los delitos de lesa humanidad cometidos a través de estas organizaciones criminales y por órdenes suyas. Según este informe (cfr. Observatorio Internacional sobre DDR y Ley de Justicia y Paz, 2009: 73 y ss), puede hablarse básicamente de tres tesis que han calado entre los fiscales: (1) la tesis de la coautoría (impropia); (2) la tesis de la determinación; y (3) la tesis de la autoría mediata.

4.2.1. Tesis de la coautoría (impropia)

Según el informe (cfr. Observatorio Internacional sobre DDR y Ley de Justicia y Paz, 2009: 75 y 76) en los procesos de la “Ley de Justicia y Paz” a los jefes de las organizaciones paramilitares desmovilizados generalmente se les ha imputado por parte de los fiscales responsabilidad penal en calidad de *coautores*, acudiendo a la figura de la *coautoría impropia*. En otras palabras, la Fiscalía General de la Nación ha asumido una postura muy similar a la de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en los casos de “Machuca”, de “La Gabarra” y de “Yamid Amat”.

Se reitera que esta solución encuentra un serio inconveniente: un importante sector de la doctrina y la misma jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (cfr. C.S.J. Penal, 21 Ago. 2003, Rad. 19.213), han reconocido que *el aporte esencial propio de la coautoría debe darse en la fase ejecutiva del delito*, lo cual no ocurre generalmente en estos casos, en los cuales los jefes de la organización paramilitar simple-

mente dieron la orden de cometer los ilícitos, los cuales fueron realizados por miembros de su organización, sin que aquéllos hubiesen intervenido en lo absoluto en su ejecución. Caso contrario, es decir, de haber intervenido en la ejecución del delito, está claro que los jefes paramilitares deberían ser considerados coautores. Pero ello no es lo que ocurre en la generalidad de estos casos.

4.2.2. Tesis de la determinación

En otros procesos, como por ejemplo en el seguido en contra de Ramón Isaza, comandante general de las Autodefensas Unidas del Magdalena Medio, el fiscal le imputó los delitos cometidos por sus subalternos a título de *determinación* (cfr. Observatorio Internacional sobre DDR y Ley de Justicia y Paz, 2009: 76 y 77). *Ello sería correcto dogmáticamente en caso tal de que Isaza le hubiese dado directamente la orden a los ejecutores materiales de los crímenes*, pero en todo caso sería quizás político-criminalmente insatisfactorio, pues se le estaría tratando como un simple partícipe y no como un autor. Por el contrario, en caso de que Isaza no le hubiese dado directamente la orden a los ejecutores materiales, sino que éstos la hubieren recibido de un intermediario de este jefe paramilitar, dicha solución podría considerarse bastante cuestionable desde el punto de vista dogmático-jurídico, pues –como ya se ha dicho– es muy discutible que sea de recibo la “inducción o determinación en cadena”, además de que la determinación, al tenor literal del artículo 30 del Código Penal, sólo se configuraría cuando se determina, induce o instiga *directamente* al autor.

4.2.3. Tesis de la autoría mediata

Finalmente, según el mencionado informe (cfr. Observatorio Internacional sobre DDR y Ley de Justicia y Paz, 2009: 76), en un par de casos se habría adoptado la solución que considero más plausible, por ser dogmáticamente correcta a la vez que político-criminalmente satisfactoria, es decir, considerar a los jefes de la organización paramilitar como *autores mediatos* en virtud del dominio de la organización que poseían, la cual puede ser estimada como un auténtico aparato de poder organizado, esto es, aplicar la tesis de Roxin que ya se ha explicado.

Así ocurrió, por ejemplo, en la audiencia de imputación de Salvatore Mancuso, comandante general de las Autodefensas. En esta audiencia –según el informe– se le imputaron a este jefe paramilitar desmovilizado en calidad de autor mediato los diversos crímenes de lesa humanidad cometidos, por orden suya, por la organización criminal que dirigía. Es de destacar que, de acuerdo con el informe, el fiscal fue muy cuidadoso al argumentar por qué se configuraban en ese caso los diversos requisitos de la autoría mediata en virtud de aparatos de poder organizados según la teoría roxiniana.

De igual manera, en la audiencia de formulación de cargos celebrada en contra de José Gregorio Mangonez Lugo, en Barranquilla, si bien la Fiscalía imputó los delitos a título de coautoría impropia, uno de los representantes de las víctimas consideró que se configuraba la autoría mediata en virtud de aparatos de poder organizados frente a los crímenes que cometieron los comandantes del frente William Rivas y, particularmente, ante un homicidio.

De manera que *la posibilidad de admitir que los jefes paramilitares desmovilizados deben responder a título de autores mediatos por los crímenes de lesa humanidad cometidos por las organizaciones criminales que dirigían, se está abriendo paso, cada vez más, en los procesos de la Ley de Justicia y Paz.*

4.3. Los casos de la denominada “Parapolítica”

Hemos reseñado que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sido más bien reacia a aceptar la teoría de Roxin de la autoría mediata en virtud de estructuras de poder organizadas en relación con la responsabilidad que les corresponde a los directivos de las organizaciones criminales. En su lugar, la Corte ha considerado que estos sujetos deben responder en calidad de coautores por los delitos cometidos por las organizaciones delincuenciales bajo su mando, aun cuando no hayan intervenido en la ejecución de aquéllos. No obstante, recientemente, *en algunos de los procesos de la denominada “Parapolítica”,⁶² la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha venido aceptando en sus consideraciones la tesis de Roxin que permitiría, a su entender, considerar como autores mediatos de todos los crímenes cometidos por la respectiva organización paramilitar a aquellos políticos que estaban estrechamente vinculados con ella* (cfr. C.S.J. Penal, 16 Sep. 2009, Rad. 29.640 (adición de voto); C.S.J. Penal, 3 Dic. 2009, Rad. 32.672 “caso de Salvador Arana”).

Arguye la Corte que estos políticos eran plenamente conscientes de las actividades criminales que desarrollaba la organización paramilitar y hacían parte integral de la estructura de la misma, toda vez que, por una parte, se valían de estos aparatos de poder organizados para alcanzar por medio del voto ciudadano o mediante nombramiento la calidad de servidores públicos, con el compromiso de que apenas ascendieran a las dignidades, tenían la obligación, como miembros de la perversa empresa, de enderezar todos sus movimientos oficiales en busca del favorecimiento directo e inmediato de la asociación criminal (cfr. C.S.J. Penal, 16 Sep. 2009, Rad. 29.640 (adición de voto); C.S.J. Penal, 3 Dic. 2009, Rad. 32.672 “caso de Salvador Arana”).

En el “caso de Salvador Arana”, ex Gobernador del Departamento de Sucre, manifestó la Alta Corporación que:

62 Así se han denominado los procesos penales que se siguen en contra de los dirigentes políticos –principalmente congresistas– presuntamente vinculados con los grupos paramilitares que operaban en el país.

Se observa que Salvador Arana Sus, responsable del delito de asociación para delinquir aquí identificado, se concertó con la finalidad de promover un grupo armado al margen de la ley, para que inclusive lo apoyara en sus proyectos políticos y dicho aparato organizado fue puesto al servicio de esa causa, con el evidente propósito de que quien ejercía funciones públicas ejerciera el poder que detentaba al servicio del proyecto paramilitar, que es precisamente como se manifiesta el concierto para promover aparatos de poder organizados ilegales [...].

La banda criminal que coadyuvó a gestar e integró, diseñó y ejecutó un proceso de cooptación de las instituciones departamentales y municipales, que se refleja en el apoyo brindado a esa organización para alcanzar inclusive a enderezar todos sus movimientos oficiales en busca del favorecimiento directo e inmediato de la asociación criminal.

En la actividad político-administrativa constituyó tarea esencial del mandatario departamental favorecer el quehacer de su compañía delictiva, hecho que, por ejemplo, explica su continua comunicación, colaboración y participación con el líder del grupo paramilitar.

Los grupos paramilitares, entre cuyos miembros existían inclusive servidores públicos vinculados a todas las instituciones estatales [...] desde el momento mismo de su creación tenían como propósito esencial arrasar a todos los ciudadanos u organizaciones que se opusieran a sus propósitos, razón por la cual la ejecución de conductas calificadas como delitos de lesa humanidad —torturas, desapariciones forzadas, desplazamiento forzado, secuestro, etc.— hacían parte de sus diligencias ordinarias.

Para los miembros de la organización no era ningún secreto que en aras de la consolidación de su poder facineroso se tenían que cometer toda clase de conductas criminales y ataques a la dignidad humana de los opositores o de cualquiera que se convirtiera en obstáculo al avance paramilitar.

No cabe duda que quienes fungían como voceros políticos legalmente reconocidos, que inclusive escalaron posición dirigente, realmente hacían parte de la cúpula de los grupos paramilitares y en tal condición integraban el directorio de mando que diseñaba, planificaba, proyectaba, forjaba e impulsaba las acciones que debía desarrollar la empresa criminal en aras de consolidar su avance y obtener más réditos dentro del plan diseñado.

El político en su condición de miembro de la organización criminal impulsaba no sólo a obtener la permanencia del irregular grupo sino que pretendía ejercer en espacios o crear los mismos en procura de resultar funcionales a la empresa delictiva, en pro de la estrategia del crimen constituyéndose en un paso más en el proceso de la toma mafiosa de todos los poderes e instancias de decisión del Estado.

En ese entorno se puede afirmar que en la estructura de los grupos paramilitares se ha constatado que se dan los siguientes elementos:

1). Existencia de una organización integrada por una pluralidad de personas sustituibles antes o durante el evento criminal las cuales mantienen una relación jerárquica con sus superiores. Aquellas personas pueden o no tener cierta predisposición a la comisión de delitos;

2). Control (dominio) de la organización por parte del hombre de atrás y a través de ella de sus integrantes sustituibles. Dicho control puede manifestarse bajo distintas modalidades: a través de la creación de la organización, el no control del mismo pudiendo hacerlo dada su posición o a través del impulso sostenido de la misma con medidas dirigidas a autorizar sus actuaciones ilícitas. En todos estos supuestos se evidencia, por parte del hombre de atrás, un dominio del riesgo (que es el aparato de poder) de producción de actos ilícitos; y,

3). Conocimiento de la organización o aparato de poder y decisión de que sus miembros ejecuten o continúen ejecutando hechos ilícitos penales.

Así las cosas, y de acuerdo con la opinión de la Sala, el aforado hacía parte de una estructura criminal integrada por un número plural de personas articuladas de manera jerárquica y subordinada a una organización criminal, quienes mediante división de tareas y concurrencia de aportes (los cuales pueden consistir en órdenes en secuencia y descendentes) realizan conductas punibles, fenómeno que es factible comprenderlo a través de la metáfora de la cadena.

La solución que se da al fenómeno de la intervención de múltiples sujetos en la acción criminal se aproxima a las respuestas dadas por la Corte a otros asuntos conocidos con anterioridad y que resulta cercana a expresiones recientes de la doctrina y la jurisprudencia foráneas aplicadas a fenómenos similares.

Ello permite avizorar que quien así participó, inclusive valiéndose de su función, también debe responder penalmente por el conjunto de crímenes que se le atribuyen a los comandantes o jefes de los bloques, frentes o unidades que hacían parte de la asociación criminal [...].

Conforme con lo anterior imperioso se ofrece compulsar copias para que se investigue la ocurrencia de hechos que en ejercicio del plan criminal de la organización a la cual pertenecía Salvador Arana Sus, éste efectuó y se establezca su eventual grado de responsabilidad que, de acuerdo con la prueba de la casuística y en el grado reclamado por el legislador, podría ser a título de autor o de partícipe según las particularidades de cada caso, supuestos que en todo caso no impiden la imputación del concierto para delinquir y los delitos ejecutados en desarrollo de lo acordado (énfasis suplido).

Recientemente los magistrados de la Corte han anunciado que extenderán esta tesis a otros políticos vinculados a la denominada “Parapolítica”, para hacerlos responsables por *todos los crímenes* de lesa humanidad cometidos por los grupos paramilitares con los cuales se encontraban relacionados (cfr. Revista Semana, 2010).

Considero, en primer lugar, que resulta plausible que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia esté debatiendo y aceptando ya la tesis de Roxin de la autoría mediata en virtud de estructuras o aparatos de poder organizados, pues ya se han señalado las bondades de la misma. También considero un hecho loable que estos personajes, que en muchos casos hacían parte integral de los grupos paramilitares y que, incluso, hacían parte de la cúpula de los mismos, sean investigados por los crímenes de lesa humanidad cometidos por dichas organizaciones, en muchos de los cuales, probablemente, participaron de algún modo.

Sin embargo, considero que *se deben tener dos precauciones* para no llegar a decisiones dogmáticamente incorrectas e, inclusive, injustas:

En primer término, *se debe tener cuidado para constatar que efectivamente se trate de políticos que hacían parte integral de la estructura de los grupos paramilitares*, y que no se trata simplemente de políticos que recibieron beneficios de la organización, pero que se encontraban en la periferia de la misma. En caso de no ser piezas del engranaje interno de estas organizaciones criminales, estos políticos no pueden ser considerados autores mediatos de estos crímenes, ya que *no tienen, precisamente, el dominio de la organización*. Por supuesto que sí deben responder por los crímenes que hayan instigado o coadyuvado y que hayan sido cometidos por estas organizaciones criminales, pero a título de determinadores o cómplices, según el caso.

En segundo lugar, *se debe tener cuidado en comprobar que estos políticos participaron en las concretas cadenas de mando que dieron lugar a algunos de estos delitos específicos*, a efectos de poder responsabilizarlos en calidad de autores mediatos por los mismos. Lo anterior porque aunque se encuentre probado que estos sujetos sí hacían parte del engranaje interno de estas organizaciones criminales, que sí eran parte integral de estas estructuras (como ocurre en muchos de estos casos, sin duda alguna), aún así *eso no los hace automáticamente responsables de todos los delitos cometidos por ellas en calidad de autores mediatos*. La tesis de Roxin no puede ser utilizada para responsabilizar de manera puramente objetiva a los miembros de la organización criminal por todos los delitos cometidos por ésta. Por supuesto que, en todo caso, el hecho de pertenecer a estas organizaciones sí los hace, *per se*, autores de delitos como el concierto para delinquir. Pero ello no es suficiente para considerarlos autores mediatos de *todos* los delitos cometidos por estas organizaciones, en muchos de los cuales no intervinieron de modo alguno.

Conclusiones

Las conclusiones de este trabajo son las siguientes:

1) *La teoría de Roxin de la autoría mediata en virtud de estructuras, aparatos o maquinarias de poder organizados (autoría mediata por el dominio de la organización) parece ser la más acertada para solucionar la problemática de la responsabilidad penal que les corresponde a los jefes de las organizaciones criminales que pueden ser catalogadas de esta forma y a sus intermediarios con mando, por los crímenes perpetrados a través de éstas y por orden suya.* Las críticas que se le han hecho a esta doctrina no han logrado desvirtuar su fundamentación, y más bien hacen referencia a los límites en su aplicación y a la demostración empírica de sus presupuestos en los casos concretos. Por el contrario, a favor de esta tesis puede decirse que es la que mejor cumple con la doble exigencia de ser dogmáticamente correcta y político-criminalmente satisfactoria para solucionar esta delicada problemática.

2) *Esta teoría ha sido adoptada por diversos tribunales europeos y latinoamericanos para juzgar casos de gran trascendencia internacional.* Ejemplo de ello son los casos de los disparos en el muro de Berlín y de los crímenes de lesa humanidad cometidos por las dictaduras del Cono Sur. El Estatuto de la Corte Penal Internacional abre también las puertas para su aplicación en el derecho penal internacional.

3) *En Colombia apenas se está gestando el debate en torno a esta tesis,* pero la misma ya está empezando a ser discutida e incluso aplicada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en los procesos de la denominada “Parapolítica” y la Fiscalía General de la Nación en algunos procesos de la “Ley de Justicia y Paz”. Ello resulta plausible –en mi opinión– pues dicha teoría es dogmáticamente más acertada que la tesis de la coautoría impropia y político-criminalmente más correcta que la tesis de la determinación.

4) *No obstante, para que la teoría de Roxin de la autoría mediata en virtud de aparatos de poder organizados encuentre plena cabida en el ordenamiento jurídico-penal colombiano, será necesario replantear el contenido que tradicionalmente se le ha dado a la categoría de la autoría mediata, para admitir dentro de ella la posibilidad de un instrumento plenamente responsable y, por consiguiente, la figura del “autor tras el autor”.*⁶³ Por supuesto, para ello no es necesaria una reforma legal, pues, como lo ha reconocido la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el artículo 29 del Código Penal admite perfectamente esta interpretación.

5) *Sin embargo, debe tenerse especial cuidado para aplicar esta teoría con el rigor debido.* No en todos los casos en los cuales nos hallemos ante los jefes de una organización criminal debe reconocerse la autoría mediata de los mismos en virtud de esta doctrina.

63 Señala en ese sentido López Díaz (2008: 180) que: “Con base en la Ley 599 de 2000, la responsabilidad de las estructuras paramilitares o guerrilleras colombianas obliga a una nueva interpretación del concepto de autor contenido en su artículo 29, para dar paso a la adopción de la figura de la autoría mediata con instrumento responsable, es decir, lo que la doctrina ha denominado ‘autor tras el autor.’”

6) En primer término, *se debe ser muy cuidadoso para no considerar como aparatos de poder organizados organizaciones criminales que en realidad no pueden ser catalogadas de tales*. Como lo anota Ambos (1998: 47): “Desde un principio, el dominio de organización sólo es posible en un *aparato de poder formal*, es decir, una organización que está estructurada de modo jerárquico-linear y que consiste en un número suficientemente grande de ejecutores intercambiables.”

7) En segundo término, *se debe ser muy escrupuloso al analizar la configuración de sus elementos o requisitos, cuales son* –según Roxin–: (a) *el dominio de la organización por los autores mediatos*; (b) *la fungibilidad de los ejecutores*; y (c) *la desvinculación del derecho del aparato de poder organizado*.

8) En tercer y último término, *se debe tener presente que el sólo hecho de ser miembro de la cúpula de una organización criminal no hace a una persona autor mediato de todos los crímenes cometidos por ella*. Es necesario constatar que esta persona participó, de una u otra forma, en *la concreta cadena de mando* que dio lugar al específico delito por el que se le responsabiliza. Por supuesto, que esto no es óbice para que se configuren los delitos que supone *per se* la pertenencia a una organización criminal de esta índole, como, por ejemplo, el concierto para delinquir.

Bibliografía

Doctrina

Obras generales

AMBOS, Kai. *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*. Ezequiel Malarino (Traductor). Montevideo: Duncker & Humblot, Konrad Adenauer Stiftung, Temis. 2005.

CEREZO MIR, José. *Derecho Penal. Parte general*. Montevideo, Buenos Aires: B de F. 2008.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (2ª ed.) Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Traductores) Madrid: Marcial Pons. 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal. Parte general* (5ª ed.) Miguel Olmedo Cardenete (Traductor) Granada: Comares. 2002.

MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl-Heinz y ZIPF, Heinz. *Derecho penal. Parte general*. Vol. II. (7ª ed.) Jorge Bofill Genzsch (Traductor) Buenos Aires: Astrea. 1995.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general* (7ª ed.) Montevideo, Buenos Aires: B de F. 2004.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. “Tipicidad”, en: *Obras completas*. Vol. I. Bogotá: Temis. 1998.

- RIVERA LLANO, Abelardo. *Derecho penal posmoderno*. Bogotá: Temis. 2005
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho penal. Parte general* (4ª ed.) Bogotá: Comlibros, Librería Jurídica. 2009.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro W. *Derecho penal. Parte general* (2ª ed.) Buenos Aires: Ediar, Temis. 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro W. *Manual de derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar, Temis. 2005.

Monografías

- AMBOS, Kai. *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*. Manuel Cancio Meliá (Traductor) Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. 1998.
- AMBOS, Kai. *Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales en el muro*. Claudia López Díaz (Traductora) Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. 1999.
- BOLEA BARDON, Carolina. *Autoría mediata en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2000.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en derecho penal* (Reimpresión) Bogotá: Leyer. 2009.
- DONNA, Edgardo Alberto. *La autoría y la participación criminal* (2ª ed.) Buenos Aires: Rubinzal, Culzoni. 2005.
- FARFÁN MOLINA, Francisco Javier. *La masacre de Machuca. Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder*. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público. 2006.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal* (Reimpresión) Montevideo, Buenos Aires: B de F. 2007.
- MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro E. *La autoría mediata en el derecho penal. Formas de instrumentalización* (2ª ed.) Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2004.
- ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Francisco Muñoz Conde (Traductor) Barcelona: Bosch Casa Editorial. 1972.
- ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (7ª ed.) Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Traductor) Madrid: Marcial Pons. 2000.
- SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. *Autoría* (3ª ed.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2007.

Artículos

- AMBOS, Kai. “El caso alemán”, en: *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*. Bogotá: GTZ, Fiscalía General de la Nación, Embajada de la República Federal de Alemania, Georg-August-Universität Göttingen, Temis. 15-SS pp. 2008.
- APONTE CARDONA, Alejandro. “Análisis crítico de la jurisprudencia penal nacional de crímenes internacionales: el caso colombiano”, en: *Temas de derecho penal*. Ricardo Posada Maya (Coordinador) Bogotá: Universidad de los Andes, Temis. 113-SS pp. 2008.
- GUZMÁN, José Luis. “El caso chileno”, en: *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*. Bogotá: GTZ, Fiscalía General de la Nación, Embajada de la República Federal de Alemania, Georg-August-Universität Göttingen, Temis. 71-SS pp. 2008.
- HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Alberto. “Autoría y participación”, en: *Lecciones de derecho penal. Parte general*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 263-SS pp. 2002.
- LÓPEZ DÍAZ, Claudia. “El caso colombiano”, en: *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*. Bogotá: GTZ, Fiscalía General de la Nación, Embajada de la República Federal de Alemania, Georg-August-Universität Göttingen, Temis. 153-SS pp. 2008.
- MALARINO, Ezequiel. “El caso argentino”, en: *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*. Bogotá: GTZ, Fiscalía General de la Nación, Embajada de la República Federal de Alemania, Georg-August-Universität Göttingen, Temis. 37-SS pp. 2008.
- REYES CUARTAS, José Fernando. “La autoría mediata con aparatos organizados de poder”, en: *Derecho Penal y Criminología*. Vol. XXV, N° 75, enero a junio de 2004. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 135-SS pp. 2004.
- ROXIN, Claus. “Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión”, en: *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)* Jesús María Silva Sánchez (Editor) Madrid: Civitas. 155-SS pp. 2000.
- ROXIN, Claus. “Dominio de la organización y resolución al hecho”, en: *La teoría del delito en la discusión actual*. Manuel A. Abanto Vásquez (Traductor) Lima: Editora Jurídica Grijley. 513-SS pp. 2007.
- SCHABAS, William A. “Principios generales del derecho penal”, en: *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Reimpresión) Kai Ambos y Óscar Julián Guerrero (Compiladores) Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 269-SS pp. 2003.
- SCHÜNEMANN, Bernd. “El tempestuoso desarrollo de la figura de la autoría mediata”, en: *Derecho Penal y Criminología*. Vol. XXV, N° 75, enero a junio de 2004. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 27-SS pp. 2004.

Otros documentos

Segundo Informe. Bogotá: Observatorio Internacional sobre DDR y Ley de Justicia y Paz, Centro Internacional de Toledo para la Paz-CITPax. 2009.

“Los parapolíticos y los crímenes de lesa humanidad”, en: <http://www.semana.com/noticias-nacion/parapoliticos-crimenes-lesa-humanidad/141733.aspx> [consultado el 20 de julio de 2010]. Bogotá: Revista Semana. 2010.

Jurisprudencia

De la Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL, sentencia del 21 de agosto de 2003, Rad. 19.213, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL, sentencia del 7 de marzo de 2007, Rad. 23.825, M.P. Javier Zapata Ortiz (“caso Machuca”).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL, sentencia del 8 de agosto de 2007, Rad. 25.974, M.P. María del Rosario González de Lemos (“caso Yamid Amat”).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL, sentencia del 12 de septiembre de 2007, Rad. 24.448, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán (“caso La Gabarra”).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL, sentencia del 16 de septiembre de 2009, Rad. 29.640. Adición de voto de los magistrados Alfredo Gómez Quintero, María del Rosario González de Lemos, Augusto Ibáñez Guzmán y Yesid Ramírez Bastidas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL, sentencia del 3 de diciembre de 2009, Rad. 32.672 (“caso Salvador Arana”).