



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

**Autoría mediata por control de la voluntad a  
través de aparatos organizados de poder  
aplicada a máximos responsables en  
Colombia: Análisis y propuestas**

**Lily Andrea Rueda Guzmán**

**Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales  
Maestría en Derecho Penal  
Bogotá D.C.  
2014**



# **Autoría mediata por control de la voluntad a través de aparatos organizados de poder aplicada a máximos responsables en Colombia: Análisis y propuestas**

**Lily Andrea Rueda Guzmán**

**Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de  
Magíster en Derecho Penal**

**Directora  
Doctora Flor Alba Torres Rodríguez**

**Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales  
Maestría en Derecho Penal  
Bogotá D.C.  
2014**



## Resumen

Desde el año 2010, la autoría mediata por control de la voluntad a través de aparatos organizados de poder ha sido aplicada a máximos responsables de criminalidad organizada en Colombia. Esta investigación explora la atribución de responsabilidad que se ha hecho a los líderes de estructuras de poder –legales e ilegales- como autores de las conductas punibles cometidas directamente por sus subordinados y reflexiona sobre la técnica utilizada por los operadores de justicia tanto a nivel nacional como internacional. En primer lugar, se analiza la construcción que de la categoría “autor” se hace en la dogmática penal, con énfasis en el ordenamiento jurídico colombiano y se presenta así la construcción de Roxin sobre la posibilidad de aplicar la teoría de la autoría mediata con instrumentos responsables. En segundo lugar, se analiza la aplicación de la autoría mediata en el ámbito del derecho penal internacional y se le compara con otras formas de imputación a máximos responsables. Posteriormente, se estudian los conceptos de criminalidad organizada y máximos responsables, con el fin de entender la relevancia político criminal que estas categorías tienen hoy en Colombia. Más adelante, se hace una aproximación a la aplicación de la teoría de Roxin en Colombia. De una parte, se describen los casos principales en donde esta teoría fue usada, ya sea por la Corte Suprema de Justicia, o por operadores de menor jerarquía. Después, se analiza el nivel de incorporación que han tenido en estos casos los elementos del derecho penal internacional. Acto seguido, se realiza la aplicación hipotética de teoría al Secretariado de las FARC-EP. Finalmente, se realizan observaciones críticas a su incorporación y se proponen algunas consideraciones a tener en cuenta para mejorar la aplicación de esta teoría en el ordenamiento colombiano.

**Palabras clave:** autoría mediata, criminalidad organizada, máximos responsables, aparatos organizados de poder.

## Abstract

Colombian case law recognized in 2010, for the first time, the possibility to charge those most responsible of organized crime using the theory of indirect perpetration through organized structures. This thesis explores and analyzes the attribution of liability made to leaders of legal or illegal structures of power as principals, for crimes directly committed by subordinates. The structure of this document will focus on six major aspects. Firstly, the construction of the concept of author in criminal law dogmatic is studied, particularly in Colombia. In this regard, Roxin's theory of attribution of liability as principal using a responsible instrument is presented. Secondly, this theory is studied from the developments of international criminal law and it is compared to other modes of attribution of liability. In third place, this thesis analyses the relevance of the implications of categories such as organized crime and most responsible in Colombia's criminal policy. Thereafter, a descriptive and analytical approximation to the application of Roxin's theory by Colombian judges is done and, particularly, the incorporation of elements of international criminal law is studied. In this regard, the relevant case law is analyzed taking into consideration judgments issued by the Supreme Court of Justice and by tribunals of lower hierarchy. Finally, critical considerations to the technique used by the judges in Colombia in this regard are made, proposing, at the same time, some useful recommendations to take into consideration in order to improve the technique in application of the abovementioned theory.

**Key words:** indirect perpetration, organized crime, most responsible, organized structure of power.

# Contenido

	Pág.
<b>Resumen .....</b>	<b>V</b>
<b>Introducción .....</b>	<b>1</b>
<b>1. La autoría en el régimen jurídico colombiano .....</b>	<b>9</b>
1.1. El autor en la dogmática del derecho penal: diferenciación entre principales y accesorios en el crimen a través de la teoría del dominio del hecho .....	9
1.2. Autoría mediata en virtud del dominio de la voluntad por estructuras organizadas de poder .....	13
1.3. Críticas a la teoría de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder .....	15
1.4. El autor en el derecho penal en Colombia .....	17
1.4.1. Orígenes .....	17
1.4.2. Consideraciones preliminares desde los derechos fundamentales .....	20
1.4.3. El autor en el Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000) .....	24
<b>2. Autoría mediata, coautoría mediata y responsabilidad del superior en el derecho penal internacional .....</b>	<b>33</b>
2.1 El autor en el derecho penal internacional .....	33
2.1.1 Responsabilidad principal y accesoria en el derecho penal internacional .....	36
2.1.2 Responsabilidad como autor bajo el artículo 25(3)(a) del ER .....	43
2.2 Autoría directa o material bajo el artículo 25(3)(a) del ER .....	48
2.2.1 Elementos objetivos y subjetivos de los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra bajo el ER .....	49
2.3 Autoría mediata en el artículo 25(3) (a) del ER .....	56
2.3.1 Autoría mediata usando un instrumento inocente .....	57
2.3.2 Autoría mediata usando personas responsables: comisión de delitos a través de estructuras organizadas de poder .....	58
2.4 Coautoría mediata en el ER .....	68
2.4.1 Coautoría basada en el dominio funcional del hecho: artículo 25(3) (a) del ER .....	69
2.4.2 Coautoría mediata aplicada en la CPI .....	76
2.5 Responsabilidad del superior en el derecho penal internacional (Art. 28 ER) ...	83
2.5.1 Elementos de la responsabilidad del superior bajo el artículo 28 del ER .....	85
2.5.2 Algunos elementos problemáticos en la doctrina de la responsabilidad del superior .....	88
2.6 Aproximación comparada a los elementos de las diferentes formas de atribución de responsabilidad a máximos responsables en el derecho penal internacional .....	90
2.6.1 Autoría mediata y responsabilidad del superior .....	90

2.6.2	Autoría mediata y coautoría mediata .....	92
<b>3. Crimen organizado y máximos responsables en Colombia: Una aproximación conceptual .....</b>		
<b>95</b>		
3.1	Macro-criminalidad, criminalidad colectiva y crímenes de sistema: la organización como el rasgo diferenciador de la criminalidad ordinaria .....	97
3.2	Política criminal de persecución a máximos responsables: la identificación de la estructura criminal como presupuesto para la identificación del máximo responsable	100
3.2.1	Representación de las estructuras criminales complejas y criterios orientadores para la identificación de máximos responsables.....	101
3.2.2	¿Por qué la necesidad de perseguir a los máximos responsables en la política criminal colombiana?.....	105
<b>4. Autoría mediata aplicada a máximos responsables en Colombia .....</b>		
<b>119</b>		
4.1	Aproximación descriptiva a la práctica de la autoría mediata por aparatos organizados de poder en Colombia.....	120
4.1.1	El “contubernio” entre militares y paramilitares: el caso de Rito Alejo del Río	121
4.1.2	Los políticos como parte de las estructuras de poder de los grupos paramilitares: entre la autoría mediata y la determinación.....	125
4.1.3	El Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) como institución subordinada a la estructura de poder paramilitar: el caso de Jorge Aurelio Noguera Cotes	130
4.1.4	Las Fuerzas militares como un aparato de poder que actúa al margen del derecho: el caso de Luis Alfonso Plazas Vega.....	134
4.1.5	Ex comandantes paramilitares condenados en el proceso de Justicia y Paz: los casos de “El Iguano”, “Fierro Flórez” y “El Alemán” .....	141
4.1.6	La autoría mediata aplicada a líderes de grupos subversivos .....	144
4.2	Dirección de los fallos judiciales .....	149
4.3	Nivel de aplicación de la autoría mediata, la coautoría mediata y la responsabilidad del superior en Colombia siguiendo los elementos del derecho penal internacional.....	151
4.4	Posibilidad de aplicación de la autoría mediata a máximos responsables de las FARC-EP: caso hipotético .....	160
4.4.1	Consideraciones preliminares sobre la estrategia de judicialización que debería ser implementada.....	161
4.4.2	Análisis de los elementos de la autoría mediata .....	162
4.5	Aproximación crítica a la aplicación de la autoría mediata por aparatos organizados de poder en Colombia: ventajas y desventajas de la teoría .....	169
4.5.1	La autoría mediata no puede ser una solución fija y predeterminada al problema de la atribución de responsabilidad penal en casos de criminalidad organizada.....	170
4.5.2	Las implicaciones de la develación de la estructura desde el punto de vista material para la aplicación adecuada de la teoría .....	171
4.5.3	Autoría mediata y cumplimiento del requisito subjetivo del tipo.....	172
4.5.4	La autoría mediata y los excesos de los subordinados: el caso especial de la violencia sexual .....	174
4.5.5	Dificultades adicionales en la aplicación de la autoría mediata en aparatos de poder de carácter legal.....	175
4.5.6	La limitación de la autoría mediata en casos de estructuras “contubernios” o formadas por dos organizaciones de poder .....	177

---

4.5.7	Indebida aplicación de la autoría mediata por los operadores de justicia nacionales.....	180
4.5.8	Posibilidades futuras de la teoría en la judicialización de los máximos responsables .....	181
4.5.9	Política mezclada con dogmática jurídica.....	182
<b>5.</b>	<b>Conclusiones y propuestas .....</b>	<b>183</b>
	<b>Bibliografía .....</b>	<b>191</b>



# Introducción

La identificación del grado de participación de líderes de estructuras de poder a través de las cuales se cometen crímenes graves, tales como los crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio, es una tarea compleja desde la técnica jurídica y relevante desde el punto de vista político-criminal. Hoy, el derecho penal se enfrenta a fenómenos de macro-criminalidad que desafían su interpretación y aplicación tradicional y obligan tanto al operador judicial como al doctrinante a explorar fórmulas creativas que - respetando los principios legales y constitucionales- sean útiles para abarcar adecuadamente la realidad criminalidad.

La actuación de estos líderes criminales se caracteriza, principalmente, por el poder de decisión que tienen en la comisión de los delitos a pesar de su lejanía con la escena del crimen<sup>1</sup> y por ser ellos quienes dirigen las estructuras, planean los crímenes, y supervisan la ejecución por parte de sus subordinados<sup>2</sup>. Es por esto que ellos han sido identificados como los verdaderos protagonistas de las conductas punibles<sup>3</sup> aún cuando en la comisión de las mismas interviene un número plural de personas. Para Schabas y Olásolo, sin duda, el problema más importante que se presenta en procesos por crímenes de guerra, de lesa humanidad y genocidio, es la determinación de la forma de responsabilidad penal específica en que ha incurrido el acusado por los hechos imputados<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Olásolo H., *Los primeros casos a nivel internacional de la aplicación autónoma del concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder: los casos contra Omar Al Bashir, Muammar Al Gaddafi y Abdullah Al-Senussi en Ensayos de Derecho Penal y Procesal Internacional* (Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 2011) pág. 229 [En adelante: Olásolo H., *Los primeros casos a nivel internacional*] y Ambos K., *Dominio del hecho por dominio de la voluntad de aparatos organizados de poder* (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998) pág. 12.

<sup>2</sup> Muñoz F., *¿Cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?* (Revista de Derecho Penal 9/62).

<sup>3</sup> Olásolo H., *Los primeros casos a nivel internacional*, supra nota 1, pág. 229.

<sup>4</sup> Schabas W., *An Introduction to the International Criminal Court* (2 ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2004) pág. 105 y Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación en el Derecho Penal Internacional* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013) pág. 41 [En adelante: Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*]. Para Olásolo: “Los dirigentes políticos, militares, empresariales, religiosos o de otra índole, se encuentran por lo general geográficamente alejados del lugar en que se cometen los delitos y no tienen ningún tipo de contacto con los miembros de rango inferior de sus organizaciones que los llevan materialmente a cabo (...). De ahí que con frecuencia la

En estructuras de poder los crímenes se cometen pasando por diferentes fases. Se gestan, deciden y ordenan en la cúpula de la organización y descienden en la cadena criminal hasta llegar al ejecutor<sup>5</sup>. Siendo los líderes criminales los protagonistas de los delitos desde el punto de vista del funcionamiento de la estructura, es necesario, entonces, encontrar un modo de participación criminal que refleje su rol preponderante. Los operadores judiciales tienen el reto de identificar si, bajo un supuesto de hecho concreto, los dirigentes de estructuras organizadas de poder actúan como autores o como partícipes (con responsabilidad accesoria) frente a los crímenes cometidos por sus subordinados por el hecho de diseñar, planificar, enseñar, ordenar o asumir el control o dirección de la realización<sup>6</sup>.

En la práctica, la determinación del papel real de los líderes de estructuras de poder se enfrenta a dificultades de diversa índole, que van desde la identificación y definición de lo que es, y cómo funciona, la estructura criminal, pasando por la ubicación de sus miembros y la identificación de sus roles y funciones, incluyendo -por supuesto- a los máximos responsables, y llegando hasta la identificación del grado de participación criminal que sea técnicamente apropiado y probatoriamente útil para reflejar el involucramiento del líder.

Esta no es una tarea sencilla en Colombia, en donde se pueden identificar diferentes manifestaciones del crimen organizado. Desde las atrocidades cometidas por estructuras armadas de poder que participan en el conflicto armado interno, pasando por el fenómeno del narcotráfico, hasta llegar a redes de trata de personas con fines de explotación. Valga aclarar que el presente trabajo no pretende abarcar todas estas manifestaciones sino que se circunscribe al primer escenario planteado: a los delitos cometidos por estructuras de poder que actúan en el marco del conflicto armado, particularmente, agentes de Estado, grupos paramilitares y de guerrilla responsables de crímenes graves, entendiendo por tales crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.

La presente tesis estudia cómo se atribuye en Colombia responsabilidad penal a diferentes dirigentes de organizaciones de poder de naturaleza legal e ilegal, como autores mediatos por aparatos organizados de poder bajo la teoría propuesta por Roxin en 1963. Se determinará si la teoría de la autoría mediata, incorporada en la jurisprudencia colombiana desde el 2010, a raíz de los procesos de la llamada “parapolítica”, es un modo de atribución de responsabilidad eficaz para reflejar la participación criminal de personas poderosas que ejercieron un rol de liderazgo en la comisión de los crímenes. Para realizar un análisis más completo se acudirá al estudio

---

gravedad de sus acciones u omisiones no se vea satisfactoriamente reflejada por las formas de autoría y participación tradicionalmente adoptadas por los sistemas nacionales de derecho penal”.

<sup>5</sup> Suárez A., *Autoría* (3ª Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011) pág. 319. [En adelante: Suárez A., *Autoría*]

<sup>6</sup> *Ibidem*.

de otras formas de atribución de responsabilidad a máximos responsables, tales como la coautoría mediata o la responsabilidad del superior bajo el objetivo de compararlas con la autoría mediata, materia principal de análisis de este trabajo.

Para cumplir el objetivo propuesto esta tesis se divide en seis capítulos. En primer lugar, en el capítulo titulado *La autoría en el régimen jurídico colombiano* se hace una aproximación al desarrollo de la categoría “autor” en el derecho penal, particularmente, desde la diferenciación entre autores y partícipes bajo el criterio denominado dominio del hecho. Por ser el objeto de estudio de esta investigación se analiza el desarrollo de la teoría de autoría de Roxin por la cual se domina la voluntad del ejecutor material a través de aparatos organizados de poder. Posteriormente, y ya situando el análisis en los desarrollos de nuestro sistema jurídico, se presentan los orígenes de la categoría autor y se establecen las reglas de derechos fundamentales que deben ser tenidas en cuenta al analizar el concepto de autoría (desvalor de acción y de resultado, principio de culpabilidad y principio de accesoriedad). Finalmente, se hace una pequeña reseña sobre la forma en que se ha desarrollado la autoría mediata en virtud de estructuras organizadas de poder y la coautoría en nuestro ordenamiento jurídico.

En el segundo capítulo titulado *Autoría mediata, coautoría mediata y responsabilidad del superior en el derecho penal internacional* se hace una aproximación a las formas de atribución de responsabilidad que son usadas principalmente bajo el sistema del Estatuto de Roma (ER) para imputar responsabilidad a líderes de organizaciones (legales o ilegales) por los crímenes de subordinados, en los cuales aquellos no tuvieron participación alguna en la fase de ejecución. En este capítulo se explica el desarrollo de la categoría “autor” en el derecho penal internacional y los elementos objetivos y subjetivos que deben cumplirse para tener a alguien como autor bajo cada una de estas tres formas de participación criminal. Al momento en que se presentan estos elementos se van evidenciando también algunos problemas con que se han encontrado las Salas de la Corte Penal Internacional (CPI) en varios de los casos que han llegado a su conocimiento y por esto, uno de las principales fuentes utilizadas en esta sección es la jurisprudencia de la CPI. Para cerrar esta sección se realiza un ejercicio de comparación de los elementos de cada una de las teorías estudiadas, garantizando así la comprensión sencilla de sus coincidencias y sobre todo de sus diferencias.

En el capítulo *Crimen organizado y máximos responsables en Colombia, una aproximación conceptual* se presenta lo que para esta investigación se entiende por crimen organizado y el espectro específico aplicable al desarrollo de este trabajo. De igual manera, se analizan las categorías “criminalidad colectiva” o “criminalidad de sistema”, entendiendo por tales manifestaciones, actividad delincuencia que escapa de la criminalidad ordinaria y configuran crímenes internacionales o graves (crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra). Estas categorías presentan como elementos esenciales la participación de múltiples actores en la comisión de los delitos, quienes se encuentran dentro de una estructura organizada y con división de tareas y que obedecen a los designios de uno o varios máximos responsables. Las fuentes para la presentación

de esta clase de criminalidad son predominantemente dogmáticas y se resaltan autores como Ambos, Kelman, Hamilton, Röling, Nolkaemper, Van der Wilf y Roxin. A continuación, se recogen brevemente algunos elementos propuestos por Aguirre, Roxin y Del Ponte que pueden ilustrar o dar pistas sobre la identificación de los máximos responsables dentro de las estructuras criminales. Si bien estos son avances en la materia, se resalta cómo, algunos de los desarrollos dogmáticos, son limitados pues parten de la estructura rígida, piramidal y burocrática que no se corresponde con el funcionamiento en la realidad de las estructuras criminales.

Posteriormente, en esta misma sección se hace un análisis sobre la necesidad de perseguir a los máximos responsables en la política criminal colombiana, especialmente frente a los crímenes graves que se cometen en el marco del conflicto armado. Allí, a través de tres ejemplos concretos (creación de la Unidad de Análisis y Contextos de la Fiscalía, política de priorización en la Ley de Justicia y Paz y estrategia de persecución de máximos responsables en el Marco Jurídico para la Paz) se ilustran los cambios recientes que ha tenido la investigación y judicialización de esta clase de conductas.

Así, después de indagar por la criminalidad organizada y las estructuras que hacen posible su ocurrencia, y teniendo claro el desarrollo que la autoría mediata ha tenido en la doctrina y jurisprudencia internacional, y sus diferencias con otras formas de imputación de crímenes a dirigentes por la actuación de sus subordinados, en el capítulo *Autoría mediata aplicada a máximos responsables en Colombia* se realiza un análisis sobre los desarrollos y aplicaciones concretas que esta categoría ha tenido en el país. Primero, se hace una aproximación descriptiva a la práctica de esta teoría en algunos casos relevantes. Posteriormente, se concreta el análisis en una línea jurisprudencial en donde se presentan las principales subreglas encontradas. Acto seguido, se realiza un estudio sobre el nivel de incorporación que han tenido en esta forma de autoría, dentro de los casos analizados, los elementos desarrollados desde el derecho penal internacional, haciendo también un breve análisis sobre las posibilidades de la aplicación de la responsabilidad del superior a nivel doméstico. Esta sección termina con la aplicación de la autoría a un caso hipotético en donde se intenta imputar la responsabilidad a los miembros del Secretariado de las FARC-EP por un homicidio ordenado por ellos pero ejecutado por un subordinado. Así, con la aproximación descriptiva a la jurisprudencia, el establecimiento de una línea jurisprudencial, el estudio del nivel de incorporación de los elementos del derecho penal internacional y la aplicación a un caso hipotético se obtiene un fundamento adecuado para realizar un posterior estudio crítico y propositivo.

Así, esta investigación propone algunos desaciertos en los que han incurrido los operadores de justicia al aplicar esta forma de participación criminal. Ellos relacionados con la utilización de la teoría como una solución predeterminada al problema de la múltiple participación criminal, la ausencia de un análisis de la estructura de poder desde el punto de vista material, las dificultades que se presentan en relación con la prueba del requisito subjetivo del tipo y algunas adicionales que se dan cuando los delitos se

cometen en el marco de estructuras de poder de carácter legal que se desvían del derecho. Finalmente, esta tesis propone, en relación con delitos cometidos por varias estructuras de poder, tener en cuenta los avances que se han dado desde del derecho penal internacional, en donde se ha desarrollado –incipientemente- la coautoría mediata. Se aclara, no se pretende trasladar al marco colombiano esta teoría, sino tener en cuenta algunos desarrollos que puede ser útiles e interesantes. Con este capítulo se cobijan los diferentes análisis sobre la forma en que es y podría ser aplicada la teoría en Colombia. Este es el fundamento de la identificación de ventajas y desventajas de la teoría para el contexto colombiano.

Esta investigación concluye que la teoría de la atribución de responsabilidad por dominio de voluntad por aparatos organizados de poder es útil para resolver ciertos casos difíciles, pero al mismo tiempo compleja. De una parte, exige requisitos probatorios serios en relación con la estructura de poder que comete los delitos y con el entendimiento de la criminalidad organizada en la cual se manifiesta. De otra parte, por haber sido pensada para llegar precisamente a los máximos responsables como personas poderosas en un contexto determinado, esta teoría se ve inmersa en matices políticos que no deben dominar la discusión jurídica. Finalmente, se presentan algunas recomendaciones concretas a tener en cuenta para mejorar la aplicación técnica de esta teoría en Colombia.

## Definiciones previas de algunos conceptos relevantes para el análisis

**Máximo responsable.** Este concepto se aplica respecto a dos categorías diferentes, a saber: (i) aquel que dentro de la estructura de mando y control de la organización delictiva sabía o podía prever razonablemente la perpetración de crímenes en desarrollo de la ejecución de los planes operativos; y (ii) de manera excepcional, se trata de aquellas personas que han cometido delitos particularmente notorios y graves, con independencia de la posición que ocupaban en la organización delictiva.

**Contexto.** Marco de referencia de aspectos esenciales acerca de elementos de orden geográfico, político, económico, histórico, y social en el cual se han perpetrado delitos por parte de grupos criminales, incluidos aquellos en los que servidores públicos y particulares colaboran con aquellos. Comprende una descripción de la estrategia de la organización delictiva, sus dinámicas regionales, aspectos logísticos esenciales, redes de comunicaciones, entre otros. La creación de contextos persigue: (i) conocer la verdad de lo sucedido; (ii) evitar su repetición; (iii) establecer la estructura de la organización delictiva; (iv) determinar el grado de responsabilidad de los integrantes del grupo y de sus colaboradores; y (v) unificar actuaciones al interior de la Fiscalía con el fin de lograr esclarecer patrones de conducta y cadenas de mando fácticas.

**Patrones criminales.** Conjunto de actividades, medios logísticos, de comunicación y *modus operandi* delictivo, desarrollados en una zona geográfica y periodo de tiempo determinados, de los cuales se pueden extraer conclusiones respecto a los diversos niveles de mando y control de la organización criminal.

**Priorizar.** Técnica de gestión de la investigación penal que permite establecer un orden de atención entre reclamos ciudadanos de justicia equivalentes, con el fin de garantizar, en la mayor medida posible, el goce del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.

**Orden.** Etimológicamente la RAE lo define como *mandato que se debe obedecer, observar y ejecutar*. Es decir ha de entenderse como directriz de comportamiento de obligatorio cumplimiento. Lo cual supone una relación de efectiva subordinación y control entre superior y subordinado, y propone casi como necesaria la existencia de una organización funcional que determina y regula dicha relación de subordinación.

**Instrucción.** Definida por la RAE como *conjunto de reglas o advertencias para algún fin*. Denota, a diferencia del concepto anterior, disposiciones generales y simples lineamientos de conducta impersonal y menos vinculante. Es decir a pesar de ser directrices de comportamiento, e incluso de llegar a suponer la pertenencia a una organización, se diferencia de la orden respecto de su poder vinculante y especificidad.

**Política.** Traza con que se conduce un asunto o se emplean los medios para alcanzar un fin determinado. Orientaciones o directrices que rigen la actuación de una persona o entidad en un asunto o campo determinado. Con esta definición de la RAE se observa que este es un parámetro aún más general de parámetro de conducta, y es completamente impersonal pues no es una disposición dada a cada uno o a un miembro específico de una organización si no que se trata de unas formas y maneras de la propia

organización. En materia penal estos dos niveles, instrucción y política, representan mayor dificultad de aplicación en materia de atribución de responsabilidad penal a superiores en calidad de autoría mediata por aparatos organizados de poder, así como de coautor, debido precisamente a la dificultad de demostrar un nexo causal entre aquellas disposiciones tan generales e impersonales con la realización en específico, por un autor material determinado, de un hecho punible. Dificultad no presentada con las órdenes manifiestas a un subordinado.

**Líneas de mando.** Resultado de las relaciones presentes de jerarquía en una organización institucional basada en la delegación funcional de atribuciones y responsabilidades a distintos niveles de mando. La cual se realiza para optimización de recursos y resultados. En materia penal esta forma de organización entra en colisión aparente con el dominio funcional del hecho de cada nivel de mando hacia arriba, debido a la existencia de distintos niveles de mando y responsabilidad. Así, respecto de un hecho delictual en específico ha de hacerse el análisis particular de hasta dónde llega la cadena de responsabilidades verticalmente, y esto partiendo de cada delegación de funciones en cada nivel de mando para encontrar el punto de partida de la directriz que ordenaba o determinaba el hecho punible. Esto sin perjuicio de existir siempre la responsabilidad por omisión de control y vigilancia del superior, y los deberes *in eligendo* e *in vigilando* como opción para la atribución de responsabilidad penal para los superiores jerárquicos.

**Estructura piramidal.** Este es el modelo institucional que más se presenta en organizaciones sean estas legales o ilegales y tiene como premisas: (i) la existencia de un mando central jerárquico superior y claro, definido con antelación. El cual fija las políticas y estrategias generales de la organización y el cual delegada en distintos niveles de mando el cumplimiento de las mismas; (ii) varios niveles de mando verticales y descendentes y con funciones más o menos definidas, los cuales son los que en la práctica desarrollan la actividad de la organización y gestionan los recursos de toda clase para estos fines; (iii) una base de subordinados de cada nivel de dirección o mando que ejecutan materialmente las ordenes de las mismas, y que reconocen la estructura en forma de pirámide la organización pero que se interrelacionan directamente (y se subordinan) a su inmediato nivel de mando superior.

**Estructura de redes.** Este modelo representa una organización estructural totalmente diversa, y más compleja, que la piramidal. Como características se pueden mencionar: (i) no existencia de un nivel central superior de mando que fije políticas o estrategias, ideologías etc. o delegue funciones a partir de sí mismo; (ii) existencia de múltiples organizaciones con estructura propia y niveles de mando propios que trabajan “mancomunadamente” con la demás según intereses propios y generalmente para un fin común; (iii) existencia de líderes o niveles centrales de mando, delegación funcional en líneas de mando y una base de subordinados por cada red; (iv) en materia criminal pueden tener cada red naturaleza distinta entre ellas, política, militar, civil, insurgente, paramilitar, etc.; y (v) se basa la estructura en la colaboración funcional de cada red para un fin común pero fundamentada en intereses propios y no en la existencia de un nivel central de mando que determine funciones, estrategias, políticas o fines.



# 1. La autoría en el régimen jurídico colombiano

A continuación se realiza una aproximación al concepto de autor identificando los diferentes estadios por los que ha pasado esta categoría y cómo ha decantado en el entendimiento que se tiene actualmente de ella. En segundo lugar, se presentan los rasgos característicos de la autoría en el derecho colombiano, particularmente en el Código Penal actual (Ley 599 de 2000) y se presentan también los fundamentos pertinentes en materia de derechos fundamentales y de derecho constitucional.

## 1.1. El autor en la dogmática del derecho penal: diferenciación entre principales y accesorios en el crimen a través de la teoría del dominio del hecho

El establecimiento de un parámetro claro de distinción entre lo que se entiende por autoría y lo que se entiende por participación ha suscitado diversas disputas dogmáticas<sup>7</sup>. De manera general, pueden distinguirse tres aproximaciones al concepto de autor: el concepto unitario, el concepto extensivo y el concepto restrictivo.

El concepto *unitario* de autor no reconoce diferencia entre autor y partícipe y niega la trascendencia del principio de accesoriedad, pues considera que la responsabilidad de uno no puede depender de la responsabilidad del otro<sup>8</sup>. En oposición, el concepto diferenciador delimita cada una de las formas de intervención de quienes participan en la comisión de un crimen teniendo en cuenta las cualidades de sus contribuciones apoyándose, naturalmente, en el principio de accesoriedad<sup>9</sup>.

El concepto *extensivo* de autor acepta la igualdad del aporte causal de los protagonistas del hecho, sin embargo, reconoce la existencia de criterios diferenciadores entre autores y partícipes, con base en el *animus* con el cual se

---

<sup>7</sup> Velásquez F., *Manual de derecho penal, parte general* (3ª Edición, Comlibros, Bogotá, 2007) pág. 443 y ss.

<sup>8</sup> Suárez A., *Autoría*, supra nota 5, pág. 37.

<sup>9</sup> *Ibídem*.

actúa. En consecuencia, quien obra con *animus auctoris* es autor. Así, el criterio relevante es el criterio subjetivo<sup>10</sup>. Las normas que definen los comportamientos de los partícipes tienen la función de reducir el campo de la punibilidad<sup>11</sup>.

Finalmente, el concepto *restrictivo* de autor reconoce una marcada diferencia entre la conducta del autor y la del partícipe y considera autor sólo a quien realice el hecho si concurren en él los requisitos objetivos y subjetivos del tipo penal<sup>12</sup>. Así, en los llamados delitos de dominio (actos realizados con dominio y no la infracción de un deber especial) es autor quien<sup>13</sup>:

- de propia mano realiza el delito con dominio de la voluntad y del proceso causal.
- pone en marcha el proceso lesivo (autor mediato) que queda en manos de otro que realiza el hecho sin voluntad (el instrumento).
- mediante acuerdo entre varias personas y con división del trabajo, toma parte en la realización del delito. Ahora, si concurren varias personas pero sólo algunas tienen el dominio compartido, estas son coautoras y las restantes son partícipes.

Así, las formas de participación no son independientes sino accesorias a la figura central de la autoría<sup>14</sup>. Dentro de este concepto restrictivo de autor también se han presentado algunas teorías para definir quién es autor y quién es partícipe, particularmente, la teoría objetivo-formal, la teoría objetivo-material y la teoría del dominio del hecho. Esta última se analizará a profundidad por ser la de mayor aceptación en la doctrina.

La *teoría objetivo-formal* dice que es autor quien ejecuta por sí mismo, de manera total o parcial la acción descrita en el tipo de la parte especial; todos los demás son partícipes. Se le denomina objetiva ya que la autoría “es la realización de los elementos típicos”<sup>15</sup>, incluyendo los elementos personales, objetivos y subjetivos. Esta teoría no busca la eliminación de lo subjetivo, sino que rechaza la construcción del concepto de autor sobre exclusivos elementos subjetivos. Desde otro punto de vista, se le denomina formal porque tiene como punto de partida “el verdadero sentido de los tipos legales y no de meros conceptos de causalidad”<sup>16</sup>.

Las *teorías objetivo-materiales* buscan detectar el carácter material de los tipos del delito, la materialización del concepto. Sin embargo, según Suárez, esto hace

---

<sup>10</sup> Ibídem..

<sup>11</sup> Ibídem.

<sup>12</sup> Ibídem.

<sup>13</sup> Ibíd., pág. 38.

<sup>14</sup> Ibíd., pág. 129.

<sup>15</sup> Ibíd., pág. 130.

<sup>16</sup> Ibíd., pág. 131.

que estas teorías se desvinculen del contenido de la norma y producen un relajamiento del tipo penal hasta llegar a su extensión desmesurada, sacrificando el principio de legalidad<sup>17</sup>.

Para la *teoría del dominio del hecho* autor es quien “domina el hecho, decide la realización, y la cumple de acuerdo con esa decisión incluida en esta el poder de interrupción”<sup>18</sup>. Muñoz dice que autor es “quien decide en líneas generales el sí y el cómo de su realización”<sup>19</sup>. Según Gómez, el concepto de autor se debe buscar en la realización del dominio y no en la ejecución. De esta forma existen sujetos que, sin ejecutar de propia mano un tipo penal, son autores si son titulares del dominio del hecho<sup>20</sup>. El autor, así, se destaca del mero partícipe quien o bien sólo auxilia el acto dominado o bien incitó a la decisión<sup>21</sup>.

Entre los precursores de esta teoría se diferencia entre autor y autor mediato. El primero será quien “realiza el hecho con voluntad de dominio del hecho propio”<sup>22</sup> y autor mediato quien “se sirve de otra persona que a su vez actúa sin voluntad de dominio del hecho”<sup>23</sup>.

Si bien Welzel es considerado el fundador de esta teoría al presentar el “concepto final de autor” que “transforma al autor en señor del hecho”<sup>24</sup> y otros autores hicieron aportes a la teoría<sup>25</sup>, es Roxin, sin lugar a dudas, quien describe la teoría de la manera más organizada y completa<sup>26</sup>. Para efectos de la presente investigación, y como se verá más adelante, es el autor más pertinente, teniendo en cuenta que él plantea el dominio del hecho a través de aparatos organizados de poder. A continuación se presentan los desarrollos de Roxin con mayor detalle.

---

<sup>17</sup> *Ibíd.*, pág. 155.

<sup>18</sup> *Ibíd.*, pág. 163.

<sup>19</sup> Muñoz F. y García M., *Derecho Penal. Parte General* (5ª Edición, Tirant Lo Blanch, 2002) pág. 448.

<sup>20</sup> Gómez O., *Participación criminal* (Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2004) pág. 60.

<sup>21</sup> *Ibíd.*

<sup>22</sup> Suárez A., *Autoría*, supra nota 5, pág. 164.

<sup>23</sup> *Ibíd.*

<sup>24</sup> Welzel H., *Derecho Penal Alemán. Parte General* (3ª Edición castellana, Bustos J y Yáñez S traductores, Jurídica, Chile, 1987) pág. 145.

<sup>25</sup> Ver, por ejemplo, autores como: Maurach, *Tratado de Derecho Penal* (Ariel, Barcelona, 1962) pág. 308; Gallas, citado en Roxin C., *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (6ª Edición, Cuello J. y Serrano J traductores, Marcial Ponds, 1998) pág. 90. [En adelante: Roxin C., *Autoría y dominio del hecho*]; Lange, citado en Roxin, *Autoría y dominio del hecho*, pág. 95; Niese, citado en Roxin, *Autoría y dominio del hecho*, pág. 97; Jescheck, *Tratado de Derecho Penal* (Comares, 2003) pág. 593, entre otros.

<sup>26</sup> Suárez A., *Autoría*, supra nota 5, pág. 79, citando a Díaz y García Conlledo, *La Autoría*, pág. 583.

Para Roxin, el autor es la figura central del acontecer en forma de acción<sup>27</sup> y en la determinación de quien ostenta esta calidad él utiliza una categoría abierta<sup>28</sup>, entendiendo por tal una que “permite acomodarse al contenido de sentido de los casos divergentes y que mantiene la jurisprudencia lejos de un concepto fijo de autor y de un concepto indeterminado de autor”<sup>29</sup>. Roxin establece así un principio regulativo que “se convierte en una directriz de cuya mano el operador jurídico hace el enjuiciamiento del caso concreto”<sup>30</sup>.

Para Roxin, existen tres formas de autoría: directa, mediata y coautoría, señalando en cada una de ellas quien tiene el dominio y por qué razón. En adelante se presenta las formas de autoría según Roxin y se describe de igual manera la forma de dominio del hecho que se presenta en cada una.

Cuando se *domina la acción* es autor quien “de manera libre y de propia mano realiza los elementos señalados en el tipo”<sup>31</sup>, así que sólo aquel que realiza todos los presupuestos del injusto es autor y cuando los realiza lo es sin excepción<sup>32</sup>. En este caso se habla de *autoría directa o inmediata unipersonal* y se da cuando el sujeto cumple de forma inmediata todos los elementos del tipo.

Se *domina la voluntad* cuando falta la acción ejecutiva del sujeto de atrás y el dominio del hecho se basa en el poder de la voluntad rectora<sup>33</sup>. Esta clase de dominio del hecho puede darse en cuatro escenarios: el dominio de la voluntad en virtud de coacción, el dominio de la voluntad por error en el instrumento, el dominio de la voluntad por utilización de inimputables y menores, el dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas<sup>34</sup>. En estos casos se habla de *autoría mediata* dado que el sujeto de atrás (autor mediato) domina la voluntad del de adelante (instrumento) realizando este último la acción<sup>35</sup>. Esta última, por ser la teoría objeto de estudio de esta investigación se desarrollará más a fondo, más adelante.

---

<sup>27</sup> Roxin C., *Autoría y dominio del hecho*, supra nota 25, pág. 42. Aunque tanto para Suárez como para Díaz y García Conlledo este concepto es vago e impreciso y no puede ser tenido en cuenta como punto de partida para la definición de autor y se debe tener en cuenta que cada interviniente es figura central frente a su particular forma de protagonismo. Ver: Suárez A., *Autoría*, supra nota 5, pág. 181 y Díaz y García Conlledo, *La Autoría*, pág. 589 y 590.

<sup>28</sup> Roxin C., *Autoría y dominio del hecho*, supra nota 25, pág. 143. Para Roxin el concepto no es indeterminado o fijo, para Roxin la delimitación entre autoría y participación debe poseer una cercanía a la realidad que no es alcanzable mediante una fórmula abstracta.

<sup>29</sup> Suárez A., *Autoría*, supra nota 5, pág. 182.

<sup>30</sup> *Ibíd.*

<sup>31</sup> *Ibíd.*, 183.

<sup>32</sup> Roxin C., *Autoría y dominio del hecho*, supra nota 5, pág. 150.

<sup>33</sup> *Ibíd.*, pág. 164.

<sup>34</sup> *Ibíd.*, pág. 164.

<sup>35</sup> Suárez A., *Autoría*, supra nota 5, pág. 188.

En los casos en que cada interviniente co-domina el acontecer global en cooperación con los demás, sin que tenga por sí sólo el dominio total del hecho ni ejerza un dominio parcial, Roxin entiende que se está frente a un *dominio funcional* del hecho<sup>36</sup>. En estos casos se habla de *coautoría* dado que todos los intervinientes realizan conjuntamente el hecho. Como elementos de la coautoría Roxin destaca el plan común<sup>37</sup>, la esencialidad de la contribución<sup>38</sup> y la contribución en la fase ejecutiva<sup>39</sup>.

Ahora bien, de la teoría del dominio del hecho presentada por Roxin y resumida en este trabajo, se hará especial énfasis en la autoría mediata en virtud del dominio de la voluntad por estructuras de poder organizadas.

## 1.2. Autoría mediata en virtud del dominio de la voluntad por estructuras organizadas de poder

De acuerdo con Welzel, la autoría mediata a través de un instrumento que es a su vez un autor, es algo imposible<sup>40</sup>. De esta manera, aquellas personas detrás de la ejecución de los actos sólo podrían ser consideradas como cómplices y nunca autores. Sin embargo, Roxin propone ir un paso más allá<sup>41</sup> y considerar que puede existir autoría mediata, más allá de los casos de control basado en la coerción o en el error, y aceptar el control basado en un aparato organizado de poder o dominio por organización por medio del cual se controlan los hechos delictivos a pesar de la autoría y responsabilidad del perpetrador directo<sup>42</sup>.

---

<sup>36</sup> Roxin C., *Autoría y dominio del hecho*, supra nota 25, pág. 305.

<sup>37</sup> Este es el vínculo subjetivo entre los intervinientes, que se traduce en un mínimo acuerdo entre los coautores, una coincidencia de voluntades, una resolución común del hecho, en definitiva, un dolo común (...) sin que sea necesario un detallado plan o un acuerdo previo. Así, las circunstancias del hecho se atribuyen a todos los autores y cada una de las acciones individualmente consideradas no es idónea para constituir la autoría. Ver: Díaz y García Conlledo M., *La autoría en Derecho penal* (Leyer, Bogotá, 2009) pág. 653. [En adelante: Díaz y García Conlledo M., *La autoría*].

<sup>38</sup> De esta manera, si se retira la contribución concreta, se desbarata todo el plan. Ver: Suárez A., *Autoría*, supra nota 5, pág. 193. Este elemento es particularmente criticado. Ver: Díaz y García Conlledo M., *La autoría*, supra nota 37, pág.669, para quien lo determinante es que la contribución se preste en la ejecución del hecho, es decir, que sea integrada a la acción típica y tenga por sí sola idoneidad para poner en peligro bienes jurídicos.

<sup>39</sup> Así, quien actúa en la fase preparatoria del delito no tiene el dominio del hecho. Ver: Roxin C., *Autoría y dominio del hecho*, supra nota 25, pág. 323.

<sup>40</sup> Welzel H., *Zur Kritik der subjektiven Teilnahmelehre*, *Süddeutsche Juristen-Zeitung* (1947) pág. 650. En este mismo sentido ver: Gallas W., *Täterschaft und Teilnahme*, en *Materialien zur Strafrechtsreform* (Vol. 1, *Gutachten der Strafrechtslehrer*, 1954) pág. 134.

<sup>41</sup> Roxin C., *Crimes as Part of Organized Power Structures*, pág. 3.

<sup>42</sup> *Ibid.*, pág. 4.

Según Roxin, la jurisprudencia tuvo que enfrentarse con crímenes que no son cometidos por personas individualmente consideradas sino por aparatos organizados de poder<sup>43</sup>. La tesis se apoya en que en una organización delictiva, los hombres de atrás que ordenan delitos con mando autónomo pueden ser responsables como autores, junto con los perpetradores directos<sup>44</sup>. Según Roxin, los siguientes son los elementos que se encuentran en el control de los hechos mediante aparatos organizados de poder:

- (i) **Poder de mando**<sup>45</sup>: autor mediato es la persona que dentro de una organización “tiene autoridad para dar órdenes y la ejerce para causar realizaciones del tipo”<sup>46</sup>, sin importar si él mismo recibe órdenes de cargos superiores. Por ello, es posible encontrar, en los distintos niveles de jerarquía de mando, varios autores mediatos.
- (ii) **Desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder, no en toda relación sino sólo en el marco de los tipos penales realizados por él**<sup>47</sup>. No debe tratarse de extralimitaciones de individuos sino de un gran aparato que trabaja sistemáticamente y con todos sus componentes.
- (iii) **Fungibilidad del ejecutor inmediato**<sup>48</sup>. “Sustituibilidad de los que en el actuar delictivo de aparatos organizados de poder ejecutan el último acto parcial que realiza el tipo”. La ejecución de las órdenes se asegura porque muchos ejecutores potenciales están disponibles de modo que una negativa o una falla no impiden la realización del tipo.
- (iv) **La considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor**. El ejecutor inmediato en un aparato organizado tiene una posición distinta a un autor individual que se desenvuelve por sí mismo. Se encuentra sometido a influencias específicas<sup>49</sup> de las organizaciones, que si bien no excluyen su responsabilidad, lo hacen

---

<sup>43</sup> *Ibíd.*, pág. 1.

<sup>44</sup> Roxin C., *El dominio por organización como forma independiente de autoría mediata* (Revista Penal, No. 18, 2006) pág. 242. [En adelante: Roxin C., *El dominio por organización como forma independiente de autoría mediata*].

<sup>45</sup> *Ibíd.*

<sup>46</sup> *Ibíd.*, pág. 244.

<sup>47</sup> *Ibíd.*, pág. 245.

<sup>48</sup> *Ibíd.*

<sup>49</sup> Por ejemplo, empeño excesivo en prestar servicio, sea por arribismo, sea por afán de notoriedad, por ofuscación ideológica o también a causa de impulsos criminales sádicos o de otro tipo, a los que el miembro de una organización tal cree poder ceder impunemente. Al mismo tiempo, hay una participación de miembros también interiormente más bien contrarios como consecuencia de la resignada reflexión: “Si no lo hago yo, lo hace de todas formas otro”.

estar preparado para el hecho que otros potenciales delincuentes, incrementando la posibilidad de éxito de la orden<sup>50</sup>.

### 1.3. Críticas a la teoría de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder

Aunque la tesis de Roxin encuentra un amplio respaldo en la dogmática penal<sup>51</sup> y ha sido reconocida en la jurisprudencia de diferentes jurisdicciones internacionales<sup>52</sup> y nacionales<sup>53</sup>, especialmente, en el Tribunal Federal Superior Alemán<sup>54</sup>, su aceptación no ha sido unánime. Diferentes doctrinantes la objetan bajo los siguientes argumentos<sup>55</sup>:

- En relación con el requisito de la fungibilidad del ejecutor Schroeder manifiesta que no se toma en cuenta los casos en los cuales el instrumento es insustituible, por ejemplo, un especialista en alguna materia<sup>56</sup>. Para Roxin, sin embargo, en estos casos existe realmente una

---

<sup>50</sup> Roxin C., *El dominio por organización como forma independiente de autoría mediata*, pág. 247.

<sup>51</sup> Ver por ejemplo, Welssels, *Derecho penal, parte general: El Crimen y su estructura*, (Müller Verlag, Heidelberg, 27, Neubearb Aufl, 1997); Ebert, *Derecho Penal, Parte General* (2ed., Heidelberg. Plan Schaeffers, Müller, Jur. Quit., 1993); Köhl, *Derecho Penal, Parte General* (Vahlen, Munich, 1994); Herzberg, *Täterschaft Und Teilnahme* (C. H. Beck, München, 1977); Bottke, *Estructura de la autoría en la comisión y en la omisión como requisito para la construcción de un sistema de derecho penal de la comunidad europea* (Trad. Por Mirentxu Corcoy Bidasolo) en *Fundamentos De Un Sistema Europeo Del Derecho Penal* ( J. M. Bosch, Barcelona, 1995) págs. 317 y siguientes; Ambos K., *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder* (Universidad Externado de Colombia, Cuadernos de conferencias y artículo No. 20); Bruera, *Autoría y dominio de la voluntad a través de los aparatos organizados de poder* (Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales, homenaje a Claus Roxin, Córdoba, Lerner y La Lectura, 2001). Otros comparten parcialmente la teoría, por ejemplo Bardón, *Autoría mediata en derecho penal* (Tirant monografías, Valencia, 2000) quien no comprende la instrumentalización del autor mediato cuando los ejecutores son plenamente responsables.

<sup>52</sup> ICC, *Prosecutor vs Al Bashir*, Decision on the prosecution's application for a warrant of arrest against Omar Hassan Al Bashir, Pre-Trial Chamber I, ICC-02/05-01/09-3, marzo 4 de 2009, párr. 20.

<sup>53</sup> Ver por ejemplo: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, dictada el 9 de diciembre de 1985, también conocido como el juicio a las Juntas Militares en Argentina o Causa 13.

<sup>54</sup> Ver por ejemplo: El caso de los soldados de frontera del Muro en la DDR del Tribunal Superior de Justicia Alemán en Harrys, *Tyranny on Trial* (Southern Methodist University Press, Dallas, 1999).

<sup>55</sup> Para la realización del recuento de objeciones se toma como fundamento el trabajo de Aboso G., *Autoría mediata a través de un aparato organizado de poder. Semblanza de esta crítica forma de autoría mediata y las propuestas alternativas formuladas en la dogmática penal para el tratamiento de la criminalidad de los aparatos de poder*. Disponible en <http://es.scribd.com/doc/74457728/Autoria-mediata-a-traves-de-un-aparato-organizado-de-poder-Gustavo-Eduardo-Aboso>

<sup>56</sup> Schroeder F., *Der Täter hinter dem Täter*. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, (Dunckler & Humbolt, Berlín, 1965) pág. 168. Quien propone mejor el uso de la coautoría para estos casos.

inducción al delito y prueba que no todos los actos de una organización generan autoría mediata<sup>57</sup>.

- Hernández sostiene, que si el ejecutor puede decidir no cumplir con la orden recibida, se pone en evidencia su plena responsabilidad y se está solamente en el campo de la inducción. Para este doctrinante figuras como la complicidad o la cooperación necesarias son aplicables a los dirigentes de las organizaciones y castigan en la misma escala penal.<sup>58</sup> Así, el principio de responsabilidad del ejecutor es un criterio restrictivo para la aplicación de la autoría mediata y frente a él, el criterio de fungibilidad pierde su consistencia. Frente a esta crítica dice Roxin que esta situación es muy poco probable<sup>59</sup>. Sin embargo, también reconoce que la fungibilidad es un asunto de grado, así que no debe ser el elemento principal sobre el cual se apoya la teoría.
- Para Jakobs, los ejecutores no son todos intercambiables en forma simultánea y la “intercambiabilidad de uno por uno no es una especialidad propia de la participación”. También critica Jakobs la indeterminación sobre el grado de la pirámide jerárquica de la organización a efectos de la delimitación de la aplicación de la teoría<sup>60</sup>. De igual manera, plantea los problemas derivados de los casos en que quien emite las órdenes y quien las ejecuta son jurídicamente de igual rango, así el ejecutor no actúa de modo automático sino que se deja corromper por la orden.
- Para Hirsch, el ejecutor inmediato puede adoptar una decisión libre en su acción, excepto, cuando en virtud de una orden concurre un estado de necesidad exculpante. En los demás casos, la autoría mediata se excluye<sup>61</sup>. En esta misma línea se puede encontrar a Jescheck, quien explica que si el ejecutor puede ser considerado plenamente responsable se predica la coautoría dada la pertenencia de los dos a la organización criminal<sup>62</sup>. La misma solución al problema dan Baumann, Weber y Mitsch<sup>63</sup>, para ellos, que los ejecutores sean intercambiables y que el jefe tenga el mando interno de la organización no justifica la exclusión de la coautoría.

---

<sup>57</sup> *Ibíd.*, pág. 168.

<sup>58</sup> Hernández P., *La autoría mediata en derecho penal* (Estudios de Derecho Penal, N° 2, Comares, Granada, 1996) Pág. 276.

<sup>59</sup> Roxin C., *El dominio por organización como forma independiente de autoría mediata*, supra nota 44, pág. 246.

<sup>60</sup> Jakobs G., *Derecho Penal, Parte General* (Trad. Por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995), nota 190.

<sup>61</sup> Hirsch H., *Acercas de los límites de la autoría mediata* (traducción de Esteban Sola Reche y Michele Klein) en *Presupuestos para la reforma penal* (Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna, 1992) pág. 118.

<sup>62</sup> Ambos K., *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder* (Universidad Externado de Colombia, Cuadernos de conferencias y artículo No. 20) pág. 26.

<sup>63</sup> Baumann, Weber y Mitsch, *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (Gieseking Verlag, Bielefeld, 1995).

- Huber dice, que el ejecutor es plenamente responsable y realiza un hecho doloso, antijurídico y culpable<sup>64</sup>.

## 1.4. El autor en el derecho penal en Colombia

### 1.4.1. Orígenes

Aunque esta investigación se centra en uno de los modelos de comprensión de la autoría ya descrito en términos generales, es pertinente evaluar la manera en que surgieron los distintos tipos de atribución de responsabilidad y cómo se han incorporado en Colombia. Inicialmente debe entenderse que el concepto de acción es el que determina el tipo de autoría. De tal suerte en un modelo causalista de la acción, donde esta es una mera expresión de una actividad corporal que genera un cambio en el mundo externo, el autor será quien realice ese cambio, entonces se está en presencia de un autor material (modelo unitario). Sin embargo, en desarrollo de este tipo de teorías comienza a generarse una serie de problemas en torno a su limitado alcance. Así, la Equivalencia de Causas, donde todas y cada una de las causas se hacen relevantes en la comisión del delito tiene como ruptura la infinidad de las mismas, ello en tanto si todas las causas son relevantes, entonces el fabricante de un arma respondería por los homicidios que luego se hagan con esta<sup>65</sup>. Así, bajo este entendido cualquiera que hubiese tenido algún tipo de relación, directa o indirecta, querida o no, con el delito, sería tenido como autor o participe del mismo.

Como respuesta a ello surge la teoría de la causa última, donde aquella causa que en su orden fue la última en generar el resultado es la que se hace relevante para el derecho penal. Sin embargo, este modelo deja de lado aquellas posturas de autoría mediata<sup>66</sup>. Por ejemplo, quien en un hospital cambia las sustancias de los frascos de una cura por una sustancia venenosa, con la expectativa de que una enfermera los administre, para así terminar con la vida de otra persona, no realiza la causa última. Por ello, esta teoría funciona para delitos de propia mano y para los casos de autoría material, mas no para casos de autoría mediata.

Frente a estas posturas surge la teoría de la causa apropiada, que pretende establecer que una causa es aquella que “generalmente es apropiada para producir el resultado”<sup>67</sup>, así dentro de todas las condiciones y causas que pueden tener lugar para que un hecho suceda se tienen en cuenta las que con mayor frecuencia se dan para que el resultado

---

<sup>64</sup> Huber, *Die Mittelbare Täterschaft Beim GemeinenVorsätzlichen Begehungsdelikt* (Nº26, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1995) págs. 128 y 129.

<sup>65</sup> Pérez L., *Derecho Penal* (Tomo I, Temis, Bogotá 1987) pág. 344.

<sup>66</sup> Ibidem pág. 344.

<sup>67</sup> Mezger E. *Tratado de Derecho Penal* (Tomo I Revista de Derecho Privado Madrid 1946) pág. 231.

tenga lugar, sin embargo surge el cuestionamiento, propio de una pretensión de objetividad, respecto de ¿quién y cómo se define esa generalidad que es requerida para determinar el acto que es esa causa apropiada? Consecuentemente, la determinación de la causa se vuelve difusa dentro de la subjetividad del juzgador.

Este recorrido doctrinal igualmente fue llevado a la jurisprudencia por la Corte Suprema de Justicia de Colombia al momento de realizar un recorrido por distintos modelos de autoría como los siguientes:

*Teoría Formal Objetiva:* Implica un concepto restrictivo del autor, donde no es relevante la importancia del aporte, sino la mera contribución pues todos los aportes son iguales<sup>68</sup>. Nótese como en este caso se hace referencia a un modelo causalista de equivalencia de causas.

*Material Objetiva:* Igualmente implica un concepto restrictivo de autor, esta teoría recurre a los distintos grados de intensidad del nexo causal<sup>69</sup> para determinar cual es la causa y en cabeza de quién queda la responsabilidad. Con ello se evidencia una clara cercanía con el modelo de la causa apropiada dejando al arbitrio del juzgado determinar esa intensidad del nexo causal y en consecuencia dejando el juicio de autoría en la plena subjetividad.

*Subjetiva:* Este modelo pretendía limitar la responsabilidad del autor a quien tenía la voluntad de cometer el delito. Sin embargo, existen casos donde a pesar de que el sujeto deseaba un resultado este no se dio sino por circunstancias ajenas. Así, una mujer envenena a su marido para obtener su dinero, pero un día éste sale a la calle y mientras se detiene por un dolor estomacal producto del veneno es asesinado en un asalto<sup>70</sup>. Aunque el veneno efectivamente podía causar la muerte y la esposa del occiso en realidad quería tal evento, la muerte se dio por una causa totalmente ajena a su esfera de actuación.

Como se observa, el concepto de autor depende en mucho de la concepción de acción que se tenga dentro del derecho penal. Ahora bien, un modelo distinto basado en la finalidad o en el rol de los sujetos, no en una mera causalidad implica nuevos retos dentro de la estructura del derecho penal. Surgen entonces modelos de comprensión como los siguientes:

- *Dominio del hecho y dominio del injusto:* Estos modelos están directamente relacionados con la posibilidad de que un sujeto en concreto tenga el dominio

---

<sup>68</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 29221 MP Yesid Ramírez Bastidas.

<sup>69</sup> *Ibídem.*

<sup>70</sup> *Ibídem.*

sobre el resultado de una acción, lo que da lugar a una apertura importante al momento de debatir en torno a la autoría mediata. Así, la doctrina identifica el contenido de esta postura como aquella donde el “señor del hecho [es] aquel que configura un hecho por medio de su voluntad de realización, que dirige el curso de modo planificado (...) [así] este dominio ha de corresponder a cualquiera <<que pueda, al arbitrio de su voluntad, detener, dejar continuar o interrumpir la realización del resultado global>>”.<sup>71</sup>

- *Injerencia*: Esta depende de la creación de un riesgo especial, es decir antijurídico, tanto para casos de comisión o de omisión. Igualmente, en casos de no adecuación de la propia organización cuando de por medio existe el deber de salvamento<sup>72</sup>.

A partir de estos constructos teóricos, se desarrollan distintas interpretaciones de la extensión de la autoría, abarcando situaciones como la de la autoría mediata por aparatos organizados de poder o la coparticipación criminal. Siendo en este caso de suma relevancia la autoría mediata y la incidencia que en ella tiene la injerencia y el dominio del hecho.

Como se observa, buena parte de estos modelos está pensada originalmente para responder a tipos de comisión, sin embargo existen delitos de omisión propiamente dicha (es decir delitos que no están descritos típicamente como omisivos pero que dadas ciertas circunstancias una omisión puede tener el mismo resultado que una acción), donde el autor no realiza un acto que jurídicamente le es exigible dadas las condiciones que tiene respecto de la salvaguarda del bien jurídico de un tercero. Pero esta condición no se adquiere por un mero deber de salvamento, sino por un rol establecido normativamente, es decir por la asignación legal de una responsabilidad que en el caso de Colombia se hace mediante la aplicación del artículo 24 del Código Penal.

Este precepto establece una posición de garante solamente sobre la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales, siempre que concurra cuando menos una de las siguientes circunstancias:

- Haber asumido voluntariamente la protección de una persona o de una fuente de riesgo siempre que dicha protección se encuentre dentro del ámbito de dominio del garante. Tal como puede suceder con el salvavidas de una piscina respecto de unos niños que se bañan en ella.
- Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre las personas, como sucede entre familiares.
- Cuando se emprenda una actividad riesgosa entre varias personas, tal como puede suceder cuando se decide realizar una actividad de espeleología por

---

<sup>71</sup> Jackos G., *Injerencia y Dominio del Hecho, Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*. (Universidad Externado, Bogotá, 2001) pág. 64.

<sup>72</sup> *Ibidem* pág. 61.

distintas personas y durante el viaje una de ellas deja de guardar el cuidado debido y en consecuencia uno de los expedicionarios sufre un accidente que compromete seriamente su integridad personal y eventualmente su vida.

- Cuando se genere una situación antijurídica que pueda conllevar un riesgo al bien jurídico lesionado.

### **1.4.2. Consideraciones preliminares desde los derechos fundamentales**

El artículo 29 de la Constitución Política establece: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes *al acto que se le imputa*, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (...)”. De igual manera, el artículo 9 del Código Penal, establece: “Conducta punible: para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado. Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad”.

Bajo estos dos preceptos de carácter constitucional y legal se pueden extraer las siguientes reglas que rigen el régimen de autoría en el derecho colombiano:

- a) Para elaborar el concepto de autor es necesario que concurren el desvalor de acción y el desvalor de resultado

Dado que se plantea un derecho penal de acto, es necesaria la realización de un comportamiento que produzca un menoscabo de los bienes jurídicos o, por lo menos, su puesta en riesgo<sup>73</sup>. De igual manera, el desvalor de resultado fundamenta el injusto teniendo en cuenta sólo el producto de la conducta del agente. Como la responsabilidad objetiva está proscrita del ordenamiento<sup>74</sup>, la presencia exclusiva de este desvalor no es suficiente para configurar la autoría.

Consecuentemente, es preciso evaluar la relación existente entre desvalor de acción y desvalor de resultado a efectos de determinar el sentido que deba dársele a la comprensión del autor mediato dentro de la comisión de un delito. Para esto es pertinente retomar de manera inicial el concepto de acción.

El derecho penal no se fundamenta en una mera relación causal entre un hecho y un resultado, por el contrario supone una serie de valoraciones sociales y de sentidos que

---

<sup>73</sup> Suárez A., *Autoría*, supra nota 5, pág. 216.

<sup>74</sup> Ley 599 de 2000, artículo 12: “Culpabilidad. Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”.

permiten establecer una necesidad de sanción. Por tanto, el concepto de acción no es meramente un postulado especulativo, sino una forma de comprensión de su trasfondo, de su sentido, de su finalidad.

Acción es entonces aquel hecho llevado a cabo por un sujeto, es aquel sentido que se le imprime y no meramente la relación causa efecto que tienen dos o más situaciones entre sí, pues es claro que si se estuviese hablando de dos hechos sin orientación de sentido, sin contexto y sin subjetividad, el ejercicio del desvalor sería tan inocuo como decir que existe desvalor en el hecho de que un rayo caiga sobre una persona y producto de ello ésta pierda la vida.

Es preciso situarnos entonces en un mundo humano, social y normativo, que puede estar sujeto a valoraciones. Por esta razón, es pertinente indicar que la acción y el resultado son elementos susceptibles de valoración, y que son precisamente estos los que van a dar sentido a categorías como la autoría y la participación, que para este trabajo son las consecuencias más relevantes de estas clases de desvalor y por tanto en las que es preciso centrarse.

Iniciando por el desvalor de acto o de acción, es pertinente indicar que el mismo es “la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado”<sup>75</sup> a lo que se le denomina injusto personal. No obstante, ésta no constituye una manera única de observar el desvalor, pues para autores como Joachim, el desvalor personal debe ir más allá del mero desvalor del acto en tanto requiere de una vinculación con el desvalor de acción pues el primero carece de sentido si no se tiene en cuenta el segundo<sup>76</sup>, especialmente cuando se trata de evaluar los temas de autoría y participación y, puntualmente, al establecer las distinciones entre autoría mediata y participación, pues como lo expone el mismo autor:

“Si con la realización del comportamiento activo concluyese la acción del autor mediato, implicaría eso, que concurriría en su totalidad el desvalor de acción en el momento en que el sujeto ha iniciado el proceso intermediario. El que con dolo de matar, ha realizado todo o necesario de acuerdo al plan, para incitar al intermediario que actúa como instrumento, haría completado en su totalidad el desvalor de acción de un comportamiento homicida. Que tal conclusión es discutible se ve claramente al considerar lo controvertido que resulta que, en supuestos de intermediarios dolosos, pueda ya hablarse de tentativa del autor mediato desde el momento en que el intermediario se disponga a actuar”<sup>77</sup>.

Es entonces cuando el desvalor de acto y el desvalor de resultado comportan una especial importancia para la estructuración de un modelo de autoría mediata, pues el

---

<sup>75</sup> Welzel H., *Derecho Penal Alemán, Parte General* (3ª Edición castellana, Bustos J y Yáñez S traductores, Jurídica, Chile, 1987) pág. 92

<sup>76</sup> Joachim H., *La Polémica en Torno de la Acción y de la Teoría del Injusto en la Ciencia Penal Alemana* (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1993) pág. 50

<sup>77</sup> *Ibidem*.

juicio de valor no debe ejercerse únicamente sobre el actuar del sujeto de atrás, sino que este debe proyectarse a las consecuencias reales de su acción. En otras palabras, no basta con que el autor mediato haya decidido valerse de un tercero, igualmente consiente y autónomo, para realizar un acto delictivo, sino que se requiere que ese acto se materialice en una lesión efectiva o en un peligro efectivo para un bien jurídico, pues de lo contrario se pasaría de desvalorar un acto jurídico penalmente relevante a desvalorar la simple intensión que no comporta relevancia jurídico penal, esto en tanto el derecho penal supone una exteriorización efectiva y con una vocación real de ser materializada.

Así, no basta la mera expresión de un proceso de mediatización del delito al interponer un sujeto que intermedie entre el autor y el resultado, sino que se requiere de una puesta efectiva en peligro o de un daño efectivo al bien jurídico, pues de lo contrario el derecho penal llegaría a la esfera “espiritual” del sujeto o en los términos de Joachim, el derecho penal psicologizaría<sup>78</sup> su sentido y reprocharía la mera intensión.

- b) En la construcción del concepto de autor es necesario aplicar el principio de culpabilidad

Según la Corte Constitucional<sup>79</sup>, *sólo se castiga al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente*.<sup>80</sup> Así, lo que se plantea claramente, es lo que la doctrina penal llama el derecho penal de acto, en contraposición al derecho penal de autor. Según el primero “el sujeto responde por sus actos conscientes y libres, es decir, por la comisión de conductas conocidas y queridas por el mismo, previstas expresa y previamente en la ley como contrarias a bienes fundamentales de la sociedad y de sus miembros y que hacen a aquel merecedor de una sanción. Esta clase de derecho, inspirado por la filosofía liberal y fundada en la dignidad humana, ha sido acogida por los regímenes políticos democráticos y encuentra fundamento en varios preceptos de la Constitución colombiana. Por sus fundamentos filosóficos y políticos, la responsabilidad derivada de esta última concepción del derecho penal es necesariamente subjetiva, es decir, exige la existencia de la culpabilidad, en alguna de las modalidades previstas en la ley, en la comisión de la conducta”<sup>81</sup>.

Así, el régimen penal colombiano vigente rechaza la posibilidad de aplicar el derecho penal de autor, según el cual “el sujeto responde por su ser, por sus condiciones

---

<sup>78</sup> Ibíd. Pág 42.

<sup>79</sup> Corte Constitucional, sentencia C-365 de 16 de mayo de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

<sup>80</sup> Ver además: Corte Constitucional, sentencia C-239 de 1997, C-179 de 1997, M.P. Clara Inés Vargas Hernández y C-228 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>81</sup> Corte Constitucional, sentencia C-365 de 16 de mayo de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

sicofísicas o su personalidad, que se consideran peligrosas para la sociedad, por su supuesta inclinación natural al delito, con un criterio determinista, de modo que el sujeto resulta condenado por la naturaleza a sufrir las condenas penales, por obra del destino y, por tanto, de modo fatal o inevitable. En este orden de ideas no es relevante que aquel cometa infracciones, sino que tenga la potencialidad de cometerlas”<sup>82</sup>.

En segundo lugar, hace referencia al hecho de que *no hay acción sin voluntad*, lo que exige la configuración del elemento subjetivo del delito<sup>83</sup>. Así, “ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción, si no es el fruto de una decisión; por tanto, no puede ser castigado si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer”<sup>84</sup>.

Consecuentemente, el derecho penal colombiano excluye de tajo la posibilidad de entender el delito como un mero hecho que genera una consecuencia jurídica, por el contrario integra una teoría del delito donde la subjetividad de las personas juega un papel de suma importancia, pues la construcción del delito no depende de la simple existencia de un daño sino que requiere que ese daño pueda ser imputado a un sujeto, para determinar luego la valoración que dicho acto tiene en sociedad<sup>85</sup>. Este proceso de imputación requiere de la construcción de una subjetividad, del reconocimiento del autor como sujeto activo e interactuante en la sociedad, pero reconoce en primera instancia la subjetividad del personaje, pues es esta subjetividad o voluntad la que convierte un hecho (que puede ser accidente) en un acto y por tanto depende de esta la posibilidad de atribuir un acto a una persona en concreto y así determinar si el acto es adecuado a derecho o no lo es (en términos de Aristóteles una obra justa o injusta)<sup>86</sup>.

Así, la Corte Constitucional ha determinado que hoy por hoy la atribución de responsabilidad se relaciona de manera inequívoca con la culpabilidad del sujeto en tanto “El derecho penal del acto [como el establecido en la Constitución de Colombia] supone la adopción del principio de culpabilidad, que se fundamenta en la voluntad del individuo que controla y domina el comportamiento externo que se le imputa, en virtud de lo cual sólo puede llamarse acto al hecho voluntario”<sup>87</sup>. Así, sólo el dominio del comportamiento por la voluntad permite la constitución de un acto imputable, en otras palabras, sólo el acto culpable puede ser atribuido jurídicamente a un autor, pues de lo contrario se está

---

<sup>82</sup> *Ibíd.*

<sup>83</sup> *Ibíd.*

<sup>84</sup> Corte Constitucional, sentencias C-239 de 1997, C-616 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y C-928 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería.

<sup>85</sup> García M., E. *Teoría de la Imputación Aristotélica* en línea, [http://dianoia.filosoficas.unam.mx/files/9513/6996/8756/DIA72\\_Garcia\\_Maynez.pdf](http://dianoia.filosoficas.unam.mx/files/9513/6996/8756/DIA72_Garcia_Maynez.pdf), Última consulta 16 de mar. de 14. pág 1.

<sup>86</sup> Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, (Graficas Modernas Bogotá 2005). Pág. 120.

<sup>87</sup> Corte Constitucional, sentencia C-239 de 1997, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

ante un mero hecho (que implica peligrosidad respecto de ciertas posturas) o un accidente, respecto del cual no es viable generar una consecuencia jurídica en términos de sanción penal.

Por último, la Corte Constitucional resalta que el grado de culpabilidad es un criterio básico de imposición de la pena, de tal manera que “al autor se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad”<sup>88</sup>. En el mismo sentido, para Sanchez-Ostiz “es preciso atender a lo interno para poder imputar responsabilidad”<sup>89</sup> así lo interno no es irrelevante para el derecho penal, “de lo contrario el dolo o los elementos subjetivos del injusto quedarían fuera del ámbito del derecho penal, algo que no cabe ni plantear”<sup>90</sup>.

- c) En la construcción del concepto de autor es necesario tener en cuenta el principio de accesoriedad

De esta manera, la autoría es la realización del hecho propio y la participación es la contribución a un hecho ajeno<sup>91</sup> y, en esta medida, la intervención del partícipe depende del hecho principal y sólo importan al derecho penal cuando se relacionan con las de los autores estrictos, porque son accesorias de las principales que realicen los autores<sup>92</sup>.

### 1.4.3. El autor en el Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000)

Después de la descripción de los diferentes conceptos de autor es necesario identificar cuál de todos ellos es aplicable en Colombia. En primer lugar, valga decir, que nuestro marco legal ha acogido el enfoque restrictivo de autor<sup>93</sup>. Así, es autor quien realice de manera total o parcial la conducta descrita en el tipo penal. Particularmente, la Ley 599 de 2000 acoge la teoría del dominio del hecho<sup>94</sup> que se manifiesta en una síntesis de factores objetivos y subjetivos pertenecientes al tipo.

El elemento objetivo consiste en “poder configurar el sí y el cómo de la realización del tipo, que aparece como obra de una voluntad que controla y domina la ejecución del hecho, mientras que el partícipe carece de tal poder de configuración”<sup>95</sup>. Por su parte, el elemento subjetivo “no es una disposición anímica del sujeto ni el dolo típico entendido

---

<sup>88</sup> *Ibíd.*

<sup>89</sup> Sanchez-Ostiz P., *Fundamentos de Política Criminal*, pág. 158.

<sup>90</sup> *Ibíd.* Según el autor bajo la idea de culpabilidad se ubican comúnmente contenidos como la exigencia del dolo o culpa, conciencia de la antijuridicidad como presupuesto para sancionar, imputabilidad y distinción de penas y medidas de seguridad.

<sup>91</sup> Suárez A., *Autoría*, supra nota 5, pág. 220.

<sup>92</sup> *Ibíd.*, pág. 221.

<sup>93</sup> *Ibíd.*, pág. 215.

<sup>94</sup> *Ibíd.*, pág. 221 y 254.

<sup>95</sup> *Ibíd.*, pág. 255.

como el conocer y el querer la producción del resultado, o la realización de una actividad o de una omisión, sino el conocimiento del dominio objetivo (para algunos el dolo de autoría) entendido como conocer aquello que constituye el presupuesto objetivo del dominio del hecho”.<sup>96</sup>

En Colombia se establecen dos formas de intervención criminal<sup>97</sup>, la autoría y la participación. A su vez se presentan cuatro formas de autoría<sup>98</sup> (autoría inmediata, autoría mediata, coautoría y actuar por otro) y dos formas de participación criminal<sup>99</sup> (determinación y complicidad).

En primer lugar, autor es quien, reuniendo todos los requisitos señalados en el tipo, tanto personales como objetivos, ejecuta la acción típica, es decir “quien domina el hecho de un modo objetivo y positivo”<sup>100</sup>. Según Suárez, para diferenciar los actos de los partícipes de los actos de los autores se debe atender a la autonomía de los mismos, distinción que se da en lo cualitativo y no en lo cuantitativo, así “la conducta del autor es la que enfrenta directamente el tipo, creando el riesgo jurídicamente desaprobado para el respectivo bien jurídico, mientras que la del partícipe no tiene ese alcance, así sea intenso o no el aporte objetivo”<sup>101</sup>.

Para Claudia López, la diferenciación entre autores y partícipes es importantes por cuatro razones: i) para garantizar la prevención general como función de la pena, ya que los autores cuentan con mayor reproche que los partícipes, ii) el reproche genera también desestimulación de la delincuencia y el dirigente se torna visible ante la sociedad, iii)

---

<sup>96</sup> *Ibíd.*, pág. 255.

<sup>97</sup> Ley 599 de 2000, Artículo 28: “Concurso de Personas en la Conducta Punible. Concurren en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes”.

<sup>98</sup> Ley 599 de 2000 (Código Penal), art. 29. *Autores: Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento (autoría y autoría mediata). Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división de trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte (coautoría). También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado (actuar por otro). El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible.*

<sup>99</sup> Ley 599 de 2000 (Código Penal), art. 30. *Partícipes: Son partícipes el determinador y el cómplice. Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción. Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad. Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concorra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte.*

<sup>100</sup> Suárez A., *Autoría*, supra nota 5, pág. 251.

<sup>101</sup> *Ibídem.*

reconocimiento del principio de proporcionalidad y de accesoriedad ya que no existe partícipe sin autor, iv) para garantizar el derecho a la verdad y establecer claramente las cadenas de mando y las características de la organización delictiva y, por último, al tener en cuenta el derecho a la no repetición<sup>102</sup>.

Dado el objeto principal de esta investigación, sólo se abordará el análisis profundo de la autoría mediata, con énfasis en el dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder y en coautoría, particularmente, en lo que la Corte Suprema de Justicia ha llamado coautoría material impropia, dado que estas son las formas de intervención criminal usadas para atribuir responsabilidad como autores a máximos responsables en estructuras de poder en Colombia.

**a) Autoría mediata en virtud del dominio de voluntad por aparatos organizados de poder**

El *autor inmediato individual* es quien, teniendo los elementos objetivos y subjetivos requeridos por el tipo, de modo directo y personal, realiza la conducta punible<sup>103</sup>, sin perjuicio de la concurrencia de partícipes<sup>104</sup>. Así, en esta clase de autoría se presentan los siguientes rasgos<sup>105</sup>:

- El autor debe realizar el hecho por sí mismo, sin el concurso de otros, sin perjuicio de que concurren partícipes.
- El autor realiza el hecho sin utilizar a otro como instrumento.
- El autor ejecuta el hecho en su integridad.
- El autor tiene el dominio del hecho, concurren en él los elementos personales de la autoría de los delitos especiales y todos los especiales elementos subjetivos del delito.

Ahora bien, en relación con la *autoría mediata* es necesario hacer referencia al concepto de autonomía del individuo que “permite edificar responsabilidad por sus actuaciones cuando tiene capacidad y opción de tomar una decisión propia y responsable, para lo cual es necesario que cuente con alternativas de actuación y con la posibilidad de conocerlas”<sup>106</sup>, sin estas alternativas no puede hablarse de libertad del sujeto, ni de decisión propia. Por lo tanto, si el sujeto no conoce sobre la posibilidad de lesión o no a un bien jurídico no tiene, en consecuencia, libertad para detectar el peligro y sin

---

<sup>102</sup> Ambos K. (coordinador), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente, un estudio comparado* (segunda edición, GTZ, Colombia, 2009). pág. 173. [En adelante: Ambos K. (coordinador), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente*].

<sup>103</sup> Suárez A., *Autoría*, supra nota 5, pág. 257.

<sup>104</sup> *Ibíd.*, pág. 258.

<sup>105</sup> Toledo y Ubieto E., *La autoría conforme al Código Penal*, en *El nuevo derecho penal español, Estudios penales en memoria de José Manuel Valle Muñiz*, pág. 583; Díez Ripollés L., *Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal, El sistema de responsabilidad en el nuevo Código Penal* (Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996) pág. 233.

<sup>106</sup> Suárez A., *Autoría*, supra nota 5, pág. 273.

conciencia del riesgo, ni voluntad para crearlo no hay libertad, y sin libertad no hay responsabilidad<sup>107</sup>.

En escenarios en donde alguien se aprovecha de un estado de ausencia de libertad de decisión y utiliza a otra persona como instrumento para la comisión de delitos se da la autoría mediata, y es autor quien, detrás del ejecutor, domina el hecho<sup>108</sup>. En éste autor mediato deben concurrir todos los elementos objetivos y subjetivos del correspondiente tipo del delito.

La autoría mediata tiene su fundamento en un concepto normativo de dominio del hecho. Es decir, se acepta que “quien pone en marcha un proceso lesivo para el bien jurídico se convierte en responsable del peligro, por inmiscuirse en ámbitos de actuación ajenos y controlar dicha invasión”<sup>109</sup> y así el autor mediato es responsable por la creación, el no control o aumento de riesgo al ponerse en marcha un proceso lesivo para el bien jurídico<sup>110</sup>. Así el autor mediato no tenga el control físico-corporal de la acción continúa dominando el riesgo creado por él en un sentido normativo.

Ahora bien, hay casos en donde existe un dominio compartido del riesgo que “permita considerar plenamente responsables tanto al hombre de adelante como al del atrás, perfilándose así la figura del autor detrás del autor”<sup>111</sup>, en donde no se presentan las características propias de la coautoría. Esto ocurre en las estructuras de poder.

En la Ley 599 de 2000 se estipula que “es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o *utilizando a otro como instrumento*”. Según Suárez, las siguientes son las características de esta forma de intervención criminal en el derecho colombiano<sup>112</sup>:

- El sujeto de atrás pone en marcha un proceso causal que crea el riesgo para el bien jurídico y se convierte en un responsable del peligro, el cual es conducido hasta su realización por el sujeto de adelante, quien tiene el control físico-corporal, pero no domina el riesgo.
- La acción que realiza el sujeto de atrás de modo objetivo se corresponde con la descrita en el tipo.
- En el autor mediato concurren todas las características especiales del autor inmediato individual (elementos personales y subjetivos)
- El instrumento carece de libertad o la tiene disminuida, ya sea por coacción, error, inimputabilidad, o por aparatos organizados de poder.

Para Suárez, en Colombia no es violatorio del principio de legalidad la inclusión de la teoría del autor tras el autor y satisfacer así las exigencias político criminales al menos en casos de estructuras de poder organizadas<sup>113</sup>. Así, en este caso, el instrumento puede

---

<sup>107</sup> *Ibíd.*, pág. 274.

<sup>108</sup> *Ibíd.*

<sup>109</sup> *Ibíd.*, pág. 276.

<sup>110</sup> Jakobs G., *Derecho Penal, Parte General, Fundamento y Teoría de la Imputación* (2ed. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997) pág. 763. Citado en Suárez A., *Autoría*, supra nota 5, pág. 276.

<sup>111</sup> Citado en Suárez A., *Autoría*, supra nota 5, pág. 277.

<sup>112</sup> Suárez A., *Autoría*, supra nota 5, pág. 286.

<sup>113</sup> *Ibíd.*, pág. 287. Ver también: Bardón B., *Autoría mediata en derecho penal*, pág. 176 y Hernández P., *La autoría mediata*, pág. 167.

ser doloso y responsable, pero sólo para los casos de los delitos comunes, no de los delitos especiales.

En conclusión, se instrumentaliza a una persona cuando “a. El sujeto ejecutor ignora que está siendo manipulado como en el caso del error<sup>114</sup>; b. El ejecutor sabe que está siendo manipulado y se resigna a realizar el hecho descrito en el tipo penal porque no tiene alternativas de actuación, como en la coacción, y c. El instrumento sabe que es manipulado, lo cual de manera libre ha aceptado desde antes, como en los casos de estructuras de poder organizadas, a las cuales el sujeto de manera voluntaria ingresa para aceptar ser utilizado como instrumento de acuerdo a la voluntad de los superiores de la estructura, quienes pueden contar con su servicio de modo incondicional y utilizarlo como marioneta, no sólo para actividades lícitas sino también para las ilícitas”<sup>115</sup>

### b) Coautoría

La figura de la *coautoría* se presenta cuando los sujetos se ponen de acuerdo para la realización del delito pero sólo llevan a cabo una parte de la conducta descrita en el tipo dado que “sus aportes son incompletos y sólo con su suma se puede llegar a la producción del resultado”<sup>116</sup>. De esta manera, la coautoría concurre cuando, según el plan de los intervinientes, se distribuyen las aportaciones necesarias para la ejecución del delito, a lo que Roxin llama el “dominio del hecho funcional”<sup>117</sup>. Así, a todos los coautores se les imputa como propios los aportes de los demás, este es el denominado principio de imputación recíproca<sup>118</sup>.

La doctrina señala dos elementos fundantes de la coautoría: el subjetivo constituido por el acuerdo común de llevar a cabo la realización del delito y el objetivo consistente en el aporte a la comisión del mismo con división del trabajo, reuniendo los elementos personales exigidos por el tipo.<sup>119</sup> La Ley 599 de 2000 hace referencia a tres elementos: el acuerdo común<sup>120</sup> (subjetivo), la división del trabajo (subjetivo) y la importancia del aporte (objetivo). Según Suárez, el acuerdo común tiene las siguientes características<sup>121</sup>:

- No tiene que versar, necesariamente, sobre un precepto concreto del Código Penal.

---

<sup>114</sup> Hay diferentes clases de error, por ejemplo: el error de tipo, el error justificante, el error de prohibición, el error sobre el concreto sentido de la acción, el error sobre la identidad de la víctima, el error en los motivos y el error de la víctima.

<sup>115</sup> Suárez A., *Autoría*, supra nota 5, pág. 289.

<sup>116</sup> *Ibidem*, pág. 349.

<sup>117</sup> Roxin, *Autoría*, pág. 304 y ss.

<sup>118</sup> Rodríguez G., *La responsabilidad penal*, pág. 74.

<sup>119</sup> Suárez A., *Autoría*, supra nota 5, pág. 354.

<sup>120</sup> Es la comunidad de voluntades a través del acuerdo, sin que necesariamente se trate de un acuerdo previo, dado que puede darse en la ejecución o aún después en los delitos permanentes. Ver: De Toledo y Ubieto E., *La autoría conforme al Código Penal* (La Ley, Tomo de jurisprudencia, 2000) pág. 1725. La decisión común es el acuerdo expreso o concluyente sobre la distribución de oficios singulares aportados a un hecho. Ver: Suárez A., *Autoría*, supra nota 5, pág. 355.

<sup>121</sup> Suárez A., *Autoría*, supra nota 5, pág. 357 y siguientes.

- Debe estar encaminado a la ejecución típica conjunta de un hecho por todas las personas que han celebrado el pacto.
- Debe ser recíproco, así cada uno de los sujetos debe saber que los demás conocen el objeto del pacto y que todos asumen el hecho como propio. No implica un conocimiento personal de los demás coautores, pero sí que el hecho le corresponde a un grupo de personas que actuará con división del trabajo. No es necesario que todos estén presentes en la celebración del acuerdo, ni que intervengan en la toma de decisión de delinquir, pero sí que la decisión sea una comunidad de voluntades sin subordinación alguna.
- El sólo ponerse de acuerdo para la realización del delito no implica coautoría intentada, salvo que el acuerdo –por sí solo- constituya delito.
- No puede equipararse el acuerdo con un dolo común, pues el acuerdo común es un elemento de la coautoría y el dolo es un elemento del tipo.

De igual manera, la importancia del aporte o contribución al hecho punible hace referencia a que cada coautor debe llevar a cabo una contribución a la realización del hecho punible, que debe ser diferente a la del cómplice<sup>122</sup>. Para diferenciar la calidad de la contribución, la teoría del dominio funcional del hecho tiene que ver con la esencialidad del mismo para su realización<sup>123</sup>. Para Roxin, esto se determina a través de la posibilidad de evitar el hecho mediante la no prestación de la aportación (dominio negativo)<sup>124</sup>. Sin embargo, esta aproximación ha recibido algunas críticas<sup>125</sup> y la doctrina moderna propone tener en cuenta la determinación objetiva y positiva del hecho como criterio correcto para caracterizar la coautoría, según el cual “el coautor domina el hecho, pero no sobre la totalidad del hecho, ni sólo sobre su individual aporte, porque el dominio debe ser compartido sobre el hecho global (...) El dominio lo tienen todos los coautores, es decir, el colectivo, pues éste decide el sí y el cómo del hecho global”<sup>126</sup>.

Suárez manifiesta que esta contribución debe tener tres características<sup>127</sup>: a) No es suficiente la intervención en el acuerdo. Debe haber coincidencia ente lo que se quiso por cada coautor y lo que hizo el grupo, b) no es suficiente que el coautor haga presencia inactiva en la ejecución del hecho y, c) es necesario el acuerdo común y la aportación causal que se haga conforme a lo acordado. Esta aportación causal no es individual sino que se relaciona entre la actuación global y el resultado.

Para atribuir responsabilidad de miembros de grupos armados al margen de la ley, la Corte Suprema de Justicia ha utilizado la figura de la coautoría impropia en donde cada uno de los sujetos intervinientes en el hecho punible *no ejecutan integral y materialmente*

---

<sup>122</sup> Suárez A., *Autoría*, supra nota 5, pág. 370.

<sup>123</sup> *Ibid.*, pág. 386.

<sup>124</sup> Roxin C., *Autoría y dominio del hecho*, pág. 307.

<sup>125</sup> Peña L., *La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado*, pág. 217 y ss.

<sup>126</sup> Suárez A., *Autoría*, supra nota 5, pág. 392.

<sup>127</sup> *Ibid.*, pág. 371 y siguientes.

la conducta definida en el tipo, pero sí lo hacen prestando contribución objetiva a la consecución del resultado<sup>128</sup>.

En el caso *Machucha*<sup>129</sup> la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, determinó la responsabilidad de la cúpula del Ejército de Liberación Nacional (ELN) en virtud de la coautoría impropia. En este caso la Corte estableció que tiene los siguientes elementos:

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

En tales circunstancias, quienes así actúan, coparticipan criminalmente en calidad de coautores, aunque no todos concurren por sí mismos a la realización material de los delitos específicos; y son coautores, porque de todos ellos puede predicarse que dominan el hecho colectivo y gobiernan su propia voluntad, en la medida justa del trabajo que les correspondiere efectuar, siguiendo la división del trabajo planificada de antemano o acordada desde la ideación criminal. (...) Mediando, como en el presente asunto, ideologías compartidas, voluntades concurrentes e intervención con aportes concretos según la división pre acordada del trabajo criminal, se afirma que todos son coautores globalmente de la conducta delictiva realizada y responsables por sus consecuencias. No es, como suele entenderse, que cada uno sea autor sólo de la parte que le corresponde en la división del trabajo; ya que en este género de manifestaciones del crimen organizado se gesta un conocimiento común y una voluntad que también es común y por ello, el delito que recaiga en ese marco de acción, pertenece a todos como a sus autores.”<sup>130</sup>

“De otra parte, cuando existe división del trabajo criminal, para predicarse la coautoría impropia, no se requiere – como piensa el Tribunal Superior- que hasta los más mínimos detalles de las tareas que a cada uno corresponden, deban ser previamente determinados con la aquiescencia de todos.”<sup>131</sup>

---

<sup>128</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 20.218 de noviembre 26 de 2003. M.P. Marina Pulido de Barón.

<sup>129</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, caso *Machuca*, rad. 23.825 de 7 de marzo de 2007. M.P. Javier Zapata Ortiz.

<sup>130</sup> *Ibíd.*, págs. 69-71.

<sup>131</sup> *Ibíd.*, pág. 71.

En otro caso conocido como *Yamid Amat*, la Corte Suprema aclaró que la coautoría material propia “se presenta cuando varios individuos mediante acuerdo previo o concomitante realizan la conducta, pero todos actualizan el verbo rector definido en el tipo”<sup>132</sup>. De igual forma presentó los elementos que la diferencian de la coautoría material impropia ya que esta tiene lugar cuando “entre las personas que concurren a la comisión del delito media división del trabajo, figura también denominada *empresa criminal*, pues todos realizan una parte del delito, incluso algunos efectúan comportamientos objetivamente intrascendentes o atípicos”<sup>133</sup>.

Para López, esta creación jurisprudencial es inaceptable pues la coautoría es una sola. Para ella, esta división entre propia e impropia es técnica y dogmáticamente incorrecta porque “so pretexto de responsabilizar a todos los participantes de una conducta delictiva para evitar la impunidad, se da aplicación a un concepto extensivo de autor sin que se presenten los verdaderos elementos objetivo y subjetivo de la coautoría”<sup>134</sup>.

Otros doctrinantes manifiestan que la coautoría material impropia es una muestra de timidez de la Sala Penal frente a la asunción de las discusiones actuales de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Contrario a lo que la Sala establece, Aponte cree que la Sala Penal sí da cuenta de la discusión en torno a la teoría de Roxin en su versión más ortodoxa<sup>135</sup> y reconoce que el artículo 29 del Código Penal sí da pie a la aplicación “pero se inclina más hacia la noción de coautoría impropia por división del trabajo”<sup>136</sup>.

A pesar de la decisión de la Sala Penal, el magistrado Julio Enrique Socha Salamanca, refiriéndose a la teoría de Roxin, precisó que: “Dicho criterio, sin embargo, tendrá que ser analizado más a fondo en futuros pronunciamientos, bien sea para corroborarlo, aclararlo o corregirlo, en la medida en que la Corte debe profundizar en el criterio de la fungibilidad como modalidad de la autoría mediata, porque además merecen mayor atención las objeciones acerca de la coautoría como forma de participación plural de personas dentro de las estructuras organizadas de poder han presentado ciertos sectores de la doctrina (...) Así, por ejemplo, como bien lo ha destacado Ibáñez Guzmán en relación con el elemento consistente en el acuerdo común, para la existencia de coautoría es necesario que no haya subordinación a la voluntad de uno o de varios que

---

<sup>132</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,, radicado 25.974 de agosto 08 de 2007.

<sup>133</sup> *Ibidem*.

<sup>134</sup> Ambos K. (coordinador), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente*, pág. 186.

<sup>135</sup> Aponte A., *Observaciones al documento guía y presupuesto de elaboración del protocolo. Programa presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Proyecto Lucha Contra la Impunidad –PLCI*, Consultoría especializada para la elaboración de un protocolo para el reconocimiento de casos de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, con énfasis en el homicidio a persona protegida (Ref. TORS002-P10-V2.1).

<sup>136</sup> *Ibidem*.

mantengan en sus manos la decisión sobre la consumación del delito”<sup>137</sup>. Además dijo que: “Asimismo, quienes imparten las órdenes en tales organizaciones no suelen participar de manera alguna durante la ejecución de la conducta punible y, por lo tanto, quedaría en entredicho la concurrencia del aspecto objetivo de la coautoría, atinente al aporte funcional de quienes intervienen en el hecho”<sup>138</sup>.

- Después del auge de la coautoría impropia, parece que la Corte decide abandonar esta categoría y acuñar la figura de la *coautoría por cadena de mando* en aquellos casos en donde se da la intervención plural de personas, en principio articuladas de manera jerárquica y subordinada, a una organización que puede ser legal: “la coautoría por cadena de mando también se puede consolidar tratándose de comportamientos punibles consumados por funcionarios públicos de menor o residual grado, quienes como anillos últimos hubiesen recibido órdenes de inmediatos superiores constituidos en mandos medios, y éstos a su vez de otras jefaturas ascendentes que administrativamente se hallan articuladas hasta llegar a la cabeza principal quien dio la inicial orden. En este seriado descendente del mandato o propósito hasta llegar al ejecutor, todos responden a título de coautores.”<sup>139</sup> Sin embargo, esta forma de participación no tuvo acogida en la jurisprudencia posterior..

---

<sup>137</sup> Socha J., *Concurso de personas en el delito* (Revista No. 26, Corte Suprema, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 2008) pág. 55.

<sup>138</sup> *Ibidem*.

<sup>139</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 29.991 de 2 de septiembre de 2009.

## **2. Autoría mediata, coautoría mediata y responsabilidad del superior en el derecho penal internacional**

### **2.1 El autor en el derecho penal internacional**

El desarrollo del concepto de responsabilidad penal individual en el derecho penal internacional tiene sus bases en los tribunales militares internacionales de Núremberg y Tokyo, y los órganos jurisdiccionales de las potencias ocupantes en cada una de las zonas de ocupación en que se dividió Alemania (Ley del Consejo de Control Aliados N. 10<sup>140</sup>), así como en los estatutos del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY)<sup>141</sup> y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR)<sup>142</sup> y los

---

<sup>140</sup> Control Council. Law No. 10. Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity. Berlín, diciembre 20 de 1945. En donde se establecieron reglas sobre autoría y participación en relación con crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.

<sup>141</sup> Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, TPIY por su sigla en español). Adoptado el 25 de mayo de 1993 por Resolución 827, adicionada el 07 de julio de 2009 por Resolución 1877. Artículo 7 del Estatuto: "Responsabilidad penal individual. 1. Quienquiera haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto, es individualmente responsable de dicho crimen. 2. La categoría oficial de un acusado, ya sea como Jefe de Estado o de Gobierno, o como alto funcionario, no le exonera de su responsabilidad penal y no es motivo de disminución de la pena. 3. El hecho de que cualquiera de los actos contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado, no libera su superior de su responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo hizo, y que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido, o para castigar a los autores. 4. El hecho de que un acusado haya actuado en ejecución de una orden de un gobierno o de un superior no le exonera de su responsabilidad penal, pero puede ser considerado como un motivo de disminución de la pena si el Tribunal Internacional lo estima conforme a la justicia".

<sup>142</sup> Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (Statute of the International Criminal Tribunal For Rwanda, TPIR por su sigla en inglés). Adoptado por Resolución 955 de 9 de noviembre de 1994. Artículo 6 del Estatuto: "Responsabilidad penal individual 1. Quienquiera haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a

proyectos de Códigos de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad<sup>143</sup> de la Comisión de Derecho Internacional. Según Werle y Olásolo, estos documentos “supusieron un primer intento por redefinir dichas reglas [las de autoría y participación] a la luz de las particulares características de los delitos internacionales y de la frecuente intervención en los mismos de todo tipo de dirigentes (políticos, militares, empresariales, religiosos, etc.)”<sup>144</sup>.

Según Van Sliedregt, con el desarrollo de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales para Ruanda y la Antigua Yugoslavia, se construyó “un concepto más refinado y coherente de responsabilidad penal, reflejando principios de derecho penal nacional, pero conservando su origen internacional”<sup>145</sup>. Para Werle, la jurisprudencia del TPIY “dio el paso final hacia la creación del marco teórico sobre las formas punibles de intervención en la comisión de delitos previstos en el derecho penal internacional”<sup>146</sup>.

---

planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto, es individualmente responsable de dicho crimen. 2. La categoría oficial de un acusado, ya sea como Jefe de Estado o de Gobierno, no le exonera de su responsabilidad penal y no es motivo de disminución de la pena. 3. El hecho de que cualquiera de los actos contemplados en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no libera su superior de su responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o lo había cometido y el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido o para castigar a los autores. El hecho de que un acusado haya actuado en ejecución de una orden de un gobierno o de un superior no le exonera de su responsabilidad penal, pero puede ser considerado como un motivo de disminución de la pena si el Tribunal Internacional para Ruanda lo estima conforme a la justicia”.

<sup>143</sup> Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad. Article 2. Individual responsibility. 1. A crime against the peace and security of mankind entails individual responsibility. 2. An individual shall be responsible for the crime of aggression in accordance with article 16. 3. An individual shall be responsible for a crime set out in article 17, 18, 19 or 20 if that individual: (a) Intentionally commits such a crime; (b) orders the commission of such a crime which in fact occurs or is attempted; (c) Fails to prevent or repress the commission of such a crime in the circumstances set out in article 6;(d) Knowingly aids, abets or otherwise assists, directly and substantially, in the commission of such a crime, including providing the means for its commission; (e) Directly participates in planning or conspiring to commit such a crime which in fact occurs; (f) Directly and publicly incites another individual to commit such a crime which in fact occurs; (g) Attempts to commit such a crime by taking action commencing the execution of a crime which does not in fact occur because of circumstances independent of his intentions.

<sup>144</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación en el Derecho Penal Internacional* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013) pág. 51, [En adelante: Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*] quien cita a Werle G., *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005) pág. 211 y a Van Sliedregt E., *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law* (TMC Asser Press, La Haya, 2003) pág. 41.

<sup>145</sup> Van Sliedregt E., *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law* (TMC Asser Press, La Haya, 2003) pág. 41. Citado en Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación en el Derecho Penal Internacional* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013) pág. 51.

<sup>146</sup> Werle G., *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005) pág. 211, citado en Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación en el Derecho Penal Internacional* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013) pág. 51.

En 1998, con la expedición del Estatuto de Roma (ER) de la Corte Penal Internacional (CPI), se establecen los principios generales de derecho penal internacional aplicables en el marco del sistema del ER<sup>147</sup>. Sin embargo, diversos autores hacen algunas aclaraciones relevantes para tener en cuenta. En primer lugar, para Van Sliedregt el ER “refleja el desarrollo del concepto de responsabilidad penal individual en derecho penal internacional tal como ha tenido lugar desde Núremberg”<sup>148</sup>. Por su parte, para Werle, “se trata de un conjunto de reglas que forman parte casi en su integridad del derecho internacional consuetudinario”<sup>149</sup>, y para Olásolo, “las diferencias sobre las normas de autoría y participación contenidas en el artículo 25(3) del Estatuto de Roma y las recogidas en los estatutos y la jurisprudencia de los TPIY y TPIR, son sustanciales”<sup>150</sup>.

Para iniciar el estudio de estas reglas, es necesario hacer referencia a la responsabilidad principal frente a la responsabilidad accesoria en los sistemas penales nacionales. Esto, en la medida en que, según Van Sliedregt aunque “las sentencias de Nuremberg y Tokyo y los procesos subsiguientes son importantes fuentes de derecho e indispensables para el desarrollo de una teoría de responsabilidad individual en derecho penal internacional, ellas no proporcionan un sistema de doctrina y derecho penal. Por ellos, debemos volver al derecho nacional. El derecho y la doctrina nacionales no sólo sirven de guía e inspiración para desarrollar una teoría de la responsabilidad individual en derecho penal internacional, ellas también nos ayudan a comprender y describir conceptos actuales del derecho penal internacional. De la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* resulta claro

---

<sup>147</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 52. Estatuto de Roma, Artículo 25. “Responsabilidad penal individual (...) 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; b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa; c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión; d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen; e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa; f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo. (...)”.

<sup>148</sup> Van Sliedregt E., *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law* (TMC Asser Press, La Haya, 2003) pág. 41.

<sup>149</sup> Werle G., *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005) pág. 211, citado en Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación en el Derecho Penal Internacional* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013) pág. 52.

<sup>150</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 52.

que los jueces han recurrido y se han inspirado en el derecho y la doctrina nacionales al formar y fundamentar sus sentencias, y al interpretar ciertas nociones y conceptos”<sup>151</sup>.

### **2.1.1 Responsabilidad principal y accesoria en el derecho penal internacional**

En derecho penal internacional se mantiene la distinción entre responsabilidad principal y responsabilidad accesoria: “autores de un delito son aquellos cuya responsabilidad puede ser establecida independientemente de todos los demás intervinientes en el crimen, mientras que partícipes son aquellos cuya responsabilidad se deriva de la responsabilidad principal de los autores”<sup>152</sup>. Para Olásolo, la distinción entre autores y partícipes ha sido acogida por la mayoría de los sistemas nacionales de derecho penal<sup>153</sup>. Sin embargo, excepcionalmente, existen algunos sistemas nacionales como Dinamarca e Italia, conocidos como “sistemas unitarios”<sup>154</sup>. “En estos sistemas autores son todas las personas que contribuyen a la comisión del hecho punible con el elemento subjetivo requerido por el delito en cuestión”<sup>155</sup>. Así, todas las personas que contribuyen a la comisión del delito tienen responsabilidad penal autónoma<sup>156</sup>.

En derecho penal internacional, los crímenes que se investigan, por ser los más graves, tienen unas características y naturaleza diferente a los que se investigan en las jurisdicciones nacionales. En primer lugar, éstos constituyen manifestaciones de

---

<sup>151</sup> Van Sliedregt E., *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law* (TMC Asser Press, La Haya, 2003) pág. 41. Citado y traducido al español en Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación en el Derecho Penal Internacional* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013) pág. 53

<sup>152</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 53. Quien cita a Smith J.C. y Hogan B., *Criminal Law* (11ed., Butterworths, Londres, 2005) pág. 165. En el mismo sentido puede verse: Fletcher G.P., *Rethinking Criminal Law* (2 ed., Oxford University Press, 2000) pág. 636.

<sup>153</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 54. En donde cita a Ambos K., *La parte general del derecho penal internacional: bases para una elaboración dogmática* (traducción de Ezequiel Malarino, Konrad-Adenauer-Stiftung, Uruguay, 2005) pág. 243 y a Van Sliedregt E., *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law* (TMC Asser Press, La Haya, 2003) pág. 41.

<sup>154</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 58.

<sup>155</sup> *Ibidem*.

<sup>156</sup> *Ibidem*. Olásolo expone las razones de inconveniencia de aplicar el enfoque unitario, en sistemas nacionales o internacionales: (i) consideran aisladamente causalidades que por sí solas no constituyen un comportamiento punible, (ii) acarrear consecuencias jurídicas injustas a quienes tienen una intervención limitada en el delito, (iii) son problemáticos desde el punto de vista del principio de legalidad, y (iv) desde el punto de vista del principio de intervención mínima del derecho penal, y finalmente (v) no solucionan los problemas presentados por la distinción en las diferentes formas de intervención, sólo se posponen para la etapa de determinación judicial de la pena.

criminalidad colectiva que responden a la ejecución de un plan criminal común<sup>157</sup>. En segundo lugar, se caracterizan por el hecho de que el grado de responsabilidad penal aumenta al incrementarse la distancia con la escena del delito<sup>158</sup>. Para Olásolo, teniendo en cuenta estas características el derecho penal internacional debe contar con las herramientas necesarias para valorar adecuadamente la responsabilidad de los dirigentes, entre ellas, la principal, las reglas sobre las formas de intervención punibles en la comisión de los delitos<sup>159</sup>. A continuación, siguiendo al profesor mencionado, se realizará una pequeña aproximación al desarrollo de estas reglas en la historia del derecho penal internacional.

- a) *Estatutos del Tribunal Militar Internacional de Núremberg y del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente*: se establecen las primeras reglas de intervención, no sistematizadas. Algunas se encuentran en la definición de los delitos<sup>160</sup> y otras en el resto del texto<sup>161</sup>. Estos modelos adoptan el sistema unitario y no distinguen entre responsabilidad principal y accesoria<sup>162</sup>.

---

<sup>157</sup> ICTY, *Prosecutor vs Tadic*, Appeals Chamber Judgment, ICTY-94-1-A de 15 de julio de 1999, párr. 191. “191. *The above interpretation is not only dictated by the object and purpose of the Statute but is also warranted by the very nature of many international crimes which are committed most commonly in wartime situations. Most of the time these crimes do not result from the criminal propensity of single individuals but constitute manifestations of collective criminality: the crimes are often carried out by groups of individuals acting in pursuance of a common criminal design. Although only some members of the group may physically perpetrate the criminal act (murder, extermination, wanton destruction of cities, towns or villages, etc.), the participation and contribution of the other members of the group is often vital in facilitating the commission of the offence in question. It follows that the moral gravity of such participation is often no less – or indeed no different – from that of those actually carrying out the acts in question*”. Traducción propia.

<sup>158</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 60.

<sup>159</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 61.

<sup>160</sup> Ver: Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. Artículo 6(a). El Tribunal establecido por el Acuerdo aludido en el Artículo 1 del presente para el enjuiciamiento y condena de los principales criminales de guerra del Eje Europeo estará facultado para juzgar y condenar a aquellas personas que, actuando en defensa de los intereses de los países del Eje Europeo, cometieron los delitos que constan a continuación, ya fuera individualmente o como miembros de organizaciones: Cualesquiera de los actos que constan a continuación son crímenes que recaen bajo la competencia del Tribunal respecto de los cuales habrá responsabilidad personal: a) CRIMENES CONTRA LA PAZ: A saber, planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados; (...). Subraya fuera de texto original.

<sup>161</sup> Ver: Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg. Artículo 6, parágrafo final. “ (...) Aquellos que lideren, organicen, inciten a la formulación de un plan común o conspiración para la ejecución de los delitos anteriormente mencionados, así como los cómplices que participen en dicha formulación o ejecución, serán responsables de todos los actos realizados por las personas que sea en ejecución de dicho plan.” Subraya fuera de texto original.

<sup>162</sup> Ambos K., *La parte general del derecho penal internacional: bases para una elaboración dogmática* (traducción de Ezequiel Malarino, Konrad-Adenauer-Stiftung, Uruguay, 2005) pág. 75 y

b) *Ley del Consejo de Control Aliado No. 10*. En este texto las reglas de intervención tienen un mayor nivel de sistematicidad, al recogerse en un artículo específico, el artículo 2<sup>163</sup>, en donde se acoge la diferenciación entre responsabilidad principal y accesoria. Sin embargo, según Ambos<sup>164</sup>, Werle<sup>165</sup>, Karnavas<sup>166</sup> y Olásolo<sup>167</sup>, la jurisprudencia de los tribunales militares que aplicaron esta ley acogió un modelo unitario.

c) *Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la Antigua Yugoslavia, art. 7(1) y para Ruanda, art. 6(1) y proyectos de códigos sobre Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional*<sup>168</sup>. La jurisprudencia del TPIY recoge la distinción entre autoría y participación de manera constante, por ejemplo, en el caso *Tadic* al afirmar la Sala de Apelaciones que un cooperador es siempre un partícipe en el delito

---

Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación en el Derecho Penal Internacional* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013) pág. 61.

<sup>163</sup> *Ley del Consejo de Control Aliado No. 10*. Artículo 2. “Se considera que cualquier persona, sin importar la nacionalidad o el carácter con el que actuó, cometió un delito definido en el apartado 1 de este artículo, si fue (a) autor, (b) partícipe en la comisión de ese delito u ordenó o cooperó en el mismo; (c) tomó consensualmente parte en el mismo; (d) estuvo vinculado con planes o empresas que incluían su comisión, (e) fue miembro de cualquier organización o grupo vinculado con la comisión de ese delito; o (f) en relación con el apartado 1(a) tuvo una alta posición política, civil o militar (incluyendo el Estado Mayor) en Alemania o en alguno de sus aliados, cobeligerantes o satélites o tuvo una alta posición en la vida financiera, industrial o económica de cualquiera de esos países”. Traducción tomada de: Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación en el Derecho Penal Internacional* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013) pág. 62. Ver, en este mismo sentido: Olásolo H., *Joint Criminal Enterprise and its Extended Forms: a Theory of Co-Perpetration Giving Rise to Principal Liability, a Notion of Accessorial Liability or a Form of Partnership in Crime?* (20 Criminal Law Forum, 2009) pág. 272.

<sup>164</sup> Ambos K., *La parte general del derecho penal internacional: bases para una elaboración dogmática* (traducción de Ezequiel Malarino, Konrad-Adenauer-Stiftung, Uruguay, 2005) pág. 75

<sup>165</sup> Werle G., *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005) pág. 211.

<sup>166</sup> Karnavas M., *Joint Criminal Enterprise at the ECCC: A Critical Analysis of the Pre-Trial Chamber’s Decision Against the Application of the JCE III and Two Divergent Commentaries on the Same* (21 Criminal Law Forum, 2010) pág. 487.

<sup>167</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 62.

<sup>168</sup> Comisión de Derecho Internacional, “Report of the International Law Commission on the Work of its 48th Session” de 6 de mayo a 26 de julio de 1996. UN Doc A/51/10, Draft Code of Crimes Against Peace and Security of Mankind, artículo 2(3): “Un individuo será responsable por un delito establecido en los artículos 17, 18, 19 o 20 si ese individuo: (a) Comete intencionalmente tal delito; (b) Ordena su comisión, la cual de hecho ocurre o es intentada; (c) No impide o reprime la comisión del delito en las circunstancias establecidas en el artículo 6; (d) A sabiendas coopera o de otra forma asiste directa o sustancialmente en la comisión del delito, incluyendo la provisión de los medios para su comisión; (e) Participa directamente en la planificación o conspiración para cometer el delito, el cual de hecho ocurre; (f) Incita directa y públicamente a otro individuo a cometer el delito, el cual de hecho ocurre; (g) Intenta cometer el delito comenzando su ejecución, que no se consuma debido a circunstancias independientes de sus intenciones”. Traducción tomada de: Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación en el Derecho Penal Internacional* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013) pág. 62.

cometido por el autor<sup>169</sup>; en el caso *Kordic*, al establecer la Sala de Primera Instancia I que las diferentes formas de intervención pueden ser divididas entre autores y cómplices<sup>170</sup>; en el caso *Krstic* la misma Sala estipula que la complicidad denota una forma secundaria de participación que contrasta con la responsabilidad de los autores directos<sup>171</sup>. En casos subsecuentes como los de *Krnjelac*<sup>172</sup>, *Vasiljevic*<sup>173</sup>, *Blaskic*<sup>174</sup>, *Kvočka*<sup>175</sup>, *Krajisnik*<sup>176</sup>, *Dordevic*<sup>177</sup> y *Gotovina*<sup>178</sup>, las salas correspondientes afirman que no se establece un sistema unitario.

---

<sup>169</sup> Ver: ICTY, *Prosecutor vs Tadic*, Appeals Chamber Judgment, ICTY-94-1-A de 15 de julio de 1999, párr. 229. “*In light of the preceding propositions it is now appropriate to distinguish between acting in pursuance of a common purpose or design to commit a crime, and aiding and abetting. (i) The aider and abettor is always an accessory to a crime perpetrated by another person, the principal. (...)*” Subraya fuera de texto original;

<sup>170</sup> ICTY, *Prosecutor vs Kordic*, Judgment, ICTY-95-14/2-T de 26 de febrero de 2001, párr. 373. “*373. Article 7(1) provides that a person who “planned, instigated, ordered, committed, or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime” shall be held individually responsible for the crime. The principle that an individual may be held criminally responsible for planning, assisting, participating or aiding and abetting in the commission of a crime is firmly based in customary international law. Article 7(1) reflects the principle of criminal law that criminal liability does not attach solely to individuals who physically commit a crime but may also extend to those who participate in and contribute to a crime in various ways, when such participation is sufficiently connected to the crime, following principles of accomplice liability. The various forms of participation listed in Article 7(1) may be divided between principal perpetrators and accomplices. Article 7(1) may thus be regarded as intending to ensure that all those who either engage directly in the perpetration of a crime under the Statute, or otherwise contribute to its perpetration, are held accountable.*505 The Appeals Chamber in *Tadić* found that Any act falling under one of the five categories contained in the provision [Article 7(1)] may entail the criminal responsibility of the perpetrator or whoever has participated in the crime in one of the ways specified in the same provision of the Statute.” Subraya fuera de texto original.

<sup>171</sup> ICTY, *Prosecutor vs Krstic*, Judgment, ICTY-98-33-T de 2 de agosto de 2001, párr. 643. “*643. It seems clear that “accomplice liability” denotes a secondary form of participation which stands in contrast to the responsibility of the direct or principal perpetrators. The Trial Chamber is of the view that this distinction coincides with that between “genocide” and “complicity in genocide” in Article 4(3). The question comes down to whether, on the face of the case, a participant in the criminal enterprise may be most accurately characterized as a direct or principal perpetrator or as a secondary figure in the traditional role of an accomplice.*” Traducción propia.

<sup>172</sup> ICTY, *Prosecutor vs Krnjelac*, Appeals Chamber Judgment, ICTY-94-1-A, julio 15 de 1999, párr. 30 y 73.

<sup>173</sup> ICTY, *Prosecutor vs Vasiljevic*, Appeals Chamber Judgment, ICTY-98-32-A, febrero 25 de 2004, párr. 93, 102 y 111.

<sup>174</sup> ICTY, *Prosecutor vs Blaskic*, Appeals Chamber Judgment, ICTY-95-14-A, julio 29 de 2004, párr. 33.

<sup>175</sup> ICTY, *Prosecutor vs Kvočka et. al*, Appeals Chamber Judgment, ICTY-98-30/1-A, febrero 28 de 2005, párr. 79 y 91.

<sup>176</sup> ICTY, *Prosecutor vs Krajisnik*, Appeals Chamber Judgment, ICTY-00-39-A, marzo 17 de 2009, párr. 662.

<sup>177</sup> ICTY, *Prosecutor vs Dordevic*, Judgment, ICTY-IT-05-87/1-T, febrero 23 de 2011, párr. 1860.

<sup>178</sup> ICTY, *Prosecutor vs Gotovina*, et.al., Judgment, ICTY-IT-06-90-T, abril 15 de 2011, párr. 1950-1953.

Por su parte, la jurisprudencia del TPIR también rechazó la concepción unitaria e hizo la distinción entre responsables principales y accesorios. En los casos *Ntakirutimana*<sup>179</sup>, *Simba*<sup>180</sup>, *Gacumbitsi*<sup>181</sup> y *Gatete*<sup>182</sup> se ve claramente cómo las salas correspondientes afirman que ser parte de una empresa criminal común es una forma de comisión y da lugar a responsabilidad principal<sup>183</sup>.

- b) *Estatuto de Roma*. En el artículo 25(3) del Estatuto se establece de manera sistemática un conjunto de reglas sobre formas de intervención punible y adopta expresamente la distinción entre autoría y participación<sup>184</sup>:

**Estatuto de Roma, artículo 25. Responsabilidad penal individual**

---

<sup>179</sup> ICTR, *Prosecutor vs Ntakirutimana*, Appeals Chamber Judgment, ICTR-96-10-A, diciembre 13 de 2004, párr. 462. “462. *This provision lists the forms of criminal conduct which, provided that all other necessary conditions are satisfied, may result in an accused incurring individual criminal responsibility for one or more of the crimes provided for in the Statute. A mirror provision is found in Article 7(1) of the ICTY Statute. The ICTY Appeals Chamber has previously held that the modes of liability identified under Article 7(1) of the ICTY Statute include participation in a joint criminal enterprise as a form of “commission” under that Article.” Subraya fuera de texto original. Traducción propia.*

<sup>180</sup> ICTR, *Prosecutor vs. Simba*, Judgment, ICTR-01-76-T, diciembre 13 de 2005, párr. 389. “389. *The mode and extent of an accused’s participation in an alleged crime are material facts that must be clearly set forth in the Indictment.*392 *If the Prosecution intends to rely on the theory of joint criminal enterprise to hold an accused criminally responsible as a principal perpetrator of the underlying crimes rather than as an accomplice, the indictment should plead this in an unambiguous manner and specify on which form of joint criminal enterprise the Prosecution will rely.*393 *In addition, the Prosecution must also plead the purpose of the enterprise, the identity of the co-participants, and the nature of the accused’s participation in the enterprise.*” Subraya fuera de texto original. Traducción propia.

<sup>181</sup> ICTR, *Prosecutor vs. Gacumbitsi*, Appeals Chamber Judgment, ICTR-2001-64-A, julio 7 de 2006, párr. 158. “158. *The Appeals Chamber, following ICTY precedent, has recognized that an accused before this Tribunal may be found individually responsible for “committing” a crime within the meaning of Article 6(1) of the Statute under one of three categories of “joint criminal enterprise” (“JCE”) liability. The present ground of appeal concerns the Appellant’s liability for murder, genocide, extermination and rape under the first and third categories (...)*” Subraya fuera de texto original. Traducción propia.

<sup>182</sup> ICTR, *Prosecutor vs Gatete*, Judgment, ICTR-00-61-T, marzo 31 de 2011, párr. 576. “The Appeals Chamber has held that commission covers, primarily, the physical perpetration of a crime (with criminal intent) or a culpable omission of an act that is mandated by a rule of criminal law. “Committing” has also been interpreted to contain three forms of joint criminal enterprise: basic, systemic, and extended (...). Subraya fuera de texto original. Traducción propia.

<sup>183</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 67.

<sup>184</sup> Ambos K., *Article 25. Individual Criminal Responsibility* en Triffterer O., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (Baden-Baden-Nomos, 1999) pág. 478-480 y Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación en el Derecho Penal Internacional* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013) pág. 68.

1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.
2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.
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;
  - b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;
  - c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;
  - d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:
    - i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o
    - ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;
  - e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;
  - f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consume no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.
4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional.

Así, el aparte 3(a) al expresar “cometa ese crimen” establece la categoría de autoría *stricto sensu*, mientras que los apartes 3(b) a 3(d) cobijan a quien “ordene, proponga, induzca, asista y colabore de algún otro modo con un grupo de personas actuando conforme a un propósito común regulando así las diferentes formas de participación que dan lugar a responsabilidad accesoria”<sup>185</sup>. La jurisprudencia de la Corte reafirma esta interpretación en los casos *Lubanga*<sup>186</sup>, *Katanga y Ngudjolo*<sup>187</sup> y *Bemba*<sup>188</sup>.

---

<sup>185</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 68.

<sup>186</sup> ICC, *Prosecutor vs Lubanga*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/06-803, enero 29 de 2007, párr. 320. “320. *The Chamber recalls that in the decision concerning the issuance of a warrant of arrest, it distinguished between (i) the commission stricto sensu of a crime by a person as an individual, jointly with another or through another person within the meaning of article 25(3)(a) of the Statute, and (ii) the responsibility of superiors under article 28 of the Statute and “any others forms of accessory, as opposed to principal, liability provided for in article 25(3)(b) to (d) of the Statute.”*”

<sup>187</sup> ICC, *Prosecutor vs Katanga y Ngudjolo*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07, septiembre 30 de 2008, párr. 466 y 467. “466. *Having found that the evidence and information provided by the Prosecution met the threshold requirements of article 58(1)(a) of the Statute, the Chamber issued warrants of arrest for Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui. In the respective decisions regarding the two suspects, the Chamber determined*”

Adicionalmente, el artículo 28 del ER, define otra forma de atribución de responsabilidad, propia del derecho penal internacional, llamada responsabilidad de jefes y otros superiores:

**Estatuto de Roma, artículo 28. Responsabilidad de los jefes y otros superiores.**

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

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

Teniendo en cuenta el objetivo de esta tesis -analizar la responsabilidad como autores mediatos de los máximos responsables de los crímenes más graves bajo el derecho

---

*there are reasonable grounds to believe that Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui may be criminally responsible under article 25(3)(a) of the Statute as principals to the crimes committed by members of the FRPI/FNI during and in the aftermath of the joint FRPI/FNI attack against the village of Bogoro on or about 24 February 2003. 467. In the alternative, the Chamber affirmed the existence of reasonable grounds to believe that the suspects may be criminally responsible under article 25(3)(b) of the Statute as accessories to the crimes committed by their subordinates during and in the aftermath of the attack”.*

<sup>188</sup> ICC, *Prosecutor vs Bemba*, Pre-Trial Chamber II Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/05-01/08-424, junio 15 de 2009, párr. 346 y 347. “346. According to article 25(3)(a) of the Statute, “[...] a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person: (a) Commits such a crime, whether as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible”. 347. The Chamber takes note of the Lubanga decision where Pre-Trial Chamber I found that the concept of co-perpetration enshrined in article 25(3) (a) of the Statute and reflected in the words “[committing] jointly with another” must go together with the notion of “control over the crime”.

internacional cometidos en Colombia- el análisis sobre derecho penal internacional se profundizará en dos sentidos. En primer lugar, sobre los desarrollos bajo la aplicación del ER dentro de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, no de los tribunales *ad hoc*, y dentro de éste sobre dos formas de atribución de responsabilidad: la establecida en el artículo 25(3) (a) y la establecida en el artículo 28.

### 2.1.2 Responsabilidad como autor bajo el artículo 25(3)(a) del ER

La noción de comisión o perpetración en derecho penal internacional, necesaria para entender adecuadamente la responsabilidad principal y accesoria, ha estado en disputa por tres diferentes criterios: (i) objetivo-formal; (ii) subjetivo y (iii) objetivo material<sup>189</sup>. Según las teorías *objetivo-formales* autores son las personas que llevan a cabo uno o más elementos objetivos del crimen, mientras que partícipes o accesorios son aquellas personas que contribuyen de cualquier manera a la comisión del delito<sup>190</sup>. Este enfoque no ha sido adecuado para explicar los casos de autoría mediata o autoría por conducto de otro<sup>191</sup> donde quien realiza los elementos objetivos del tipo es una herramienta de otro o cuando los dirigentes cometen delitos mediante la utilización de las organizaciones que dirigen<sup>192</sup>.

La Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI, en el caso *Lubanga*, estableció que de acuerdo con esta teoría sólo aquellos individuos que físicamente llevan a cabo uno o más elementos del crimen pueden ser considerados autores del mismo. La Sala estableció que esta teoría es rechazada por el artículo 25(3) del Estatuto que establece la posibilidad de cometer un delito “a través de otra persona”<sup>193</sup>.

---

<sup>189</sup> Velásquez F., *Manual de derecho penal, parte general* (3rd Edn, Comlibros, Bogotá, 2007) pág. 443.

<sup>190</sup> Mezger E., *Tratado de Derecho Penal, Vol II* (Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957) págs. 339-40; Gimbernat A., *Autor y Cómplice en el Derecho Penal* (Universidad de Madrid, Madrid, 1966) págs. 19-22; Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 74. Los defensores de éste criterio lo encuentran adecuado por cuanto se adecua mejor a las definiciones de los tipos penales y al significado habitual que tales disposiciones tendrían para una persona media y por cuanto la conducta de quien realiza el elemento objetivo del delito merece un mayor grado de responsabilidad.

<sup>191</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 75.

<sup>192</sup> Muñoz F., y García M., *Derecho penal: parte general* (5ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002) Pág. 448

<sup>193</sup> ICC, *Prosecutor vs Lubanga*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/06-803, enero 29 de 2007, párr. 328 y 333. “328. The objective approach to such a distinction focuses on the realization of one or more of the objective elements of the crime. From this perspective, only those who physically carry out one or more of the objective elements of the offence can be considered principals to the crime”. “333. Article 25(3)(a) of the Statute does not take into account the objective criterion for distinguishing between principals and accessories because the notion of committing an offence through another person –particularly when the latter

Desde el punto de vista de las teorías *subjetivas* no importa la naturaleza o alcance de la contribución en la comisión del crimen, autores son todos aquellos que hacen alguna clase de contribución con la intención de ser autores del mismo. Así, fundamentan la distinción ente autoría y participación en la actitud personal que frente al delito tienen los intervinientes<sup>194</sup>. Esta teoría tiene dos variantes. De una parte, la teoría del interés según la cual “quienes intervienen en la comisión del delito porque su consumación satisface su interés personal son considerados autores”<sup>195</sup>. De otra parte, la teoría del dolo, en donde se establece que autores son “quienes intervienen en la comisión de un delito considerándose los dueños del delito porque ninguna otra voluntad está por encima de la suya en lo que concierne a su comisión. Partícipes son aquellas personas cuya voluntad está subordinada a la voluntad del autor y su *animus socii* se caracteriza por dejar a este último la decisión acerca de la comisión del hecho punible”<sup>196</sup>. Para Roxin, esta teoría es problemática en la medida en que “abre la puerta a casos sin autor, cuando quienes realizaron los elementos objetivos del delito creían que dejaban a otros la decisión acerca de cometerlo”<sup>197</sup>.

La Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI también en el caso *Lubanga*, estableció que las teorías subjetivas, adoptadas por la jurisprudencia del TPIY a través del concepto de la empresa criminal común, desplazan el foco del nivel de contribución en el crimen como criterio para para distinguir entre principales y accesorios, hacia el estado mental bajo el cual la contribución al crimen fue hecha. Como resultado, sólo aquellos que hicieron su contribución con la intención compartida de cometer el delito pueden ser considerados como autores del crimen, sin perjuicio del nivel de contribución<sup>198</sup>. En la misma decisión, la Sala estableció que el artículo 25(3) (a) leído conjuntamente con el artículo 25(3) (d) no adopta la teoría subjetiva para distinguir entre principales y accesorios en el crimen. En este sentido, la Sala estableció que al apartarse de la noción de coautoría, establecida en el artículo 25(3) (a), el artículo 25(3) (d) define el concepto

---

is not criminally responsible- cannot be reconciled with the idea of limiting the class of principals to those who physically carry out one or more of the objective elements of the offence.”

<sup>194</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 75.

<sup>195</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 76; Zugaldia J.M., *Derecho Penal: parte general* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002) pág. 732.

<sup>196</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 76.

<sup>197</sup> Roxin C., *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (6ed, Marcial Pons, Madrid, 1998) pág. 71. Citado en Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación en el Derecho Penal Internacional* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013) pág. 76.

<sup>198</sup> ICC, *Prosecutor vs Lubanga*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/06-803, enero 29 de 2007, párr. 329. “329. The subjective approach –which the approach adopted by the jurisprudence of the ICTY through the concept of joint criminal enterprise of the common purpose doctrine- moves the focus from the level of contribution to the commission of the offence as the distinguishing criterion between principal and accessories, and places it instead on the state of mind in which the contribution to the crime was made. As a result, only those who make their contribution with the share intent to commit the offence can be considered principals to the crime, regardless of the level of their contribution to its commission”. Traducción propia.

de (i) contribución a la comisión, a la tentativa de comisión de un crimen por un grupo de personas actuando bajo un propósito común, (ii) con el propósito de impulsar la actividad criminal del grupo o con conocimiento del propósito criminal<sup>199</sup>. De lo contrario, quien contribuye a la comisión del crimen debería ser considerado como autor y no como partícipe, lo que no tendría sentido con el artículo 25(3) (d) del Estatuto.

Finalmente, para las teorías *objetivo-materiales* la autoría y la participación se distinguen teniendo en cuenta “el nivel y la intensidad de la contribución a la ejecución de los elementos objetivos del delito. Así mismo, requieren el conocimiento por parte de quien interviene en la comisión del delito de la importancia de su contribución”<sup>200</sup>. Los partidarios de esta teoría manifiestan que reprocha en mayor medida la conducta de los autores en comparación con la de los partícipes y que resuelve los problemas de las teorías objetivo-formales en relación con la autoría mediata<sup>201</sup>.

El concepto de *dominio del hecho*, se enmarca en una posición objetivo-material del concepto de autor y de la distinción entre autoría y participación<sup>202</sup>. Según este concepto “autores son aquellos que dominan la comisión del delito en el sentido de que ellos deciden si el hecho será cometido y cómo será llevado a cabo”<sup>203</sup>, esto con independencia de que estén geográfica o estructuralmente lejos de la escena del crimen<sup>204</sup>. Así, son autores quienes tienen el dominio del hecho, es decir, la última palabra en la comisión del delito<sup>205</sup>.

La Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI en el caso *Katanga y Ngudjolo*, citando lo expresado en el caso *Lubanga* establece las razones por las cuales acoge el concepto del dominio del hecho para distinguir entre principales y accesorios en la comisión del crimen:

---

<sup>199</sup> ICC, *Prosecutor vs Lubanga*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/06-803, enero 29 de 2007, párr. 334. “334. Article 25(3) of the Statute, read in conjunction with article 25(3)(d), also does not take into account the subjective criteria for distinguishing between principals and accessories. In this regard, the Chamber notes that, by moving away from the concept of co-perpetration embodied in article 25(3)(a), article 25(3)(d) defines the concept of (i) contribution to the commission or attempted commission of a crime by a group of persons acting with a common purpose, (ii) with the aim of furthering the criminal activity of the group or in the knowledge of the criminal purpose”. Traducción propia.

<sup>200</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 76.

<sup>201</sup> Roxin C., *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (6ed, Marcial Pons, Madrid, 1998) pág. 58; Gimbernat A., *Autor y cómplice en derecho penal* (Universidad de Madrid, Madrid, 1966) págs. 115-117; Muñoz F., y García M., *Derecho penal: parte general* (5ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002) Pág. 448.

<sup>202</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 81.

<sup>203</sup> *Ibidem*.

<sup>204</sup> Olasolo H., *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes* (Hart Publishers, London, 2009) pág. 33

<sup>205</sup> Muñoz F., y García M., *Derecho penal: parte general* (5ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002) Pág. 448 y 449.

“El concepto de dominio del hecho constituye una tercera posición para distinguir entre autores y partícipes, que contrario a lo postulado por la Defensa, se aplica en numerosos sistemas jurídicos. El concepto en que se fundamenta esta tercera posición es que los autores de un delito no son sólo quienes llevan a cabo materialmente sus elementos objetivos, sino también quienes, a pesar de estar lejos de la escena del crimen, controlan o dirigen su comisión porque deciden sí, y cómo se cometerá el delito”<sup>206</sup>.

En el caso *Katanga y Ngudjolo* la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI aclaró que la metodología para decidirse por una de esta tres teorías fue analizar su consistencia con el Estatuto, que es la primera fuente de derecho aplicable para la Corte, de conformidad con el artículo 21(1) (a). La aplicación del Estatuto requiere no sólo usar un grupo de normas aplicando algunos de los significados posibles de sus palabras, sino que también requiere excluir, al menos, esas interpretaciones del Estatuto que podrían generar un *corpus juris* no sistémico de normas sin relación<sup>207</sup>.

En el mismo caso, la Sala de Cuestiones Preliminares estableció que esta teoría sintetiza los componentes objetivos y subjetivos. Así, para la Sala la doctrina del dominio sobre el hecho es una evolución de las teorías subjetiva y objetiva, de modo tal que efectivamente representa una síntesis de opiniones previamente opuestas y sin duda debe su amplia

---

<sup>206</sup> ICC, *Prosecutor vs Lubanga*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/06-803, enero 29 de 2007, párr. 320 “320. The control over the crime constitutes a third approach for distinguishing between principals and accessories which, contrary to the Defence claim, is applied in numerous legal systems. The notion underpinning this third approach is that principals to a crime are not limited to those who physically carry out the objective elements of the offence, but also include those who, in spite of being removed from the scene of the crime, control or mastermind its commission because they decide whether and how the offence will be committed”. Traducción tomada de Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación en el Derecho Penal Internacional* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013) pág. 81. En este mismo sentido ver: ICC, *Prosecutor vs Katanga y Ngudjolo*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07, septiembre 30 de 2008, párr. 480 “480. In the Lubanga Decision, the Chamber found that when a criminal offence is committed by a plurality of persons, the definitional criterion of the concept “joint commission” is linked to the distinguishing criterion between principals and accessories to a crime. After a concise analysis of the three main approaches for distinguishing between principals and accessories to a crime –the objective criterion approach, the subjective criterion approach and the “control over the crime” approach- the Chamber provided its reasons for supporting the leading approach of “control over the crime”.

<sup>207</sup> ICC, *Prosecutor vs Katanga y Ngudjolo*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07, septiembre 30 de 2008, párr. 481 “481. The methodology for deciding between these three approaches was to analyze their consistency with the Statute, which is the first source for this Court under article 21(1)(a) of the Statute. Application of the Statute requires not only resorting to a group of normas by applying any of the possible meanings of the words in the Statute but also requires excluding at least those interpretation of the Statute in which application would engender an asystematic corpus juris of unrelated norms”. Traducción propia.

aceptación a esta reconciliación de posiciones contrarias<sup>208</sup>. En el mismo sentido se pronunció la Sala de Cuestiones Preliminares II en el caso *Bemba*<sup>209</sup> y la Sala de Primera Instancia en el caso *Lubanga* en el 2012<sup>210</sup>.

En consecuencia, de conformidad con el artículo 25(3)(a) del ER, un autor es quien: (a) físicamente comete todos los elementos del crimen –comisión del crimen de manera directa-; (b) tiene, junto con otros, dominio del hecho en razón a la tarea esencial asignada a él (coautoría); (c) tiene control sobre la voluntad de aquellos que llevan a cabo los elementos objetivos del crimen (autoría mediata) y (d) tiene junto con otros control sobre la voluntad de aquellos que llevan a cabo los elementos objetivos del crimen (coautoría mediata). En palabras de la Sala de Cuestiones Preliminares I, en el caso *Al-Bashir*:

“La Sala resalta que, en los casos *Lubanga* y *Katanga* y *Ngudjolo*, la Cámara ha sostenido que el artículo 25(3)(a) del Estatuto establece el concepto de dominio del hecho como el criterio determinante para distinguir entre responsabilidad principal y accesoria. Además, la Cámara también sostuvo en los mismos casos que el artículo 25(3)(a) del Estatuto contempla las siguientes cuatro manifestaciones dominio del hecho: comisión directa, comisión a través de otra persona o autoría mediata, coautoría con fundamento en el dominio conjunto del hecho y coautoría mediata”<sup>211</sup>.

---

<sup>208</sup> ICC, *Prosecutor vs Katanga y Ngudjolo*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07, septiembre 30 de 2008, párr. 484. “484. By adopting the final approach of control over the crime, the Chamber embraces a leading principle for distinguishing between principals and accessories to a crime, one that synthesizes both objective and subjective components, since: [...] the doctrine of control over the crime corresponds to an evolution of subjective and objective approaches, such that it effectively represents a synthesis of previously opposed views and doubtless owes its broad acceptance to this reconciliation of contrary positions”. Traducción propia.

<sup>209</sup> ICC, *Prosecutor vs Bemba*, Pre-Trial Chamber II Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Jean Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, 15 June 2009, párr. 349. “349. The Chamber wishes to point out that the concept of co-perpetration or joint commission based on joint control over the crime as submitted in the Prosecutor’s Amended DCC encompasses objective as well as subjective elements. Thus, in order to hold Mr. Jean-Pierre Bemba criminally responsible as a “co-perpetrator” under the notion of control over the crime within the meaning of article 25(3)(a) of the Statute, the Chamber must be satisfied, on the basis of the evidence submitted, that both elements are fulfilled”. Traducción propia.

<sup>210</sup> ICC, *Prosecutor vs. Lubanga*, Judgment, ICC-01/04-01/06-2842, marzo 14 de 2012, párrs. 919 y 920, 993-999.

<sup>211</sup> ICC, *Prosecutor vs Al Bashir*, Pre-Trial Chamber I, Warrant of Arrest Decision, ICC-02/05-01/09-3, Marzo 04 de 2009, para. 210-212. “210. At the outset, the Chamber highlights that, in the *Lubanga* and the *Katanga* and *Ngudjolo* cases, the Chamber has held that article 25(3)(a) of the Statute embraces the notion of control of the crime as the determining criterion to distinguish

## 2.2 Autoría directa o material bajo el artículo 25(3)(a) del ER

El autor directo es la persona que realiza materialmente los elementos objetivos del delito con los elementos subjetivos que exige su definición<sup>212</sup>. Así, la ejecución material de los elementos objetivos del delito se convierte en el criterio de atribución objetiva que califica una contribución como autoría<sup>213</sup>. El artículo 25(3) (a) del Estatuto define esta clase de autoría como cometer un “delito por sí solo”. En palabras de la Sala de Cuestiones Preliminares I en el caso *Lubanga*:

“(…) sólo aquellos que tienen dominio sobre la comisión del delito, y tienen conciencia de este control, pueden ser considerados como autores porque (i) físicamente llevan a cabo los elementos objetivos del delito (comisión del delito en persona o autoría directa) (...)”<sup>214</sup>.

Esta clase de autoría se usa como punto de partida para la definición de los delitos y la descripción de sus elementos<sup>215</sup>. Con el fin de facilitar la comprensión de otras formas más complejas de autoría que se presentan a continuación, se realizará una breve aproximación a los elementos objetivos y subjetivos generales de los crímenes internacionales contemplados en el Estatuto de Roma, particularmente de los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

---

between principal and accessory liability. Furthermore, as the Chamber has held in the said cases, article 25(3)(a) of the Statute also embraces the following four manifestations of the notion of control of the crime: direct perpetration, perpetration through another person or indirect perpetration, co-perpetration based on joint control and indirect co-perpetration.” Traducción propia.

<sup>212</sup> Cassesse A., *International Criminal Law* (Oxford University Press, Oxford, 2003) pág. 180; Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación en el Derecho Penal Internacional* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013) pág. 83.

<sup>213</sup> Roxin C., *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (6ed, Marcial Pons, Madrid, 1998) pág. 47; Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación en el Derecho Penal Internacional* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013) pág. 83.

<sup>214</sup> ICC, Prosecutor vs Lubanga, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/06-803, enero 29 de 2007, párr. 332. “332 (...) only those who have control over the commission of the offence –and are aware of having such control- may be principals because (i) they physically carry out the objective elements of the offence (commission of the crime in person, or direct perpetration). Traducción propia. En los mismos términos ver: ICC, Prosecutor vs Katanga y Ngudjolo, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07, septiembre 30 de 2008, párr. 488. Traducción propia.

<sup>215</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 130.

## 2.2.1 Elementos objetivos y subjetivos de los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra bajo el ER

Según la Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI en el caso *Al-Bashir*, los elementos objetivos de los delitos establecidos en el ER se pueden dividir en: (i) contextuales, que son comunes a varios delitos (crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra), y (ii) específicos, que son propios de cada tipo penal<sup>216</sup>.

El concepto de **crímenes de lesa humanidad** hace referencia a delitos que por su naturaleza son masivos, cometidos contra comunidades humanas o sujetos pasivo plurales y de carácter organizado<sup>217</sup>. Por sus características particulares deben distinguirse del resto de la criminalidad organizada<sup>218</sup>. Los crímenes de lesa humanidad consisten en una o más acciones o delitos subyacentes realizados dentro de un determinado contexto que los singulariza<sup>219</sup>. De allí que sus elementos definitorios sean de naturaleza contextual y específica (en relación con los delitos concretos).

En relación con los elementos contextuales, de conformidad con el ER, se tienen como necesario probar que los actos específicos se cometieron como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Por ataque se entiende la comisión múltiple de actos en contra de una población civil a fin de cumplir o promover la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque<sup>220</sup>. Es decir, los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto cometidos contra una población civil<sup>221</sup> no deben ser esporádicos o aislados<sup>222</sup>. No es necesario que los actos constituyan un ataque militar. Se entiende que la “política de cometer ese ataque” requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil”<sup>223</sup>.

---

<sup>216</sup> ICC- Prosecutor vs Al Bashir, Pre-Trial Chamber I, Warrant of Arrest Decision, ICC-02/05-01/09-3, Mar 04 de 2009, para. 52. “ 52. According to the Statute and the Elements of Crimes, the definition of every crime within the jurisdiction of the Court includes both contextual and specific elements”. Traducción propia.

<sup>217</sup> De Prada Solaesa J., *Crímenes de Derecho Internacional. Crímenes contra la humanidad* en Olásolo H., y Cuenca S., *Perspectiva Iberoamericana sobre la Justicia Penal Internacional* (Volumen I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012) pág. 89.

<sup>218</sup> *Ibidem*.

<sup>219</sup> *Ibid.*, pág. 97.

<sup>220</sup> Ver: Elementos de los crímenes.

<sup>221</sup> O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (2ed., Nomos Verlag, 2008) pág. 24.

<sup>222</sup> *Ibid.*, pág. 158.

<sup>223</sup> Ver: Elementos de los crímenes.

Por generalizado se entiende la naturaleza de gran escala del ataque, que debe ser masivo, frecuente y ejecutado de manera colectiva, con seriedad considerable y dirigido en contra de una multiplicidad de víctimas<sup>224</sup>. En términos concretos este elemento se refiere a la amplia escala del ataque y al número resultante de víctimas<sup>225</sup>. En relación con el elemento de la sistematicidad debe decirse que hace referencia a la naturaleza organizada de los actos violentos y a la improbabilidad de que ocurran al azar<sup>226</sup>. Un ataque de naturaleza sistemática puede ser expresado a través de patrones criminales, en el sentido de la repetición no accidental y sí regular de una conducta criminal<sup>227</sup>. El adjetivo sistemático, así entendido deja ver el alto nivel de organización en los crímenes, que se expresa en patrones, uso de recursos públicos o privados, planeación, y la búsqueda de objetivos políticos.

Para identificar los elementos objetivos específicos que se corresponden con cada uno de los actos que pueden hacer parte de ese ataque, la atención debe dirigirse, además del ER, a Los Elementos de los Crímenes (EC), en donde se establece qué se entiende por cada una de las acciones definidas en el artículo 7 del Estatuto. Para el presente trabajo no se realizará un análisis concreto de los elementos de cada tipo penal que puede constituir un crimen de lesa humanidad. Basta aclarar que para que una persona sea considerada como autor o responsable principal de un crimen de lesa humanidad, deben concurrir todos los elementos objetivos, contextuales y específicos establecidos en el ER y en los EC.

---

<sup>224</sup> ICC, *Prosecutor vs Bemba*, ICC-01/05-01/08-424, junio 15 de 2009, párr. 83; ICTR, *Prosecutor vs Akayesu*, ICTR-96-4-T, septiembre 2 de 1998, párr. 580; ICTR, *Prosecutor vs. Musema*, ICTR-96-13-A, enero 27 de 2000, párr. 204.

<sup>225</sup> ICC, *Prosecutor vs Bemba*, ICC-01/05-01/08-424, junio 15 de 2009, párr. 83; ICTY, *Prosecutor vs Kordic and Cerkez*, IT-95-14/2-A, diciembre 17 de 2004, párr. 94; ICTY, *Prosecutor vs Blaskic*, IT-95-14-A, julio 29 de 2004, párr. 101; ICTY, *Prosecutor vs. Kunarac et al*, IT-96-23 & IT-96-23/1-A, junio 12 de 2002, párr. 94.

<sup>226</sup> ICTY, *Prosecutor vs Tadic*, IT-94-1-T, mayo 7 de 1997, párr. 648; ICTY, *Prosecutor vs Kordic and Cerkez*, IT-95-14/2-A, diciembre 17 de 2004, párr. 94; ICTY, *Prosecutor vs Blaskic*, IT-95-14-A, julio 29 de 2004, párr. 101.

<sup>227</sup> ICTY, *Prosecutor vs Kordic and Cerkez*, IT-95-14/2-A, diciembre 17 de 2004, párr. 94; ICTY, *Prosecutor v. Blagojevic and Jokic*, IT-02-60-T, enero 17 de 2005, párr. 545.

Delito internacional: Crimen de lesa humanidad (Art. 7 ER)	Elemento objetivo contextual	Elementos objetivos específicos
<p>“A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física (...).”.</p>	<p>1. Acto cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático.                  2. Acto cometido contra una población civil.                  3. Acto cometido con el fin de cumplir o promover la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque</p>	<p>Todos los elementos contenidos en el ER y en Los Elementos de los Crímenes (EC) en relación con el acto específico. Por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <u>Asesinato</u>: que el autor haya dado muerte a una o más personas (Art. 7.1.a. de EC)</li> <li>• <u>Tortura</u>: que el autor haya infligido a una o más personas graves dolores o sufrimientos físicos o mentales; que tuviera a esa o esas personas bajo su custodia o control y que el dolor o el sufrimiento no haya sido resultado únicamente de la imposición de sanciones legítimas, no fuese inherente ni incidental a ellas (Art 7.1.f).</li> </ul>

Por otra parte, de conformidad con el artículo 8 del ER se entiende por **crimen de guerra** ciertas conductas que constituyan: (i) infracciones a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949<sup>228</sup>; (ii) otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional<sup>229</sup>; (iii) en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las

<sup>228</sup> Estatuto de Roma, artículo 8(a), en donde se describen dentro de esta categoría las siguientes conductas: (i) El homicidio intencional; (ii) La tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; (iii) El hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud; (iv) La destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente; (v) El hecho de forzar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a servir en las fuerzas de una Potencia enemiga; (vi) El hecho de privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente; (vii) La deportación o el traslado ilegal o el confinamiento ilegal y (viii) La toma de rehenes.

<sup>229</sup> Estatuto de Roma, artículo 8(b), en donde se describen dentro de esta categoría las siguientes conductas: (i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades; (ii) Dirigir intencionalmente ataques contra bienes civiles, es decir, bienes que no son objetivos militares; (iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección

violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949<sup>230</sup>, (iv) no se entiende por crimen de guerra los actos cometidos en

otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados; (iv) Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea; (v) Atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, viviendas o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares; (vi) Causar la muerte o lesiones a un combatiente que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción; (vii) Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves; (viii) El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio; (ix) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares; x) Someter a personas que estén en poder de una parte adversa a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se lleven a cabo en su interés, y que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud; (xi) Matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo; (xii) Declarar que no se dará cuartel; (xiii) Destruir o apoderarse de bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo; (xiv) Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga; (xv) Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado al servicio del beligerante antes del inicio de la guerra; (xvi) Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto; (xvii) Emplear veneno o armas envenenadas; (xviii) Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogos; (xix) Emplear balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones; (xx) Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los artículos 121 y 123; (xxi) Cometer atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; (xxii) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra; (xxiii) Utilizar la presencia de una persona civil u otra persona protegida para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares; (xxiv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios, y contra personal que utilice los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional; (xxv) Hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra y (xxvi) Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades.

<sup>230</sup> Estatuto de Roma, artículo 8(c), en donde se describen dentro de esta categoría las siguientes conductas: (i) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en

situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos y (v) otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional<sup>231</sup>.

Básicamente, se tendrán como crímenes de guerra las infracciones al derecho internacional humanitario (DIH), cometidas en el marco de conflictos armados de carácter internacional o no internacional. Sobre los elementos contextuales de los crímenes de guerra las discusiones se han presentado principalmente en relación con el umbral mínimo que debe probarse para determinar la existencia de un conflicto armado, ya sea de naturaleza internacional o no internacional, teniendo en cuenta que ni el ER ni los EC los definen<sup>232</sup>.

---

todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura; (ii) Los ultrajes contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; (iii) La toma de rehenes y (iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido, con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables.

<sup>231</sup> Estatuto de Roma, artículo 8(e), en donde se describen dentro de esta categoría las siguientes conductas: (i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades; (ii) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios y contra el personal que utilicen los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional; (iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados; (iv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares; (v) Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto; (vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra; (vii) Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades; (viii) Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas; (ix) Matar o herir a traición a un combatiente adversario; (x) Declarar que no se dará cuartel; (xi) Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud y (xii) Destruir o apoderarse de bienes de un adversario, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo.

<sup>232</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05-01/08-424, PTC II, 15 June 2009, para. 217

Delito internacional: Crimen de guerra (Art. 8 ER)	Elemento objetivo contextual	Elementos objetivos específicos
<p>“A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra”:</p> <p>a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente: (...)</p> <p>b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: (...)</p> <p>c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa: (...)</p> <p>d) El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos (...).</p> <p>e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: (...)</p>	<p>Actos cometidos en el marco de un conflicto armado de carácter internacional o no internacional (respectivamente).</p> <p>Que los actos no fueran cometidos en situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores que no cumplen el umbral para ser calificado como conflicto armado.</p>	<p>Todos los elementos contenidos en el ER y en Los Elementos de los Crímenes (EC) en relación con el acto específico. Por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• El <u>homicidio intencional</u>: que el autor haya dado muerte a una o más personas y que esa persona o personas hayan estado protegidas en virtud de uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949 (Art. 8.2.a.i de EC).</li> <li>• <u>La tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos</u>: que el autor haya causado grandes dolores o sufrimientos físicos o mentales a una o más personas; que el autor haya causado los dolores o sufrimientos con una finalidad tal como la de obtener información o una confesión, castigar a la víctima, intimidarla o ejercer coacción sobre ella o por cualquier otra razón basada en discriminación de cualquier tipo y Que esa persona o personas hayan estado protegidas en virtud de uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949 (Artículo 8 2) a) ii)–2)</li> </ul>

En relación con los **elementos subjetivos de los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra**, el artículo 30 del ER establece los parámetros subjetivos generales que deben ser cumplidos para que una persona sea considerada como autor dentro del sistema del ER:

**Artículo 30. Elemento de intencionalidad**

1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.

2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:

- a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;

b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

3. A los efectos del presente artículo, por “conocimiento” se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras “a sabiendas” y “con conocimiento” se entenderán en el mismo sentido.

El artículo 30, se establece el elemento subjetivo aplicable, en principio, a todos los delitos recogidos en el ER: intención y conocimiento. Según Olásolo, el contenido de estos conceptos ha dado lugar a un amplio debate entre las diversas salas de la CPI y no es una cuestión del todo resuelta<sup>233</sup>. En la decisión de confirmación de cargos del caso *Lubanga* se estableció que el ER acoge el concepto de dolo como elemento subjetivo general, “lo que incluiría el dolo directo de primer grado, el dolo directo de segundo grado y el dolo eventual”<sup>234</sup>.

En el caso *Katanga y Ngudjolo* la Sala, aunque reafirmó lo dicho en relación con el dolo directo de primer grado, trajo consigo unos matices sobre el dolo directo de segundo grado. Esto, en la medida en que “-además de incluir como en el caso *Lubanga*, las situaciones en las que el sospechoso es consciente de que los elementos objetivos del delito serán la consecuencia de sus acciones u omisiones- incluye también aquellas otras situaciones en las que el sospechoso es consciente de que los elementos objetivos del

---

<sup>233</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 140.

<sup>234</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 141. Ver: ICC, Prosecutor vs Lubanga, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/06-803, enero 29 de 2007, párr. 351-353: “La referencia conjunta la intención y al conocimiento requiere la existencia de un elemento volitivo por parte del sospechoso. Este elemento volitivo comprende, en primer lugar, aquellas situaciones en las que el sospechoso: (i) sabe que sus acciones u omisiones producirán los elementos objetivos del delito y (ii) emprende esas acciones u omisiones con la intención concreta de realizar los elementos objetivos del delito (dolo directo de primer grado). Los elementos volitivos antes mencionados también comprenden otras formas del concepto de dolo a los que ya ha recurrido la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, esto es (i) situaciones en las que el sospechoso, sin tener la intención concreta de producir los elementos objetivos del delito, es consciente de que los mismos serán la consecuencia necesaria de sus acciones u omisiones (dolo directo de segundo grado), y (ii) situaciones en las que el sospechoso (a) es consciente del riesgo de que los elementos objetivos del delito puedan resultar de sus acciones y omisiones y (b) acepta ese resultado asumiéndolo o consintiéndolo”. En esta misma decisión la Sala explicó que el concepto de dolo eventual se aplica en dos escenarios: “En primer lugar si el riesgo de producir los elementos objetivos del delito es sustancial (existe el riesgo de una probabilidad sustancial de que “ocurrirá en el curso normal de los acontecimientos”), el hecho de que el sospechoso acepte la idea de producir los elementos objetivos del delito puede inferirse de: (i) su conocimiento de la probabilidad sustancial de que sus acciones u omisiones tengan como resultado la realización de los elementos objetivos del delito, y (ii) su decisión de llevar a cabo tales acciones u omisiones a pesar de este conocimiento. En segundo lugar, si el riesgo de producir los elementos objetivos del delito es bajo, el sospechoso debe haber aceptado clara y expresamente el hecho de que esos elementos objetivos puedan resultar de sus acciones u omisiones”. Traducción tomada de: Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación en el Derecho Penal Internacional* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013) pág. 141.

delito serán la consecuencia probable de sus acciones u omisiones (ocurrirán en el curso normal de los acontecimientos)-<sup>235</sup>. Esto introduce cierta ambigüedad al entendimiento del dolo directo de segundo grado bajo el ER.

En relación con el dolo eventual la Sala decidió no pronunciarse en esta decisión teniendo en cuenta que, a los efectos de los cargos analizados no resultaba necesario determinar si las situaciones de dolo eventual podrían estar cubiertos por los delitos sometidos a análisis pues para la Sala existían motivos fundados para creer que los delitos fueron cometidos con dolo directo<sup>236</sup>.

Posteriormente, en la decisión de confirmación de cargos del caso *Banda y Jerbo* la Sala de Cuestiones Preliminares exigió la aplicación de una “certeza virtual” de que la conducta del autor provocará los elementos objetivos del delito, que sale completamente del ámbito del dolo eventual<sup>237</sup> tal como habían sido planteados en la decisión del caso *Lubanga*. Sin embargo, en la reciente decisión de confirmación de cargos del caso *Mbarushimana* la Sala de Cuestiones Preliminares vuelve a la línea jurisprudencial establecida en los casos *Lubanga* y *Katanga*, admitiendo nuevamente el concepto de dolo eventual.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que además de los elementos subjetivos generales, el autor del hecho punible internacional, debe cumplir además con los elementos subjetivos específicos establecidos para cada acción concreta que puede constituir un delito de lesa humanidad o crimen de guerra bajo las disposiciones del Estatuto.

## 2.3 Autoría mediata en el artículo 25(3) (a) del ER

Autor mediato es aquel que aunque no realiza materialmente los elementos objetivos del delito, comete indirectamente el crimen utilizando al autor material como instrumento o herramienta controlada por su voluntad dominante<sup>238</sup>. Así, el autor mediato tiene el poder de decidir si el delito será cometido y cómo será llevado a cabo<sup>239</sup>. Bajo éste supuesto, el dominio del hecho se expresa en dominio de la voluntad, puesto que no se deriva de la

---

<sup>235</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 142. Ver: ICC, *Prosecutor vs Katanga y Ngudjolo*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07, septiembre 30 de 2008, párr. 529 y 530.

<sup>236</sup> ICC, *Prosecutor vs Katanga y Ngudjolo*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07, septiembre 30 de 2008, párr. 529 y 531.

<sup>237</sup> ICC, *Prosecutor vs Banda y Jerbo*, Corrigendum of the “Decision on the Confirmation of the Charges, ICC-02/05-03/09-121-RED, marzo 8 de 2011, párr. 156. Ver: Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación en el Derecho Penal Internacional* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013) pág. 143.

<sup>238</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 83.

<sup>239</sup> *Ibidem*.

ejecución material de los elementos objetivos del delito sino del poder de la voluntad dominante del autor mediato<sup>240</sup>.

El artículo 25(3) (a) del ER establece esta clase de autoría al referirse a la responsabilidad por la comisión de un crimen de competencia de la Corte, perpetrado “*por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable*”. La Sala de Cuestiones preliminares de la CPI estableció en los casos *Lubanga* y *Katanga* y *Ngudjolo* que esta clase de autoría se da cuando “se controla la voluntad de aquellos que llevan a cabo los elementos objetivos del delito (comisión del crimen a través de otra persona o autoría mediata)”<sup>241</sup>.

### 2.3.1 Autoría mediata usando un instrumento inocente

Como lo dice el artículo 25(3) (a) del ER, la autoría mediata se puede presentar bajo dos circunstancias: cuando se utiliza un instrumento no responsable y cuando se usa a una persona responsable. En el primer caso, la persona detrás del autor directo tiene el dominio del hecho porque controla la voluntad de aquel que físicamente lleva a cabo los elementos objetivos del crimen y debe ser responsable como autor<sup>242</sup>.

Esta es la aplicación más común del concepto de autoría mediata y, siguiendo a la Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI en el caso *Katanga* y *Ngudjolo*, la persona que es usada como instrumento para cometer el crimen –el agente inocente- puede argumentar en su defensa alguna causal de exoneración de responsabilidad. Por ejemplo, haber actuado bajo error, bajo coacción o no tener la capacidad de culpabilidad<sup>243</sup>. Para Werle,

---

<sup>240</sup> Roxin C., *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (6ed, Marcial Pons, Madrid, 1998) pág. 141; Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 83.

<sup>241</sup> ICC, *Prosecutor vs Lubanga*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/06-803, enero 29 de 2007, párr. 332. “332 (...) only those who have control over the commission of the offence –and are aware or having such control- may be principals because (...) (ii) they control the will of those who carry out the objective elements of the offence (commission of the crime through another person, or indirect perpetration) (...)”. Traducción propia

<sup>242</sup> Ambos K., *La parte general del derecho penal internacional: bases para una elaboración dogmática* (traducción de Ezequiel Malarino, Konrad-Adenauer-Stiftung, Uruguay, 2005) págs. 195 y 196; Werle G., *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005) pág. 217; Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación en el Derecho Penal Internacional* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013) pág. 181.

<sup>243</sup> ICC, *Prosecutor vs Katanga* y *Ngudjolo*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07, septiembre 30 de 2008, párr. 495 “495. The commission of a crime through another person is a model of criminal responsibility recognized by the world's major legal systems. The principal (the 'perpetrator-by-means') uses the executor (the direct perpetrator) as a tool or an instrument for the commission of the crime. Typically, the executor who is being used as a mere instrument will not be fully criminally responsible for his actions. As such, his innocence will depend upon the availability of acceptable justifications and/or excuses for his actions. Acceptable justifications and excuses include the person's: i) having acted under a mistaken belief; ii) acted

la autoría mediata bajo esta modalidad incluye las situaciones en donde el autor material no tiene la edad suficiente para ser considerado penalmente responsable<sup>244</sup>. En este sentido se han debatido ante la CPI los casos de *Lubanga* y *Katanga* y *Ngudjolo* relativo a “niños soldados”<sup>245</sup>.

### **2.3.2 Autoría mediata usando personas responsables: comisión de delitos a través de estructuras organizadas de poder**

En casos en que los instrumentos que se utilizan para cometer crímenes son plenamente responsables la autoría de aquel que no ejecuta los elementos objetivos del tipo es posible aplicando la teoría del dominio de la voluntad a través de estructuras organizadas de poder (EOP). Olásolo manifiesta que en esta clase de estructuras los verdaderos protagonistas del delito son los dirigentes pues quienes realizan materialmente los elementos objetivos no intervienen en la adopción de la decisión inicial, ni en la planificación y preparación de la ejecución del crimen<sup>246</sup>.

Siguiendo a Roxin, la ejecución de los crímenes bajo esta figura es posible a través de una decisión previa y su transmisión por una orden, sin importar la distancia que existe entre quien da la orden y el autor material<sup>247</sup>. Así, para Roxin, los principales protagonistas son los líderes políticos y militares que planean la comisión del crimen, dirigen la EOP y supervisan cómo los superiores de nivel medio definen con mayor detalle el plan por ellos orquestado y hacen seguimiento a la manera en que los miembros de menor rango de la estructura ejecutan los elementos objetivos del delito<sup>248</sup>. De esta manera, el dominio del hecho por el dirigente que actúa en una EOP no se

---

under duress; and/or iii) not having the capacity for blameworthiness”. Traducción propia. Ver también: Ambos K., *Article 25. Individual Criminal Responsibility* in O Triffterer (ed), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (Baden-Baden Nomos, 1999) pág. 479.

<sup>244</sup> Werle G., *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005) pág. 218; Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 182.

<sup>245</sup> Para ver un análisis sobre los efectos del consentimiento y la voluntad de los menores reclutados en el caso Lubanga: Ambos K., *El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas* (InDret, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, 2012) pág. 21. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/903a.pdf> Consultado el 9 de marzo de 2014. Ver también: Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación en el Derecho Penal Internacional* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013) pág. 183.

<sup>246</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 189.

<sup>247</sup> Roxin C., *Crimes as Part of Organized Power Structures* (Journal of International Criminal Justice, Oxford University Press, March, 2011) pág. 7.

<sup>248</sup> Roxin C., *Crimes as Part of Organized Power Structures* (Journal of International Criminal Justice, Oxford University Press, March, 2011) pág. 7; Muñoz F., *¿Cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?* (9th ed., Revista de Derecho Penal, Buenos Aires, 2002) pág. 62.

deriva de la ejecución material de los elementos objetivos del tipo, sino de su voluntad dominante sobre la de los autores materiales como resultado del dominio de la organización, se trata de un supuesto de autoría mediata por dominio de la voluntad<sup>249</sup>. De acuerdo con Ohlin, esta es una forma de atribución de responsabilidad que vincula un nivel de liderazgo con una organización de carácter vertical, que se extiende hacia abajo desde el líder hasta el ejecutor material quien, de hecho, activa el gatillo<sup>250</sup>.

Según Roxin, esta EOP tiene vida propia con independencia de la identidad de sus miembros fungibles<sup>251</sup>. De manera que, a diferencia de otro tipo de organizaciones, se caracterizan porque están organizadas en virtud de una estricta jerarquía, sus miembros son reemplazables y su funcionamiento se basa en un alto grado de automatismo en el cumplimiento de las órdenes<sup>252</sup>. Así, los líderes de la organizaciones tiene la certeza de que sus órdenes serán ejecutadas, con independencia de quién las lleve a cabo<sup>253</sup>, de hecho, el dirigente no sabe por lo general quien va a ejecutar su orden<sup>254</sup>. En palabras de Olásolo:

“Los dirigentes que controlan las estructuras organizadas de poder no necesitan recurrir a la coerción o al engaño de los autores materiales, porque saben que si un miembro de su organización se niega a cumplir sus órdenes, otro miembro las cumplirá automáticamente. En este tipo de situaciones, ls dirigentes sólo tienen que dar una orden para asegurarse de la comisión de los delitos, sin necesidad de llevar a cabo ningún otro acto de motivación o asistencia a los autores materiales. Por ello no perciben a aquellos subordinados que materialmente cometen los delitos como individuos responsables y libres, sino como miembros anónimos y reemplazables de la organización que dirigen. En consecuencia, es el dirigente quien mantiene el dominio del hecho, porque, como resultado del automatismo en el cumplimiento de las órdenes dentro de la organización, la comisión del delito no puede ser detenida por la oposición o resistencia de sus

---

<sup>249</sup> Roxin C., *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (6ed, Marcial Pons, Madrid, 1998) pág. 141; Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación en el Derecho Penal Internacional* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2013) pág. 191.

<sup>250</sup> Ohlin J., *Second-Order Linking Principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability* (Cornell Law Faculty Publications Paper 577, 2012) pág 2. Disponible en: <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2006&context=facpub> Consultado el 9 de marzo de 2014.

<sup>251</sup> Roxin C., *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (6ed, Marcial Pons, Madrid, 1998) pág. 245; Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación en el Derecho Penal Internacional* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2013) pág. 192.

<sup>252</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 192.

<sup>253</sup> *Ibidem*.

<sup>254</sup> Ambos K., y Grammer C., *Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Kasemann* (12 Revista Penal, 2003) pág. 28. Citado en Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación en el Derecho Penal Internacional* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2013) pág. 192.

subordinados, debido a que éstos son fungibles, y si se niegan a implementar su decisión, serán reemplazados por otros miembros de la organización”<sup>255</sup>.

En relación con los subordinados que realizan los elementos objetivos del delito, debe decirse que éstos pueden, de una parte, tener pleno conocimiento de las circunstancias subyacentes, y de otra, no actuar bajo coerción o error al momento de decidir sobre la ejecución del delito. En consecuencia, desde su punto de vista, ellos mantienen el dominio último del hecho, y son penalmente responsables como autores materiales<sup>256</sup>. De allí la expresión “autor detrás del autor” para identificar este modo de atribución de responsabilidad<sup>257</sup>.

En el sistema de la CPI, se ha justificado la utilización de este modo de atribución de responsabilidad por diferentes razones. En primer lugar, porque ha sido introducido expresamente por el ER. En segundo lugar, porque ha sido usado en diferentes jurisdicciones nacionales y ha sido aplicado en la jurisprudencia de otros tribunales internacionales<sup>258</sup>. En tercer lugar, la Sala consideró que este modo de atribución es adecuado para estudiar crímenes internacionales porque refleja muy bien cómo, entre más alto o alejado de la estructura está el perpetrador directo, mayor será la responsabilidad del dirigente o de quien domina el hecho<sup>259</sup>. Este razonamiento es fundamental teniendo en cuenta la naturaleza de los crímenes que caben dentro de la jurisdicción de la CPI, en donde la jerarquía en las estructuras criminales es directamente proporcional a la culpabilidad del perpetrador<sup>260</sup>.

---

<sup>255</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 192.

<sup>256</sup> Roxin C., *Taterschaft und Tatherrschaft* (7ed., De Gruyter, Berlín, 2000) pág. 245; ICC, *Prosecutor vs Katanga y Ngudjolo*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07, septiembre 30 de 2008, párr.499;

<sup>257</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 193.

<sup>258</sup> ICC, *Prosecutor vs Katanga y Ngudjolo*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07, septiembre 30 de 2008, párr. 500 “500. For the purposes of this Decision, the control over the crime approach is predicated on a notion of a principal's “control over the organisation”. The Chamber relies on this notion of “control over the organisation” for numerous reasons, including the following: (i) it has been incorporated into the framework of the Statute; (ii) it has been increasingly used in national jurisdictions; and (iii) it has been addressed in the jurisprudence of the international tribunals. Such notion has also been endorsed in the jurisprudence of Pre-Trial Chamber III of this Court”. Traducción propia.

<sup>259</sup> ICC, *Prosecutor vs Katanga y Ngudjolo*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07, septiembre 30 de 2008, párr. 503 citando la Corte de Distrito de Jerusaén en *The Attorney General v. Eichmann*, Caso No. 40/61, Judgment 36 I.L.R. 5-14, 18-276, diciembre 12 de 1961, párr. 197.

<sup>260</sup> Para fundamentar esta afirmación la Sala se basa en diferentes autores: Sancinetti M., *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción* (Buenos Aires, Hammurabi, Buenos Aires,1991) pág. 712 y ss. ; Sancinetti M., y Ferrante, M., *El derecho penal en la protección de los derechos humanos* (Hammurabi, 1999, Buenos Aires) pág. 313; Bacigalupo E., *Principios de Derecho Penal, Parte General* (Hammurabi, Buenos Aires,1987) pág- 334, entre otros.

La Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI, explicó en los casos *Katanga y Ngudjolo* (confirmación de cargos) y *Muammar y Saif Gaddafi y Abdullah Al-Senussi*<sup>261</sup> (orden de arresto) que de acuerdo con el principio de legalidad, para considerar responsable a un dirigente bajo esta forma de autoría es necesario que, pese a no realizar los elementos objetivos del delito, debe cumplir con todos los requisitos objetivos específicos previstos en su definición. Si el delito tiene un sujeto activo calificado (militar o funcionario público) el autor mediato debe cumplir con estas condiciones, de lo contrario será considerado como partícipe por haberlo ordenado o instigado. Adicionalmente, el autor mediato debe cumplir con todos los elementos subjetivos establecidos en la definición de los delitos, incluyendo cualquier dolo especial<sup>262</sup>. En palabras de la Sala en el caso *Muammar y Saif Gaddafi y Abdullah Al-Senussi*:

“Para que una persona sea considerada como responsable principal de un delito a título de autor mediato conforme al artículo 25(3)(a) del Estatuto [...] la jurisprudencia de la Corte ha establecido los siguientes requisitos comunes: (a) el sospechoso debe haber tenido control sobre la organización; (b) la organización debe consistir en un aparato de poder jerárquico y organizado; (c) la ejecución de los delitos debe estar asegurada a través del cumplimiento casi automático de las órdenes del sospechoso; (d) el sospechoso debe poseer todos los elementos subjetivos de los delitos; (e) el sospechoso debe ser consciente de las circunstancias fácticas que le permiten ejercitar su dominio del hecho por conducto de otro en el caso de la autoría mediata”<sup>263</sup>

---

<sup>261</sup> ICC, *Prosecutor vs M Gadaffi, S Gadaffi y Al Senuss*, Decision on Prosecutor’s application pursuant to article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar Gadaffi, Saif Al-Islam Gadaffi and Abdullah Alsenussi, ICC-01/11-12, junio 27 de 2011.

<sup>262</sup> ICC, *Prosecutor vs Katanga y Ngudjolo*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07, septiembre 30 de 2008, párr. 497. “497. The underlying rationale of this model of criminal responsibility is that the perpetrator behind the perpetrator is responsible because he controls the will of the direct perpetrator. As such, in some scenarios it is possible for both perpetrators to be criminally liable as principals: the direct perpetrator for his fulfilment of the subjective and objective elements of the crime, and the perpetrator behind the perpetrator for his control over the crime via his control over the will of the direct perpetrator”. Traducción propia.

<sup>263</sup> ICC, *Prosecutor vs M Gadaffi, S Gadaffi y Al Senuss*, Decision on Prosecutor’s application pursuant to article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar Gadaffi, Saif Al-Islam Gadaffi and Abdullah Alsenussi, ICC-01/11-12, junio 27 de 2011, párr. 69. “For a person to be considered criminally responsible as a principal to a crime pursuant to article 25(3)(a) of the Statute, as an indirect perpetrator or an indirect co-perpetrator, the jurisprudence of the Court has established the following common requirements: (a) the suspect must have control over the organization; (b) the organization must consist of an organized and hierarchical apparatus of power; (c) the execution of the crimes must be secured by almost automatic compliance with the suspect’s orders; (d) the suspect must fulfill the subjective elements of the crimes; (e) the suspect must be aware of the factual circumstances enabling him or her to exercise control over the crime through another person in the case of indirect perpetration (...)” Traducción propia.

La autoría mediata, como concepto autónomo y no como parte de la coautoría mediata (que se estudiará a continuación) fue aplicada en el caso de *Al Bashir*<sup>264</sup> en donde la Oficina del Fiscal solicitó la expedición de una orden de arresto ya que tenía motivos fundados para creer que el sospechoso era responsable como coautor, y de manera subsidiaria, responsable como autor mediato por la campaña contrainsurgente llevada a cabo en Darfur en contra de dos grupos armados de oposición<sup>265</sup>. Al Bashir, como presidente de jure y de facto del Estado de Sudán y Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas de Sudán, presuntamente movilizó fuerzas gubernamentales<sup>266</sup>, y con el propósito establecido, las fuerzas sistemáticamente atacaron parte de la población civil. Para la Sala de Cuestiones Preliminares I, Al Bashir jugó un rol esencial en coordinar, junto con otros altos mandos de las esferas políticas y militares de Sudán, el diseño e implementación de la campaña contrainsurgente. De manera subsidiaria se alegó que Al Bashir estaba en control total de todas las ramas del “aparato” de Estado de Sudán y utilizó este control para asegurar la implementación del plan común.

Teniendo claridad sobre las cuestiones generales de la aplicación de la autoría mediata en la CPI, a continuación se presentan con mayor detalle los elementos que han tenido en cuenta las Salas al analizar la aplicación de este modo de atribución de responsabilidad. Se inicia con la descripción de los **elementos objetivos** que deben ser verificados y posteriormente se hace una aproximación a los **elementos subjetivos**.

a) Elementos objetivos de la autoría mediata por EOP

De acuerdo con la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI son tres los elementos objetivos que deben cumplirse:

- Control sobre la organización por parte del líder o dirigente de la EOP

Para la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI es necesario que tanto el dirigente como los autores materiales pertenezcan a la misma estructura y que entre ellos haya una relación superior-subordinado, sin importar si la organización es de naturaleza estatal o ilegal<sup>267</sup>. Esto ha sido aceptado por la Sala de Cuestiones Preliminares en los casos *Katanga y Ngudjolo* y *William Ruto*<sup>268</sup>. En este sentido, la actividad que no impulsa

---

<sup>264</sup> ICC, *Prosecutor v. Al Bashir*, Pre-Trial Chamber I, Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, marzo 4 de 2009.

<sup>265</sup> El *Sudanese Liberation Movement/Army* (SLM/A) y el *Justice and Equality Movement* (JEM).

<sup>266</sup> Incluyendo las fuerzas armadas de Sudán (y sus aliados las milicias *Janjaweed*), la Fuerza Policial de Sudán, el Servicio de Inteligencia y Seguridad Nacional y la Comisión de Ayuda Humanitaria.

<sup>267</sup> ICC, *Prosecutor vs Katanga y Ngudjolo*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07, septiembre 30 de 2008, párr. 500-510.

<sup>268</sup> ICC, *Prosecutor vs Ruto, Kosgey y Sang*, Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/09-01/11-373, enero 23 de 2011, párr. 349.

a la organización a la realización de los elementos objetivos del delito por falta de control sobre la misma sólo da lugar a responsabilidad accesoria<sup>269</sup>.

Es necesario tener en cuenta que no todas las actividades de cada miembro del grupo son objeto del mismo grado de control y por esto se abren preguntas sobre el grado de control necesario para poder imputar al dirigente el hecho punible<sup>270</sup>. Así, la autoría mediata también se ocupa de los llamados superiores intermedios, que desde el punto de vista de los dirigentes son reemplazables; sin embargo, para Roxin, ellos mantienen el control último de los delitos de sus subordinados porque "(i) tienen pleno conocimiento de las circunstancias de hecho que subyacen a sus elementos objetivos; (ii) no actúan bajo coerción alguna al decidir si transmiten las instrucciones para llevarlos a cabo y (iii) perciben a sus subordinados como anónimos y reemplazables y, por lo tanto, no dejan en manos de los autores materiales la decisión última de cometer delitos"<sup>271</sup>.

Ambos, en contravía de lo expuesto por Roxin, considera que los mandos medios deben ser considerados como coautores en la medida en que ellos sólo controlan ciertos miembros de la organización, o a una parte de la organización, de manera que los más altos dirigentes pueden intervenir y bloquear dicho control<sup>272</sup>. Así, los mandos medios tienen un control parcial y no absoluto de los hechos. Ambos también reconoce que esta no es la solución ideal al problema teniendo en cuenta que existe una relación de subordinación entre los mandos medios y los autores materiales lo que dificulta un verdadero acuerdo de voluntades y una división de funciones, especialmente si ni siquiera se conocen<sup>273</sup>. Ambos encuentra la salida al afirmar que es suficiente para que se produzca un acuerdo informal que los autores materiales manifiesten, mediante la pertenencia a la organización, que están de acuerdo con las líneas de actuación que para la misma establecen sus dirigentes<sup>274</sup>. Y, en relación con la división de funciones, Ambos manifiesta que la misma no tiene que interpretarse de manera estricta y no debe excluir los actos de preparación del superior intermedio que consista en planificar, preparar y ordenar la ejecución del delito<sup>275</sup>.

---

<sup>269</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación en el Derecho Penal Internacional* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2013) pág. 205.

<sup>270</sup> Weigend T., *Perpetration through an Organisation. The Unexpected Career of a German Legal Concept* (9 Journal of International Criminal Justice, 2011) pág. 104.

<sup>271</sup> Roxin C., *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (6ed, Marcial Pons, Madrid, 1998) pág. 245.

<sup>272</sup> Ambos K., *The Fujimori Judgment. A President's Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus* (9 Journal of International Criminal Justice, 2011) pág. 151.

<sup>273</sup> *Ibid.*, pág. 152.

<sup>274</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 209.

<sup>275</sup> Ambos K., *The Fujimori Judgment. A President's Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus* (9 Journal of International Criminal Justice, 2011) pág. 152-153.

Más allá de las discusiones entre los doctrinantes, la jurisprudencia de la CPI ha abordado el problema de la responsabilidad de los superiores intermedios, particularmente en el caso *Muammar y Saif Gaddafi y Abdullah Al-Senussi* (orden de arresto) en donde se imputó a *Abdullah Al-Senussi*, jefe de los servicios de inteligencia militar libios, los delitos cometidos por las fuerzas armadas bajo su mando en Benghazi en febrero de 2011, a pesar de que se encontraba en un segundo escalón del aparato de poder del Estado de Libia, por debajo de Muammar Gadafi<sup>276</sup>.

- Existencia de un aparato de poder organizado y jerarquizado

La Sala encontró que la organización debe estar basada en relaciones jerárquicas entre los superiores y los subordinados. La organización también debe estar compuesta de un número suficiente de subordinados para garantizar que las órdenes de los superiores serán llevadas a cabo, si no por un subordinado, entonces por otro<sup>277</sup>. Desde el punto de vista de la Sala, es fundamental que el jefe o el líder, ejerza su autoridad y control sobre el aparato y que su autoridad y control se manifiesten en el cumplimiento de sus órdenes por parte de los subordinados. Los medios para ejercer este control pueden estar incluidos en la capacidad para contratar, entrenar, imponer disciplina o proveer de recursos a los subordinados<sup>278</sup>. El líder debe usar su control sobre el aparato para la ejecución de los crímenes, lo que quiere decir que el líder debe usar el control sobre el aparato para ejecutar los crímenes, lo que quiere decir que el líder –como autor detrás del autor- moviliza su autoridad y poder dentro de la organización para asegurar el cumplimiento de sus órdenes<sup>279</sup>.

- Ejecución de los crímenes asegurada por el cumplimiento casi automático de las órdenes

En esencia, el control del líder sobre el aparato le permite utilizar a sus subordinados como un simple engranaje dentro de una máquina gigante, que produce automáticamente el delito<sup>280</sup>. Esta mecanización busca, sobre todo, asegurar que la ejecución exitosa del plan no se vea afectada por ninguna falla particular de ningún subordinado en el cumplimiento de la orden. Cualquier subordinado que incumpla la orden puede ser simplemente remplazado por otro que sí la cumpla; así quien, en efecto,

---

<sup>276</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 210.

<sup>277</sup> ICC, *Prosecutor vs Katanga y Ngudjolo*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07, septiembre 30 de 2008, párr. 512.

<sup>278</sup> ICC, *Prosecutor vs Katanga y Ngudjolo*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07, septiembre 30 de 2008, párr. 513.

<sup>279</sup> ICC, *Prosecutor vs Katanga y Ngudjolo*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07, septiembre 30 de 2008, párr. 514 y Roxin C., *Tatterschaft un Tatterschaft*, pág. 245.

<sup>280</sup> ICC, *Prosecutor vs Katanga y Ngudjolo*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07, septiembre 30 de 2008, párr. 515; Roxin C., *Tatterschaft und Tatterschaft* (7ed., De Gruyter, Berlín, 2000) pág. 24.

es el ejecutor de la orden es sencillamente un individuo fungible. Como tal, la organización debe ser lo suficientemente grande para proporcionar un suministro suficiente de subordinados<sup>281</sup>.

Según Olásolo, los elementos 2 y 3 (existencia de un aparato de poder jerárquico y organizado que asegure el cumplimiento automático de las órdenes) pueden combinarse en el requisito de **“automatismo en el cumplimiento de las órdenes dentro de la organización”**<sup>282</sup>. Estos elementos garantizan que la voluntad dominante del dirigente será realizada por alguno de los subordinados, independientemente de quien la lleve a cabo. A continuación se presentan los sub-criterios que se han desarrollado al interior de la CPI y de otras jurisdicciones nacionales que permiten analizar este elemento.

- **Fungibilidad de los miembros de la organización: fungibilidad negativa simultánea**

La fungibilidad simultánea es el criterio más común usado por la CPI y otras jurisdicciones nacionales para fundamentar el automatismo en el cumplimiento de las órdenes. Este criterio requiere, de una parte, una estricta estructura jerárquica, y de otra, que la organización sea lo suficientemente amplia para afirmar que sus miembros tienen un carácter intercambiable, y que así funcione la sustitución automática en caso de alguna negativa a cumplir a una orden<sup>283</sup>. La Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI en el caso *Katanga y Ngudjolo* estableció al respecto que:

“Además, las características particulares del aparato organizado y jerárquico permiten al dirigente garantizar efectivamente la comisión de los delitos. En esencia, el control del dirigente sobre el aparato le permite utilizar a sus subordinados como “un mero engranaje en una máquina gigante” para producir en resultado delictivo “automáticamente” [...] Sobre todo, esta “mecanización” procura asegurar que la ejecución exitosa del plan no se verá comprometida porque algún subordinado particular no cumpla con la orden. Cualquiera de los subordinados que no cumpla puede ser simplemente reemplazado por otro que lo hará, el ejecutor real de la orden simplemente es un individuo fungible. Como tal, la organización también debe ser suficientemente grande como para proporcionar un número suficiente de subordinados [...] La principal característica de este tipo de organización es un mecanismo que permite a sus más altas autoridades asegurar el cumplimiento automático de sus órdenes. Por lo tanto, “dicha organización desarrollar concretamente una vida que es independiente de la composición variable de sus miembros. Ella funciona sin depender de la identidad individual del ejecutor, como si fuera automática”. Por lo tanto, la autoridad que emite una orden dentro de una organización tal asume un tipo de responsabilidad diferente a la de los casos ordinarios de emisión de órdenes criminales. En estos último casos, el artículo 25(3)(b) del Estatuto establece que un dirigente o comandante que ordena la comisión de un delito puede ser considerado partícipe”.<sup>284</sup>

---

<sup>281</sup> *Ibidem*.

<sup>282</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 197.

<sup>283</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 197.

<sup>284</sup> ICC, *Prosecutor vs Katanga y Ngudjolo*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07, septiembre 30 de 2008, párr. 515 a 517. “515. In addition, particular characteristics of the organised and hierarchical apparatus enable the leader to actually secure the commission of crimes. In essence, the leader’s control over the apparatus allows him to utilise his subordinates as “a mere gear in a giant machine” in order to produce the criminal result

Esta clase de fungibilidad, aplicada en la práctica, trae problemas en el caso de grupos que tienen “un tamaño limitado o actúan a través de pequeñas unidades (comandos o frentes) desplegados en diversas áreas geográficas que si bien pueden encontrarse dirigidas por un comando o autoridad central, no tienen un alto grado de comunicación y coordinación horizontal con otras unidades del grupo desplegadas en otras áreas”<sup>285</sup>. Este problema se ha presentado en el marco de la jurisprudencia internacional comparada, y se ha resuelto a través de los criterios de *fungibilidad negativa sucesiva* y *fungibilidad positiva*. A continuación se hará una breve aproximación a estos conceptos, aclarando que en el marco de la jurisprudencia vigente de la CPI no son aplicables.

Ambos nuevos criterios corresponden a una interpretación extensiva de la fungibilidad negativa simultánea. En primer lugar, la *fungibilidad negativa sucesiva* hace referencia a los casos en donde si un miembro de la estructura no cumple con una orden impartida por el dirigente otro miembro lo reemplazará automáticamente para llevar a cabo el objetivo, pero en un momento posterior. Olásolo describe cómo fue usado este criterio en el juicio llevado a cabo en contra de Abimael Guzmán, dirigente guerrillero peruano<sup>286</sup>:

“La Sala Penal de la Corte Suprema del Perú, en su sentencia de 14 de diciembre de 2007 en el caso contra Abimael Guzmán (fundador y máximo dirigente de la organización guerrillera maoísta Sendero Luminoso) por la masacre de 69 campesinos en la localidad de Lucanamarca ocurrida el 3 de abril de 1983 [...] si un miembro de sendero luminoso no cumplía con una orden impartida por la Dirección del Comité Permanente/Comité Central,

---

“automatically”: [...] the direct author of the crime is still a free and responsible agent, who is punishable as the perpetrator with personal responsibility. But this circumstance is irrelevant in relation to the control exercised by the intellectual author, since from his viewpoint, the perpetrator does not represent a free and responsible individual, but an anonymous, interchangeable figure. While his power of control over his own actions is unquestionable, the perpetrator is nonetheless, at the same time, a mere gear in the wheel of the machinery of power who can be replaced at any time, and this dual perspective places the intellectual author alongside the perpetrator at the heart of events. 516. Above all, this “mechanisation” seeks to ensure that the successful execution of the plan will not be compromised by any particular subordinate's failure to comply with an order.<sup>682</sup> Any one subordinate who does not comply may simply be replaced by another who will; the actual executor of the order is merely a fungible individual. As such, the organisation also must be large enough to provide sufficient supply of subordinates. 517. The main attribute of this kind of organisation is a mechanism that enables its highest authorities to ensure automatic compliance with their orders. Thus, “[s]uch Organisation develops namely a life that is independent of the changing composition of its members. It functions, without depending on the individual identity of the executant, as if it were automatic.” An authority who issues an order within such an organisation therefore assumes a different kind of responsibility than in ordinary cases of criminal ordering. In the latter cases, article 25(3)(b) of the Statute provides that a leader or commander who orders the commission of a crime may be regarded as an accessory”. Traducción tomada de Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación en el Derecho Penal Internacional* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2013) pág. 198.

<sup>285</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 198.

<sup>286</sup> Corte Suprema de Perú, Sala Penal, sentencia de 14 de diciembre de 2007. Caso No. 5385-200.

otro miembro lo reemplazaría automáticamente para realizar ese cometido en un momento posterior<sup>287</sup>.

Para Olásolo, la Sala Penal ha logrado desvirtuar notablemente el requisito pues bastaría con mostrar que se trata de una organización en la que, antes o después, las órdenes impartidas se cumplen, con independencia del tiempo que pase entre la emisión de la orden y su ejecución<sup>288</sup>, esto puede tener como consecuencia que con el tiempo pierda valor la realización del objeto de la orden y el líder no pueda utilizar la organización para cumplir su objetivo, y en este sentido, no se puede hablar de autoría mediata a través de EOP<sup>289</sup>.

Por otra parte, también en Perú, la Sala Especial Penal de la Corte Suprema en el caso en contra del ex presidente Fujimori<sup>290</sup> aplicó el criterio de la *fungibilidad positiva*, según el cual el líder de la EOP, para evitar errores en el cumplimiento de sus órdenes “selecciona a un conjunto de posibles autores materiales entre los miembros más cualificados de la organización a los efectos de llevar a cabo el hecho punible<sup>291</sup>. Así, aunque el grupo sea pequeño, no se excluye la fungibilidad pues han sido seleccionados y entrenados para estas operaciones.

Para Olásolo no está claro si este es un criterio de fungibilidad o de un criterio de la *actitud favorable* de los miembros del grupo al cumplimiento de las órdenes, como consecuencia de su motivación política e ideológica, que “encontraría su fundamento en el proceso de selección, el intenso entrenamiento y la actuación en la clandestinidad al que se ven sometidos los miembros del grupo (...) En consecuencia la idoneidad del criterio habría que analizarla a luz del criterio de la actitud favorable<sup>292</sup>.

- La actuación al margen de la ley de manera no excepcional de la organización

Este es un elemento que si bien no ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la CPI, se encuentra en la teoría originalmente propuesta por Roxin. Bajo este criterio, la actuación de la EOP se conforma a lo normalmente dispuesto en la ley, una orden ilícita de sus dirigentes puede no ser suficiente para que se cumpla<sup>293</sup>. Según Olásolo, en este escenario, los autores materiales tendrían que ser cuidadosamente seleccionados e individualmente incorporados al plan común, por lo que no serían reemplazables. Muy pocas personas dentro de la organización estarían dispuestas a cumplir la orden ilícita, especialmente si esta evade el modo regular de funcionamiento de la organización<sup>294</sup>. Así, los delitos se cometerían en contra de la EOP y no a través de ella. Para Ambos, sin embargo, este no es un requisito decisivo para predicar el automatismo de la EOP; para él lo realmente importante es que el dirigente pueda controlar la organización de tal

---

<sup>287</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 198.

<sup>288</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 199.

<sup>289</sup> *Ibidem*.

<sup>290</sup> Corte Suprema de Perú, Sala Penal Especial, sentencia de primera instancia contra Alberto Fujimori, 7 de abril de 2009, No. AV 19-2001.

<sup>291</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 199.

<sup>292</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 200.

<sup>293</sup> Roxin C., *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (6ed, Marcial Pons, Madrid, 1998) pág. 242.

<sup>294</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 200 y 201.

manera que sus miembros sean piezas en el engranaje de un aparato criminal sin capacidad de influir en la ejecución de las órdenes<sup>295</sup>.

#### b) Elementos subjetivos de la autoría mediata por EOP

En relación con los **elementos subjetivos** que deben ser cumplidos para atribuir responsabilidad como autor mediato a través de una EOP, debe decirse que la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI resaltó que el delito debe ser cometido llevando a cabo todos los elementos subjetivos de cada crimen particular, incluyendo cualquier *dolus specialis* o intención ulterior<sup>296</sup>. Dentro del sistema del ER, como se vio, para identificar estos elementos subjetivos debe acudir al artículo 30 del Estatuto que establece los elementos subjetivos generales que deben probarse para atribuir un crimen de competencia de la CPI.

La Sala de Cuestiones Preliminares en el caso *Katanga y Ngudjolo* estableció que el artículo 30 descrito identifica los elementos de “intención” y “conocimiento”, es decir, la existencia de un elemento volitivo. Este elemento puede ser entendido como un dolo directo en primer grado<sup>297</sup> o dolo directo en segundo grado<sup>298</sup>. En relación con la posibilidad de aplicar dolo eventual la Sala evadió la discusión teniendo en cuenta que esta circunstancia no era directamente aplicables a los hechos del caso. En conclusión, intención y conocimiento son los elementos subjetivos a tener en cuenta siempre que la definición del crimen sometido a estudio no contenga expresamente elementos subjetivos diferentes<sup>299</sup>.

## 2.4 Coautoría mediata en el ER

El concepto de coautoría mediata combina dos manifestaciones del concepto de dominio del hecho: dominio funcional y control de la voluntad por EOP. Esta teoría ha sido aplicada en la CPI

<sup>295</sup> Ambos K., *The Fujimori Judgment. A President's Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus* (9 Journal of International Criminal Justice, 2011) pág. 154.

<sup>296</sup> ICC, *Prosecutor vs Katanga y Ngudjolo*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07, septiembre 30 de 2008, párr. 527.

<sup>297</sup> De conformidad con la Sala de Cuestiones Preliminares este elemento volitivo abarca, en primer lugar, aquellas situaciones en las cuales el sospechoso: (i) sabe que sus acciones u omisiones traerán consigo los elementos objetivos del delito; y (ii) emprende estas acciones u omisiones con el propósito expreso de producir los elementos objetivos del crimen. Ver: ICC, *Prosecutor vs Katanga y Ngudjolo*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07, septiembre 30 de 2008, párr. 529. “529. This volitional element encompasses, first and foremost, those situations in which the suspect: (i) knows that his or her actions or omissions will bring about the objective elements of the crime; and (ii) undertakes such actions or omissions with the express intent to bring about the objective elements of the crime”.

<sup>298</sup> De conformidad con la Sala de Cuestiones Preliminares esta forma de dolo se aplica en situaciones en donde, aunque el sospechoso no tiene la intención de producir los elementos objetivos del delito, si tiene conciencia de que estos elementos se producirán como consecuencia del curso ordinario de los eventos. Ver: ICC, *Prosecutor vs Katanga y Ngudjolo*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07, septiembre 30 de 2008, párr. 530. “530. This form of *dolus* concerns those situations in which although the suspect does not have the intent to bring about the objective elements of the crime, he is nonetheless aware that it (the consequence) will occur in the ordinary course of events”.

<sup>299</sup> ICC, *Prosecutor vs Katanga y Ngudjolo*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07, septiembre 30 de 2008, párr. 532.

por las Salas de Cuestiones Preliminares I, II y III en los casos *Katanga y Ngudjolo, Bemba, Al Bashir, Abu Garda, Ruto y Kosgey, Muthaura y Kenyatta, Muammar y Said Gadaffi y Nbagbo*. Antes de realizar un estudio minucioso sobre la aplicación de esta teoría al interior de la CPI, es necesario explicar el concepto de coautoría por dominio funcional del hecho. Esto, teniendo en cuenta que la coautoría mediata no es otra cosa que la aplicación conjunta de la autoría mediata (ya analizada) y la coautoría por dominio funcional.

#### **2.4.1 Coautoría basada en el dominio funcional del hecho: artículo 25(3) (a) del ER**

De acuerdo con el concepto de dominio conjunto o funcional del hecho, la contribución de varias personas a la comisión de un delito equivale a la coejecución con fundamento en el principio de división de tareas<sup>300</sup>. Así “la suma de las contribuciones individuales consideradas como un todo equivale a la consumación de los elementos objetivos del delito. El dominio sobre el hecho de cada coautor se basa en la división de funciones”.<sup>301</sup> En este sentido, “los coautores sólo pueden ejecutar el plan común en la medida en que actúen conjuntamente, y cada coautor, debido a la contribución esencial que le ha sido asignada, puede frustrar su ejecución negándose a realizarla”.<sup>302</sup> En la sentencia de primera instancia del caso *Lubanga*, la Sala de Primera instancia estableció que

“la mayoría opina que la contribución del coautor debe ser esencial, como ha sido consistente e invariablemente establecido por la jurisprudencia de esta Corte. El Estatuto diferencia entre la responsabilidad de aquellas personas que cometen un crimen (artículo 25(3) (a)) y los partícipes en el crimen (artículo 25(3)(b) a (d)). Sería posible expandir el concepto de responsabilidad principal (o comisión o perpetración), para darle una aplicación más amplia al disminuir el umbral de lo esencial de la contribución del acusado. Sin embargo, disminuir este umbral le quitaría a la noción de responsabilidad principal su capacidad para expresar la reprochabilidad de aquellos máximos responsables de los crímenes más graves bajo el derecho internacional”<sup>303</sup>.

<sup>300</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación en el Derecho Penal Internacional* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013) pág. 83.

<sup>301</sup> Jescheck H., y Weigend T., *Lehrbuch des Strafrechts* (5ed., Duncker & Humblot, Berlín, 1996) pág. 674; Otto H., *Strafrecht Allgemeiner Teil* (6ed., No. 57, 2000); Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación en el Derecho Penal Internacional* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013) pág. 83.

<sup>302</sup> Roxin C., *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (6ed, Marcial Pons, Madrid, 1998) pág. 141; Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación en el Derecho Penal Internacional* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013) pág. 83.

<sup>303</sup> ICC, *Prosecutor vs. Lubanga, Judgment*, ICC-01/04-01/06-2842, marzo 14 de 2012, párr. 999. “999. The Majority is of the view that the contribution of the coperpetrator must be essential, as has been consistently and invariably established in this Court’s jurisprudence.2705 The Statute differentiates between the responsibility and liability of those persons who commit a crime (at Article 25(3)(a)) and those who are accessories to it (at Articles 25(3)(b) to (d)). It would be possible to expand the concept of principal liability (or “commission” or “perpetration”), to make it more widely applicable, by lowering the threshold that the accused’s contribution be essential. However, lowering that threshold would deprive the notion of principal liability of its capacity to express the blameworthiness of those persons who are the most responsible for the most serious crimes of international concern. Instead, a notion of coperpetration that requires an essential contribution allows for the different degrees of responsibility to be properly expressed and addressed”. Traducción propia.

El elemento central de la coautoría es la posición clave de cada coautor, como consecuencia del carácter esencial de la contribución que le ha sido asignada a cada uno de ellos en la ejecución del plan común<sup>304</sup>, así, dependen uno del otro y sólo si todos realizan sus contribuciones esenciales de una manera coordinada se consumarán los elementos objetivos del delito. Desde otro punto de vista, esta asignación de una función especial hace que cada coautor tenga la capacidad de interrumpir la ejecución del plan común –y los elementos objetivos del delito- al negarse a llevar a cabo su contribución.

La noción de coautoría se encuentra en las palabras “junto con otro” del artículo 25(3)(a) del ER. Para determinar el significado de la coautoría la Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI en el caso *Lubanga*, utilizó principalmente el comentario de Ambos al artículo 25ER<sup>305</sup>. En esencia, la Sala tomó en consideración los siguientes elementos:

- (i) La división de las tareas esenciales entre dos o más personas que tienen un acuerdo o plan común;
- (ii) El hecho de que teniendo en cuenta la división de las tareas esenciales, cuando éstas se consideran como un todo, resultan en la realización del crimen, y
- (iii) Cada persona que contribuye con una tarea esencial puede ser considerada como autor<sup>306</sup>.

La Sala de Primera Instancia I de la CPI siguió éste mismo enfoque cuando expidió la sentencia en contra de Lubanga en marzo de 2012<sup>307</sup>, en donde estableció la necesidad de llenar los siguientes requisitos:

- (i) El imputado debe ser parte de un acuerdo o plan común entre dos o más personas<sup>308</sup>
- (ii) Todos y cada uno de los coautores, incluido el imputado, deben realizar de manera coordinada sus aportes esenciales, cuya suma ha de resultar en la realización de los elementos objetivos del delito<sup>309</sup>.

---

<sup>304</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 492.

<sup>305</sup> Ambos K, *Article 25. Individual Criminal Responsibility*, in O Triffterer (ed), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (Baden-Baden Nomos,1999) at p. 479. “Co-perpetration is no longer included in the complicity concept but recognized as an autonomous form of perpetration. It is characterized by a functional division of the criminal tasks between the different (at least two) co-perpetrators, who are normally interrelated by a common plan or agreement. Every co-perpetrator fulfills a certain task which contributes to the commission of the crime and without which the commission would not be possible. The common plan or agreement forms the basis of a reciprocal or mutual attribution of the different contributions holding every co-perpetrator responsible for the whole crime.”

<sup>306</sup> ICC, *Prosecutor vs Lubanga*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/06-803, enero 29 de 2007, párr. 340.

<sup>307</sup> ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, Trial Chamber I, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/06, marzo 24 de 2012.

<sup>308</sup> ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, Trial Chamber I, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/06, marzo 24 de 2012, párr. 1006 y 1018.

a) Elementos objetivos de la coautoría por dominio funcional

A continuación se presentan los requisitos objetivos que deben ser verificados, de conformidad con la jurisprudencia de la CPI, para hacer responsable a un sospechoso en calidad de coautor por dominio funcional del hecho. En primer lugar, de acuerdo a las decisiones de la Sala de Cuestiones Preliminares I y la Sala de Primera Instancia, se deben cumplir dos **requisitos objetivos**:

- La existencia de un acuerdo o plan común entre dos o más personas

La existencia de este plan común<sup>310</sup> es inherente al concepto de coautoría, en la medida en que una persona es considerada como coautor del delito (en su totalidad) en la medida en que le son atribuibles las contribuciones llevadas a cabo por los otros coautores. Esta atribución es posible porque fueron llevadas a cabo de manera coordinada en ejecución de un plan común<sup>311</sup>.

Este plan común es necesario porque los coautores son interdependientes; para actuar de modo coordinado necesitan haber logrado un acuerdo sobre la comisión del crimen<sup>312</sup> y así se tiene la conexión entre los individuos<sup>313</sup>. Las personas que tienen una conexión diferente a este plan común, pueden ser consideradas como partícipes en el delito pero no como coautores<sup>314</sup>. Este plan común debe tener un **componente de criminalidad**<sup>315</sup>, sin embargo, no necesita estar específicamente dirigido a la comisión de un delito:

“en opinión de la mayoría de la Sala, la Fiscalía no tiene por qué probar que el plan fuera específicamente dirigido a cometer el delito en cuestión (reclutamiento, alistamiento y utilización de niños), o que tuviera una naturaleza criminal en sí mismo, tal y como lo alega la defensa. Sin embargo, es necesario que al menos la Fiscalía establezca que el plan común contenía un elemento de criminalidad, es decir, que su ejecución suponía un nivel de riesgo suficiente como para poder afirmar que, si los acontecimientos seguían su curso normal, el delito sería cometido”<sup>316</sup>.

---

<sup>309</sup> ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, Trial Chamber I, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/06, marzo 24 de 2012, párr. 1006 y 1018.

<sup>310</sup> ICC, *Prosecutor vs Lubanga*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/06-803, enero 29 de 2007, párr. 343.

<sup>311</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 495.

<sup>312</sup> Olásolo H., *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes* (Oxford and Portland, Oregon, 2010) pág. 277; ICC, *Prosecutor vs Lubanga*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/06-803, enero 29 de 2007, párr. 368-382.

<sup>313</sup> ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, Trial Chamber I, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/06, marzo 24 de 2012, párr. 981.

<sup>314</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación en el Derecho Penal Internacional* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013) pág. 496

<sup>315</sup> ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, Trial Chamber I, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/06, marzo 24 de 2012, párr. 344; ICC, *Prosecutor vs Katanga y Ngudjolo*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07, septiembre 30 de 2008, párr. 523.

<sup>316</sup> ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, Trial Chamber I, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/06, marzo 24 de 2012, párr. 984.

La Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI definió el acuerdo no tiene que ser explícito y su existencia puede ser inferida de las acciones subsecuentes que fueron concertadas por los coautores<sup>317</sup>. Así, el contenido del elemento de criminalidad se puede dar por cumplido bajo tres posibles situaciones<sup>318</sup>:

- Cuando el plan común se dirige a la realización del delito
- Cuando el fin último del plan común es lícito, pero el delito es una consecuencia necesaria para alcanzar dicho fin
- Cuando el fin último y los medios inicialmente son lícitos, pero se acuerda llevar a cabo el delito en caso de que se den ciertas condiciones.

Esta posición fue rechazada por la Defensa en el caso *Lubanga* al afirmar que la participación en un plan que en su esencia no es delictivo, sino simplemente con potencial de crear condiciones que pueden conducir a la comisión de un delito no puede ser incluido como *actus reus* necesario para la coautoría<sup>319</sup>. Sin embargo, la Sala rechazó esta posición. En su sentir, una lectura combinada del artículo 25(3) (a) del Estatuto lleva a la conclusión de que cometer el crimen en cuestión no necesita ser el principal objetivo de los coautores<sup>320</sup>.

- Contribución esencial coordinada

Para que se pueda hablar de coautoría cada individuo debe tener una función esencial en la comisión del crimen, sin la cual su realización se vería frustrada<sup>321</sup>. Para la Sala de Cuestiones Preliminares I y para la Sala de Primera Instancia de la CPI, el carácter esencial de la tarea no está vinculado necesariamente a que sea llevada a cabo en la etapa de ejecución del crimen (como lo argüía la Defensa en el caso *Lubanga*)<sup>322</sup>. Diseñar el ataque, proveer de armamento y municiones, ejercer el poder para mover las tropas previamente reclutadas hacia los campos de batalla y coordinar y monitorear las actividades de esas tropas pueden constituir contribuciones que pueden ser consideradas esenciales sin perjuicio de cuándo son llevadas a cabo (antes o durante la

---

<sup>317</sup> ICC, *Prosecutor vs Lubanga*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/06-803, enero 29 de 2007, párr. 345.

<sup>318</sup> ICC, *Prosecutor vs Lubanga*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/06-803, enero 29 de 2007, párr. 344.

<sup>319</sup> ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, Trial Chamber I, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/06, marzo 24 de 2012, párr. 983.

<sup>320</sup> ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, Trial Chamber I, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/06, marzo 24 de 2012, párr. 985.

<sup>321</sup> *Prosecutor vs Katanga y Ngudjolo*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07, septiembre 30 de 2008, párr. 525; ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, Trial Chamber I, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/06, Marzo 24 de 2012, párr. 994.

<sup>322</sup> ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, Trial Chamber I, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/06, marzo 24 de 2012, párr. 1002.

etapa de ejecución del crimen)<sup>323</sup>. Para la Sala de Primera Instancia la contribución del coautor debe ser considerada como esencial en la medida en que refleje la culpabilidad de esas personas que deben ser considerados los máximos responsables. Además, esto permite que los diferentes grados de responsabilidad sean adecuadamente expresados y abordados<sup>324</sup>. En palabras de la Sala de Primera Instancia:

“Tanto los artículos 25(3)(a)(d) del Estatuto abordan la situación en la que una pluralidad de personas intervienen en el delito. En opinión de la mayoría. La diferencia fundamental entre estas dos disposiciones se encuentra en que según el artículo 25(3)(a) el coautor comete el delito, mientras que según el artículo 25(3)(d) la persona contribuye de cualquier modo a la comisión de un delito por un grupo de individuos que actúan en ejecución de un propósito común. Para la mayoría una interpretación sistemática de estas disposiciones lleva a la conclusión de que la contribución del coautor, que comete un delito, es necesariamente de mayor entidad que la de un individuo que “contribuye de cualquier modo” a la comisión del delito [...] El artículo 25(3)(c) establece la responsabilidad accesoria de los partícipes –aquellos que facilitan, asisten o cooperan en la comisión o tentativa del delito-. En opinión de la mayoría, para incurrir en responsabilidad principal se requiere “objetivamente” una contribución superior a la exigida para incurrir en responsabilidad accesoria. Si los partícipes deben haber tenido “un efecto sustantivo en la comisión del delito” para ser responsables, los coautores deben entonces, de acuerdo con una interpretación sistemática de esta disposición haber tenido algo más que un efecto sustancial”<sup>325</sup>.

b) Elementos subjetivos de la coautoría por dominio funcional del hecho

Ahora, en relación con los **elementos subjetivos** que deben cumplir los coautores, las Salas de la CPI han establecido que son tres los requisitos a tener en cuenta: (i) el imputado debe satisfacer los elementos subjetivos del delito en cuestión, incluyendo cualquier dolo especial que sea exigido<sup>326</sup>; (ii) todos y cada uno de los coautores, incluyendo al imputado, deben ser mutuamente conscientes y aceptar mutuamente que hay una probabilidad de que llevar a cabo su plan común resultará en la realización de los elementos objetivos del delito<sup>327</sup>, y (iii) el imputado debe ser consciente de las

---

<sup>323</sup> *Prosecutor vs Katanga y Ngudjolo*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07, septiembre 30 de 2008, párr. 526.

<sup>324</sup> ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, Trial Chamber I, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/06, marzo 24 de 2012, párr. 999.

<sup>325</sup> ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, Trial Chamber I, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/06, marzo 24 de 2012, párr. 996.

<sup>326</sup> ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, Trial Chamber I, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/06, marzo 24 de 2012, párr. 1012.

<sup>327</sup> ICC, *Prosecutor vs Lubanga*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/06-803, enero 29 de 2007, párr. 361-365.

circunstancias fácticas que le permiten dominar funcionalmente el hecho<sup>328</sup>. A continuación se explican con más detalle.

- Cumplimiento de los elementos subjetivos exigidos por la definición del delito imputado

De acuerdo a la Sala de Cuestiones Preliminares I, el sospechoso debe cumplir con los elementos subjetivos exigidos por la definición del delito imputado. El sospechoso debe actuar con intención y conocimiento (a menos que se establezca un elemento diferente en la definición del tipo). Si el delito incluye cualquier *dolus specialis* (ya sea en primer o segundo grado o dolo eventual) o negligencia, este requisito debe ser satisfecho<sup>329</sup>. Sin embargo, en el caso *Lubanga*, la Sala de Primera Instancia estableció que los antecedentes de redacción del Estatuto de Roma, sugieren que la noción de dolo eventual fue deliberadamente excluida del marco del Estatuto. Para la Sala de Primera Instancia “el lenguaje literal del Estatuto, y particularmente el uso de las palabras en el artículo 30(2)(b) excluye el concepto de dolo eventual<sup>330</sup>”. Esta posición también fue la usada por la Sala de Cuestiones Preliminares II en el caso *Bemba*<sup>331</sup>.

- Conciencia y aceptación mutua del delito en cuanto elemento de criminalidad del plan común

En segundo lugar, los sospechosos deben tener conciencia y aceptación mutua del delito en cuanto elemento de criminalidad del plan común. El imputado y todos los demás coautores deben tener conciencia y aceptar mutuamente que la implementación de su plan común puede resultar en la realización de los elementos objetivos del crimen<sup>332</sup>. Esta es la principal razón por la cual las contribuciones hechas por otros pueden ser atribuidas a cada uno de los coautores y así todos pueden ser tenidos como responsables principales de todo el crimen<sup>333</sup>. Sin embargo, se debe decir que la Sala de Primera Instancia de la CPI entiende este requisito de una manera diferente. Teniendo en cuenta el rechazo a la posibilidad de aplicar dolo eventual para la Sala los coautores

---

<sup>328</sup> ICC, *Prosecutor vs Lubanga*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/06-803, enero 29 de 2007, párr. 366-367.

<sup>329</sup> ICC, *Prosecutor vs Lubanga*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/06-803, enero 29 de 2007, párr. 349-367; *Prosecutor vs Katanga y Ngudjolo*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07, septiembre 30 de 2008, párr. 527.

<sup>330</sup> ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, Trial Chamber I, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/06, marzo 24 de 2012, párr. 1011.

<sup>331</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, junio 15 de 2009, párr.364-369.

<sup>332</sup> ICC, *Prosecutor vs Lubanga*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/06-803, enero 29 de 2007, párr. 361

<sup>333</sup> ICC, *Prosecutor vs Lubanga*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/06-803, enero 29 de 2007, párr. 362.

deben tener todos conciencia y aceptar mutuamente que la implementación del plan común resultará en la realización de los elementos objetivos del crimen<sup>334</sup>.

En el caso *Lubanga* la Sala de Cuestiones Preliminares estableció que “cuando el elemento de criminalidad del plan común corresponde al escenario en donde tanto el fin como los medios perseguidos son inicialmente lícitos pero se acuerda recurrir a la comisión del delito en caso de que se den ciertas condiciones, entonces el imputado y los demás coautores deben ser mutuamente conscientes del riesgo de que ejecutar su plan común puede resultar en la realización de los elementos objetivos del delito y todos deben aceptar mutuamente tal resultado resignándose a él o consintiéndolo”<sup>335</sup>.

Si se sigue la posición de la Sala de Cuestiones Preliminares II relativa a la exclusión del dolo eventual del ámbito de aplicación del artículo 30ER, entonces el contenido del elemento de criminalidad del plan común exigiría que el delito imputado fuera el fin último del plan común o al menos una consecuencia necesaria de su ejecución. En este caso, tanto el dirigente, como el resto de coautores deben acordar la realización del plan común compartiendo el propósito de cometer el delito imputado o siendo al menos, mutuamente conscientes de que su comisión constituye una consecuencia necesaria de llevarlo a la práctica<sup>336</sup>.

- Conocimiento de las circunstancias fácticas que permiten dominar funcionalmente el hecho punible

Por último los coautores deben tener conocimiento de las circunstancias fácticas que permiten dominar funcionalmente el hecho punible. Las Salas correspondientes en los casos *Lubanga*, *Katanga* y *Ngudjolo*, *Bemba* y *Jerbo*, y *Kosgey*, *Ruto* y *Sang*, han manifestado que este elemento requiere que el imputado sea consciente de que :

- (i) Su función es esencial para la realización del plan común, y consecuentemente, para la comisión del delito<sup>337</sup>, y
- (ii) Tiene la capacidad, por la naturaleza esencial de su tarea, de frustrar la ejecución del plan común y consecuentemente, la comisión del delito, mediante la negativa a desarrollar la función que le ha sido asignada<sup>338</sup>.

---

<sup>334</sup> ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, Trial Chamber I, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/06, marzo 24 de 2012, párr. 1013.

<sup>335</sup> ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, Trial Chamber I, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/06, marzo 24 de 2012, párr.1018.

<sup>336</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación en el Derecho Penal Internacional* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013) pág. 511.

<sup>337</sup> ICC, *Prosecutor vs Lubanga*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/06-803, enero 29 de 2007, párr. 366 y ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, Trial Chamber I, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/06, Marzo 24 de 2012, párr.1013.

<sup>338</sup> ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, Trial Chamber I, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/06, marzo 24 de 2012, párr. 2018; ICC, *Prosecutor vs Lubanga*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/06-803, enero 29 de 2007, párr. 367; ICC,

Como aclaración final, es necesario resaltar que la noción de coautoría basada en el dominio funcional del hecho establecida en el artículo 25(3) (a) del Estatuto de Roma es diferente de la noción de coautoría que tiene fundamento en la noción de empresa criminal conjunta apoyada por el TPIY y el TPIR, y no por la CPI<sup>339</sup>, y que no es objeto de análisis en este trabajo.

## 2.4.2 Coautoría mediata aplicada en la CPI

De acuerdo con Ohlin, la coautoría mediata es un modo de atribución de responsabilidad que combina formas de responsabilidad horizontales y verticales. En sus palabras, se combina autoría mediata junto con coautoría por dominio funcional del hecho<sup>340</sup>. Este autor define la coautoría mediata como un nuevo e innovador modo de atribución de responsabilidad creado para hacer frente a la criminalidad colectiva de una manera creativa y que, en principio, no tiene fundamento en la teoría original de Roxin<sup>341</sup>. Sin embargo, Ohlin manifiesta algunas inquietudes sobre las bases de este modo de responsabilidad y sobre la justificación para combinar a voluntad dos modos de atribución de responsabilidad.

La expresión coautoría mediata fue usada por primera vez por la Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso *Milutinovic*<sup>342</sup>, que propuso inicialmente la Fiscalía. Sin embargo, la Sala de Primera Instancia de este caso rechazó la posibilidad de que esta forma de atribución de responsabilidad por cuanto no hace parte de la costumbre

---

*Prosecutor vs Katanga y Ngudjolo*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07, septiembre 30 de 2008, párrs. 538-539.

<sup>339</sup> ICC, *Prosecutor vs Lubanga*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/06-803, enero 29 de 2007, párr. 329-330; *Prosecutor vs Katanga y Ngudjolo*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07, septiembre 30 de 2008, párr.17. La noción de empresa criminal común fue definida por primera vez por el ICTY, en el caso *Tadic*. Esta es una forma de responsabilidad por coautoría basada en el criterio subjetivo en donde todos los que miembros del grupo son coautores sin importar la importancia de su contribución. Ver: Olásolo H., *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes* (Oxford and Portland, Oregon, 2010) pág. 5.

<sup>340</sup> Ohlin J., *Second-Order Linking Principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability* (Cornell Law Faculty Publications Paper 577, 2012) pág 777. Disponible en: <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2006&context=facpub> Consultado el 9 de marzo de 2014.

<sup>341</sup> *Ibidem*.

<sup>342</sup> ICTY, *Prosecutor vs Milutinovic*, Decision on Ojdanic's Motion Challenging Jurisdiction: Indirect Coperpetration, ICTY-05-87-PT, marzo 22 de 2006, párr. 25.

internacional<sup>343</sup>.

Sólo bajo la jurisprudencia de la CPI esta forma de atribución de responsabilidad fue empezada a ser usada por las Salas de Cuestiones Preliminares I, II y III. En el caso *Katanga y Ngudjolo* la CPI explicó las razones por las cuales la aplicación conjunta de la coautoría por dominio funcional del hecho y la autoría mediata a través de EOP formaba parte del ámbito de aplicación del Estatuto de Roma<sup>344</sup>:

“La Sala recuerda que la defensa de Germain Katanga alegó que, mientras el artículo 25(3)(a) del Estatuto prevé, respectivamente “coautoría” y “autoría mediata”, no incorpora un concepto conjunto de “coautoría mediata” porque el artículo 25(3)(a) del Estatuto afirma “[...] con otro o por conducto de otro” y no, “con otro y por conducto de otro”[] La Sala observa que el artículo 25(3)(a) usa la conjunción “o”, una disyunción (o separación). Se pueden atribuir dos significados al término “o”; uno conocido como débil o inclusivo y el otro fuerte o exclusivo. Una disyunción inclusiva tiene el sentido de “o uno o el otro, y posiblemente ambos” mientras que una disyunción exclusiva tiene el sentido de “o uno o el otro, pero no ambos”. En consecuencia, desde una interpretación estrictamente literal es posible considerar la disyunción del artículo 25(3)(a) del Estatuto como “inclusiva” o como “exclusiva”. En opinión de la Sala, la comisión con otros del delito por conducto de una o más personas es una forma de responsabilidad “de conformidad con el Estatuto” [] La Sala entiende que no hay fundamentos jurídicos para limitar la comisión con otros del delito exclusivamente a los casos en los cuales los autores realizan una parte del delito ejerciendo un control directo sobre la misma. Antes bien, a través de una combinación de la responsabilidad individual por la comisión del delito por conducto de otras personas junto con la atribución recíproca de los coautores en el nivel de liderazgo, surge una forma de responsabilidad que permite a la Corte valorar adecuadamente la reprochabilidad de los “altos dirigentes” [] No puede decirse que un individuo que no tiene control sobre la persona a través de la cual el delito sería cometido cometa el delito por conducto de esa persona. Sin embargo, si actúa conjuntamente con otro individuo –uno que controla a la persona utilizada como instrumento- el fundamento puede serle atribuido con fundamento en la atribución recíproca”<sup>345</sup>.

a) Elementos objetivos y subjetivos del concepto de coautoría mediata

Esta forma de coautoría exige el cumplimiento simultáneo de los elementos objetivos y subjetivos tanto de la autoría mediata como de la coautoría por dominio funcional. En

---

<sup>343</sup> ICTY, *Prosecutor vs Milutinovic*, Decision on Ojdanic’s Motion Challenging Jurisdiction: Indirect Coperpetration, ICTY-05-87-PT, marzo 22 de 2006, párr. 40; Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación en el Derecho Penal Internacional* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013) pág. 554.

<sup>344</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 555.

<sup>345</sup> ICC, *Prosecutor vs Katanga y Ngudjolo*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07, septiembre 30 de 2008, párr. 490-493.

este sentido, y siguiendo lo establecido en los casos *Ruto, Kosgey y Sang*<sup>346</sup> y *Muthaura, Kenyatta y Ali*<sup>347</sup>, se deben cumplir los siguientes requisitos:

- (i) El sospechoso debe formar parte de un plan o acuerdo común con una o más personas (coautoría)
- (ii) El sospechoso y el otro coautor(es) deben realizar contribuciones esenciales de manera coordinada que resulten en el cumplimiento de los elementos objetivos del delito (coautoría)
- (iii) El sospechoso debe tener control sobre la organización (autoría mediata)
- (iv) La organización debe consistir en un aparato organizado y jerárquico de poder (autoría mediata)
- (v) La ejecución del delito debe asegurarse mediante el cumplimiento automático de las órdenes dictadas por el sospechoso (autoría mediata)
- (vi) El sospechoso debe satisfacer los elementos subjetivos del delito, incluyendo cualquier dolo especial previsto en la definición (autoría mediata y coautoría)
- (vii) El sospechoso y los otros coautores deben ser conscientes y aceptar mutuamente que la realización del plan común resultará en el cumplimiento de los elementos objetivos del delito (coautoría); y
- (viii) El sospechoso debe ser consciente de las circunstancias fácticas que le permiten ejercitar un control funcional sobre la comisión del delito a través de otra persona (coautoría).

b) Aproximación a la aplicación de la coautoría mediata en la CPI

De acá en adelante, las apreciaciones de Ohlin sobre este modo de responsabilidad y algunos comentarios de Van Sliedregt y Olásolo serán las bases para explicar los desarrollos y aplicaciones de la coautoría mediata al interior de la CPI. En esta sección se presentan los diferentes escenarios en donde la coautoría mediata ha sido aplicada al interior de la CPI. Esto no significa que estos son los únicos escenarios en donde se puede aplicar, ni que la teoría deba ser reflejada a través de esquemas rígidos. El único objetivo de presentar los esquemas es analizar la teoría desde un punto de vista didáctico y pedagógico para facilitar su comprensión.

- El caso Katanga y Chui: cooperación al nivel del liderazgo con el fin de combinar las organizaciones militares

En el primer escenario la colaboración se da al nivel de los líderes de las estructuras. En este caso, aunque los miembros de las estructuras físicamente llevaban a cabo los elementos materiales del delito, la organización verticalmente hablando, permanecía sin

---

<sup>346</sup> ICC, *Prosecutor vs Ruto, Kogsley y Sang*, Decision on the Prosecutor's Application for Summonses to Appear for William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, ICC-01/09-01/11-01, marzo 8 de 2011, párr. 40 .

<sup>347</sup> ICC, *Prosecutor vs Muthaura, Kenyatta y Ali*, Decision on the Prosecutor's Application for Summonses to Appear for Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, ICC-01/09-02/11-01, marzo 8 de 2011, párr. 36.

coordinación, a excepción del nivel más alto, en donde Katanga y Chui coordinaban las acciones de ambas estructuras<sup>348</sup>.

En el caso Katanga, la Sala de Cuestiones Preliminares encontró una circunstancia particular que llevaba a combinar los conceptos de autoría mediata y coautoría. Debido a lealtades étnicas dentro de las organizaciones lideradas por Germain Katanga (FRPI) y Mathieu Ngudjolo Chui (FNI), algunos miembros de estas estructuras sólo aceptaban órdenes de líderes de su propia etnia<sup>349</sup>. La Sala decidió confirmar los cargos presentados en contra de los dos sospechosos como coautores mediatos. La Defensa en el caso se opuso a la utilización de este modo de atribución de responsabilidad con fundamento en una ausencia de provisión expresa dentro del Estatuto de Roma que posibilitara “combinar” estas formas de atribución<sup>350</sup>. Sin embargo, para la Sala era claro que esta era una forma de atribución de responsabilidad conforme al Estatuto (tal como ya se presentó arriba).

En relación con los elementos subjetivos de la coautoría mediata, la Sala de Cuestiones Preliminares estableció que el sospechoso debe tener conciencia de las circunstancias que le permiten control sobre el crimen o control conjunto sobre la comisión del delito a través de otra persona<sup>351</sup>. Esto requiere que cada sospechoso debe tener conciencia de: (i) su rol esencial en la implementación del plan común, y (ii) su capacidad de frustrar la implementación del plan común atendiendo a su contribución esencial al mismo<sup>352</sup>.

- Al Bashir: el modelo “junta militar”

En este escenario un grupo de subordinados es controlado por un grupo de líderes que trabajan juntos<sup>353</sup>. Los líderes ejercen control como grupo sobre las diferentes ramas verticales, en vez de ejercer un control individual<sup>354</sup>. El caso de Al-Bashir es un ejemplo de este modelo de “junta militar”. Al Bashir presuntamente movilizó las fuerzas

---

<sup>348</sup> Ohlin J., *Second-Order Linking Principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability* (Cornell Law Faculty Publications, Paper 577, 2012) pág. 778.

<sup>349</sup> ICC, *Prosecutor vs Katanga y Ngudjolo*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07, septiembre 30 de 2008, párr. 493.

<sup>350</sup> ICC, *Prosecutor vs Katanga y Ngudjolo*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07, septiembre 30 de 2008, párr. 490.

<sup>351</sup> ICC, *Prosecutor vs Katanga y Ngudjolo*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07, septiembre 30 de 2008, párr. 538.

<sup>352</sup> ICC, *Prosecutor vs Katanga y Ngudjolo*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07, septiembre 30 de 2008, párr. 539.

<sup>353</sup> Ohlin J., *Second-Order Linking Principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability* (Cornell Law Faculty Publications, Paper 577, 2012) pág. 779.

<sup>354</sup> Ohlin J., *Second-Order Linking Principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability* (Cornell Law Faculty Publications, Paper 577, 2012) pág. 779. Citando a Weigend T., *Perpetration through an Organization: The Unexpected Career of a German Legal Concept* (9 Journal of International Criminal Justice, 2011) pág. 111.

gubernamentales con el objetivo de llevar a cabo una campaña contrainsurgente en la región de Darfur en contra de dos grupos de oposición. Para la Sala de Cuestiones Preliminares I, Al-Bashir jugó un rol esencial en coordinar, junto con otros altos mandos políticos y militares de Sudán, el diseño e implementación de la campaña contrainsurgente<sup>355</sup>. Ohlin señala que la naturaleza limitada de la descripción que hace la Sala no permite clarificar si a través de este modelo la junta “controlaba de manera conjunta a los subordinados, o cada líder individualmente considerado controlaba su propia burocracia de manera análoga al caso Katanga y Chui”<sup>356</sup>.

- Control horizontal de líderes políticos y militares en donde cada uno controla una rama vertical y una de ellas no participa directamente en la comisión de los crímenes

Siguiendo a Ohlin en este escenario se encuentra un “grupo horizontal de líderes políticos y militares en donde cada uno ejerce control sobre una rama del gobierno, pero sólo una de ellas toma parte en la comisión física de los elementos del crimen”<sup>357</sup>. Esta fue la situación en el caso *Bemba*.

La Sala de Cuestiones Preliminares III encontró que crímenes presuntamente cometidos como resultado de la implementación del plan común entre Angel-Félix Patassé (antiguo presidente de la República Centro-Africana) y Jean-Pierre Bemba, el presidente de *jure* y de *facto* y comandante en jefe del Movimiento de Liberación del Congo (MLC)<sup>358</sup>. La Sala enfatizó que los crímenes fueron físicamente perpetrados por el MLC, del cual *Bemba* era el líder. Sin embargo, la evidencia presentada llevaba a considerar que existían un fundamento razonable para creer que los crímenes fueron cometidos como resultado de los esfuerzos coordinados para implementar el plan común de Bemba y Patassé<sup>359</sup>.

De acuerdo con Ohlin, no es claro si los subordinados de Patassé fueron relevantes para a comisión de los crímenes ejecutados por las fuerzas de Bemba<sup>360</sup>. Finalmente, dadas las dificultades en probar el estado mental del sospechoso, en la decisión posterior de

<sup>355</sup> ICC, Prosecutor v. Al Bashir, Pre-Trial Chamber I, Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, 4 March 2009, at p. 7.

<sup>356</sup> Ohlin J., *Second-Order Linking Principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability* (Cornell Law Faculty Publications, Paper 577, 2012) pág. 779.

<sup>357</sup> Ohlin J., *Second-Order Linking Principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability* (Cornell Law Faculty Publications, Paper 577, 2012) pág. 780.

<sup>358</sup> ICC, *Prosecutor v Bemba*, Pre-Trial Chamber III, Decision on the Prosecutor’s Application for a Warrant of Arrest against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-14-TENG, 10 Jun 2008, párr. 45-60. Ver también: Olásolo H., *Essays on International Criminal Law* (Hart Publishing, Oxford and Portland, 2011) pág. 116.

<sup>359</sup> ICC, *Prosecutor v Bemba*, Pre-Trial Chamber III, Decision on the Prosecutor’s Application for a Warrant of Arrest against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-14-TENG, 10 Jun 2008, párr. 73, 74 y 81.

<sup>360</sup> Ohlin J., *Second-Order Linking Principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability* (Cornell Law Faculty Publications, Paper 577, 2012) pág. 781.

confirmación de cargos la Sala debió utilizar la noción de responsabilidad del superior para atribuir responsabilidad en contra de *Bemba*<sup>361</sup>.

Un enfoque similar puede ser usado para representar el caso *Stakić* del TPIY<sup>362</sup>. *Stakić* era el alcalde de Prijedor en donde fue ejecutada una campaña de persecución en contra de la población no Serbia. De acuerdo con la Sala de Primera Instancia II, esta campaña sólo pudo ser llevada a cabo a través de la acción conjunta de la administración civil de Prijedor, la policía civil de Prijedor y las unidades militares allí establecidas<sup>363</sup>. La Sala de Primera Instancia estableció que, aunque los miembros de la administración civil no ejecutaron físicamente los elementos objetivos del crimen, la Policía Civil y el Ejército no pudieron haber llevado a cabo la campaña por sí solos<sup>364</sup>. Sin embargo, la Sala de Apelaciones invalidó la interpretación que la Sala de Primera Instancia hizo en la sentencia sobre este modo de atribución de responsabilidad, con fundamento en que la introducción de nuevas formas de participación en los delitos “*pueden generar incertidumbre, si no confusión, en la determinación por las partes en juicio del derecho aplicable en los casos que se adelantan ante el Tribunal, así como en la aplicación del derecho por la Salas de Primera Instancia*”<sup>365</sup>. Así, la Sala de Apelaciones decidió aplicar el “marco legal correcto”, entendiéndose, la empresa criminal conjunta<sup>366</sup>. Sin embargo, este análisis que hizo la Sala de Apelaciones del TPIY no impidió el uso de la coautoría mediata al interior de la CPI.

- c) Algunas áreas grises en la aplicación de la coautoría mediata en el derecho penal internacional

Para identificar las áreas problemáticas de la aplicación de esta teoría esta tesis utiliza las observaciones de los profesores Ohlin y Van Sliedregt. Estos dos autores señalan cómo las bases legales de esta teoría no están del todo claras. Para Ohlin no existe una justificación por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares en relación con el uso de esta teoría, y en realidad lo que hizo fue combinar las dos teorías a voluntad<sup>367</sup>. Por su parte, Van Sliedregt señala el debate planteado por la Defensa en el caso *Katanga* y

---

<sup>361</sup> ICC, *Prosecutor v Bemba*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61 (7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, 15 June 2009, párr. 114–178.

<sup>362</sup> ICTY, *Prosecutor v Stakić*, Trial Chamber II, Judgment, ICTY-97-24-T, 31 July 2003.

<sup>363</sup> ICTY, *Prosecutor v Stakić*, Trial Chamber II, Judgment, ICTY-97-24-T, 31 July 2003, párr. 490.

<sup>364</sup> ICTY, *Prosecutor v Stakić*, Trial Chamber II, Judgment, ICTY-97-24-T, 31 July 2003, párr. 482-486.

<sup>365</sup> ICTY, *Prosecutor v Milomir Stakić*, Appeals Chamber, Judgment, ICTY-97-24-A, 22 March 2006, párr. 59.

<sup>366</sup> ICTY, *Prosecutor v Milomir Stakić*, Appeals Chamber, Judgment, ICTY-97-24-A, 22 March 2006, párr. 62.

<sup>367</sup> Ohlin J., *Second-Order Linking Principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability* (Cornell Law Faculty Publications, Paper 577, 2012) pág. 780.

especialmente lo limitado de la argumentación de la Sala de Cuestiones Preliminares al aplicar por primera vez la coautoría mediata<sup>368</sup>.

Ohlin señala que esta teoría en realidad trae más problemas que beneficios desde un punto de vista práctico y probatorio<sup>369</sup>. Por ejemplo, es particularmente dilemático probar quién –si los grupos como unidad o los individuos dentro de ellos- ejercen control sobre las ramas verticales porque esto implica un entendimiento del balance de poder que existe a nivel horizontal entre los líderes, y esto es difícilmente lograble<sup>370</sup>. Adicionalmente, hay una línea borrosa entre el control conjunto sobre una organización vertical y la simple membresía a una organización horizontal que incluye miembros que cuentan con estructuras verticales a su disposición<sup>371</sup>.

Además, con fundamento en el concepto de coautoría mediata, en escenarios en donde los miembros de la organización vertical liderada por el sospechoso no perpetran físicamente el crimen, sólo responsabilidad accesoria puede ser atribuida al segundo coautor. En este caso, los sospechosos, que se encuentran al nivel de liderazgo, serían vinculados bajo la noción de coautoría, pero entonces, uno de los coautores sería vinculado de manera vertical a través de la teoría de la coautoría mediata. Para Ohlin, este modo de atribución de responsabilidad puede ser presentado como una L invertida<sup>372</sup>.

Además, tanto para Ohlin como para Van Sliedregt la teoría tiene mucho de incierta en relación con sus elementos. Ohlin afirma que las cortes ocasionalmente han exigido la prueba de todos los elementos de la autoría mediata y de la coautoría. Esto significaría que el sospecho puede ser responsables como coautor en virtud de su control conjunto sobre el crimen y que fue también autor mediato en virtud de su uso de una organización vertical<sup>373</sup>. Si bien este argumento desde el punto de vista teórico es difícil de refutar, en la práctica se ha visto que es erróneo. De hecho, la Sala de Cuestiones Preliminares de

---

<sup>368</sup> Van Sliedregt E., *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law* (TMC Asser Press, The Hague, 2003) pág. 168-169.

<sup>369</sup> Ohlin J., *Second-Order Linking Principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability* (Cornell Law Faculty Publications, Paper 577, 2012) pág. 780.

<sup>370</sup> Ohlin J., *Second-Order Linking Principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability* (Cornell Law Faculty Publications, Paper 577, 2012) pág. 780. Adicionalmente, Ohlin señala que si uno de los coautores pertenece al grupo pero no controla su propia estructura jerárquica de poder, entonces su capacidad de ser coautor depende de una de dos apreciaciones legales: (i) el control co-ejercido sobre la organización vertical de otra persona, o (ii) su responsabilidad accesoria porque simplemente colaboró al nivel de liderazgo.

<sup>371</sup> Ohlin J., *Second-Order Linking Principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability* (Cornell Law Faculty Publications, Paper 577, 2012) pág. 780.

<sup>372</sup> *Ibidem*.

<sup>373</sup> *Ibid.* pág. 783.

la CPI ha aplicado la teoría aún cuando no todos los requisitos de la autoría mediata y de la coautoría han sido satisfechos<sup>374</sup>.

Van Sliedregt señala además que, cuando en el caso *Katanga* la Sala de Cuestiones Preliminares adicionó a los elementos de la coautoría (del caso *Lubanga*), esta conexión en cascada de modos de atribución de responsabilidad, hizo que la importancia de los crímenes base se diluyera<sup>375</sup>. Sin embargo, la profesora Van Sliedregt finalmente establece que la prueba de todos los elementos es esencial para hablar de coautoría mediata<sup>376</sup>.

Adicionalmente, de acuerdo con Van Sliedregt la coautoría mediata equipara la perpetración del crimen a través de una persona con la perpetración del crimen a través de una organización<sup>377</sup>. Mientras la Sala de Cuestiones Preliminares justifica esto en la naturaleza colectiva de los crímenes internacionales<sup>378</sup>, para Van Sliedregt (citando a Weigend) “el hecho de que el Estatuto tenga como objetivo la judicialización de criminalidad masiva esto no determina exactamente en qué manera se espera que los jueces aborden este fenómeno<sup>379</sup>. En este sentido, la Sala está equiparando la organización con la persona<sup>380</sup>.

## 2.5 Responsabilidad del superior en el derecho penal internacional (Art. 28 ER)

La responsabilidad del superior ha sido descrita en decisiones judiciales como un modo de atribución de responsabilidad *sui generis*<sup>381</sup>. Para Werle y Ambos esta forma de responsabilidad es una creación original del derecho penal internacional<sup>382</sup>. En consecuencia, determinar su naturaleza y su ámbito de aplicación no es una tarea sencilla. A continuación se realizará una aproximación a sus elementos tomando como punto de referencia el artículo 28 del ER, que establece:

---

<sup>374</sup> *Ibidem*.

<sup>375</sup> Van Sliedgert E., *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law* (TMC Asser Press, The Hague, 2003) pág. 169.

<sup>376</sup> *Ibidem*.

<sup>377</sup> *Ibidem*.

<sup>378</sup> ICC, *Prosecutor vs Katanga y Ngudjolo*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07, septiembre 30 de 2008, párr. 501.

<sup>379</sup> Van Sliedgert E., *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law* (TMC Asser Press, The Hague, 2003) pág. 169.

<sup>380</sup> *Ibidem*.

<sup>381</sup> ICTY, *Prosecutor v Hadzihasanovic*, Judgment, ICTY-01-T, marzo 15 de 2006, párr. 54.

<sup>382</sup> Werle G., *Principles of International Criminal Law* (The Hague, T.M.C. Asser press, 2005) 368 y Ambos K., *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts* (Berlin, Duncker and Humblot, 2002) pág. 667.

**Artículo 28. Responsabilidad de los jefes y otros superiores.** Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

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

ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

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

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

(iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

La responsabilidad del superior es una forma de atribución de responsabilidad por la omisión del superior que contraviene un deber de prevención, supresión y reporte a las autoridades competentes sobre las violaciones al derecho internacional humanitario (DIH), particularmente al Protocolo Adicional I, cometidas por miembros de sus fuerzas armadas y otras personas bajo su control. Así, el DIH establece que el superior es un garante de una fuente potencial de riesgo (el subordinado)<sup>383</sup>.

El propósito de la teoría de la responsabilidad del superior es asegurar que los comandantes y superiores ejerzan un control apropiado para prevenir, y si es necesario

---

<sup>383</sup> Kai Ambos, *Command Responsibility and Organisationsherrschaft: ways of attributing international crimes to the "most responsible"*, pág. 132

castigar los crímenes de sus subordinados, y entonces fomentar la actuación en conformidad con el derecho internacional humanitario<sup>384</sup>.

La Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI afirmó en el caso Bemba que “este tipo de responsabilidad se entiende mejor a la luz de principio de la responsabilidad penal por omisiones, cuando existe una obligación legal de actuar”<sup>385</sup>.

### **2.5.1 Elementos de la responsabilidad del superior bajo el artículo 28 del ER**

Para Olásolo “todo superior, en cualquier nivel (por ejemplo, en el ámbito militar desde el comandante en jefe hasta el soldado al mando de un pequeño pelotón), tiene la obligación jurídica de: (i) evitar que sus subordinados cometan los delitos sobre los que la CPI, el TPIY, el TPR o la Cámara Especial de Sierra Leona, tienen jurisdicción, (ii) reprimirlos, poniendo fin a aquellos delitos que se estén cometiendo y castigando a los subordinados que los llevaron a cabo, y (iii) someter la cuestión a las autoridades competentes cuando no tienen la capacidad para castigar directamente a los subordinados que los cometieron. Por lo tanto, la responsabilidad penal por la omisión de estos deberes no se atribuye únicamente al superior inmediato de los autores de los delitos, sino que puede extenderse a varios superiores, y llegar, siguiendo la cadena de mando, hasta los más altos dirigentes”<sup>386</sup>.

En el mismo caso, la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI estableció que para tener a alguien como responsable por el artículo 28, se deben cumplir cinco elementos:

“[...] (a) el sospechoso debe ser un superior militar, o una persona que actúa efectivamente como tal; (b) el sospechoso debe tener un mando y control efectivo, o una autoridad y control efectiva sobre las fuerzas (subordinados) que cometieron uno o más delitos previstos en los artículos 6 a 8 del Estatuto; (c) los delitos cometidos por sus fuerzas (subordinados) resultaron de la omisión del sospechoso de ejercitar un adecuado control sobre las mismas; (d) el sospecho conocía, o debido a las circunstancias vigentes al momento, hubiere debido saber, que las fuerzas (subordinados) estaban cometiendo o iban a cometer uno o más delitos previstos en los artículos 6 a 8 del Estatuto; y (e) el sospechoso no adoptó las medidas necesarias y razonables a su disposición para evitar o

---

<sup>384</sup> ICTY, *Prosecutor v Halilovic*, Judgment, IT-01-48-T, noviembre 16 de 2005, párr. 39

<sup>385</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Jean Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, junio 15 de 2009, párr. 405.

<sup>386</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 768.

castigar la comisión de tales delitos, o dejó de informar sobre el asunto a las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento”<sup>387</sup>

A continuación se analiza con un poco más de detalle el contenido de cada uno de los elementos presentados por la Sala.

- a) El sospechoso debe ser un superior militar, o una persona que actúa efectivamente como tal

Para la Sala de Cuestiones Preliminares II el término *superior militar* hace referencia a una persona que ha sido legal o formalmente elegida o encargada para llevar a cabo funciones de mando militar, sin que afecte su posición en la cadena de mando o si está desempeñando una función no militar, por ejemplo, una cabeza de Estado. La actuación *como un superior militar* hace referencia a aquellas personas que no han sido elegidas de acuerdo al derecho para llevar a cabo un rol de superior militar, pero que, sin embargo, las desempeñan de facto al ejecutar control efectivo sobre un grupo de personas a través de un cadena de mando. En esta categoría la Sala incluye unidades de policía, movimientos de resistencia armados, grupos rebeldes o unidades paramilitares<sup>388</sup>.

- b) El sospechoso debe tener mando y control efectivo, o autoridad y control efectivo sobre sus subordinados

El ER prevé que el sospechoso debe tener mando y control efectivo, o autoridad y control efectivo sobre sus subordinados. La primera hipótesis es aplicable a los superiores militares, mientras que el requisito de la autoridad o control efectivo es aplicable a quienes, sin ser formalmente superiores militares, son asimilables a ellos<sup>389</sup>. Por control efectivo se entiende la habilidad material de prevenir la comisión del crimen por parte de los subordinados, que se deriva del control operacional sobre ellos y que resulta de su capacidad de expedir órdenes y que las mismas sean implementadas, o de su capacidad de castigar a sus subordinados<sup>390</sup>. Aunque varios factores pueden indicar la existencia de

<sup>387</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Jean Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, junio 15 de 2009, párr. 407.

<sup>388</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Jean Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, junio 15 de 2009, párr. 408-410

<sup>389</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Jean Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, junio 15 de 2009, párr. 408-412.

<sup>390</sup> ICTY, *Prosecutor v. Blaskic*, Appeals Chamber Judgment, ICTY 95-14-A, 29 Jul 2004, párr. 67-69; ICTR, *Prosecutor v. Ntakirutimana*, Judgment, ICTR 96-10, 21 Feb 2003, párr. 819

una posición de superioridad<sup>391</sup>, la existencia de control efectivo depende de las circunstancias de cada caso, y es más un asunto probatorio que de derecho sustantivo<sup>392</sup>.

- - c) El crimen cometido por los subordinados debe ser el resultado de la falla del sospechoso de ejercer control adecuado sobre ellos

Una vez que el crimen ha sido establecido, así como la relación entre el superior y el subordinado, es necesario establecer que el superior falló en tomar todas las medidas necesarias y razonables dentro de su poder para prevenir la comisión de crímenes por parte del subordinado o para castigar o denunciar a estos subordinados que físicamente cometieron los crímenes y que como consecuencia el crimen fue cometido<sup>393</sup>. Sin embargo, la Sala de Cuestiones Preliminares señala que este no es un vínculo directo causal dado que no se podría predecir qué habría pasado si un superior hubiera cumplido con sus obligaciones. En consecuencia, sólo es necesario probar que la omisión del superior incrementó el riesgo en la comisión del crimen<sup>394</sup>. Adicionalmente debe decirse que en relación con el incumplimiento de los deberes de reprimir y someter el delito a las autoridades competentes no se requiere ningún tipo de nexo causal con el delito, porque el deber del superior sólo emerge como resultado de la comisión previa de los delitos por parte de los subordinados<sup>395</sup>. Finalmente, tomar las medidas adecuadas no es un asunto de competencia legal sino un asunto de capacidad material que se determina bajo el análisis caso a caso<sup>396</sup>.

---

<sup>391</sup> Por ejemplo, se pueden tener en cuenta variables como la posición oficial, la capacidad de expedir órdenes, y de asegurar que estas sean cumplidas, las tareas efectivamente llevadas a cabo, la capacidad de ordenar a las fuerzas o autoridades el involucramiento en hostilidades, la capacidad de realizar cambios en las estructuras de mando o la capacidad de promover, reemplazar, remover o disciplinar miembros de las fuerzas, entre otras. Ver: ICC, *Prosecutor v. Bemba*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Jean Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, junio 15 de 2009, párr. 416.

<sup>392</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Jean Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, junio 15 de 2009, párr.416.

<sup>393</sup> Triffterer O., *Causality, A Separate Element of the Doctrine of Superior Responsibility as expressed in article 28 RS?* (Leiden Journal of International Law, 2002) pág. 179.

<sup>394</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Jean Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, junio 15 de 2009, párr.425 y 426.

<sup>395</sup> Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación*, supra nota 144, pág. 793.

<sup>396</sup> ICTR, *Prosecutor v Kamuhanda*, Judgment, ICTR-95-54-AT, enero 22 de 2004, párr. 601; ICTR, *Prosecutor v Aleksovski*, Judgment, ICTY-94-14/1-T, junio 25 de 1999, párr. 91 y 136

■  
El sospechoso no adoptó las medidas necesarias y razonables a su disposición para evitar o castigar la comisión de tales delitos, o dejó de informar sobre el asunto a las autoridades competentes

En relación con el deber de reprimir la Sala estableció que éste contempla dos deberes separados: (i) detener crímenes que se están cometiendo y (ii) castigar a los subordinados después de la comisión de los crímenes<sup>397</sup>. Finalmente, la obligación de someter el asunto a las autoridades competentes para que se lleva a cabo la investigación y judicialización de los crímenes incluye las circunstancias en donde el superior tienen la capacidad de tomar las medidas, y sin embargo estas medidas no parecen ser adecuadas<sup>398</sup>.

- d) El sospechoso sabía, o debió haber sabido, que sus subordinados estaban cometiendo los crímenes o estaban a punto de cometerlos

La Sala de Cuestiones Preliminares II señaló que la obligación de prevenir nace cuando el comandante militar o quien actúa como tal sabía o debió haber sabido que los subordinados estaban cometiendo, o estaban a punto de cometer los crímenes<sup>399</sup>. Así, un estándar de negligencia es incluido, aunque de acuerdo con el artículo 30 del Estatuto de Roma la negligencia se encuentra excluida del ámbito general de los elementos subjetivos de la mayoría de los crímenes de competencia de la CPI<sup>400</sup>.

## 2.5.2 Algunos elementos problemáticos en la doctrina de la responsabilidad del superior

En primer lugar debe decirse que mientras Ambos señala que el artículo 28 del ER es la codificación más avanzada de la doctrina de la responsabilidad del superior, también resalta que este modo de atribución de responsabilidad presenta un problema de

---

<sup>397</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Jean Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, junio 15 de 2009, párr.439

<sup>398</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Jean Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, junio 15 de 2009, párr. 442

<sup>399</sup> ICC, *Prosecutor v. Bemba*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Jean Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, junio 15 de 2009, párr.437 y 438. Algunos factores relevantes que pueden ser tenidos en cuenta son: asegurar que las fuerzas son entrenadas adecuadamente de conformidad con el DIH, reportar que las acciones militares fueron llevadas a cabo bajo las reglas del DIH, expedir órdenes para que las actuaciones se realicen de acuerdo al DIH, entre otras.

<sup>400</sup> Olásolo H., *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes* (Oxford and Portland, Oregon, 2010) pág. 101

acuerdo con el principio de culpabilidad. Para Ambos, la responsabilidad del superior debe ser considerada como un delito de omisión, no como una forma de omisión en el sentido de comisión por omisión<sup>401</sup>. El superior ha de ser culpado por una supervisión inapropiada (incumplimiento del deber) pero también por los crímenes del subordinado. En consecuencia, este concepto crea, de una mano, responsabilidad directa por la falta de supervisión, y de otra parte, responsabilidad indirecta por los crímenes cometidos por otros (los subordinados), produciendo así una suerte de responsabilidad accesoria<sup>402</sup>.

En segundo lugar, dado que la teoría se aplica tanto a superiores militares como a civiles que actúan como tales, resulta problemático trasplantar los elementos de una relación de subordinación militar a una relación de subordinación civil, por ejemplo, en relación con la noción de control o con la noción de castigo adecuado.

Finalmente, deben señalarse algunas diferencias de derecho aplicable y de interpretación entre el ER y los tribunales *ad hoc*. Si bien este no es un elemento necesariamente problemático, es necesario tener en cuenta las diferencias entre los diferentes tribunales al momento de identificar el ámbito de aplicación del análisis que se hace en este trabajo, el cual se circunscribe al ER.

Según el artículo 28(a) (b) del ER, es explícito que el superior es responsable por los crímenes cometidos por el subordinado *como resultado* de su falla para ejercer control apropiado, dando lugar al requisito causal<sup>403</sup>. Sin embargo, en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* se ha establecido que este elemento causal no es necesario, de hecho, se ha establecido que es más un asunto probatorio que una cuestión de derecho<sup>404</sup>.

Ahora bien, en relación con los elementos subjetivos, debe decirse que el ER establece que la responsabilidad aparece cuando el superior sabía o tenía razones para saber que las fuerzas estaban cometiendo o estaban a punto de cometer los crímenes, estableciendo, como se dijo, un estándar de negligencia. Además, en las relaciones no militares el ER establece la responsabilidad del sospechoso cuando deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos. Por parte del TPIY y el TPIR se establece en sus respectivos estatutos el estándar de que el sospechoso *tuvo*

---

<sup>401</sup> K. Ambos, *Superior Responsibility* en A. Cassese, P. Gaeta and J. Jones (eds.) *The Rome Statute of the ICC: A commentary* (vol. I, Oxford University Press, Oxford, 2002) pág.850–851

<sup>402</sup> C. Meloni, *Command responsibility: mode of liability for the crimes of subordinates or separate offence of the superior?* (5 JICJ, 2007) pág. 628 y ss.

<sup>403</sup> O Triffterer, *Causality, A Separate Element of the Doctrine of Superior Responsibility as expressed in article 28 RS?*, pág. .179

<sup>404</sup> ICTY, *Prosecutor v Blaskic*, párr.77

*razones para saber*, lo que no sanciona la simple falta de diligencia del imputado<sup>405</sup>. Este estándar requiere, como mínimo, que alguna información de naturaleza general tenía que estar disponible para que el superior notara la posible comisión de un crimen grave, sin establecer la obligación en cabeza del superior de indagar acerca de los hechos<sup>406</sup>.

## **2.6 Aproximación comparada a los elementos de las diferentes formas de atribución de responsabilidad a máximos responsables en el derecho penal internacional**

La siguiente aproximación comparativa de los diferentes elementos objetivos y subjetivos de las teorías estudiadas, de conformidad con la aplicación que de ellas se ha hecho bajo el sistema del ER tiene dos finalidades concretas. De una parte, facilitar la comprensión final y la diferenciación de la teoría de autoría mediata en relación con la coautoría mediata y la responsabilidad del superior. En segundo lugar, se pretende que se tenga, de manera sencilla, claridad alrededor del desarrollo que estas teorías han tenido en el ámbito del derecho internacional con el fin de poder compararlas posteriormente con el desarrollo que han tenido en la jurisprudencia en Colombia.

### **2.6.1 Autoría mediata y responsabilidad del superior**

En relación con los elementos objetivos de cada modo de atribución de responsabilidad debe decirse, en primer lugar, que la autoría mediata (AM) implica la realización de una acción por parte del sujeto activo, mientras la responsabilidad del superior (RS) es una forma de atribuir responsabilidad por una omisión, ya sea en su deber de prevención o de castigo.

En segundo lugar, frente a los elementos objetivos de cada modo de atribución de responsabilidad, los dos tienen requisitos sobre el sujeto activo, aunque de modo diferente. Para la RS, el sospechoso debe ser un superior militar o una persona que actúa efectivamente como tal, mientras que para la AM debe ser un líder o dirigente de una estructura organizada de poder.

En tercer lugar, para la RS, el superior debe tener mando y control efectivo o autoridad y control efectivo sobre sus subordinados, mientras para la AM el control se ejerce sobre la organización, aunque esto implica que exista una relación de subordinación entre el autor mediato y el autor directo. De lo expuesto en este capítulo puede decirse que ambas

---

<sup>405</sup> ICTY, *Prosecutor v Bagilishema*, Appeals Chamber Judgement, ICTR 95-01A-A, 3 Jul 2002) para 35.

<sup>406</sup> ICTY, *Prosecutor v Strugar*, Judgment, ICTY 01-42-T, enero 31 de 2005, párr. 304.

teorías aceptan que el superior o el líder sea un mando medio, siempre que el requisito de control sobre la organización y los subordinados se cumpla.

Adicionalmente, debe notarse que la AM exige un requisito adicional en relación con la organización que lidera el autor mediato, y este es el automatismo de la misma. Es decir, que una vez dada la orden de comisión de un delito, esta se cumpla de manera automática por cualquiera de los subordinados que hacen parte de la organización. Acá se pone de presente una de las diferencias fundamentales entre las teorías en la medida en que la AM tiene como eje central el desempeño de la organización (su automatismo) mientras la RS pone el centro de atención en los subordinados, como personas individualmente consideradas, y como parte de una relación de superior a inferior, pero no como engranaje de una maquinaria. En este sentido, parece ser que el ámbito de aplicación de la AM es más limitado que el de la RS en la medida en que esta última puede aplicarse en el marco de relación de subordinación de naturaleza no militar que se pueden dar dentro de organizaciones que no cumplan las características de estructuras organizadas de poder.

Otro punto importante para el análisis es la relación causa-efecto que exige la RS en cuanto a la omisión del superior y el crimen cometido. Esta misma relación causal no puede ser establecida dentro de la AM por cuanto no existe ninguna clase de deber de prevención por parte del líder, por el contrario se exige la existencia de una orden o política. En este sentido, en la AM sí existe una suerte de relación causal pero en términos de la acción (orden) y no de la omisión por parte del líder.

La AM establece como punto central de la responsabilidad la comisión efectiva del crimen, a diferencia de la RS en donde la responsabilidad no nace sólo de la ejecución material del delito, sino que existen obligaciones concretas después de la comisión del delito: la de castigar o la de poner en conocimiento de las autoridades competentes a los subordinados con el fin de que se ejecuten las medidas pertinentes. Así se hayan tomado las medidas razonables en términos de prevención, si esto no fue posible, la RS puede aparecer si el superior no cumplió con sus deberes que se activan, solamente, una vez el crimen ha sido cometido.

Finalmente, en términos de los elementos subjetivos la AM solamente exige el cumplimiento de los elementos subjetivos que tiene el delito en cuestión, o en los términos del ER, haber actuado con intención y conocimiento. En este sentido, no se incluye ningún estándar de negligencia. Desde un punto de vista contrario, la RS incluye expresamente que la responsabilidad puede nacer no sólo cuándo el superior sabía sobre la comisión de los delitos, sino también si, dadas las circunstancias, debió haber sabido que el crimen estaba a punto de ser cometido o fue efectivamente llevado a cabo.

En conclusión, si bien los dos modos de responsabilidad establecen cómo puede ser imputado un delito a un líder o superior que tiene una relación de jerarquía con otras

personas por crímenes que no fueron cometidos por ellos directamente (no participaron en la fase de ejecución), lo cierto es que las dos regulan supuestos de hecho diferentes y tienen énfasis también distintos: la AM regula la relación entre una persona y los crímenes cometidos por una organización que domina, mientras la RS se centra en la omisión de prevención, sanción o reporte sobre los crímenes cometidos por unas personas consideradas como subordinados.

	AUTORÍA MEDIATA	RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR
ELEMENTOS OBJETIVOS	1. <b>Existencia de un aparato de poder organizado y jerarquizado, que debe contener:</b> (i) Un número suficiente de subordinados para garantizar la ejecución de las órdenes y (ii) Ejercicio de autoridad y control sobre el aparato por parte del líder que se manifiesta en el cumplimiento de sus órdenes.	1. El sospechoso debe ser un <b>superior militar</b> , o una persona que actúa efectivamente como tal.
	2. <b>Control sobre la organización por parte del líder o dirigente de la EOP.</b> Esto (i) supone la existencia de una relación superior-subordinado y (ii) este control puede ser ejercido por un mando medio en la organización.	2. El sospechoso debe tener <b>mando y control efectivo</b> , o <b>autoridad y control efectivo</b> sobre sus subordinados.
	3. <b>Ejecución de los crímenes asegurada por el cumplimiento casi automático de las órdenes, que implica fungibilidad negativa simultánea de los subordinados</b> de la estructura (no implica fungibilidad negativa sucesiva o fungibilidad positiva).	3. El crimen cometido por los subordinados debe ser el <b>resultado de la falla del sospechoso</b> de ejercer control adecuado sobre ellos.
	<b>No aplica para la CPI:</b> actuación al margen de la ley de manera excepcional de la organización.	4. El <b>sospechoso no adoptó las medidas necesarias y razonables a su disposición</b> para evitar o castigar la comisión de tales delitos, o dejó de informar sobre el asunto a las autoridades competentes.
ELEMENTOS SUBJETIVOS	1. Cumplir con todos los elementos subjetivos del delito, incluido cualquier dolo especial o intención ulterior: intención y conocimiento.	1. El sospechoso sabía, o debió haber sabido, que sus subordinados estaban cometiendo los crímenes o estaban a punto de cometerlos.

## 2.6.2 Autoría mediata y coautoría mediata

Como se vio en el desarrollo de este capítulo, la coautoría mediata es un desarrollo posterior que se dio por la unión, que hicieron los operadores de justicia al interior de la CPI, de dos modos diferentes de atribución de responsabilidad: la AM y la coautoría por dominio funcional del hecho. En este sentido, la coautoría mediata no es más que una aproximación que hace la jurisprudencia a la manera de imputar un hecho cuando es cometido –conjuntamente con una o más personas- a través de una estructura organizada de poder. Al comparar sus elementos se encuentra que todos los requisitos que deben cumplirse en la AM se encuentran dispuestos en esta nueva forma de atribución, sumados a todos aquellos de la coautoría. En los términos planteados por la jurisprudencia, no son más que una suma de elementos. Sin embargo, debe decirse que se echa de menos un análisis (en la teoría) sobre las relaciones que deben existir no ya

entre líderes sino entre las estructuras de poder a través de las cuales se cometen los crímenes.

	AUTORIA MEDIATA	COAUTORIA MEDIATA
ELEMENTOS OBJETIVOS	<p><b>1. Existencia de un aparato de poder organizado y jerarquizado, que debe contener:</b> (i) Un número suficiente de subordinados para garantizar la ejecución de las órdenes y (ii) Ejercicio de autoridad y control sobre el aparato por parte del líder que se manifiesta en el cumplimiento de sus órdenes.</p>	<p>1. La existencia de un <b>acuerdo o plan común</b> entre dos o más personas que tenga un componente de criminalidad</p>
	<p><b>2. Control sobre la organización por parte del líder o dirigente de la EOP.</b> Esto (i) supone la existencia de una relación superior-subordinado y (ii) este control puede ser ejercido por un mando medio en la organización.</p>	<p>2. <b>Contribución esencial coordinada</b> por parte de los coautores. La esencialidad no está vinculada a la fase de ejecución del crimen.</p>
	<p><b>3. Ejecución de los crímenes asegurada por el cumplimiento casi automático de las órdenes, que implica fungibilidad negativa simultánea de los subordinados</b> de la estructura (no implica fungibilidad negativa sucesiva o fungibilidad positiva).</p>	<p><b>3. Existencia de un aparato de poder organizado y jerarquizado, que debe contener:</b> (i) Un número suficiente de subordinados para garantizar la ejecución de las órdenes y (ii) Ejercicio de autoridad y control sobre el aparato por parte del líder que se manifiesta en el cumplimiento de sus órdenes. - Este control puede ser ejercido por un mando medio en la organización.</p>
	<p><b>No aplica para la CPI:</b> actuación al margen de la ley de manera excepcional de la organización.</p>	<p><b>4. Ejecución de los crímenes asegurada por el cumplimiento casi automático de las órdenes, que implica fungibilidad negativa simultánea de los subordinados</b> de la estructura (no implica fungibilidad negativa sucesiva o fungibilidad positiva).</p> <p><b>5. Control sobre la organización por parte del líder o dirigente de la EOP.</b> Esto (i) supone la existencia de una relación superior-subordinado y (ii) este control puede ser ejercido por un mando medio en la organización.</p>
ELEMENTOS SUBJETIVOS	<p>1. Cumplir con todos los elementos subjetivos del delito, incluido cualquier dolo especial o intención ulterior: intención y conocimiento.</p>	<p>1. Cumplimiento de los <b>elementos subjetivos exigidos por la definición del delito imputado</b>, incluyendo cualquier dolo especial.</p> <p>2. <b>Conciencia y aceptación mutua del delito</b> en cuanto elemento de criminalidad del plan común.</p> <p>3. <b>Conocimiento de las circunstancias fácticas que permiten dominar funcionalmente el hecho punible.</b> Exige conciencia de: (i) la función esencial para la realización del plan común y para la comisión del delito, y (ii) concierne la capacidad de frustrar la ejecución del plan común y en consecuencia del delito.</p>



### 3. Crimen organizado y máximos responsables en Colombia: Una aproximación conceptual

Definir los núcleos componentes de la categoría “crimen organizado” no es sencillo<sup>407</sup>. Sin embargo, como bien plantea Orsi, este fenómeno tiene ciertos aspectos que permiten desarrollar una primera aproximación<sup>408</sup>. En primer lugar, este doctrinante resalta el carácter de grupo organizado. Es decir, un grupo cuyos integrantes tienen un comportamiento conjunto medianamente homogéneo y coordinado, bajo un régimen regulador en la toma de decisiones (generalmente jerárquico y con roles diferenciados) y dirigido a la prosecución de alguna finalidad<sup>409</sup>.

Este sistema de organización interno y permanente puede definirse en determinados casos como una estructura. La diferencia entre organización y estructura, radica en que la primera indica una “disposición especial de los factores que integran un conjunto, de modo que su configuración exponga algún patrón que le dote de cierta homogeneidad (...) el conjunto se comporta como si fuere una unidad, con alguna finalidad propia”<sup>410</sup>. En el segundo caso, la estructura hace referencia a la superación de un umbral de complejidad organizativa, en donde los componentes “muestran cierto grado de especialización, dividiendo las tareas que, hasta determinado momento, podían desarrollarse mancomunadamente”<sup>411</sup>.

Para Orsi, los criterios de organización pueden adquirir múltiples formas<sup>412</sup> y pueden llegar a objetivarse por fuera de los individuos a través de normas (escritas o no),

---

<sup>407</sup> Orsi O., *Sistema Penal y crimen organizado: Estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto* (Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007) pág. 3. [En adelante: Orsi O., *Sistema Penal y crimen organizado*].

<sup>408</sup> Orsi O., *Sistema Penal y crimen organizado*, pág. 5.

<sup>409</sup> *Ibidem*.

<sup>410</sup> *Ibid.*, pág. 41.

<sup>411</sup> *Ibidem*.

<sup>412</sup> Por ejemplo, jerarquía individual de tipo piramidal, un sistema colegiado, un sistema de tipo confederativo, etc. Ver: Orsi O., *Sistema Penal y crimen organizado*, supra nota 417, pág. 42.

llegando a alcanzar un nivel “institucional”<sup>413</sup>. Este nivel de estructura puede definirse como “el conjunto de dispositivos de la organización, de una entidad diferente a la de sus meros integrantes”<sup>414</sup> que pretende aunar voluntades mediante el empleo conjunto del consenso y la coacción<sup>415</sup>. A fines de la permanencia de la organización, esta cuenta con un sistema interno de disciplina y control “destinado a corregir comportamientos alejados de las expectativas del conjunto”<sup>416</sup> y cuenta con capacidad de mantenerse y reproducirse en el tiempo.

Es necesario resaltar que este aspecto es relevante para el derecho penal desde el punto de vista de los modos de comisión de los delitos y desde la problemática de la autoría<sup>417</sup>. Para Orsi, el derecho penal en la mayoría de los casos pretende la punición del propio sujeto grupal “por su sola existencia y sin la necesidad de que haya comenzado la ejecución de un delito en particular”, haciendo que se potencien los problemas de indefinición y extensión en donde se pretende la punición del sujeto grupal –y la pertenencia al mismo- como una fuente potencial de peligro<sup>418</sup>.

Orsi, resalta tres aspectos adicionales importantes de la criminalidad organizada que son relevantes para el derecho penal, esta vez, desde el punto de vista de la lesividad al bien jurídico<sup>419</sup>. Destaca así el aspecto económico de la organización en términos de la autofinanciación para la sostenibilidad<sup>420</sup>. Además, presenta el aspecto político, haciendo referencia a las condiciones políticas generales y a la peculiar conformación del crimen organizado y termina evidenciado el aspecto teleológico: el grupo tiene por finalidad la comisión de delitos, pero no un delito sino un proyecto criminal que supere un umbral determinado y que implique la comisión de delitos de cierta gravedad.

---

<sup>413</sup> Orsi O., *Sistema Penal y crimen organizado*, supra nota 417, pág. 42.

<sup>414</sup> *Ibidem*.

<sup>415</sup> *Ibid.*, pág. 45.

<sup>416</sup> *Ibid.*, pág. 42.

<sup>417</sup> *Ibid.*, pág. 40.

<sup>418</sup> *Ibid.*, pág. 71.

<sup>419</sup> El autor detalla los componentes de los elementos que acá se mencionan. Sin embargo, por no ser directamente pertinente con el objeto de esta investigación sólo se hará referencia de manera profunda al componente organizacional.

<sup>420</sup> El tercer elemento que presenta el autor debe tomarse con precaución en el desarrollo de esta investigación. Para Orsi, la criminalidad organizada implica la generación de un rendimiento económico para la organización: la llamada “empresa criminal”. Así, este elemento diferencia aquellas organizaciones que persiguen otros objetivos, por ejemplo, organizaciones terroristas. Sin embargo, el autor reconoce el sesgo de esta última clasificación y manifiesta que, de manera creciente, el terrorismo se ha identificado como una forma particular de crimen organizado como una manifestación con un fuerte componente político. Ver: Orsi O., *Sistema Penal y crimen organizado*, supra nota 417, pág. 6-8.

Como se verá en detalle, más adelante, esta investigación ahonda en el núcleo problemático del sujeto activo en la participación criminal. Particularmente, desde la identificación concreta de responsabilidad (autores y partícipes) en delitos concretos cometidos por estas organizaciones, es decir, cometidos por un número plural de personas.

Específicamente este trabajo analiza la atribución de responsabilidad por delitos cometidos en el marco del conflicto armado colombiano a través de estructuras que tienen los rasgos arriba identificados<sup>421</sup>. Cerrando un poco más el espectro, valga aclarar, que esta investigación se centra en analizar la atribución de responsabilidad a máximos dirigentes de estas estructuras de poder. Por lo general, los delitos de mayor relevancia cometidos ellos son clasificados como crímenes graves (crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, por ejemplo).

Para brindar un marco conceptual sólido al desarrollo ulterior del problema, a continuación se presentan dos elementos adicionales: de una parte, lo que la doctrina penal contemporánea llama “macro-criminalidad” o “criminalidad de sistema” que brinda un marco de análisis sobre las características propias de las estructuras criminales acá consideradas, particularmente, desde los rasgos diferenciadores de la criminalidad ordinaria. Mas adelante, se hace una aproximación a lo que se entiende por “máximo responsable” en este contexto y se analiza por qué esta categoría es relevante actualmente desde el punto de vista de la política criminal colombiana.

### **3.1 Macro-criminalidad, criminalidad colectiva y crímenes de sistema: la organización como el rasgo diferenciador de la criminalidad ordinaria**

Para buena parte de la doctrina penal actual la macro-criminalidad, la criminalidad colectiva y los crímenes de sistema denotan el producto de la acción de estructuras de poder que cuentan con cierto grado de organización, situación particular que los diferencia de la criminalidad ordinaria o los delitos cometidos de manera aislada. A continuación se desarrollan los conceptos desarrollados por Ambos; Kelman y Hamilito; Röling, Nollkaemper y Van der Wilf, quienes, desde el punto de vista del derecho internacional, brindan elementos útiles para identificar la criminalidad cometida por “estructuras”.

---

<sup>421</sup> Dado el objeto investigativo referenciado, el derecho internacional humanitario es útil acá para la identificación de qué se entiende por grupo armado que participa en el conflicto armado (Protocolo Adicional II).

Para Ambos, la macro-criminalidad política se compone de “comportamientos en conformidad con el sistema que son ejecutados dentro de una estructura organizada, un aparato de poder o cualquier otro contexto de acción colectiva”<sup>422</sup>. Este tipo de criminalidad es diferente de la ordinaria dado el rol especial que juega el Estado en su ejecución; este rol puede ser expresado en intervención activa, tolerancia, omisión o aún en cualquier fortalecimiento de comportamiento delictivo<sup>423</sup>.

Así, macro-criminalidad política significa criminalidad fortalecida por el Estado o criminalidad colectiva condicionada políticamente. Según el doctrinante, este concepto también involucra crímenes cometidos por actores no estatales, en la medida en que, cuando el Estado es territorialmente competente, también es responsable (al menos por omisión) al no asegurar la protección de los ciudadanos. Aunque Ambos también reconoce la imposibilidad del Estado de ejercer control sobre toda la criminalidad no-estatal. Para el autor, la obligación del Estado no debe tener límites cuando se trata de macro-criminalidad política<sup>424</sup>.

Siguiendo a Ambos, la escala es una característica esencial de la criminalidad en masa, en donde cierto grado de *organización* hace posible la perpetración de los crímenes. Esta característica es expresada como un *continuum* de poderes e intereses enmarcados en una estructura organizada o en un contexto particular de acción colectiva<sup>425</sup>. Además, esta clase de crímenes implica una detallada división de tareas que busca esconder la responsabilidad de los altos eslabones dentro de las estructuras<sup>426</sup>.

Desde una perspectiva similar, Kelman y Hamilto hacen referencia a los *crímenes de obediencia* para definir acciones punibles apoyadas por estructuras de autoridad que son relevantes para el derecho internacional. Para los autores, un crimen de obediencia es un “acto llevado a cabo siguiendo órdenes de una autoridad”<sup>427</sup>. Estos injustos penales se ejecutan bajo especiales instrucciones de las autoridades, o en un ambiente en donde estos actos delincuenciales son implícitamente patrocinados, esperados o al menos tolerados por las autoridades. En consecuencia, el perpetrador “cree que el acto es patrocinado, esperado, o al menos tolerado y probablemente aprobado por las

---

<sup>422</sup> Ambos K., *Article 25. Individual Criminal Responsibility*, en O Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (Baden-Baden Nomos, 1999) pág. 479. Traducción no oficial.

<sup>423</sup> Ambos K., *La Parte General del Derecho Penal Internacional, Bases para una elaboración dogmática (traducción de Ezequiel Malarino Duncker & Humblot Programa Estado de Derecho para Sudamérica, Temis, 2005)* pág. 45. [En adelante: Ambos K., *La Parte General del Derecho Penal Internacional*].

<sup>424</sup> *Ibidem*.

<sup>425</sup> *Ibid.*, pág. 73-90.

<sup>426</sup> *Ibidem*.

<sup>427</sup> Kelman H. and Hamilton L., *Crimes of Obedience: Toward a Social Psychology of Authority and Responsibility* (University Press, New Haven and London, 1989) pág. 46. Traducción no oficial.

autoridades<sup>428</sup>. Estos delitos son ejecutados siguiendo una política oficial y, desde el punto de vista de los perpetradores, el crimen refleja lo que los superiores quisieran que ellos hicieran. Así el comportamiento criminal no hubiese tenido lugar sin autorización<sup>429</sup>.

Recientemente es usado el concepto de *crímenes de sistema* para referirse a criminalidad con características similares. Röling fue el primero en utilizar este término para referirse a situaciones en donde los “gobiernos ordenan la comisión de crímenes, los promueven, favorecen, permiten o toleran”<sup>430</sup>. A su vez, para Nollkaemper y Van der Wilf, la criminalidad de sistema se refiere a situaciones en donde “entidades colectivas como Estados o grupos armados organizados ordenan o promueven la comisión de crímenes internacionales, o los permiten o toleran”<sup>431</sup>.

El sistema detrás de la comisión de los crímenes puede actuar de manera activa o pasiva<sup>432</sup> y puede expresarse en diversas formas –que pueden variar en tamaño, estructura organizacional o naturaleza legal- tales como estados, grupos armados organizados, partidos políticos que ostentan autoridad u organizaciones internacionales<sup>433</sup>. Así, el adjetivo “sistema” hace referencia a dos factores fundamentales: *conexión y organización*<sup>434</sup>. Nollkaemper y Van der Wilf enfatizan que “no es el sistema que es criminal, es la naturaleza de la criminalidad que es sistemática”<sup>435</sup>.

La Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas indica que los crímenes de sistema son ofensas que se caracterizan por una división de tareas entre autores intelectuales y ejecutores, y por arreglos en la estructura y en la ejecución que hace difícil establecer conexiones entre aquellos<sup>436</sup>. Generalmente, estos crímenes son cometidos por entidades oficiales y frecuentemente con el involucramiento de personas que fueron o son, políticamente poderosas<sup>437</sup>.

Roxin, al desarrollar su teoría de atribución de responsabilidad por aparatos organizados de poder (que se explicará a fondo más adelante) señala algunas características de las estructuras criminales que cometen crímenes colectivos. En primer lugar, la estructura no depende de la personalidad individual de los ejecutores, en realidad es una estructura automática<sup>438</sup>. Roxin,

---

<sup>428</sup> Kelman H., *The policy context of international crimes* en Nollkaemper A. y Harmen Van der Wilf (ed.), *System Criminality in International Law* (Cambridge University Press, 2009) pág. 26. Traducción no oficial. [En adelante: Kelman H., *The policy context of international crimes*].

<sup>429</sup> *Ibidem*.

<sup>430</sup> Röling B., *The significance of the laws of war* en Cassese A. (ed.) *Current Problems of International Law: Essays on UN Law and on the Law of Armed Conflict* (Dott A. Giuffrè, Milán, 1975) pág. 138. Traducción no oficial.

<sup>431</sup> Nollkaemper A. y Van der Wilf H., (ed.) *System Criminality in International Law* (Cambridge University Press, 2009) Prefacio. Traducción no oficial. [En adelante: Nollkaemper A. y Van der Wilf H., *System Criminality in International Law*].

<sup>432</sup> *Ibid.*, pág. 16.

<sup>433</sup> *Ibid.*, pág. 17.

<sup>434</sup> *Ibid.*, pág. 15.

<sup>435</sup> *Ibid.*, pág. 23.

<sup>436</sup> Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Rule-of-Law Tools for Post-Conflict States, Prosecution Initiatives*, HR/PUB/06/4, 2006. Traducción no oficial.

<sup>437</sup> *Ibid.*, pág. 6.

<sup>438</sup> Roxin C., *Crimes as Part of Organized Power Structures* (Journal of International Criminal Justice, Oxford University Press, Marzo, 2011) pág. 4. Traducción no oficial. [En adelante: Roxin C., *Crimes as Part of Organized Power Structures*].

citando el caso *Eichmann*, asevera que lo que diferencia un crimen colectivo de un crimen individual es precisamente que “la ausencia de obediencia no tiene efectos en la implementación del crimen ya que el comando del aparato continuará operando”<sup>439</sup>. Según Roxin, este tipo de criminalidad contiene una mixtura particular. De una parte, la naturaleza colectiva puede ser vista en la estructura criminal en la cual el individuo es graduado en estatus, en donde se distingue entre miembros, promotores, personas detrás del escenario, etc.<sup>440</sup>. De otra parte, el acto concreto delinea las circunstancias de la intervención en los crímenes individualmente considerados<sup>441</sup>.

Así, los autores presentan -si bien con diferentes nombres- una clase de criminalidad particular que se caracteriza por la organización de las estructuras y la división de tareas que permiten su comisión. Para Ambos, esta estructura se ve reflejada en la macro-criminalidad política. Kelman y Hamilito se refieren a ella como crímenes de obediencia y, recientemente, Naciones Unidas y Nolkaemper y Van der Wilf usan el término criminalidad de sistema para indicar la conexión y organización que existe dentro de estas estructuras criminales. Por su parte, Roxin señala que la organización en la estructura permite identificar diferencias entre los miembros, particularmente en estatus.

Aunque en las diferentes teorías parece claro que existe organización y rango dentro las estructuras criminales que cometen crímenes de sistema, cuando la teoría es aplicada a escenarios reales, la identificación de las estructuras, de los diferentes miembros que las componen -especialmente los máximos responsables- es una tarea compleja que requiere de un enfoque creativo, dejando de lado los esquemas rígidos que tradicionalmente se utilizan por parte de la administración de justicia.

### **3.2 Política criminal de persecución a máximos responsables: la identificación de la estructura criminal como presupuesto para la identificación del máximo responsable**

Habiendo identificado los rasgos generales de la criminalidad organizada capaz de generar crímenes graves (crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra), así como la forma en que algunos doctrinantes entienden esta categoría, y partiendo del presupuesto de que es necesaria la persecución penal de quienes cometen esta clase de criminalidad, este capítulo responderá a la pregunta ¿por qué es importante perseguir penalmente y de manera prioritaria a los máximos responsables? Así, esta sección fundamenta la relevancia que tiene, desde el punto de vista de la política criminal, el análisis de los grados de participación de los líderes en los delitos cometidos a través o con apoyo, de estructuras criminales.

En primer lugar, es necesario aclarar quién puede ser considerado un “máximo responsable”. Para esto, es necesario adentrarse en los estudios que algunos

---

<sup>439</sup> *Ibíd.*, pág. 5

<sup>440</sup> *Ibíd.*, pág. 1

<sup>441</sup> *Ibidem.*

doctrinantes -como Garay y Salcedo- han hecho sobre la identificación y representación de estructuras criminales, para luego presentar algunos elementos indicativos que, según profesores como Aguirre, señalan que se está en presencia de un líder de una estructura criminal y, en segundo lugar, se presentarán las razones que fundamentan esta necesidad de persecución a líderes de estructuras de poder, encontrando, como fuente principal, los desarrollos que se han dado desde el derecho penal internacional, para más adelante identificar cómo el derecho y la política criminal colombiana se apropian de estos elementos.

### **3.2.1 Representación de las estructuras criminales complejas y criterios orientadores para la identificación de máximos responsables**

La persecución penal está orientada a la atribución de responsabilidad penal individual. Sin embargo, para investigar criminalidad organizada es indispensable el análisis de las estructuras criminales<sup>442</sup>. Garay y Salcedo<sup>443</sup> al estudiar redes criminales y la cooptación del Estado utilizan la teoría de las redes sociales desde el punto de vista de los flujos y niveles de información que se dan al interior de la estructura, y que puede graficarse a través de puntos (individuos o grupos de individuos) y líneas (interacciones sociales)<sup>444</sup>.

Los autores hacen algunas aclaraciones relevantes. En primer lugar, estar “muy conectado” no provee información sobre quién es el agente social más relevante<sup>445</sup>. Así, algunas estructuras de redes no pueden ser analizadas únicamente mediante la cantidad de relaciones sociales. De otra parte, por lo general, a las redes criminales no les sirve estar aisladas y cerradas en sí mismas, sino que requieren estar abiertas y conectadas con otras redes legales, porque ello les provee información y recursos útiles para operar<sup>446</sup>.

---

<sup>442</sup> Para Ambos, el sistema y el individuo se complementan el uno al otro, así que “un enfoque que sólo tenga en cuenta uno de los dos no estaría en capacidad de abordar todas las complejidades de la macro-criminalidad”. Ver: Ambos K., *Command Responsibility and Organisationsherrschaft: ways of attributing international crimes to the “most responsible”* en Nollkaemper A. y Van der Wilf H. (ed.), *System Criminality in International Law* (Cambridge University Press, 2009) págs. 128 y 129. Traducción no oficial.

<sup>443</sup> Garay L. y Salcedo E., *Redes ilícitas y reconfiguración de estados, el caso Colombia* (Fundación Vortez, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Bogotá, 2012) pág. 25. [En adelante, Garay L. y Salcedo E., *Redes ilícitas*].

<sup>444</sup> Degenne A, y Forsé M., *Introducing Social networks* (Sage Publications, Londres, 1999) citando en Garay L. y Salcedo E., *Redes ilícitas*, supra nota 453, pág. 25.

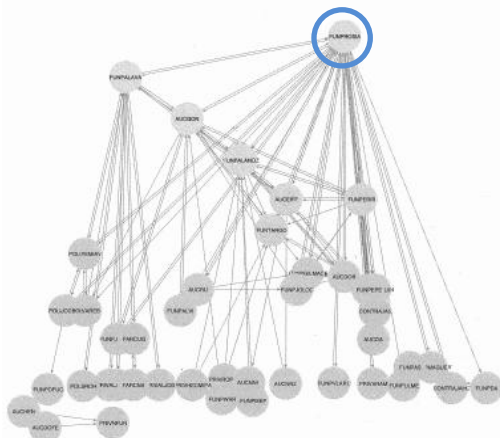
<sup>445</sup> Garay L. y Salcedo E., *Redes ilícitas*, pág. 26.

<sup>446</sup> *Ibidem*.

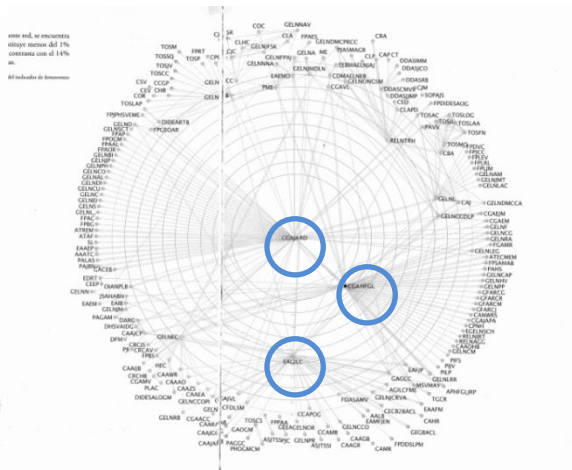
Garay y Salcedo afirman, en relación con los tipos de agente en redes criminales que, “el análisis de redes sociales, aplicado a procesos de captura y reconfiguración cooptada del Estado, implica analizar la interacción entre agentes sociales disímiles, que no son estrictamente criminales, sino que varían desde funcionarios públicos y líderes políticos, hasta narcotraficantes, guerrilleros y paramilitares. Sin embargo, la sola pertenencia a un determinado grupo criminal, entidad del Estado o grupo social, no provee información completa acerca del rol que cada nodo-agente desempeña en la red”<sup>447</sup>.

Los autores utilizan indicadores de centralidad y densidad de la red. Por densidad entienden “la cantidad total de conexiones actuales, comparada con el total de conexiones posibles de la red. Entre mayor sea la densidad, también será mayor la cohesión registrada al interior de un red”<sup>448</sup>. Por centralidad de la red se indica si “un reducido número de nodos-agentes controla el flujo de información de la red”<sup>449</sup> y está relacionado con la capacidad de desestabilización de la red. Según los autores, la red “tiene un líder visible cuya remoción impacta directamente en la estabilidad de la red”<sup>450</sup>.

Así, Garay y Salcedo, brindan dos elementos que pueden ser útiles: el análisis de las estructuras criminales desde las interacciones sociales y la identificación de líderes de las estructuras desde el punto de vista de la estabilidad de la red criminal. A continuación, se presentan dos ejemplos gráficos que ayudan en el análisis.



Garay L. y Salcedo E., *Redes ilícitas y reconfiguración de estados, el caso Colombia* (Fundación Vortex, ICTJ, Bogotá, 2012) n.º 31. Modelo de Soledad Atlántico



Garay L. y Salcedo E., *Redes ilícitas y reconfiguración de estados, el caso Colombia* (Fundación Vortex, ICTJ, Bogotá, 2012) n.º 50 y 51. Modelo de Arauca

En la gráfica de la izquierda, que corresponde a la ubicación (de mayor-superior a menor-inferior) en función del indicador de centralidad directa en la Red de Soledad, Atlántico, según Garay y Salcedo FUNPROSIA es el agente que concentra la mayor cantidad de relaciones sociales directas e individuales (en este caso una alcaldesa).

Desde el punto de vista del derecho penal internacional, es claro que la visión tradicional y rígida de las estructuras criminales no abarca las complejidades de los crímenes graves. Aguirre, también propone usar la figura de la red para analizar los crímenes de sistema. Para este

<sup>447</sup> Ibid., pág. 31.  
<sup>448</sup> Ibid., pág. 28.  
<sup>449</sup> Ibidem.  
<sup>450</sup> Ibidem.

doctrinante las estructuras criminales no funcionan como esquemas piramidales y rígidos, (como presenta Weber –identificando un líder carismático- o Roxin, a través de la teoría del aparato organizado de poder)<sup>451</sup> sino que funcionan siguiendo un esquema de red en donde es posible tener autoridad horizontal compartida, con algunos elementos subordinados que, a su vez, ejercen alguna clase de liderazgo autónomo<sup>452</sup>.

Para Aguirre “algunas coaliciones de milicias locales pueden operar como redes, de esta manera, cada elemento local designa su líder, los líderes locales coordinan acciones entre ellos de manera horizontal y pueden lograr acuerdos *ad hoc* para ataques o campañas particulares”<sup>453</sup>. Es más, es posible encontrar grupos en donde existen esquemas combinados, por ejemplo, liderazgo carismático y redes o liderazgo carismático y estructuras burocráticas<sup>454</sup>.

Por su parte, la Cámara de Apelaciones de la Corte Penal Internacional (CPI), al tratar el tema, se refirió a la necesidad de estudiar las estructuras criminales desde el punto de vista de su actuación real y no desde un entendimiento formalista. Así, dijo que “el rol particular de una persona dentro de una organización puede variar considerablemente dependiendo de las circunstancias del caso y no puede ser evaluado de manera predeterminada o teniendo en cuenta exclusivamente bases formalistas”<sup>455</sup>.

Así, puede decirse, que una estructura criminal no funciona como una pirámide rígida o como una organización burocrática, sino que es posible encontrar estructuras complejas en forma de redes en donde hay autoridad horizontal compartida con elementos subordinados que a su vez pueden tener cierto grado de autonomía. En este escenario, el examen de la estructura y la identificación de los responsables, es una tarea mucho más difícil y compleja.

Roxin y de Aguirre tienen propuestas para identificar a los máximos responsables dentro de estructuras criminales complejas. Roxin señaló algunos parámetros útiles como, por ejemplo:

---

<sup>451</sup> Aguirre X., *Prosecuting the Most Responsible for International Crimes: dilemmas of Definition and Prosecutorial Discretion* (No tiene publicación oficial) pág. 8. Traducción no oficial. [En adelante: Aguirre X., *Prosecuting the Most Responsible for International Crimes*].

<sup>452</sup> Para Aguirre, en las investigaciones penales existe una batalla entre la Fiscalía y la Defensa quienes presentan visiones opuestas sobre la estructura de la organización criminal. De una parte, la Fiscalía usa un esquema burocrático ya que le facilita el establecimiento de cortes claros en la atribución de responsabilidad. De otra parte, la defensa propugna por la “teoría del caos” en donde se revela la dificultad para conocer realmente las estructuras criminales o prever su funcionamiento y el comportamiento de los subordinados. Ver: Aguirre X., *Prosecuting the Most Responsible for International Crimes*, supra nota 50, págs 9-11. El autor cita diferentes casos en donde la teoría del caos ha sido usada por la defensa, por ejemplo: ICTR, *Prosecutor v. Rutaganda*, Trial Chamber judgment, ICTR-96-3-T, 6 Diciembre 1999, para. 137; ICTY, *Prosecutor v. Milomir Stakic*, Trial Chamber II judgment, IT-97-24-T, 31 Julio 2003, párr. 648. Aunque los argumentos no fueron aceptados en ninguno de los dos casos.

<sup>453</sup> Ibidem.

<sup>454</sup> Aguirre X., *Prosecuting the Most Responsible for International Crimes*, pág. 12.

<sup>455</sup> Corte Penal Internacional (CPI), *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, Judgment on the Prosecutor’s appeal against the decision of the Pre-Trial Chamber I, “Decision on the Prosecutor’s Application for Warrants of Arrest, article 58”, Appeals Chamber, ICC-01/04, 13 Julio 2006, párr.76.

- “La posición central del líder en el desarrollo de los eventos criminales: él o ella debe ser el nervio central de la estructura, a diferencia de aquellos que simplemente instigan la ejecución de los delitos”<sup>456</sup>.
- “Los demás miembros de la estructura pueden ser considerados como simples instrumentos”<sup>457</sup>.
- “La distancia del líder a la escena del crimen: a mayor distancia de la escena, mayor el nivel de control”<sup>458</sup>.
- “El líder puede dar órdenes a los subordinados”<sup>459</sup>.
- “El líder puede dirigir la parte de la organización que está subordinado a él o ella”.

Si bien estos criterios son útiles, es claro que fueron desarrollados pensando en el esquema burocrático. Así estos elementos tienen un alcance limitado cuando se está frente a estructuras en redes que tienen un contenido mucho más complejo. Aguirre, presenta una lista de elementos útiles que pueden ser investigados dentro de una estructura criminal compleja con el fin de identificar su naturaleza y la posición que ocupa las personas que forman parte de ella<sup>460</sup>.

- Estatus formal: Establecimiento formal y mandato de la estructura
- Doctrina: Ideología, identidad del grupo, directrices y objetivos.
- Uniformidad: Estándares de la organización, señales externas y procedimientos.
- Autoridad: Habilidad para diseñar e implementar planes, órdenes e instrucciones.
- Comunicaciones: Habilidad para transmitir efectivamente información dentro de la estructura.
- Personal: Número de miembros y habilidad para manejarlos (fungibilidad).
- Armamento: Armas y munición utilizada o que está disponible para la estructura.
- Finanzas: Sistema económico, ingresos, bienes, pagos y transacciones comerciales.
- Logística: Sistemas de aprovisionamiento, transporte e infraestructura.
- Territorio: Ubicación geográfica, control e influencia territorial.
- Disciplina: Incluyendo disciplina interna y justicia penal.

Por su parte, en 2006, Del Ponte, fiscal del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY), presentó la política de “concentrar las investigaciones y acusaciones en los líderes de las empresas criminales”, presentando allí los siguientes criterios para identificar a los máximos responsables:

- “El nivel de liderazgo y la posición en la estructura militar y política, así como la información acerca de las formaciones militares, la organización política, las

---

<sup>456</sup> Roxin C., *Crimes as Part of Organized Power Structures*, pág. 4.

<sup>457</sup> *Ibid.*, pág. 5

<sup>458</sup> *Ibidem.*

<sup>459</sup> Roxin C., *Crimes as Part of Organized Power Structures*, pág. 6. Según Kelman, los superiores que se encuentran en altos mandos pueden, de hecho, no expedir órdenes específicas que involucren la comisión de actos criminales, pero pueden “formular políticas, crear atmósferas y establecer el marco general, según los cuales los niveles intermedios de la jerarquía expiden órdenes específicas y ejecutan acciones en el terreno”. Ver: Kelman H., *The policy context of international crimes*, pág.28.

<sup>460</sup> Aguirre X., *Prosecuting the Most Responsible for International Crimes*, pág.15.

estructuras de mando *-de facto y de jure-*, la relación entre las estructuras políticas, militares, paramilitares y de policía al momento del conflicto”<sup>461</sup>.

- “La proporción de responsabilidad de cada uno de los líderes, teniendo en cuenta su nivel de involucramiento, la manera de participación, su contribución al crimen y la importancia de su rol”<sup>462</sup>.

Aguirre, si bien reconoce que los criterios expuestos son un avance en el entendimiento de la categoría de los máximos responsables, considera que todos ellos tienen alcance limitado ya que continúan tomando como presupuesto una jerarquía convencional<sup>463</sup>. Para el autor, se debe presumir que los líderes son los máximos responsables del crimen, si:

- “Se tiene una estructura jerárquica, ya sea esta civil, militar, económica o de otra naturaleza,
- La estructura fue instrumental para la comisión del crimen, y
- El líder tenía control efectivo o influencia sobre la estructura durante el periodo y en el área relevante”<sup>464</sup>.

Para Aguirre, “si no se tienen en cuenta estos elementos, es probable que se asuma de manera formalista la responsabilidad y esto sea un impedimento para la identificación de las personas que en realidad son los máximos responsables”<sup>465</sup>.

Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, es claro que encontrar a los máximos responsables dentro de las estructuras criminales es un asunto de análisis del funcionamiento real de la organización y no sólo de su apariencia formal. En un caso concreto, deben ser probadas la jerarquía, la naturaleza instrumental de la estructura y la capacidad de control de la persona que es identificada como el líder.

### **3.2.2 ¿Por qué la necesidad de perseguir a los máximos responsables en la política criminal colombiana?**

Según Sanchez-Ostiz, la política criminal es ese sector de la política en donde se decide sobre la prevención de aquellas conductas que más gravemente ponen en peligro la subsistencia de la vida social<sup>466</sup>. Por su parte, la Corte Constitucional colombiana entiende por política criminal “el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario

---

<sup>461</sup> Del Ponte C., *Investigation and Prosecution of Large-scale Crimes at the International Level* (4 *Journal of International Criminal Justice*, 2006) pág. 543.

<sup>462</sup> *Ibidem*.

<sup>463</sup> Aguirre X., *Prosecuting the Most Responsible for International Crime*, pág. 8.

<sup>464</sup> *Ibid.*, pág. 15.

<sup>465</sup> *Ibidem*.

<sup>466</sup> Sanchez-Ostiz P., *Fundamentos de Política Criminal. Un retorno a los principios* (Marcial Pons, Madrid, 2012) pág. 23. [En adelante: Sanchez-Ostiz P., *Fundamentos de Política Criminal*].

adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción”<sup>467</sup>. Para la Corte “la decisión política que determina los *objetivos del sistema penal* y la adecuada aplicación de los medios legales para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados, se plasma en el texto de la ley penal” (cursiva agregada).

En el mismo sentido, ha precisado esta Corporación, que el proceso de diseño de una política pública, en materia criminal, incluye los estadios de: (i) definición de sus elementos constitutivos y las relaciones entre ellos, (ii) articulación inteligible de sus componentes, y (iii) programación de la forma, los medios y el ritmo al cual será desarrollada dicha política. En ese orden de ideas, la Corte expresó que las decisiones constitutivas del diseño de una política pública pueden ser plasmadas, o bien en documentos políticos, o bien en instrumentos jurídicos, es decir, normas, sean éstas de rango constitucional, legal o reglamentario.

En este sentido, la decisión sobre qué, a quién y cómo investigar responde a una decisión de política criminal<sup>468</sup>. En casos de criminalidad organizada en donde intervienen diferentes actores de diferente rango y se cometen un sinnúmero de delitos graves, es claro que debe existir una decisión sobre cómo administrar los recursos limitados del Estado. Tanto a nivel internacional, como a nivel nacional, se ha tomado una decisión de política criminal sobre la necesidad de enfocar estratégicamente los recursos hacia la investigación de máximos responsables de crímenes cometidos a través de estructuras de poder.

Desde el punto de vista del derecho penal internacional, que se aplica en caso de infracciones al derecho internacional humanitario cometidas en conflictos armados de carácter internacional o no internacional, es claro que la mayoría de iniciativas de persecución penal estuvieron -y están- orientadas a la investigación y sanción de los máximos responsables<sup>469</sup>. Esta disciplina fundamenta la utilidad de esta estrategia en los

---

<sup>467</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-936 de 23 de noviembre de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>468</sup> Blum C., Magarrell L., y Wierda M., *Criminal Justice for Criminal Policy. Prosecuting Abuses of Detainees in U.S. Counterterrorism Operations* (International Center for Transitional Justice, Noviembre, 2009) pág. 7.

<sup>469</sup> Desde los Tribunales Penales Internacional de Nuremberg y Tokyo (artículo 1 de los estatutos correspondientes). Así mismo, tanto el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia como el Tribunal Penal Internacional para Ruanda fueron requeridos por la Resolución 1534 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas a enfocar sus esfuerzos en los máximos responsables de los crímenes más graves. La Fiscalía de la Corte Penal Internacional también ha establecido como parte de su política que la actuación institucional se enfoca en los máximos responsables de crímenes internacionales. Ver: Fiscalía de la CPI, *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor*, Septiembre, 2003. [En adelante: Fiscalía de la CPI, *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor*].

beneficios que puede traer para maximizar la prevención (en la medida en que otros líderes criminales verán que sólo en la medida en que eviten la comisión de crímenes internacionales evitarán la persecución por parte de la CPI<sup>470</sup>), la generación del efecto simbólico de que nadie está por encima de la ley<sup>471</sup> y en el hecho de que, dado que los máximos responsables son quienes están en mejor posición para promover la continuación o inicio de un nuevo conflicto, es mejor retirarlos de la vida pública<sup>472</sup>. En este sentido, el nivel de liderazgo del autor del crimen dentro de la estructura ha sido un criterio determinante en el establecimiento de criterios de selección y priorización de casos en el TPIY<sup>473</sup> y en la CPI<sup>474</sup>.

En relación con el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, debe decirse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que Colombia tiene la obligación internacional de conducir las investigaciones penales por hechos que impliquen presuntas violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos, buscando, de una parte, esclarecer la existencia de estructuras criminales complejas y sus conexiones que hicieron posible las violaciones<sup>475</sup> y dirigir los esfuerzos del aparato estatal a desentrañar las estructuras que permitieron las violaciones, sus

---

<sup>470</sup> CPI, *Situation in the Democratic Republic of Congo, Decision on The Prosecutor's Application for Warrants Of Arrest, Article 58*, ICC-01/04-196, 10 February 2006, párr.52-55. Traducción no oficial.

<sup>471</sup> Crane D., *White Man's Justice: Applying International Criminal Justice After Regional Third World Conflicts* (Cardozo Law Review 27, 2005-2006).

<sup>472</sup> Cryer R., *Prosecuting the Leaders: Promises, Politics and Paracticalities* (Göttingen Journal of International Law 1, 2009) pág. 45-75

<sup>473</sup> Ver: Fiscalía del TPIY "Internal Memorandum", que contiene una lista de "criterios para investigaciones y persecuciones". El texto presenta cinco clases de criterios, entre los cuales se encuentra la posición del autor. Ver: Bergsmo M. y Saffón M., *Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales centrales?* en *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales, Un estudio comparado*, (GIZ, Bogotá, 2011), págs. 72 y 73. En 1998 la Fiscalía del TPIY reconoció que sólo pocas personas que hasta ese momento habían sido acusadas ante el TPIY revestía posiciones de liderazgo (Ver: Angermaier C., *Case selection and prioritization criteria in the work of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*" en Jhonson L. *Ten Years Later: Reflecting on the Drafting*" (Journal of International Criminal Justice 2, 2004) pág. 368-369). En consecuencia intentó focalizarse de manera mucho más explícita en "personas con altos niveles de responsabilidad" expidiendo en 1998 una "Internal Circular".

<sup>474</sup> Fiscalía de la CPI, *Paper on Some Policy Issues before the Office of the Prosecutor*, En donde se establece que los máximos responsables deben ser objetivo de investigación de la Fiscalía. Este criterio fue ratificado en las regulaciones de la Fiscalía de la CPI (Ver: ICC, *Regulations of the Office of the Prosecutor*, ICC-BD/05-01-09, 23 April 2009, Official Journal Publication, regulación 34) y reconocido por las Salas de la CPI (CPI, *Situation in the Republic of Kenya*, Pre-Trial Chamber II, Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15, ICC-01/09, 26 Noviembre de 2009, párr. 55 y 78; CPI, *Situation in the Republic of Kenya*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09, 31 de marzo de 2010, párr. 50).

<sup>475</sup> CortelDH. *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163 párr. 158. Cambiar cita.

causas, sus beneficiarios y sus consecuencias<sup>476</sup>. Esto, propenderá por la garantía de la no repetición de las violaciones de derechos humanos<sup>477</sup> y por el esclarecimiento de la verdad de los hechos ocurridos<sup>478</sup> (en el entendido de que el derecho a la verdad es un derecho no sólo individual sino que le pertenece a la sociedad en su conjunto)<sup>479</sup>. Para la Corte, estas obligaciones están profundamente interrelacionadas<sup>480</sup>, son interdependientes<sup>481</sup> y deben ser cumplidas en su integralidad, de manera tal que no se pueden interpretar aisladamente.

---

<sup>476</sup> CortelDh. *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163 párr. 158 y siguientes.

<sup>477</sup> Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250 párr. 257; Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 226, Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252 párr. 305.

<sup>478</sup> La Organización de Naciones Unidas ha reconocido la importancia de la determinación de la verdad con respecto a las violaciones manifiestas de los derechos humanos para la consolidación de los procesos de paz y reconciliación. Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución respecto a las personas desaparecidas en Chipre de 9 de diciembre de 1975, 3450 (XXX), Preámbulo; Resolución respecto de la situación de los derechos humanos en El Salvador de 20 de diciembre de 1993, A/RES/48/149, Preámbulo y párr. 4; Resolución sobre la situación de los derechos humanos en Haití de 29 de febrero de 2000, A/RES/54/187, párr.8; Resolución sobre la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala de 28 de enero de 2003, A/RES/57/161, párr. 17; Resolución sobre asistencia para el socorro humanitario, la rehabilitación y el desarrollo de Timor Leste de 13 de febrero de 2003, A/RES/57/105, párr. 12; Resolución sobre la promoción y protección de todos los derechos humanos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales incluido el derecho al desarrollo de 19 de setiembre de 2008, A/HRC/9/L.23, Preámbulo; Resolución sobre la Proclamación del 24 de marzo como Día Internacional del Derecho a la Verdad en relación con Violaciones Graves de los Derechos Humanos y de la Dignidad de las Víctimas de 23 de junio de 2010, A/HRC/RES/14/7, Preámbulo; Resolución sobre el Derecho a la Verdad de 12 de octubre de 2009, A/HRC/RES/12/12, párr. 1; Resolución sobre Genética Forense y Derechos Humanos de 6 de octubre de 2010, A/HRC/RES/15/5, Preámbulo; Resolución sobre el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición de 26 de septiembre de 2011, A/HRC/18/L.22, Preámbulo, y Resolución sobre el Derecho a la Verdad de 24 de septiembre de 2012, párr.1.

<sup>479</sup> Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 76 y 77; Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252 párr. 298. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 37/00 del 13.04.2000. Pág. 148.

<sup>480</sup> Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213. Párr. 171.

<sup>481</sup> Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213. párr. 171. “Si bien cada uno de los derechos contenidos en la Convención tiene su ámbito, sentido y alcance propios, en ciertas ocasiones, por las circunstancias particulares del caso o por la necesaria interrelación que guardan, se hace necesario analizarlos en conjunto para dimensionar apropiadamente las posibles violaciones y sus consecuencias”.

En contextos de conflictos armados, en donde se cometen graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario (por lo general calificadas como crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad), investigar a los máximos responsables resulta ser una de las estrategias más eficientes a la hora no sólo de entender las motivaciones de los hechos victimizantes, sino las estructuras de jerarquía de los grupos criminales. A este respecto, Orentlicher afirma que: *“El derecho consuetudinario parece indicar que los gobiernos pueden cumplir con sus obligaciones bajo el derecho internacional, mediante la persecución de aquellos más responsables de diseñar e implementar un sistema de atrocidades en contra los derechos humanos o de crímenes especialmente notorios (...)”*<sup>482</sup>. Bajo esta misma línea, varios académicos proponen que una postura en la que se priorice la persecución penal en aquellos que tienen el más alto grado de responsabilidad, es coherente con el objetivo central de los procesos de transición y responde a la naturaleza de los crímenes de sistema, a los cuales se enfrenta un Estado que desee investigar violaciones masivas a los derechos humanos cometidas en el marco del conflicto armado<sup>483</sup>.

La priorización de la investigación de los máximos responsables tiene un sentido estratégico fundamental. Primero, por la dificultad que se presenta al pretender juzgar al mismo tiempo a todas y cada una de las personas que perpetraron uno o varios hechos en un contexto de macro-criminalidad, en tanto el volumen de implicados y de hechos es sumamente amplio, como sucede en el contexto del conflicto armado colombiano. Si no se prioriza deliberadamente la investigación de los máximos responsables, la investigación podría terminar por enjuiciar a quienes no fueron determinantes en la comisión de un hecho, y nunca llegar a los máximos responsables en un plazo razonable.

Adicionalmente, la priorización de la persecución de los máximos responsables se corresponde con la visibilidad del juicio y su representatividad frente al derecho de acceso a la justicia. Así, las víctimas podrán conocer el sistema que favoreció la

---

<sup>482</sup> See D. Orentlicher, 'Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime, 100 *Yale Law Journal* (1991) 2537 ff., at 2599. En: Sthan, Carsten. Complementarity, Amnesties and Alternative forms of justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court. 3. *J. Int'l Crim. Justice*. 695 2000 at pg. 697 at. Pg 708. (Traducción libre)

<sup>483</sup> Ver entre otros: Judicialización de crímenes de sistema: Estudio de caso y análisis comparado. Serie Justicia Transicional. Michael Reed Hurtado (Editor). Ver también: Cryer, Robert, Prosecuting the Leaders: Promises, Politics and Practicalities. *Göttingen Journal of International Law* 45 (2009) 1; Greenawalt, Alexander. Prosecutorial Discretion and the International Criminal Court. 39 *NYU J. Int'l L. & Pol.* 583 2006-2007; y Cryer, Robert, Prosecuting the Leaders: Promises, Politics and Practicalities. *Göttingen Journal of International Law* 45 (2009).

vulneración a sus derechos y las razones por las cuales tal ataque fue perpetrado. Esta estrategia garantiza un mayor impacto sobre el derecho a la verdad, en tanto este no se restringe a saber quién hizo qué, sino que se proyecta a saber quiénes participaron desde el más alto nivel, por qué razón y con qué objetivo. Así, una estrategia concentrada en estas personas, hace que la justicia logre identificar los vínculos entre quienes cometieron los crímenes, los ordenaron, los instigaron, los apoyaron o se beneficiaron de ellos. Es decir, esta estrategia ayuda a entender la dimensión socio-política del ejercicio de la violencia en el marco del conflicto.<sup>484</sup>

Estas tendencias y obligaciones internacionales, sumado al hecho de que Colombia se encuentra en observación preliminar ante la CPI, hizo que se introdujeran cambios en la política criminal colombiana. De hecho, la CPI en su informe interno sobre la situación preliminar en Colombia<sup>485</sup>, expresó que la Fiscalía de la CPI ha centrado su examen preliminar en la evaluación sobre si la justicia ordinaria y el procedimiento de Justicia y Paz han sido priorizados en contra de los máximos responsables por los crímenes más serios dentro de la jurisdicción de la Corte<sup>486</sup>.

Existen tres ejemplos de la política criminal colombiana en donde se ha optado por concentración de los esfuerzos en la persecución penal de los máximos responsables. De una parte la política de priorización implementada por la Fiscalía General de la Nación a través de la Directiva 0001 de 4 de octubre de 2012, y de otra parte dos políticas enmarcadas en contextos de justicia transicional: la Ley de Justicia y Paz y el Marco Jurídico para la Paz. A continuación se estudian algunos elementos de estos ejemplos.

a) Política de priorización ejecutada por la Unidad de Análisis y Contextos de la Fiscalía General de la Nación

La Fiscalía General de la Nación, por medio de Directiva 0001 de 4 de octubre de 2012<sup>487</sup>, estableció una política de priorización<sup>488</sup> en materia de persecución penal en donde se tiene en cuenta como unos de los criterios rectores<sup>489</sup>, la condición de máximo

---

<sup>484</sup> Centro Internacional para la Justicia Transicional, Propuestas de criterios de selección y priorización par ala Ley de Justicia y Paz en Colombia, marzo de 2012.

<sup>485</sup> Fiscalía de la CPI, *Situation in Colombia, Interim Report*. Noviembre de 2012. Traducción no oficial.

<sup>486</sup> *Ibidem*.

<sup>487</sup> Fiscalía General de la Nación, Directiva 0001 de 4 de octubre de 2012 [En adelante Directiva 0001 de 2012].

<sup>488</sup> Por política de priorización la Fiscalía entiende las directrices y orientaciones encaminadas a introducir un cambio en la manera de cumplir las obligaciones constitucionales y legales a cargo de la Fiscalía General de la Nación que maximice el uso de la información y los recursos a su cargo. Ver Directiva 0001 de 2012, *supra* nota 77, acápite II Conceptos y fines.

<sup>489</sup> Por criterio de priorización la Fiscalía entiende un parámetro lógico que sirve para focalizar la acción investigativa de la Fiscalía hacia determinadas situaciones y casos, con el fin de asegurar

responsable del sujeto activo del delito. Al referirse a la acción de priorizar la Fiscalía hace referencia a una “técnica de gestión en la investigación penal que permite establecer un orden de atención entre reclamos ciudadanos de justicia equivalentes”<sup>490</sup>. Desde un punto de vista pragmático, esta política de la Fiscalía busca “racionalizar (...) el orden de atención a las peticiones ciudadanas de justicia”<sup>491</sup>. Así, el órgano de persecución debe atender a los siguientes criterios materiales diferenciadores:

- La calidad y el interés de la víctima.
- *El grado de responsabilidad del investigado.*
- La clase de delito de que se trata.
- El impacto que la conducta criminal produjo en determinada comunidad.
- La riqueza probatoria con que se cuenta.

Según la Fiscalía esta política de priorización tiene por fin el combate efectivo de la criminalidad organizada, el conocimiento del contexto del conflicto armado, la dotación de legitimidad y eficacia a la administración de justicia y atender las exigencias de la sociedad civil en cuanto al estudio del contexto de la criminalidad y la desarticulación efectiva de los grupos armados ilegales<sup>492</sup>. La Fiscalía, entonces, adoptó, entre otros, el siguiente criterio de priorización de casos:

“**Subjetivo.** Toma en consideración las calidades particulares de la víctima (vgr. Integrante de un grupo étnico, menor de edad, mujer, defensor o defensora de derechos humanos, desplazado, funcionario judicial, periodista, sindicalista, etc.), así como la *caracterización del victimario (máximo responsable, auspiciador, colaborador, financiador, ejecutor material del crimen)*”<sup>493</sup>.

En relación con la presente tesis es de vital importancia la priorización de casos en donde se encuentran involucrados los *máximos responsables* de los delitos. Por máximo responsable, la Fiscalía entiende:

“El concepto de máximo responsable se aplica respecto a dos categorías diferentes, a saber: (i) aquel que dentro de la estructura de mando y control de la organización delictiva sabía o podía prever razonablemente la perpetración de crímenes en desarrollo de la ejecución de los planes operativos; y (ii) de manera excepcional se trata de aquellas personas que han cometido delitos particularmente notorios, con independencia que ocupaban en la organización delictiva”<sup>494</sup>.

---

un mayor impacto y un mejor aprovechamiento de los recursos administrativos y lógicos. Ver Directiva 0001 de 2012, supra nota 77, acápite II Conceptos y fines.

<sup>490</sup> Ver Directiva 0001 de 2012, acápite II Conceptos y fines.

<sup>491</sup> *Ibidem.*

<sup>492</sup> *Ibidem.*

<sup>493</sup> Ver Directiva 0001 de 2012, acápite V Explicación del Contenido y alcance de los criterios de priorización en el contexto colombiano.

<sup>494</sup> Ver Directiva 0001 de 2012, acápite II Conceptos y fines.

“En desarrollo de una estrategia de investigación se debe indagar siempre en la calidad de autor del que ha estado ligado a la comisión de los crímenes. Una persona que haya ocupado un mando medio en la organización, puede, por su “calidad” haber tenido un mayor control sobre el aparato en la comisión de crímenes muy específicos. Por esa razón, además, se trata de combinar esta noción con el criterio complementario y transversal, que es el criterio regional, para identificar la calidad de los autores, bien sean superiores jerárquicos o, en todo caso, preferiblemente, los máximos responsables. En este sentido y con base en los contextos se deberán tener en cuenta quiénes han ocupado la primera línea, la segunda o tercera en la actuación del aparato, en la medida en que no sólo aquellos ligados con la primera, pueden haber tenido un evidente dominio del hecho”<sup>495</sup>.

En desarrollo de esta estrategia de investigación, por medio de resolución **01810** de 4 de octubre de 2012 fue creada la **Unidad de Análisis y Contextos**, adscrita al Despacho del Fiscal General de la Nación, “como un instrumento de política criminal enfocado a enfrentar principalmente fenómenos de delincuencia organizada mediante el uso de herramientas de análisis criminal y creación de contextos con el objetivo de articular la información aislada que actualmente se encuentra en las diversas unidades de la entidad. Asume los procesos que hagan parte de las situaciones y los casos priorizados por el Comité de Priorización de Situaciones y Casos de la Fiscalía General de la Nación”<sup>496</sup>.

Esta Unidad implementa un nuevo sistema de investigación penal caracterizado por la identificación de situaciones que se construyen a través de un análisis razonable que logre justificar una relación entre casos y patrones, agrupando expedientes e identificando estructuras delictivas en la búsqueda de los máximos responsables, con la implementación de los siguientes criterios: subjetivo, objetivo y complementario<sup>497</sup>. Este nuevo sistema permite enfocar de manera transparente, racional y controlada, la acción investigativa de la Fiscalía a través de la Persecución efectiva de los máximos responsables de la comisión de crímenes de sistema<sup>498</sup>.

A través de la Resolución 1811 de 2012 se creó también el Comité de Priorización de Situaciones y Casos en la Fiscalía General de la Nación, como órgano rector del nuevo sistema de investigación penal y de gestión de los criterios de priorización. Este Comité está conformado por: el Vicefiscal General de la Nación; un delegado del Fiscal General de la Nación; el Director Nacional de Fiscalías; el Director Nacional del Cuerpo Técnico de Investigación; el Fiscal Jefe de la Unidad de Fiscalía delegada ante la Corte Suprema

---

<sup>495</sup> Ver Directiva 0001 de 2012.

, acápites V Explicación del Contenido y alcance de los criterios de priorización en el contexto colombiano.

<sup>496</sup> Fuente: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/priorizacion/unidad-nacional-de-analisis-y-contextos/> Consultado el 17 de marzo de 2014.

<sup>497</sup> Presentación sobre la Unidad de Análisis y Contexto realizada por el Dr. Alejandro Ramelli, en el mes de abril de 2013. Para ese mes el Dr. Ramelli se desempeñaba como Jefe de la Unidad.

<sup>498</sup> *Ibidem*.

de Justicia; el Fiscal Jefe de la Unidad Nacional de Análisis y Contextos y el Jefe de la Secretaría Técnica.

Esta Unidad cuenta con equipo de estudio interdisciplinario que combina áreas de estudio como administración, antropología, comunicación, criminología, defensa y seguridad, derecho, economía, estudios socioculturales, filosofía, sociología, historia, estadística, logística, ciencia política, psicología, geografía y cooperación internacional y desarrollo. Este equipo aplica tres clases de estrategias metodológicas: (i) temática-deductiva; (ii) regional deductiva y (iii) caso-inductivo. De igual manera, ha priorizado su actuación a través de la investigación de grupos temáticos, entre los cuales se encuentran: (i) reclutamiento ilícito; (ii) violencia sexual en el marco del conflicto; (iii) victimización a sindicalistas, (iv) victimización a miembros de la Unión Patriótica, (v) Ejecuciones extrajudiciales, (vi) caso Galán y (vii) la región de Urabá. Las siguientes son las representaciones gráficas de la Fiscalía alrededor de las estrategias metodológicas y de los grupos temáticos priorizados.



Fuente: Presentación sobre la Unidad de Análisis y Contexto realizada por el Dr. Alejandro Ramelli, en el mes de abril de 2013

Finalmente, la Unidad cuenta con un Grupo de gestión de información y bases de datos (GGIBD) que es un grupo de **apoyo**, que ofrece acompañamiento técnico a las diferentes líneas de investigación de la Unidad, integrando todos los elementos a su disposición, para que las investigaciones cuenten con información oportuna y de calidad, como insumo a sus respectivos análisis<sup>499</sup>. Este grupo apoya, principalmente, la construcción de contextos a través del recaudo y valoración en su conjunto, de forma ponderada y sistemática, diversas fuentes de información. Para la Fiscalía, “la maximización del uso de la información es una de las finalidades de la política de priorización, la gestión de la información se convierte en un elemento esencial para cumplir con este cometido”<sup>500</sup>.

<sup>499</sup> *Ibidem.*

<sup>500</sup> *Ibidem.*

- b) Política de priorización y persecución penal de máximos responsables en el marco de la Ley de Justicia y Paz

La estrategia de priorización recientemente introducida en la Ley 975 de 2005<sup>501</sup>, a través de la Ley 1592 de 2012 y regulada en el Decreto 3011 de 2013, tiene por objetivo establecer criterios de priorización de la acción penal, dirigidos a esclarecer el patrón de macro-criminalidad en el accionar de los grupos armados organizados al margen de la ley, develar los contextos, las causas y los motivos del mismo, concentrando los esfuerzos en la investigación de los máximos responsables<sup>502</sup>.

Esta reformar legal implicó la reorientación del enfoque investigativo, incluyendo cinco elementos fundamentales:

- (i) El establecimiento de un “Plan Integral de Investigación Priorizada”, creado por la Fiscalía General de la Nación (art. 16A).
- (ii) Los criterios que establezca la Fiscalía General deben ser vinculantes y de público conocimiento (art. 16A).
- (iii) Los criterios deben estar dirigidos a esclarecer el patrón de macro-criminalidad en el accionar de los grupos armados organizados al margen de la ley y a develar sus contextos, causas y motivos (art. 16A).
- (iv) Los criterios de priorización deben orientar la concentración de los esfuerzos investigativos de la Fiscalía hacia los máximos responsables (art. 16A).
- (v) Se establece la figura de la sentencia anticipada como la herramienta a implementar frente a aquellos casos que no son priorizados (art.18, párrafo).

La determinación de patrones de macro-criminalidad y la identificación de contextos de actuación criminal van de la mano, y la política de priorización planteada en la Ley 1592 integra estos dos elementos como criterios orientadores. El Decreto 3011 de 2013, desarrolla un poco más a fondo estos contenidos y establece qué puede entenderse por contexto y por patrón, así:

**Artículo 15. Definición de contexto.** Para efectos de la aplicación del procedimiento penal especial de justicia y paz, el contexto es el marco de referencia para la investigación y juzgamiento de los delitos perpetrados en el marco del conflicto armado interno, en el cual se deben tener en cuenta aspectos de orden geográfico, político, económico, histórico, social y cultural. Como parte del contexto se identificará el aparato criminal vinculado con el grupo armado organizado al margen dela ley y sus redes de apoyo y financiación.

---

<sup>501</sup> Ley 975 de 2005, artículos 2, 5A, 15A, 16, 16A, 17 y 18.

<sup>502</sup> Ley 975 de 2005, artículo 16.

**Artículo 16. Definición de patrón de macro-criminalidad.** Es el conjunto de actividades criminales, prácticas y modos de actuación criminal que se desarrollan de manera repetida en un determinado territorio y durante un período de tiempo determinado, de los cuales se pueden deducir los elementos esenciales de las políticas y planes implementados por el grupo armado organizado al margen de la ley responsable de los mismos. La identificación del patrón de macro-criminalidad permite concentrar los esfuerzos de investigación en los máximos responsables del desarrollo o realización de un plan criminal. y contribuye a develar la estructura y modus operandi del grupo armado organizado al margen de la ley, así como las relaciones que hicieron posible su operación. La identificación del patrón de macro-criminalidad debe buscar el adecuado esclarecimiento de la verdad sobre lo ocurrido en el marco del conflicto armado interno, así como determinar el grado de responsabilidad de los integrantes del grupo armado organizado al margen de la ley y de sus colaboradores.

Así, el en la práctica dentro del proceso de Justicia y Paz, en la construcción de un patrón de macro-criminalidad y en la identificación de un contexto de actuación criminal, los operadores judiciales deberán indagar, por los menos, por los siguientes elementos<sup>503</sup>:

- a. La identificación de los tipos de delitos más característicos, incluyendo su naturaleza y número;
- b. La identificación y análisis de los fines del grupo armado organizado al margen de la ley;
- c. La identificación y análisis del modus operandi del grupo armado organizado al margen de la ley;
- d. La identificación de la finalidad ideológica, económica o política de la victimización y en caso de que la hubiere, su relación con características de edad, género, raciales, étnicas o de situación de discapacidad de las víctimas, entre otras;
- e. La identificación de los mecanismos de financiación de la estructura del grupo armado organizado al margen de la ley;
- f. La identificación de una muestra cualitativa de casos que ilustre el tipo de delitos más característicos que llevaba a cabo el grupo armado organizado al margen de la ley;
- g. La documentación de la dimensión cuantitativa de la naturaleza y número de las actividades ilegales cometidas bajo el patrón de macro-criminalidad. Se utilizarán medios estadísticos en la medida de lo posible.
- h. La identificación de procesos de encubrimiento del delito y desaparición de la evidencia;
- i. La identificación de excesos o extralimitaciones en la comunicación, implementación y ejecución de las órdenes, si los había.

---

<sup>503</sup> Decreto 3011 de 2013, artículo 17.

Este plan de priorización ya fue diseñado y está siendo implementado por la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación. A marzo de 2014<sup>504</sup> fueron priorizados 16 máximos responsables que hacen parte del procedimiento, y los casos se encuentran en diferentes etapas, así:

Según el Gobierno Nacional, impulsor de esta reforma al procedimiento de Justicia, la introducción de este nuevo enfoque de investigación responde a “las observaciones derivadas de la jurisprudencia y doctrina de los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y las observaciones y de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Igualmente, está inspirada en la práctica de tribunales internacionales y de otras jurisdicciones nacionales que también se enfrentaron al desafío de judicializar masivamente graves violaciones de derechos humanos producto del conflicto armado interno. Este es un modelo organizativo de la persecución penal, que le imprime racionalidad y eficiencia a la administración de justicia”<sup>505</sup>.

c) Política de priorización y persecución penal de máximos responsables en caso de lograr un acuerdo de paz con las FARC-EP: Marco Jurídico para la Paz

En una reciente reforma constitucional conocida como Marco Jurídico para la Paz (Acto Legislativo 01 de 2012<sup>506</sup>), también se introduce la categoría de máximo responsable, aunque en el contexto de la llamada justicia transicional<sup>507</sup>. En este contexto específico, dice Ambos, que la necesidad de desarrollar y aplicar criterios y mecanismos de selección es aún más importante pues el sistema penal está llamado a resolver casos criminales que en términos cualitativos y cuantitativos superan los problemas de un

pro  
ces  
o  
pen  
al  
ordi  
nari

No.	Caso	Estructura
1	Salvatore Mancuso	Bloques Norte, Catatumbo, Montes de María y Córdoba
2	Rodrigo Pérez Alzate	Bloque Central Bolívar (BCB)
3	Hernán Giraldo Serna	Bloque Resistencia Tayrona
4	Edward Cobos Téllez	Bloque Héroes de los Montes de María
5	Luis Eduardo Cifuentes	Bloque Cundinamarca
6	Amubio Triana Mahecha	Autodefensas Campesinas de Puerto Boyacá
7	Ramón Isaza Arango	Autodefensas Campesinas del Magdalena Medio
8	Diego Fernando Murillo	Bloques Héroes de Granada, Cacique Nutibara y Héroes de
9	Miguel Ángel Melchor Mejía Múnera	Bloque Vencedores de Arauca
10	Eduardo Neiva Mesquera	Fuerza Armada Revolucionaria de Colombia (FARC)
11	Olimpo de Jesús Sánchez Caro	Ejército Revolucionario Guevarista
12	Ely Mejía Mendoza	Fuerza Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC)
13	Heberth Vélez García	Bloque benetton y salme

<sup>504</sup> Según entrevista sostenida con la Coordinación de la Unidad de Justicia y Paz el 13 de marzo de 2013.

<sup>505</sup> Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho en el proceso de revisión de constitucionalidad de la Ley 1592 de 2012. Presentada en septiembre de 2013.

<sup>506</sup> Congreso de la República. Diario Oficial No. 48-508 de 31 de julio de 2012.

<sup>507</sup> Artículo 1. La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio que será el 66, así: (...) Tanto los criterios de priorización como los de selección son inherentes a los instrumentos de justicia transicional. El Fiscal General de la Nación determinará los criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal (...) que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática (...).

o”<sup>508</sup>. Es por esto que el autor recomienda el desarrollo de una investigación estratégica, superando el carácter fraccionado y aislado y buscando el reflejo de la macro criminalidad y sistematicidad<sup>509</sup>. Según Ambos, una estrategia de selección debe tener en cuenta a personas con posiciones clave dentro de la estructura de los grupos armados, este criterio es desarrollado bajo el nombre de “representatividad del sospechoso”<sup>510</sup>.

Por medio de la sentencia C-579 de 2013<sup>511</sup>, la Corte Constitucional declaró ajustada a los parámetros constitucionales y al derecho internacional, la estrategia de justicia transicional establecida en el Acto Legislativo 01 de 2012. Uno de los elementos fundamentales de esta estrategia tiene que ver con la posibilidad de seleccionar y priorizar casos para la investigación penal, concentrar la acción penal en contra de los máximos responsables de delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, renunciar de manera condicionada a la persecución penal de casos no seleccionados y suspender la ejecución de la pena, imponer sanciones extrajudiciales, penas alternativas o aplicar modalidades especiales de la ejecución de la pena.

Para la Corte es posible realizar una ponderación entre la investigación, juzgamiento y en su caso sanción de las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario y las demás consecuencias de la obligación de garantía en un contexto de transición. En su análisis estableció, entre otros, los siguientes parámetros de interpretación:

- Que el proceso de selección y priorización de casos sea transparente y que se investiguen y juzguen todas las graves violaciones a los Derechos Humanos, al Derecho Internacional Humanitario y al Estatuto de Roma, que sean constitutivas de delitos de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidas, e imputarlas a sus máximos responsables.
- También estableció como criterio de interpretación la obligación de priorización de los delitos de las ejecuciones extrajudiciales, la tortura, las desapariciones forzadas, la violencia sexual contra las mujeres en el conflicto armado, las desapariciones forzosas, desplazamiento forzado y el reclutamiento ilegal de

---

<sup>508</sup> Ambos K., *Introducción y resumen comparativo en GIZ, Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales, Un estudio comparado*, (GIZ, Bogotá, 2011), pág. 9. [En adelante: Ambos K., *Introducción y resumen comparativo en GIZ, Selección y priorización como estrategia de persecución*].

<sup>509</sup> Ambos K., *Introducción y resumen comparativo en GIZ, Selección y priorización como estrategia de persecución*, supra nota 88, pág. 10.

<sup>510</sup> *Ibid.*, pág. 11.

<sup>511</sup> Corte Constitucional, sentencia C-579 de 2013, agosto 28 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

personas, cometidos a través de crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad y genocidio.

- Para que procedan los criterios de selección y priorización, el Estado debe exigir al grupo armado al margen de la ley una contribución efectiva y real al esclarecimiento de la verdad y a la reparación de las víctimas, la liberación de todos los secuestrados y la desvinculación de todos los menores de edad que se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley
- Obligación de revelación de todos los hechos constitutivos de graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario

## 4. Autoría mediata aplicada a máximos responsables en Colombia

A continuación, se estudia la aplicación que la teoría de Roxin ha tenido en Colombia. En un primer momento se realiza una descripción sobre la principal jurisprudencia en que se ha hecho un juicio de atribución de responsabilidad a máximos responsables que se encontraban liderando una estructura organizada de poder. Lo que no quiere decir que siempre y en todos los casos el juez se haya decidido por la aplicación de la autoría mediata. Para el desarrollo de este capítulo se tomó jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia, como aquella producto de la labor de jueces de menor jerarquía. Allí, se identifican la información que reposa en la sentencia sobre la estructura de poder, la ubicación del procesado en esta estructura, la relación concreta entre el autor mediato y el delito por el cual es condenado, el tipo subjetivo por el cual se atribuye la conducta y, si se hizo, la consideración sobre la aplicación de otra forma de participación.

Después de hacer esta primera aproximación a los principales contenidos de la jurisprudencia se realiza una línea jurisprudencial que permite identificar de manera esquemática en qué casos se ha aplicado autoría mediata y en cuáles otra forma de atribución de responsabilidad. Esto permite avanzar en el análisis de la solidez de esta figura en el derecho colombiano.

Posteriormente, esta tesis se plantea un escenario de aplicación de la teoría a una estructura de poder de naturaleza subversiva: las FARC-EP. Si bien esto se hace a través del análisis de un caso hipotético e irreal, éste no dista mucho de algunas de las prácticas y *modus operandi* de esta organización, los cuales son de público conocimiento. Si bien este es un escenario hipotético, la realización de este ejercicio tiene sentido en la medida en que con el avance de los diálogos de paz con la guerrilla, la atribución de responsabilidad penal a máximos responsables de esta estructura es un tema de debate actual que debe ser estudiado.

Antes de avanzar es necesario realizar algunas precisiones metodológicas. En primer lugar debe decirse que este trabajo no pretende abarcar la totalidad de fallos judiciales ni generar una muestra estadísticamente adecuada. Por el contrario se pretende establecer una muestra relativamente pequeña pero que permita dar cuenta de aquellos datos que son de importancia fundamental. En este sentido se recolectaron sentencias contra aforados y contra altos mandos del Estado y de grupos armados al margen de la ley,

hasta llegar a un punto donde la información se repetía constantemente, esto es lo que se denomina muestra por saturación<sup>512</sup>. Una vez se detectó que existía una reiteración sobre los temas centrales de la búsqueda de información se detuvo la muestra para iniciar el proceso de estudio de los datos recolectados.

Consecuentemente, se realizó el siguiente filtro de búsqueda de información. Se pretendió encontrar sentencias condenatorias contra personas que ocupan lugares destacados dentro de las estructuras de poder estatal (político, militar y de inteligencia) y no estatal. Esto pues si las sentencias fueran elegidas de manera ambulatoria no habría lugar a estudiar el tipo de autoría en cuestión. En caso de que las sentencias fueran contra personajes ajenos a las cúpulas de poder la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder no podría visualizarse. Sin embargo sí era pertinente, y sobre esto recayó la saturación, al intentar determinar qué sucedió en aquellos casos en los que la rama judicial estudió la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, para acogerla o no, y determinar un direccionamiento decisonal de estas providencias. Así, se buscó generar una sub-regla que permita entender de mejor manera la aplicación de este tipo de atribución de responsabilidad y en qué casos ha tenido cabida su utilización.

#### **4.1 Aproximación descriptiva a la práctica de la autoría mediata por aparatos organizados de poder en Colombia**

Desde el 2010 la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, y otros juzgadores nacionales, decidieron empezar a aplicar la teoría del dominio del hecho por aparatos organizados de poder en diversos casos relevantes y decisivos para la vida nacional, ya sea por tratarse de hechos históricos (como la toma del Palacio de Justicia), de personas que tuvieron poder en el ejercicio de sus funciones (congresistas, militares, el director de Departamento Administrativo de Seguridad) o por tratarse del enjuiciamiento de estructuras armadas ilegales de gran influencia y poder violento y dañino en el país (como los líderes de grupos paramilitares y los líderes de grupos de guerrilla).

A continuación, se presentan los desarrollos que ha tenido esta teoría en Colombia a partir, principalmente, de la reciente incorporación en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (sin dejar de lado otras decisiones de jueces de menor nivel que también la usan en sus condenas). La jurisprudencia se

---

<sup>512</sup> Martínez-Salgado M., *El Muestreo en la Investigación Cualitativa, principios básicos y algunas controversias*. En línea [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232012000300006&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232012000300006&script=sci_arttext), última consulta 18 de marzo de 2014.

analiza tomando en cuenta los elementos de la citada teoría (como se vio en los primeros capítulos de este trabajo) pero agrupándolos de un modo más útil para efectos de esta investigación. Así, en los casos estudiados, y cuando la información presentada en la sentencia lo permite, se describen los siguientes elementos:

- i. **La estructura de poder.** Aquí se incluye el análisis que hace el juzgador sobre la existencia de un aparato de poder organizado y jerarquizado y la ejecución de los crímenes asegurado por el cumplimiento automático de las órdenes. Se incluye, además de la presentación de la estructura y su jerarquía, la sustituibilidad del autor directo y su elevada disponibilidad al hecho.
- ii. **La ubicación del procesado en la estructura de poder.** En este punto se presenta el análisis que hace el juzgador sobre el control que tiene el procesado en relación con la estructura, lo que lleva a determinar si puede ser considerado un máximo responsable y un autor mediato para esta teoría.
- iii. **La relación concreta entre el autor mediato y el delito por el cual es condenado.** Este aparte lleva a identificar qué lleva al juzgador a determinar la imputación jurídica de la conducta al autor mediato, aún cuando este no haya participado directamente en los hechos (expedición de órdenes, instrucciones o políticas relacionadas con el delito concreto).
- iv. **El tipo subjetivo por el cual se atribuye la conducta.** En donde se presenta el elemento subjetivo del tipo que identifica el juzgador (dolo directo o dolo eventual).
- v. **Consideración sobre la aplicación de otra forma de participación.** No en todos los casos el juzgador aclara por qué se atribuye el delito a título de autor mediato y no bajo otra modalidad. Sin embargo, si lo hace, se presenta en esta investigación.

Finalmente, una última aclaración. En esta investigación no se debaten cuestiones de carácter probatorio. Es decir, no se pretende hacer en este texto una controversia sobre la valoración de los medios de prueba utilizados para llegar a determinar el sustento fáctico en la toma de decisión. El análisis se realiza en la aplicación de la teoría tomando como fundamento los hechos encontrados como probados por el juez. Esta aclaración es relevante dado que varias críticas de la doctrina se dirigen en este sentido.

#### **4.1.1 El “contubernio” entre militares y paramilitares: el caso de Rito Alejo del Río**

Rito Alejo del Río fue investigado por los hechos ocurridos el 26 de febrero de 1997 cuando “varias personas armadas pertenecientes al grupo Elmer Cárdenas de las Autodefensas ingresaron al caserío Bijao (Chocó) y tras un breve enfrentamiento con

unidades guerrilleras allá presentes, procedieron mediante amenazas a ordenar a los pobladores el abandono de esa localidad, so pena de drásticas represalias (...). Al día siguiente, dentro del poblado los paramilitares retuvieron a Marino López Mena, a quien interrogaron y maltrataron. Ante esta situación el aprehendido intentó escapar de sus captores arrojándose al río, pero inmediatamente fue capturado y decapitado mediante el empleo de un machete, y desmembrado el resto de su cuerpo. Se dice que los agresores procedieron a dar puntapiés con la cabeza del fallecido”<sup>513</sup>. Esto se dio en el marco de la operación Génesis, diseñada y ejecutada por el general en retiro Rito Alejo del Río, quien para esa época obraba como comandante de la Brigada XVII. La mencionada operación militar se adelantó con el apoyo de grupos de autodefensa que operaban en la zona<sup>514</sup>.

El juzgado encuentra que “para el año 1997 en la región de Urabá el procesado conformó junto con líderes de autodefensa de esa región toda una organización jerárquica que operaba al margen de la ley. La estructura contemplaba la existencia de jefes, mandos medios y personal de base, y su objetivo básico era el de combatir la guerrilla”<sup>515</sup>. La organización gozaba de permanencia al punto que residentes urbanos y rurales de Urabá, lo mismo que de regiones vecinas de Antioquia, observaban los continuos desplazamientos de grupos mixtos de militares y autodefensa<sup>516</sup>.

Para el juzgado la asociación realizada entre militares y paramilitares compartía dos objetivos: la consolidación del proyecto paramilitar y la victoria militar del ex General<sup>517</sup>. Este grupo “contubernio” era un “grupo mixto que tenía como jefes a Castaño, Mancuso, a El Alemán y al mismo Del Río, quien por tanto estaba encargado de diseñar la estrategia y los operativos junto con aquellos, así como asignar responsabilidades a los comandantes de segunda línea (capitanes, tenientes o paramilitares) quienes a su vez transmitían las órdenes a los comandantes de los grupos operativos o ejecutores (sargentos y cabos del Ejército y paramilitares) todo lo cual demuestra una verdadera organización piramidal”<sup>518</sup>.

---

<sup>513</sup> Juzgado Octavo Penal del Circuito Especializado de Bogotá, radicado 2009-063 de 23 de agosto de 2012. [En adelante Juzgado Octavo, radicado 2009-063].

<sup>514</sup> Juzgado Octavo, radicado 2009-063.

<sup>515</sup> *Ibidem*.

<sup>516</sup> *Ibidem*.

<sup>517</sup> *Ibid.*, pág. 15, numeral 7. Para esta afirmación el juzgado se apoya en testimonios de mandos medios de Autodefensas que coordinaba radialmente con Del Río, testimonios de habitantes según los cuales Autodefensas y Ejército se desplazaban juntos por la zona en los días en que se desarrolló la operación Génesis, testimonios de subordinados de Del Río en el Ejército según los cuales este no mostraba ningún ánimo para combatir a los paramilitares, testimonios sobre reuniones conjuntas con líderes paramilitares, y la ausencia de combates en ente paramilitares y Ejército en la zona para la fecha de los hechos.

<sup>518</sup> Juzgado Octavo, radicado 2009-063, pág. 17, numeral 8.

Este “contubernio” se expresó en la realización de dos operaciones de manera conjunta y simultánea: la operación Génesis (de los militares) y la operación Cacarica<sup>519</sup> (de los paramilitares). Las operaciones tenían identidad geográfica y de propósito. El juzgado dio por probado el desplazamiento conjunto de las dos tropas, la ausencia de combates entre Ejército y Autodefensas para la época de los hechos en la zona y la planeación conjunta de la operación Cacarica por los jefes del grupo contubernio. El juzgado habla de un “plan orquestado por la unión de efectivos de unos y otro bando”.

En relación con el requisito de la *actuación de la organización por fuera del derecho* el juzgado encontró que “mal puede el estamento militar recurrir a alianzas con organizaciones ilegales en su tarea de combatir grupos insurgentes y terroristas”<sup>520</sup>, así que no puede decirse que este acto fue cometido en ocasión de la prestación del servicio<sup>521</sup>.

Sobre el requisito de la *fungibilidad del autor directo* dice el juzgador que “el acto criminal pudo ser realizado por cualquier otro integrante de la base del grupo paramilitar que ingresó a Bijao (...). La filosofía de grupos ilegales conlleva el cumplimiento de órdenes superiores, y que en todo caso, si alguien rehúsa tal obediencia, hay un número plural de individuos dispuestos a cumplir la orden”.

Por último, en relación la *predisposición del autor directo a la realización del hecho ilícito*, para el juzgado “lo normal en este tipo de organizaciones ilegales es que el autor material efectivamente se halla predispuesto a la realización material del hecho, y no sólo por tratarse de una orden superior, sino porque se encuentra plenamente al servicio de los objetivos que persigue el grupo; significa que el acto no se realiza por motivos personales (...)”<sup>522</sup>.

Para el juzgado, en la organización irregular así conformada “existían jefes, encargados de diseñar estrategias y dar las órdenes respectivas. El entonces General Del Rio era uno de los indiscutibles líderes de la organización, junto con Castaño, Mancuso, El Alemán, Doble cero, etc., y por sus manos pasaba el diseño de estrategias, impartición de órdenes, acopio de apoyo y el despliegue de tropas conjuntas para llevar a cabo los diferentes operativos”<sup>523</sup>.

Según el juzgador “dentro de este tipo de esquemas organizativos (...) no es necesaria la existencia de órdenes explícitas cuando las conductas realizadas por los ejecutores

---

<sup>519</sup> Operación para el avance de las tropas paramilitares por la ribera del río Cacarica que según el juzgado fue planeada por los jefes del grupo contubernio.

<sup>520</sup> Juzgado Octavo, radicado 2009-063.

<sup>521</sup> Ibídem.

<sup>522</sup> Ibídem.

<sup>523</sup> Ibídem.

materiales atienden el contexto de los objetivos generales perseguidos por la organización”<sup>524</sup>. No se necesita probar la existencia de una orden directa de cometer delitos concretos, *ni probar que el hombre de atrás quiso que el acto ilícito se realizara*, pues resulta suficiente demostrar que el dirigente conocía el tipo de actividades ilícitas que desarrollada su grupo<sup>525</sup> (cursiva fuera de texto original).

Así, si bien Del Río, nunca dio la orden concreta de matar a López Mena, no es menos cierto que conformó una organización de estructura vertical en la que el objetivo principal era el de combatir a la guerrilla mediante los instrumentos que resultaran necesarios. Para el juzgado, “es absurdo pretender que los dirigentes del grupo expidan algo así como órdenes escritas, dirigidas a la base del grupo, para ser acatadas cada vez que se requiere la comisión de un punible, enmarcado dentro de los objetivos básicos de la organización. Es lógico que este tipo de organizaciones no funcionan de tal manera”<sup>526</sup>.

La responsabilidad se atribuye a título de *dolo eventual*, “toda vez que dentro del contexto de la operación conjunta la realización de infracciones de esa naturaleza (homicidios) fue prevista como posible y probable y su no producción se dejó librada al azar, sin que el encartado hiciera algo por evitar las posibles consecuencias nefastas de su comportamiento. En efecto, una vez que el procesado planea y ejecuta la operación Génesis (...) era evidente que aquel componente paramilitar a quien se le asignó la operación Cacarica, en su propósito de combatir la guerrilla, realizaría homicidios, desplazamientos de población, lesiones, amenazas y otras acciones abominables (...). En su condición de experto militar, comandante del área y uno de los jefes del llamado grupo contubernio, le era posible avizorar que sus atípicos subalternos cometerían esa serie de improperios contra la población y sin embargo se conformó con la realización del injusto, dejando librado al azar los resultados finales”<sup>527</sup>.

Finalmente, para el juzgado no puede ser aplicada la figura de la coautoría teniendo en cuenta que en este caso quien da la orden y quien la ejecuta no se conocen, ni planean, ni ejecutan conjuntamente, ni hay estructura horizontal, ni división del trabajo<sup>528</sup>. De igual manera, para pensar en la figura de la determinación, el determinador requiere ubicar un ejecutor material concreto e individual. Tampoco puede hablarse de responsabilidad del superior, cuando este infringiendo su deber omite impedir los hechos delictivos de sus subordinados.

En suma, este caso tiene los siguientes elementos interesantes para el análisis:

---

<sup>524</sup> *Ibidem*.

<sup>525</sup> *Ibidem*, citando a la Corte Suprema del Perú, en sentencia del 7 de abril de 2009, proferida contra Alberto Fujimori y a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 32.805 de 23 de febrero de 2010 (nota marginal 46).

<sup>526</sup> Juzgado Octavo, radicado 2009-063.

<sup>527</sup> *Ibid.*, pág. 31.

<sup>528</sup> *Ibid.*, pág. 21.

- a) Se realiza un análisis de la estructura jerárquica a la cual pertenece el procesado. Sin embargo, se califica de dos maneras diferentes. En una parte de la sentencia se habla de un “grupo contubernio” entendido como la unión efectiva de miembros de uno y otro bando y en otra parte de la sentencia se califica como una organización “con varios líderes”. De donde puede decirse que la naturaleza real de la estructura no está del todo clara. En este mismo sentido aunque sí hay elementos para establecer la jerarquía y control del procesado, lo cierto es que los problemas en cuanto a la definición de la estructura de poder (como una sola, la unión de dos estructuras, o dos estructuras trabajando mancomunadamente) así que no haya quedado del todo claro el lugar y las relaciones que tenía el condenado en este sentido.
- b) No pudo encontrarse la emisión de una orden directa del autor mediato en relación con el homicidio cometido, por lo que la responsabilidad se enmarca en la expedición de políticas generales.
- c) La atribución de responsabilidad se realiza por dolo eventual. Esto en la medida en que no fue posible probar la intención concreta de realizar el homicidio, más bien le era posible avizorar que sus subalternos cometerían el delito.
- d) Otros modos de atribución de responsabilidad como la coautoría o la responsabilidad del superior se descartan pues los hechos probados en el caso no se enmarcan dentro de los elementos de estas teorías.

#### **4.1.2 Los políticos como parte de las estructuras de poder de los grupos paramilitares: entre la autoría mediata y la determinación**

En los procesos adelantados en contra del ex senador Álvaro García Romero y el ex gobernador Salvador Arana Sus, la Corte Suprema de Justicia encontró que los políticos hacían parte de la estructura paramilitar y para declarar su responsabilidad acudió a la fórmula de la autoría mediata y de la determinación. A diferencia del caso visto anteriormente, el juzgador no encuentra probada la conformación de un nuevo grupo ilegal, sino que ubica a los políticos dentro de la estructura de los grupos paramilitares.

En el caso de García Romero, la Corte varió la línea jurisprudencial que tenía hasta el momento en lo referente a la atribución de responsabilidad en casos de estructuras armadas ilegales. Así, consideró que es posible predicar la responsabilidad penal de la persona que es utilizada como instrumento de la actividad criminal. Para la Corte, “cuando se está ante el fenómeno delincuencia derivado de estructuras o aparatos organizados, los delitos ejecutados son imputables tanto a sus dirigentes -gestores, patrocinadores, comandantes -a título de autores mediatos, a sus coordinadores en cuanto dominan la función encargada -comandantes, jefes de grupo- a título de coautores; y a los directores ejecutores o subordinados -soldados, tropa, patrulleros,

guerrilleros o milicianos-, pues toda la cadena actúa con verdadero conocimiento y dominio del hecho y mal podrían ser amparados algunos de ellos con una posición conceptual que conlleve la impunidad”<sup>529</sup>.

La Corte no realiza mayor análisis sobre la estructura del grupo paramilitar y se limita a decir que su existencia es un hecho notorio<sup>530</sup>. Sin embargo, la describe como estructuras organizadas de manera vertical en donde existe compartimentación y las jerarquías superiores trazan los planes generales de acción y un amplio grupo de subalternos está presto a cumplir dichas directrices”<sup>531</sup>. Para la Corte, los ejecutores materiales de las acciones son miembros de la organización que no tienen relación directa ni inmediata con los líderes.

La Corte describe la estrategia del grupo como enfocada al dominio militar de territorios y al apoderamiento del aparato estatal, impulsando candidatos a las corporaciones de elección ciudadana. En este sentido, la masacre de Macayepo, hecho por el cual es condenado el ex senador, fue una acción que hizo parte del decurso normal de actividades del bloque Héroes de los Montes de María, el cual fue conformado, apoyado y asesorado por el acusado.

Para la Sala, el procesado controlaba “desde arriba” el aparato de poder, compartiendo el mando con los jefes militares que ejecutaban en el terreno el plan de dominio, así: “el aforado estaba en la cúpula de una estructura criminal integrada por un número plural de personas articuladas de manera jerárquica quienes mediante división de tareas y concurrencia de aportes -los cuales pueden consistir en órdenes en secuencia y descendentes-, realizaron conductas punibles, fenómeno que es factible comprender a través de la metáfora de la cadena”<sup>532</sup>.

Para la Corte es claro que, aun cuando no había una relación directa entre García Romero y los ejecutores materiales de la masacre de Macayepo, es posible predicar la responsabilidad como autor mediato de García Romero dado que “los ejecutores

---

<sup>529</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 32.805 de febrero 23 de 2010 [En adelante CSJ-SCP, radicado 32.805]. García Romero fue condenado como autor mediato de los homicidios conocidos como la masacre de Macayepo y como determinador del homicidio simple de Georgina Narváez.

<sup>530</sup> Tomando como fundamento un pronunciamiento previo de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.. Ver; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal., radicado 28.540 de noviembre 18 de 2009.

<sup>531</sup> La Corte fundamenta esta afirmación en el hecho de la desmovilización de los grupos. Ver nota al pie 71 de la decisión.

<sup>532</sup> Citando a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal., sentencia de casación, radicado 29.221 de septiembre 2 de 2009.

materiales de las acciones homicidas eran miembros de la misma organización armada ilegal”<sup>533</sup>.

Probatoriamente, la vinculación del acusado se concreta en una conversación telefónica que sostuvo con el ganadero Joaquín García haciendo *referencia cifrada* a la incursión paramilitar que se preparaba en el sector conocido como Macayepo<sup>534</sup>. Esto, sumado a que los homicidios se cometieron por la estructura paramilitar en cuya organización intervino el procesado<sup>535</sup>. En la grabación se prueba que Romero conocía de la incursión y se comunicó sobre el avance de la tropa paramilitar hacia Macayepo. Según la conversación interceptada, García Romero iba a hacer gestiones con el coronel del Ejército (Hernando Alfonso Jama Arjona) en orden a despejar la zona por la que incursionarían los paramilitares, gestión que fue efectiva dada la inacción de la Primera Brigada de Infantería de Marina, a pesar de las alertas dadas por el Comando de la Policía de Sucre<sup>536</sup>. Los batallones de contra guerrilla se alejaron de la zona<sup>537</sup> y sólo realizaron labores de inteligencia y acciones de ubicación y captura de miembros de grupos ilegales de Autodefensa cuando la masacre ya se había consumado<sup>538</sup>. Así, García Romero cumplió con su gestión<sup>539</sup>.

En relación con el tipo subjetivo para la Corte es claro que el condenado conoció y compartió la ofensiva paramilitar hacia la zona alta de los Montes de María donde se desarrolló la llamada Masacre de Macayepo. Según la Corte: “concatenando los medios de convicción que revelan en grado de certeza la condición del procesado de fundador y auxiliador de los grupos de autodefensas con presencia permanente en el departamento de Sucre para esa época, los lazos que estrechó con Joaquín García y sus cercanas relaciones con ‘Cadena’, único comandante de la región y quien en definitiva como parte de la organización delictiva tenía toda la información respecto de los planes de su grupo, no queda duda a través de aquella comunicación grabada por la Sipol, que *el procesado conoció y compartió la ofensiva paramilitar* hacia la zona alta de los Montes de María, donde se desarrollaron los hechos de sangre conocidos como masacre de Macayepo”<sup>540</sup>.

- Los parapolíticos como determinadores y no como autores mediatos

---

<sup>533</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal., radicado 32.805.

<sup>534</sup> *Ibíd.*, pág. 75.

<sup>535</sup> *Ibíd.*

<sup>536</sup> *Ibíd.*, pág. 97.

<sup>537</sup> *Ibíd.*

<sup>538</sup> *Ibíd.*, pág.99.

<sup>539</sup> *Ibíd.*, pág. 97.

<sup>540</sup> *Ibíd.*, pág. 93.

En relación con la muerte de Georgina Narváez (Secretaria de Planeación de San Onofre), la Corte encontró que García Romero dio la orden de matarle<sup>541</sup> por considerar que ponía en riesgo la elección de Erick Morris Taboada (aliado político de Romero) como mandatario departamental de Sucre<sup>542</sup>, por ser ella quien tenía la cuenta de los votos de San Onofre. Dice la Corte que García Romero, ordenó dar 10 millones de pesos a los patrulleros paramilitares de las zonas urbanas para que lo hicieran<sup>543</sup>, lo que resultó en el homicidio de la señora el día 19 de noviembre de 1997. La Corte encuentra fundamento probatorio de la orden concreta en lo que escuchó un testigo presencial<sup>544</sup>. Así, García Romero es condenado en calidad de determinador. La Corte encontró que él gestó la idea criminal y posteriormente dio la orden para su ejecución.

En el caso del ex gobernador Salvador Arana Sus, la Sala considera que él coadyuvó en la formación de grupos paramilitares y también participó activamente en su actividad criminal a través de su posición privilegiada como autoridad regional<sup>545</sup>. Así, “los actos de Arana Sus en calidad de determinador no se quedaron en la simple cooperación o solidaridad moral ni en sólo hacer surgir en el otro la idea o en reforzar la ya existente al respecto, sino que además, incidió en la génesis de la voluntad criminal de Mercado Pelufo, jefe de las autodefensas (inducido), quien materializó y consumó la idea delictiva de desaparecer y eliminar físicamente a quien en forma pública, inclusive a través de los medios masivos de comunicación social y en presencia del Señor Presidente de la República, colocaba en conocimiento de la opinión presuntas irregularidades que tanto en forma individual como conjunta atentaban contra el colectivo social”<sup>546</sup>, la Sala se refiere al señor Eduardo Díaz, alcalde municipal.

En relación con lo que significa determinar a otro en el sentido del artículo 23 del Código Penal, la Sala aclara que significa “hacer que alguien tome cierta decisión”<sup>547</sup> y no simplemente hacer nacer en otro la idea criminal, sino “llevarlo o ir con él a concretar esa idea en una resolución”<sup>548</sup>. Esto puede hacerse a través de diferentes maneras de “relación intersubjetiva”<sup>549</sup>, por ejemplo, el mandato, la asociación, el consejo, la orden no vinculante o la coacción superable.

En este caso, la Sala encontró una relación de correspondencia entre el mandato dado por Arana Sus como gobernador y recibido por el jefe de las autodefensas Rodrigo

---

<sup>541</sup> *Ibid.*, pág. 122.

<sup>542</sup> Erick Morris se enfrentaba a Martínez Romero por la Gobernación de Sucre. Martínez Romero, al resultar vencido en las elecciones impugnó los resultados aludiendo fraude por parte del señor Morris, teniendo en cuenta un formulario presuntamente adulterado para favorecer a Morris, que fue puesto en conocimiento y entregado al señor Martínez Romero por la señora Narváez.

<sup>543</sup> CSJ-SCP, radicado 32.805, pág. 123.

<sup>544</sup> Si bien buena parte de la sentencia versa sobre la discusión de la credibilidad del testimonio, ese asunto no es relevante para esta investigación.

<sup>545</sup> CSJ-SCP, radicado 32.672 de diciembre 3 de 2009, única instancia.

<sup>546</sup> *Ibid.*, pág. 72 y ss.

<sup>547</sup> CSJ-SCP, radicado 32.672 de diciembre 3 de 2009, única instancia.

<sup>548</sup> *Ibidem.*

<sup>549</sup> *Ibidem.*

Mercado en relación con la desaparición y eliminación del alcalde municipal Eduardo Díaz.

En ninguno de los dos casos en que la responsabilidad se atribuye en calidad de determinador, la Sala aclara por qué a pesar de reunirse todos los requisitos de la autoría mediata y haber ubicado a los procesados en la cúspide de la organización militar, sumando al hecho de contar con una orden concreta dirigida a subordinados para la comisión de un ilícito, se opta por atribuir responsabilidad en calidad de determinador. Es decir, se echó de menos un análisis sobre los lineamientos de la Corte para atribuir responsabilidad en calidad de determinador o de autor mediato cuando se encuentra probada la existencia de una orden concreta.

En relación con el tipo subjetivo dice la Corte que Arana Sus desplegó su actividad de inductor con conciencia y voluntad inequívocamente dirigida a producir en alias Pelufo (líder del grupo de Autodefensas) la resolución de cometer el hecho y la ejecución del mismo (desaparición y muerte de Eduardo Díaz), sin que hubiere sido preciso el que le hubiese señalado el cómo y el cuándo de la realización típica<sup>550</sup>. De igual manera, encontró la Sala que Arana Sus se marginó de desplegar una actividad material y/o esencial en la ejecución del plan, alejándose de la posibilidad de ser considerado como verdadero coautor material.<sup>551</sup>

En una argumentación que puede ser calificada como particular, una vez ha sido expuesto claramente que Arana Sus responderá por los delitos en calidad de determinador, la Sala de Casación Penal realiza una disertación alrededor de la categoría de autoría mediata por aparatos organizados de poder. Después de realizar la descripción de todos los elementos, se entiende que la Corte pretende tener un fundamento para ordenar la compulsión de copias para que se investigue a Arana Sus por cualquier otro delito grave cometido por el grupo paramilitar<sup>552</sup>.

En suma, estos dos casos tienen los siguientes elementos interesantes para el análisis:

- a) En término de la estructura de poder la Corte ubica a los políticos en su cúspide, entendida ésta como la estructura paramilitar y da por sentado que el

---

<sup>550</sup> *Ibidem*.

<sup>551</sup> *Ibidem*.

<sup>552</sup> Según la Corte: “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”. Ver: CSJ-SCP, radicado 32.672 de diciembre 3 de 2009, única instancia.

funcionamiento de la estructura, su jerarquía y automatismo es un “hecho notorio” que no necesita de mayor prueba o análisis concreto. Esto es problemático porque si bien la existencia de una estructura paramilitar en el país ciertamente es un hecho conocido, cómo funciona, sus variables regionales, su despliegue particular y sus dinámicas concretas no son del todo conocidas y ameritan investigación y prueba por parte de los operadores de justicia. Adicionalmente, en el caso de García Romero, se habla de la posibilidad de realizar la masacre por la inacción de la Primera Brigada de la Infantería de Marina, pero no hay ningún análisis sobre cómo se relacionan la estructura paramilitar y la estructura militar para el caso concreto.

- b) En términos de la orden o política se encuentra que en el caso de García Romero se atiende a una “referencia cifrada” al delito cometido. El contenido y alcance de esta categoría es problemático porque no se entiende cuál es la posibilidad de vinculación que tiene frente a un subordinado una referencia cifrada a la ejecución de un delito.
- c) En el caso de García Romero cuando, bajo los mismos supuestos de hecho en relación con la naturaleza de la estructura y su funcionamiento y la posición del procesado en la misma, la Corte encontró la existencia de una orden concreta de realizar un delito y no ya una referencia cifrada se optó por utilizar un modo de atribución de responsabilidad diferente al de la autoría mediata, en este caso la determinación. No es para nada claro por qué la Corte cambia de parecer al encontrar probada una orden, teniendo en cuenta que la existencia de ésta se enmarcaría perfectamente en los elementos de la autoría mediata. Esta misma inquietud puede aplicarse para el caso analizado de Arana Sus.

#### **4.1.3 El Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) como institución subordinada a la estructura de poder paramilitar: el caso de Jorge Aurelio Noguera Cotes**

La Sala de Casación Penal estudió diversas irregularidades<sup>553</sup> cometidas por Jorge Aurelio Noguera, en su calidad de director del DAS, a quien atribuyó responsabilidad por los delitos de concierto para delinquir agravado, homicidio agravado, cohecho propio, concusión, utilización de asunto sometido a reserva y destrucción, supresión u ocultamiento de documento público. En los casos de homicidio agravado y supresión u ocultamiento de documento público se atribuyó la responsabilidad en calidad de autor mediato.

---

<sup>553</sup> Por ejemplo, filtración de información de inteligencia a miembros de las Autodefensas, entrega de información de policía judicial relativa a procesos de extinción de dominio que la Fiscalía adelantaba en contra del ideólogo político del Frente Resistencia Tayrona, alteración y borrados de anotaciones de antecedentes y órdenes de captura, nombramientos en los cargos de directores seccionales en la costa norte del país de personas cercanas al grupo ilegal y suministro de listas de sindicalistas, estudiantes y dirigentes de izquierda para que los ejecutaran. Ver: CSJ-SCP, radicado 32.000 de septiembre 14 de 2011. M [En adelante: CSJ-SP, radicado 32.000].

En el análisis realizado por la Corte se llega a la conclusión de que el procesado, en su calidad de director del DAS, puso las funciones públicas de la entidad al servicio del Bloque Norte de las Autodefensas<sup>554</sup>. Según la Corte, Noguera Cotes “aprovechó el poder que el cargo le confería y las facultades propias de la entidad, para promocionar y facilitar las actividades delictivas del Bloque Norte (...) favoreciendo los intereses de sus dos cabecillas Rodrigo Tovar Pupo y Hernán Giraldo Serna”<sup>555</sup>.

En relación con la identificación de la estructura de poder a través de la cual se cometieron los crímenes, la Sala Penal es en realidad bastante laxa y no presenta un análisis riguroso sobre el entendimiento que tiene de la estructura de poder, ni de los demás requisitos establecidos en la teoría de Roxin para la atribución de responsabilidad. La Corte se limita a realizar las siguientes afirmaciones, que ni siquiera son claras si se leen de manera conjunta:

- Reiterando lo señalado en el caso de García Romero, la Sala establece que es posible que la estructura organizada de poder se incube dentro de aparatos estatales o en estructuras propiamente delincuenciales<sup>556</sup>.
- Para la Corte Noguera Cotes se valió de toda una estructura legal que se encontraba bajo su mando para ponerla a disposición de un aparato militar ilegal, con una cadena de mando jerarquizada, en medio de la cual se dio la orden de cometer el homicidio<sup>557</sup>. Noguera puso el DAS al servicio del Bloque Norte con el fin de protegerlos de las acciones que funcionarios de la entidad adelantaban en contra de sus miembros. Esto lo hizo por medio del nombramiento de personas afines a esta política y por medio de la remoción de personas que no estaban de acuerdo y, por supuesto, por medio del ocultamiento de las operaciones delincuenciales.
- La víctima (Alfredo Correa de Andreis) se encontraba en medio de dos aparatos organizados de poder “uno estatal -el DAS -, en cuya cúpula se encontraba Jorge Aurelio Noguera Cotes, y otro ilegal –Bloque Norte- comandado por Rodrigo Tovar Pupo, alias Jorge 40, mientras el primero a través de sus funciones de inteligencia y de policía judicial fabricó un montaje para hacerlo ver como subversivo, el segundo ejecutó a un falso guerrillero”<sup>558</sup>.

Si bien es claro que Noguera Cotes fungía como director del DAS, la Corte se limita a realizar la afirmación y a resaltar el hecho que como director ponía toda la institución a disposición del Bloque Norte. Sin embargo, como se vio arriba, no es clara la identificación de la estructura y, en ese sentido, la mera afirmación de la calidad de director de Noguera se queda corta en el establecimiento de su poder de mando real bajo las circunstancias concretas.

En el caso del delito de *supresión u ocultamiento de documento público*, establece la Corte que bajo la dirección de Noguera las bases de datos del sistema de información del DAS (incluyendo antecedentes penales y órdenes de captura) fueron objeto de borrados y alteraciones. Según las investigaciones penales, el responsable directo de estas

---

<sup>554</sup> CSJ-SP, radicado 32.000, pág. 46.

<sup>555</sup> *Ibid.*, pág. 47.

<sup>556</sup> *Ibid.*, pág. 116.

<sup>557</sup> *Ibidem.*

<sup>558</sup> *Ibid.*, pág. 115.

alteraciones es Rafael García Torres (jefe de la oficina de informática). Sin embargo, la Corte encuentra que Noguera también es responsable por este hecho en calidad de autor mediato con fundamento en los siguientes argumentos:

- Al momento de la designación de Rafael García por parte de Noguera, este último ya conocía los alcances delictivos del primero, dado que fue él quien elaboró el programa de cómputo que utilizó alias Jorge 40 para llevar a cabo fraudes electorales para las elecciones de 2002.
- Noguera, al designar a Rafael García, lo hizo con el propósito de favorecer las actividades ilegales del Bloque Norte, proveyéndoles toda la información que las autoridades judiciales tenían sobre ellos.
- La Corte recuenta testimonios sobre cómo Rafael García lleva de manera física el programa de información del DAS a dónde se encuentran miembros de autodefensas, para hacer averiguaciones sobre sus miembros.
- La Corte también presenta testimonios de los funcionarios de informática del DAS sobre cómo, según Rafael García, las consultas y los cambios en las bases de datos provenían de órdenes impartidas por la dirección y en este sentido debían cumplirse.
- La Sala resalta la inacción de Noguera al recibir quejas en este sentido por parte del Director General Operativo. Lo que equivale a un comportamiento complaciente de Noguera hacia las acciones delictivas de Rafael García.

En relación con los *homicidios* se tiene que la Fiscalía acusó a Noguera por las muertes de cuatro personas, argumentando que existían listados de líderes, sindicalistas, activistas de izquierda, profesores y estudiantes que era entregados por el director del DAS al Bloque Norte para que estas personas fueran asesinadas. La Sala sólo encuentra responsable a Noguera por el homicidio de Alfredo Rafael Francisco Correa<sup>559</sup>, quien fue asesinado en septiembre de 2004 y quien fue también señalado como “ideólogo de las FARC”.

En primer lugar, la Corte identifica que el DAS y el Bloque Norte (a través del comandante del frente José Pablo Díaz, alias Don Antonio) actuaron en connivencia para hacer ver a Rafael Correa como un subversivo. En este sentido, esta persona fue objeto de seguimientos y tomas fotográficas ilegales por parte del señor Javier Alfredo Valle quien se desempeñaba como funcionario del DAS. Este funcionario también recibió declaraciones ilegalmente a dos reinsertados de las FARC quienes señalaron a Francisco Correa como subversivo (alias Eulogio). Según la Corte, todo esto lo hizo el funcionario del DAS *sin orden de superior jerárquico*.

Estando en la seccional Bolívar del DAS, en junio de 2004, Javier Alfredo Valle presentó la información recabada ilegalmente a la Fiscalía. Sin embargo, la presentó como perteneciente a un sujeto conocido como alias Eulogio (sin identificarlo como Alfredo Correa). Así, se utilizó a la Fiscalía para que abriera investigación por el delito de rebelión. No obstante, el proceso judicial arrojó como resultado que todo era un montaje.

---

<sup>559</sup> Quien era sociólogo y profesor universitario y trabajaba con población en situación de desplazamiento en los departamentos de Atlántico y Bolívar.

Ahora bien, para realizar la atribución de responsabilidad concreta la Corte resalta como aspecto fundamental que Noguera haya decidido ascender a Javier Alfredo Valle al cargo de Sub director del DAS en Magdalena, aun cuando la Oficina del Control Interno Disciplinario adelantaba una investigación en su contra por las irregularidades en la detención de Rafael Correa y teniendo en cuenta que después del homicidio se ordenaron investigaciones penales en este sentido. Para la Corte este ascenso demuestra las relaciones que tenía Noguera con el Bloque Norte, aunque el fundamento probatorio de esta relación -para el homicidio concreto- lo encuentra después de cometido el delito.

En este orden de ideas, la Corte encuentra que con estas conductas Noguera permitió y consintió la conducta desplegada por Valle Anaya “para desprestigiar al catedrático, excusa que es utilizada para matarlo”. La Corte también resalta que la orden de matar al señor Correa provino del Bloque Norte, específicamente, del comandante del frente José Pablo Días, llamado Ignacio Fierro (alias Don Antonio).

En relación con los otros dos homicidios endilgados a Noguera la Corte encontró que no existía fundamento probatorio para inferior la contribución del DAS o del procesado en las conductas punibles.

Finalmente, sobre el tipo subjetivo dice la Sala que Noguera “actuó con conocimiento y voluntad en cada una de las conductas delictivas por las cuales será condenado, pues como director del DAS sabía que su obligación constitucional y legal no era otra que contrarrestar las actividades delictivas de cualquier organización al margen de la ley (...) compromiso que desechó de manera consciente y deleznable cuando decidió aliarse con el Bloque Norte de las Autodefensas para ayudarlos en su accionar contra la población civil”<sup>560</sup>.

En suma, este caso tiene los siguientes elementos interesantes para el análisis:

- a) Según la Corte, el procesado puso las funciones públicas del DAS al servicio del Bloque Norte de las Autodefensas, favoreciendo los intereses de sus cabecillas. Sin embargo, no se realiza un análisis de la estructura de poder sobre la cual tendría control el procesado, ni sobre cómo esta se relaciona con el grupo paramilitar frente al cual se puso a su disposición. Aquí se echa de menos también una análisis sobre cómo puede llegar a funcionar la jerarquía y el control efectivo en estructuras civiles y no en estructuras de naturaleza militar o paramilitar. La Corte también hace caer en confusión cuando afirma que en realidad la víctima se encontraba en medio de dos aparatos organizados de poder, uno legal y otro legal, pero más allá de la afirmación no se realiza ningún análisis concreto.
- b) En relación con el homicidio por el cual es encontrado culpable Jorge Noguera, la Corte realiza unas aproximaciones frente a cómo se llevó a cabo el delito, con apoyo de miembros del DAS, sobre todo en términos de desprestigiar a la víctima y estigmatizarla como guerrillera. Sin embargo, establece que estas acciones se

---

<sup>560</sup> CSJ-SP, radicado 32.000, pág. 139-140.

cometieron sin orden de superior jerárquico y que la orden concreta del homicidio provino, en realidad, del comandante del Bloque Norte. Esto, sumado a que no se explicó con detalle el funcionamiento de la estructura, su automatismo y su relación con la estructura paramilitar hace realmente difícil pensar en la posibilidad de la aplicación adecuada de la teoría.

- c) Frente al tipo subjetivo la Corte dice que el procesado actuó con conocimiento y voluntad frente a las acciones delictivas, sin embargo, esta afirmación se queda realmente corta en la medida en que no es suficiente decir que en el marco de una estructura legal se actuó contrario a derecho por no cumplir las funciones, a decir que la estructura estuvo concretamente dirigida a la consecución de ciertos objetivos criminales.

#### **4.1.4 Las Fuerzas militares como un aparato de poder que actúa al margen del derecho: el caso de Luis Alfonso Plazas Vega**

Un capítulo trascendental en la historia colombiana es el relacionado con los hechos ocurridos los días 6 y 7 de noviembre de 1985, cuando el Palacio de Justicia fue tomado de manera violenta por miembros del movimiento guerrillero M-19. Como respuesta a esta toma guerrillera, las fuerzas militares del Estado ingresaron al Palacio para hacer frente a la arremetida subversiva. Estos hechos son conocidos como la toma y la retoma del Palacio de Justicia. El saldo que dejaron estas operaciones fue de 98 personas muertas y 11 personas desaparecidas. A pesar de que se adelantaron diversas indagaciones judiciales y no judiciales para develar lo realmente ocurridos esos días<sup>561</sup>, particularmente, en relación con la suerte de los desaparecidos, en el año 2005 la Fiscalía General de la Nación decidió reabrir el proceso judicial por las desapariciones ocurridas y vincular formalmente al entonces comandante de la Escuela de Caballería (ESCAB), Alfonso Plazas Vega.

En junio de 2010, el Juzgado Tercero del Circuito Especializado de Bogotá encontró responsable en calidad de autor mediato al coronel retirado Plazas Vega por la desaparición de 11 personas que trabajaban en la cafetería del Palacio<sup>562</sup>.

En relación con la estructura de poder, el juzgado realiza una descripción formal de la conformación de la Brigada XIII para los días 6 y 7 de noviembre de 1985<sup>563</sup>. Esta fue la

---

<sup>561</sup> Ver por ejemplo, diversas investigaciones adelantadas ante la jurisdicción penal militar y el informe publicado por la Comisión de la Verdad creada para investigar estos hechos.

<sup>562</sup> Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Bogotá, 9 de junio de 2010, radicado 11001320700320080002500 [En adelante: Juzgado Tercero Penal, radicado 11001320700320080002500).

<sup>563</sup> Juzgado Tercero Penal, radicado 11001320700320080002500, pág. 125.

brigada que actuó en la ejecución del *Plan Tricolor* que estaba diseñado para neutralizar las manifestaciones de grupos subversivos. De igual manera, el juzgado encontró que se contaba con un manual de inteligencia de combate<sup>564</sup> mediante el cual se establecían normas de procedimiento para comandantes de cualquier nivel y se desarrollaban aspectos relativos a organización, funciones y producción de inteligencia. Acá se establecían directrices para el manejo de rehenes, las cuales fueron puestas en funcionamiento por aquellos que participaron en la retoma del Palacio (generación de inteligencia a través de interrogatorios).

Para la época de los hechos Plazas Vega era miembro activo de las Fuerzas Militares, y ostentaba autoridad y mando porque se desempeñaba como Comandante de ESCAB, Unidad Táctica perteneciente a la Brigada XIII. Contaba por ende con personal subordinado y a su cargo<sup>565</sup>. Para el juzgado, Plazas Vega tuvo participación activa durante el desarrollo de la operación táctica y de inteligencia de combate dirigida y coordinada por la Brigada XIII para la recuperación del Palacio y para la liberación de los rehenes<sup>566</sup>.

El juzgado también analiza las formas de comunicación y el *modus operandi* del día de los hechos. En lo referente a las comunicaciones el juzgado encontró que la Brigada XIII empleó medios de comunicación con el fin de coordinar las acciones de combate, el rescate de rehenes, la transmisión de órdenes, etc.<sup>567</sup>, particularmente se utilizaron radios con frecuencias abiertas y cerradas. En relación con el *modus operandi* el juzgado encontró probado que:

- Desde que la ESCAB logra entrar al Palacio empieza a desarrollar labores de inteligencia para determinar la identidad del personal civil que iba siendo evacuado<sup>568</sup>.
- A un grupo de sobrevivientes se les denominó “especiales” o “sospechosos” quienes tuvieron un tratamiento diferenciado<sup>569</sup>.
- Habían unas personas bajo el control del M-19 y otras retenidas en el primer piso del Palacio, que estaban a cargo de miembros de la Fuerza Pública<sup>570</sup>. Las personas que hasta la fecha está desaparecidas estaban en el primer piso del Palacio<sup>571</sup>.
- Los sobrevivientes fueron trasladados a la Casa Museo, lugar donde se dispuso un puesto de mando avanzado. Allí los sobrevivientes eran interrogados y clasificados y de esto dependía si permanecían custodiados en el primer o segundo piso de la Casa<sup>572</sup>. En este piso se encontraban los sospechosos (entraban en esta categoría quienes fueran estudiantes universitarios, naturales de alguna zona del país con presencia guerrillera o empleados de la cafetería del Palacio<sup>573</sup>).

---

<sup>564</sup> *Ibíd.*, pág. 126.

<sup>565</sup> *Ibíd.*, pág. 245.

<sup>566</sup> *Ibíd.*, pág. 250.

<sup>567</sup> *Ibíd.*, pág. 128.

<sup>568</sup> *Ibíd.*, pág. 130.

<sup>569</sup> *Ibíd.*, pág. 131. Con fundamento en el testimonio de dos de las personas que fueron catalogadas como sospechosas y en testimonio del General retirado Rafael Samudio.

<sup>570</sup> Juzgado Tercero Penal, radicado 11001320700320080002500, pág. 132. Con fundamento en dos testimonios.

<sup>571</sup> *Ibíd.*, pág. 133. Tiene como fundamento tres testimonios.

<sup>572</sup> *Ibíd.*, pág. 135. Tiene como fundamento diversas pruebas testimoniales.

<sup>573</sup> *Ibíd.*, pág. 138. Tiene como fundamento pruebas testimoniales.

- Ni la salida del Palacio, ni la entrada de sobrevivientes “sospechosos” a la Casa Museo, ni su ingreso a unidades militares fue objeto de registro<sup>574</sup>. Sin embargo, el personal liberado, sí fue enlistado<sup>575</sup>. El objetivo era no dejar huella del paradero de estas personas<sup>576</sup>.
- No todos los liberados salieron por la puerta principal del Palacio (también fueron evacuados por la entrada del sótano) ni todos ellos fueron remitidos a la Casa Museo<sup>577</sup>.
- Un grupo de sobrevivientes fue trasladado a dependencias militares, entre ellas a la ESCAB, en donde fueron sujeto de interrogatorios y malos tratos<sup>578</sup>. Este tratamiento a personas sospechosas de ser subversivas era una práctica recurrente entre las Fuerzas Militares, aún antes y después de la toma del Palacio de Justicia<sup>579</sup>.

Ahora, en relación con los casos concretos de desaparición, el juzgado estableció como modus operandi lo siguiente:

- Siete empleados de la cafetería del Palacio se encontraban allí al momento de los hechos, permanecieron en el primer piso bajo el control del Ejército (no fueron trasladados, ni murieron calcinados) y salieron con vida de la edificación<sup>580</sup>. De igual manera lo hicieron tres mujeres más<sup>581</sup> quienes visitaban el Palacio y que también se encuentran desaparecidas.
- En el caso de la Irma Franco, militante del M-19, el juzgado encontró probado que ella participó en la incursión guerrillera, fue llevada a la Casa Museo, de donde fue sacada custodiada por miembros de la Fuerza Pública<sup>582</sup>, permaneció allí retenida y finalmente fue retirada en un vehículo oficial<sup>583</sup>.
- El tratamiento y destino de las personas desaparecidas fueron ocultados<sup>584</sup>.

Así, el juzgado encuentra probado que la ESCAB que dirigía Plazas Vega hacía parte de la Brigada XIII del Ejército que estaba a cargo de Jesús Armando Arias Cabrales<sup>585</sup> y que estaba encargada de controlar la operación de recuperación del Palacio<sup>586</sup>. La participación en el teatro de los hechos por parte de la ESCAB fue notable, registrada

---

<sup>574</sup> *Ibíd.*, pág. 140. Tiene como fundamento pruebas testimoniales, documentales,

<sup>575</sup> *Ibíd.*, pág. 143.

<sup>576</sup> *Ibidem.*

<sup>577</sup> *Ibíd.*, pág. 144. Tiene como fundamento pruebas testimoniales y documentales (videos).

<sup>578</sup> *Ibíd.*, pág. 145.

<sup>579</sup> *Ibíd.*, pág. 148.

<sup>580</sup> *Ibíd.*, pág. 156. El juzgado considera que salieron con vida los señores: Carlos Augusto Rodríguez Vera, Cristina del Pilar Guarín Cortés, Bernardo Beltrán Hernández, Héctor Jaime Beltrán Fuentes, David Suspes Celis, Luz Marina Portela León y Gloria Stella Lizarazo,

<sup>581</sup> Norma Constanza Esguerra, Gloria Anzola de Lanao y Lucy Amparo Oviedo.

<sup>582</sup> Juzgado Tercero Penal, radicado 11001320700320080002500, pág. 205.

<sup>583</sup> *Ibíd.*, pág. 208.

<sup>584</sup> *Ibíd.*, pág. 209.

<sup>585</sup> *Ibíd.*, pág. 254.

<sup>586</sup> *Ibíd.*, pág. 255.

ampliamente en medios de comunicación<sup>587</sup> y soportó en gran medida “el peso de la operación”, como lo señaló el mismo Plazas Vega<sup>588</sup>.

Para el juzgado, Plazas Vega contó con poder de mando en la operación -aún más allá de la comandancia de su ESCAB- dirigiendo buena parte de las maniobras tácticas y de inteligencia desplegadas, al punto que varios declarantes los destacaron como el “comandante de las operaciones”<sup>589</sup>, pasándose por alto al General Arias Cabrales<sup>590</sup>. Así, Plazas Vega, dirigió -en coordinación con otros uniformados- el traslado de algunos sobrevivientes a la Casa Museo<sup>591</sup>, aunque él mismo diga que sólo seguía las directrices que Arias Cabrales daba por radio.

El juzgado hace referencia a las condiciones del dominio de la organización, enfatizando en que para que exista poder de mando basta con ocupar cualquier puesto en la estructura siempre que se tenga la capacidad de impartir órdenes a los subordinados, es decir, que pueda dirigir la parte de la organización a él sometida.<sup>592</sup>

En relación con las personas liberadas es Plazas Vega quien da información a los medios de comunicación sobre las labores adelantadas por las unidades militares<sup>593</sup>. Para el juzgado, él era constantemente informado de lo que acontecía en el Palacio e ingresó personalmente al primer piso de la edificación en donde se encontraban retenidos los 11 desaparecidos<sup>594</sup>. De igual manera, comandaba la operación desde el exterior, teniendo en cuenta que el comandante de la Brigada se encontraba dentro del Palacio<sup>595</sup>, al punto que integrantes de otras unidades tácticas acataron disposiciones emanadas de Plazas Vega<sup>596</sup> -dentro del escenario del combate y dentro de la Casa Museo<sup>597</sup>- lo que según el juzgado *permite demostrar la intercambiabilidad de los subordinados*<sup>598</sup>.

---

<sup>587</sup> *Ibíd.*, pág. 260. Dio declaraciones en los medios, atribuyéndose funciones que según el Manual de Inteligencia de Combate le correspondían al Comandante de Brigada.

<sup>588</sup> Juzgado Tercero Penal, radicado 11001320700320080002500, pág. 256.

<sup>589</sup> *Ibíd.*, pág. 257. El fundamento probatorio son las declaraciones del entonces presidente Belisario Betancourt Cuartas, El Ministro de Defensa Nacional de la Época, el Mayor General Iván Ramírez Quintero, entre otros.

<sup>590</sup> Juzgado Tercero Penal, radicado 11001320700320080002500, pág. 257.

<sup>591</sup> *Ibíd.*, pág. 258-259. Según un testigo presencial Plazas Vega organizó en la puerta del Palacio la recepción de los liberados y la conducción hacia la Casa del florero, de igual manera el juzgado relaciona un video en donde se le observa conduciendo a uno de los sobrevivientes a la casa.

<sup>592</sup> Juzgado Tercero Penal, radicado 11001320700320080002500, citando a, Gil Gil A., *La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española* (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, fascículo único, tomo 61, 2008), pág. 73.

<sup>593</sup> Juzgado Tercero Penal, radicado 11001320700320080002500, pág. 262.

<sup>594</sup> *Ibíd.*, pág. 263.

<sup>595</sup> *Ibíd.*, pág. 264.

<sup>596</sup> *Ibíd.*, pág. 265.

<sup>597</sup> *Ibíd.*, pág. 266.

<sup>598</sup> *Ibíd.*, pág. 265.

El juzgado encontró elementos probatorios para inferir la recurrente presencia de Plazas Vega en el interior de la Casa Museo<sup>599</sup> desde donde se llevaron a cabo labores de inteligencia. Al segundo piso de este lugar acudía Plazas Vega a reuniones con los altos mandos militares para plantear las directrices a seguir, con relación al enfrentamiento armado y al manejo de los sobrevivientes<sup>600</sup>.

De igual manera, las personas catalogadas como sospechosas eran trasladadas a la ESCAB<sup>601</sup> y teniendo en cuenta que los subordinados no pueden actuar de manera aislada, sino que deben acatar las disposiciones de sus superiores (unidad de mando), el juzgado entiende que este traslado contaba con la aquiescencia de Plazas Vega<sup>602</sup> y que él conocía todo lo que pasaba con ese grupo de sobrevivientes<sup>603</sup>. De hecho, el juzgado encontró que Plazas Vega impartió órdenes concretas respecto del tratamiento a dar a los sobrevivientes trasladados a la ESCAB y que resultaron desaparecidos. Con fundamento en la declaración de Edgar Villamizar (cabo segundo, subordinado a Plazas Vega en la ESCAB) y la transcripción de un casete de otros uniformados que participaron en la retoma del Palacio, el juzgado estableció los siguientes hechos relevantes:

- La entrada efectiva de hombres y mujeres prevenientes del Palacio a la ESCAB y su aislamiento dentro de las instalaciones.
- La tortura, los malos tratos y los vejámenes a los que fueron sometidas estas personas.
- Las personas llevadas a la ESCAB pedían que no les hicieran daño, que ellos trabajan en la cafetería del Palacio.
- Por lo menos dos de las personas torturadas murieron en medio de los maltratos.
- Plazas Vega dio la *orden directa* de que los retenidos firmaran una carta en donde se decía que estas personas habían recibido tres millones de pesos para comprar material de guerra que uso el M-19 para financiar la operación.
- Los individuos allí retenidos eran tachados por las autoridades de subversivos y terroristas. Plazas Vega, como comandante de la ESCAB, al ser indagado sobre qué hacer con estas personas, dice “*cuelguen esos hijueputas*”.
- Se dio la orden (el juzgado no establece quien) de que no quedara ni un solo testigo.
- Según los militares subordinados a Plazas Vega, ellos admiran al comandante, pero estaban en desacuerdo con sus métodos de interrogación.

Así, para el juzgado, “si bien no se acreditó que el enjuiciado llevó a cabo personalmente la acción descrita en el tipo penal, definitivamente puede inferirse que tuvo el dominio del hecho a través de la fuerza que comandaba, lo que le aseguró la consumación del punible a través de la fungibilidad de los ejecutores responsables, quienes resultaron ser piezas esenciales de un engranaje completo orientado al crimen”<sup>604</sup>. Finalmente, el juzgado no dice nada expresamente sobre el tipo subjetivo.

---

<sup>599</sup> *Ibíd.*, pág. 267.

<sup>600</sup> *Ibíd.*, pág. 268.

<sup>601</sup> *Ibíd.*, pág. 270

<sup>602</sup> *Ibíd.*, pág. 272.

<sup>603</sup> *Ibíd.*, pág. 277. Ya sea por las comunicaciones compartidas entre los miembros de la Unidad.

<sup>604</sup> *Ibíd.*, pág. 276.

Esta sentencia fue revisada en segunda instancia por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, en su Sala Penal, institución que confirmó la responsabilidad de Plazas Vega bajo la modalidad de autoría mediata<sup>605</sup>. Sin embargo aclaró que no se encontró probada la desaparición de once personas del Palacio, sino sólo de dos (Irma Franco Pineda y Carlos Augusto Rodríguez). En relación con el grado de participación criminal<sup>606</sup> el Tribunal concluye que existía una instrucción por parte de la estructura de poder en seguimiento de la cual se cometieron las desapariciones.

En segunda instancia, la defensa planteó diferentes argumentos en contra del uso de la autoría mediata<sup>607</sup>. Sin embargo, en el Tribunal el debate fundamental sobre el grado de participación del condenado giró en torno a la diferenciación entre la autoría mediata y la responsabilidad por omisión, teniendo en cuenta el vínculo que realmente existió entre Plazas Vega y las desapariciones concretas.

La segunda instancia describe con mayor detalle la estructura de las instituciones que participaron en la retoma, los detalles de la operación militar<sup>608</sup>, así como la actuación concreta de Plazas Vega y llega a conclusiones similares a la primera instancia<sup>609</sup>. Sin embargo, el Tribunal encuentra probado tres hechos importantes:

- El propósito de los comandantes que dirigieron la operación de recuperación del Palacio era la supresión física de los combatientes del M-19. El Tribunal establece que esta era una instrucción clara al interior del operativo<sup>610</sup>.

---

<sup>605</sup> Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, radicado 110010704003200800025 de enero 09 de 2012 [En adelante: Tribunal Superior de Distrito, radicado 110010704003200800025].

<sup>606</sup> Tribunal Superior de Distrito, radicado 110010704003200800025, apartado 7.3.10.

<sup>607</sup> Por ejemplo, la necesidad de que los hechos se den en el marco de una práctica sistemática y no ocasional; la necesidad de una política de Estado; precariedad en la prueba del cumplimiento de cada uno de los requisitos de la teoría; la ausencia de prueba de quiénes cometieron directamente los crímenes; la aplicación de responsabilidad objetiva por parte del juzgado, que se deriva del ejercicio de la competencia jerárquica y la posibilidad de ubicar la posible responsabilidad de Plazas Vega en grado de comisión por omisión, derivado de su posición de garante, no por una acción concreta.

<sup>608</sup> Tribunal Superior de Distrito, radicado 110010704003200800025, apartado 7.3.5.

<sup>609</sup> En cuanto al uso de la Casa Museo, el tratamiento a los rescatados, el manejo de rehenes y la actuación de Plazas Vega en este manejo como el responsable de los traslados (incluidos los rehenes sospechosos) teniendo en cuenta que la operación general la comandó el general Arias Cabrales y el maltrato y tortura de las personas “sospechosas”.

<sup>610</sup> Según el Tribunal “La *instrucción* es un tipo de querer, que en una estructura de poder jerarquizada, da, trasmite o auspicia el superior a sus inferiores, que debe ser entendida como una institución intermedia entre la *política* y la *orden*, en cuanto a que la *política* comporta la designación general y abstracta de un objetivo ideal al que deben tender todas las acciones que con base en esa política asuma ese grupo. La orden, en cambio, es el mandato de producir un resultado concreto (que puede o no enmarcarse en una política) y cómo producirlo. En este sentido la instrucción es dar, transmitir o auspiciar el mandato de producir un género de resultados indeterminados, con o sin la indicación de los medios deseados para producirlos”.

- La impartición clara e inequívoca de órdenes ilegales<sup>611</sup> para cumplir con el propósito de la supresión física de los rebeldes, por ejemplo: “esperamos que si está la manga, no aparezca el chaleco” y “cuelguen esos hijueputas”.
- La instrucción provino originalmente del general Jesús Armando Arias Cabrales y fue transmitida por el coronel Alfonso Plazas Vega. En palabras del Tribunal:

“Si la labor (posición de mando) del Coronel PLAZAS VEGA en este operativo era el conector entre lo que ocurrió dentro del Palacio de Justicia y lo que ocurrió en la Casa del Florero, y la naturaleza de ambos componentes era el desarrollo de una misma instrucción (las muertes dentro del Palacio de Justicia y las desapariciones forzosas fuera del Palacio de Justicia), es improbable que la instrucción impartida abarcara los dos extremos y no el conector entre ellos (...) Es cierto que en el proceso no se sabe aún, en concreto y físicamente, quiénes ejecutaron directamente-materialmente la desaparición de IRMA FRANCO PINEDA y de CARLOS AUGUSTO RODRÍGUEZ VERA. Pero lo que sí es inequívoco es que ello no ocurrió como una conducta aislada de unos militares de baja rango, desobedientes, indisciplinados y con desconocimiento de los comandantes de la operación. Al contrario: ocurrió en cumplimiento de una instrucción dada y transmitida dentro de la jerarquía de las fuerzas del Estado, y solo dentro del aparato de poder que se conformó para esa operación se entiende este resultado antijurídico”.

En relación con el tipo subjetivo, para el Tribunal “bajo esta teoría no es problemática la atribución de responsabilidad del superior por delitos cometidos por el inferior como autor material, en relación con el conocimiento e intencionalidad en la comisión de delitos, cuando tal delito ocurre en relación directa o de conformidad con la política, instrucción u orden impartida o transmitida por el superior, *si éste pudo prever su realización, así no conociera en concreto su comisión*”.

Finalmente, el Tribunal aclara que la responsabilidad en este caso se predica por acción y no por omisión. Para el Tribunal el aparato de poder sólo puede ponerse en funcionamiento a través de acciones (y no de omisiones). Así, no es posible dominar el hecho por omisión<sup>612</sup> o que el omitente tenga el dominio del hecho para efectos de la

---

<sup>611</sup> Esto fue probado a través de la interceptación de comunicaciones militares.

<sup>612</sup> Tribunal Superior de Distrito, radicado 110010704003200800025. Según Roxin: “(...) una formación de conceptos con arreglo a la cual “el domino del hecho” del omitente con base en su

atribución como autor mediato<sup>613</sup>.

En suma, este caso tiene los siguientes elementos interesantes para el análisis:

- a) En relación con la estructura de poder la el juzgado realiza un análisis detallado de funcionamiento, jerarquías, modus operandi, fungibilidad de sus miembros y especialmente de la jerarquía del procesado al momento de los hechos, y sobre sobre el mando que tenía en relación con sus subordinados al dirigir las labores tácticas y de inteligencia.
- b) El juzgado encontró probado que el procesado dio órdenes concretas respecto del tratamiento de las personas “sospechosas” de ser guerrilleras y que posteriormente resultaron desaparecidas. En sede de apelación el Tribunal no encontró probada la existencia de una orden concreta frente a algún desaparecido, sino de una instrucción general y de una orden de supresión física de rebeldes.
- c) Ausencia de referencia al tipo subjetivo por el cual se atribuye responsabilidad en primera instancia, y en segunda instancia una referencia general a la posibilidad de dar por cumplido los requisitos de conocimiento e intencionalidad con la existencia de una política, instrucción u orden.
- d) El debate sobre la aplicación de otra forma de responsabilidad giró en torno a la responsabilidad por omisión, este debate fue planteado por la Defensa del caso. El tribunal llega a la conclusión de que el hecho no puede dominarse a través de omisiones sólo de acciones.

#### **4.1.5 Ex comandantes paramilitares condenados en el proceso de Justicia y Paz: los casos de “El Iguano”, “Fierro Flórez” y “El Alemán”**

---

posibilidad de intervenir evitando, o en la posibilidad de evitación del resultado particularmente cómoda, es incorrecta e inviable en la práctica. No existe dominio del hecho del omitente en estos casos y, si existiera, con su ayuda no cabría efectuar una delimitación de las formas de participación”.

<sup>613</sup> Tribunal Superior de Distrito, radicado 110010704003200800025. Según Roxin: “... El “domino del hecho “social” del omitente es, pues, en definitiva, solo un derivado de su deber funcional social: De ahí se deduce que también aquí la circunstancia primaria, fundamentadora de la autoría, es el deber y que no existe un domino autónomo con respecto a este deber. El concepto de dominio del hecho carece, también en este sentido, de importancia para la autoría en la omisión, ya que no puede captar atinadamente su alcance, y donde fuera aplicable, no llevará más allá que el criterio del deber, para nosotros determinante”

Con la expedición de la Ley 975 de 2005 se inició la investigación masiva de miembros de grupos paramilitares que se desmovilizaron en el marco del acuerdo de paz con el Gobierno Nacional. Buena parte de los esfuerzos de investigación y judicialización estuvieron enfocados a descifrar la organización y comportamiento de estos grupos. Concretamente, en lo relacionado con la atribución de responsabilidad de los comandantes, la autoría mediata por aparatos organizados de poder resultó ser el medio más utilizado por parte de las autoridades judiciales.

En el caso de *Jorge Iván Laverde Zapata, alias “El Iguano”*<sup>614</sup> la Sala de Justicia y Paz, estableció que el procesado actuaba como comandante del Frente Fronteras, perteneciente al Bloque Catatumbo de las Autodefensas, el cual se encontraba jerárquicamente organizado<sup>615</sup> y actuaba con fundamento en tres objetivos específicos: combatir a la guerrilla, recuperar los territorios ocupados por ella y quitarles las fuentes de financiación<sup>616</sup>.

El Frente Fronteras cometió una serie de delitos utilizando, para este fin, la estructura armada que estaba conformada en orden descendente por grupos especiales y de compañías, área política, logística, finanzas, un grupo especial que desarrollaba actuaciones que a consideración de los superiores revestía alguna complejidad, y finalmente los patrulleros<sup>617</sup>. En esta estructura Jorge Iván Laverde retransmitía las órdenes provenientes de los mandos superiores e impartía aquellas que resultaban necesarias para el cumplimiento de las políticas del grupo y que eran trazadas por su máximo comandante, Salvatore Mancuso<sup>618</sup>.

Así, para el Tribunal “la comisión de los delitos no era decisión de quien los ejecutaba directamente, sino que respondía a una política de la organización desarrollada a través de sus mandos responsables, quienes, precisamente por ese poder que ostentaban, tenían el dominio del hecho criminal, en la medida que podían designar cuál de sus

---

<sup>614</sup> Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, radicado 2006-80281 de diciembre 2 de 2010 [En adelante: Tribunal Superior de Distrito, radicado 2006-80281].

<sup>615</sup> Jerárquicamente la estructura del frente estaba presidida por la casa Castaño y Salvatore Mancuso; como comandante general del bloque, alias “Camilo” quien además tenía la función especial de recoger los dineros provenientes del narcotráfico y subsidiar a los frentes que lo necesitaran. Luego, los comandantes de frentes, que como ya se mencionó en un aparate anterior, estuvo durante algún tiempo alias “Mauro” en el Tibú; alias “Felipe” en el bloque móvil y alias “El Iguano” en el fronteras. En orden descendente se encontraban los comandantes de grupos especiales y de compañías, área política, logística, finanzas y un grupo especial que desarrollaba actuaciones que a consideración de los superiores, revestía alguna complejidad. Finalmente ubican a los patrulleros.

<sup>616</sup> Tribunal Superior de Distrito, radicado 2006-80281, párr. 309.

<sup>617</sup> *Ibid.*, párr. 313.

<sup>618</sup> *Ibid.*, párr. 312.

subalternos llevaba a cabo el delito, incluso cambiarlo si así lo deseaba, o designar personas especializadas, dada la complejidad o importancia de la operación, circunstancia que sin lugar a dudas estructura la fungibilidad y, por supuesto la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder. Este dominio les permitía incluso retirar la orden criminal anterior y evitar el resultado lesivo”<sup>619</sup>.

De hecho, para el Tribunal, la acción de Laverde consistía en exigir de sus patrulleros el reporte periódico del número de personas muertas, sin importarles conocer quien materializaba los asesinatos según órdenes genéricas que daba, ni conocía el nombre de las víctimas. La excepción a esta regla se presentaba cuando las víctimas tenían alguna connotación y entonces se designaba a un grupo especial que tenía el Frente para garantizar el éxito de la operación<sup>620</sup>.

Otro caso, donde se aplicó esta teoría fue en el de *Fredy Rendón Herrera, alias “El Alemán”*<sup>621</sup>. El Tribunal estableció la existencia del Bloque Elmer Cárdenas como una organización ilegal bien estructurada, jerarquizada, dependiente de la Casa Castaño y comandada por el procesado. El Tribunal encontró probado que alias “El Alemán”, quien era el comandante de este bloque, impartió órdenes con la finalidad de materializar los objetivos trazados: acabar con la subversión.

En este caso, alias “El Alemán” es encontrado responsable del delito de reclutamiento ilícito de menores. El Tribunal aclara que “el reclutamiento ilícito, no era una orden expresa o formal, porque incluso el credo o los Estatutos del Bloque, mencionaban la prohibición para reclutar menores. No obstante, las acciones concretas –visitar las escuelas de formación a donde inicialmente llegaron los niños, frecuentar los frentes que conformaron el Bloque, acudir a las festividades que hicieron y donde estaban presentes todos los miembros de los frentes, demuestra que siempre alias “El Alemán” estuvo enterado y avaló el ingreso de los menores”<sup>622</sup>.

Por último, en el caso de *Edgar Ignacio Fierro Flores*<sup>623</sup>, el Tribunal avanza en el análisis de la estructura criminal, y manifiesta que “su funcionamiento se ha complejizado en razón a su gran capacidad delictiva y amplio radio de acción, permitiendo el escalonamiento y jerarquización de sus miembros, y la división y especialización del trabajo criminal. En esa medida, quienes ostentan lugares de superioridad o posiciones de mando, son los encargados de la formulación e implementación de las políticas

---

<sup>619</sup> *Ibíd.*, párr. 314.

<sup>620</sup> *Ibíd.*, párr. 315.

<sup>621</sup> Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, radicado 110016000253200782701 de diciembre 16 de 2011.

<sup>622</sup> *Ibíd.*, párr. 711.

<sup>623</sup> Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, radicado 110016000253-200681366 de 7 de diciembre de 2011.

criminales propias de la estructura, mientras que a quienes están subordinados les corresponde ejecutar directamente las acciones criminales<sup>624</sup>.

El Tribunal encontró probado que Fierro Flores era el comandante del Frente José Pablo Díaz, a través del establecimiento de los lineamientos de la estructura, los mecanismos de financiación y los modos de operación<sup>625</sup>.

Para el Tribunal, “frente a aquellas acciones criminales perpetradas que no son resultado de una orden directa de quien ostenta posición de mando, pero que se corresponden con las políticas criminales de esta clase de estructuras, la responsabilidad es atribuible tanto a los superiores jerárquicos como a quien materializó el delito, pero el grado de la misma será proporcional a la posición ostentada al interior de la organización criminal<sup>626</sup>”.

Así, el procesado, por ostentar una posición de mando dentro de la estructura paramilitar y, por tanto, tener un grado de dominio frente a la misma, debe responder por aquellas acciones delictivas cometidas con ocasión de su mandato, pero también, por aquellas que correspondían con los lineamientos y políticas del Frente<sup>627</sup>.

En suma estos casos tienen un elemento común interesante para el análisis. El Tribunal hace un análisis del funcionamiento y automatismo de la estructura y se hace referencia a la existencia de políticas u órdenes genéricas dentro de la organización que era desarrolladas a través de sus mandos responsables. Así, según el Tribunal quien ostenta na situación de mando por las acciones delictivas cometidas en el marco de lineamientos y políticas generales.

#### **4.1.6 La autoría mediata aplicada a líderes de grupos subversivos**

Como se presentó en un capítulo anterior, la Corte Suprema de Justicia, en casos adelantados en contra de miembros del secretariado de las FARC o de los cabecillas del Ejército de Liberación Nacional, ha usado la categoría de coautoría material impropia y no de la autoría mediata. Sin embargo, en caso conocido como El Nogal un juzgado de menor jerarquía decidió atribuir responsabilidad a los miembros del secretariado de las FARC en calidad de autores mediatos.

A continuación se presentan las consideraciones hechas por la Corte en los casos conocidos como *Machuca*<sup>628</sup> y *Yamid Amat*<sup>629</sup> con el fin de identificar las razones por las

---

<sup>624</sup> *Ibid.*, párr. 96.

<sup>625</sup> *Ibid.*, párr. 96.

<sup>626</sup> *Ibid.*, párr. 97.

<sup>627</sup> *Ibid.*, párr. 98.

<sup>628</sup> CSJ-SCP, radicado 23.825 de marzo 07 de 2007.

cuales se abstiene de aplicar autoría mediata y decide adecuarlo a la coautoría impropia. Más adelante, se estudia la sentencia de los casos *El Nogal* y la de *Monseñor Isaías Duarte*, para analizar otras consideraciones que, en casos con supuestos de hechos similares, hacen juzgadores de menor jerarquía.

El caso *Machuca* corresponde a la explosión de una infraestructura petrolera conocida como Oleoducto Cusiana-Coveñas, cometida por guerrilleros adscritos a la compañía Cimarrones del Frente José Antonio Galán del Ejército de Liberación Nacional (ELN). Como consecuencia de la explosión, el petróleo se derramó hasta el municipio de Machuca (Segovia, Antioquia) produciendo una gran conflagración que arrasó con buena parte de las viviendas del municipio y acabó con centenares de vidas. En sede de casación, la Corte Suprema dictaminó la responsabilidad de los cabecillas del ELN como coautores impropios, en contraposición al uso de la autoría mediata. Así, para la Corte “en este caso no existe *autoría mediata*, ni hay *sujeto de atrás*, porque los subversivos que colocaron los explosivos en el tubo no fueron meros instrumentos del comando central del ELN, sino, que a su vez, ellos –los que acudieron a perpetrar materialmente la detonación- desarrollaron el rol que les correspondía en su propio delito, por su voluntad consciente dirigida con conocimiento e inteligencia al logro de los fines compatibles con su propia ideología; lo hicieron por convicción política propia, sin ser utilizados, sin ser instrumentalizados y sin engaños”<sup>630</sup>.

Para López, la aplicación de la coautoría impropia, en este caso, es sorprendente, teniendo en cuenta que los responsables de la tragedia pertenecía a una organización criminal al margen de la Ley, con jerarquías preestablecidas, en la que los comandantes representan las acciones subversivas, pueden sancionar internamente a los ejecutores materiales y contaban con una política clara de interrumpir, temporalmente, la exploración del crudo que fluye de Caño Limón a Estados Unidos<sup>631</sup>.

En el caso de *Yamid Amat*, los señores Jhon Jairo Buitrago y Luis Alberto Puertas, fueron capturados en septiembre de 2001 portando artefactos explosivos y manifestando pertenecer al frente 53 de las FARC (al mando de alias Romaña), quien les había dado la orden de atentar contra la vida de un periodista de Caracol que se desplazaba en un Mercedes Benz de color negro. En este caso, cuando la Corte llega al punto de analizar el grado de participación de los procesados establece que la autoría mediata, como fue propuesta por Roxin, no es aplicable porque los procesados actuaron libremente y con conocimiento de la antijuridicidad de la misión dispuesta por alias Romaña, quien tendría la calidad de coautor.

---

<sup>629</sup> CSJ-SCP, radicado 25.974 de agosto 08 de 2007.

<sup>630</sup> CSJ-SCP, radicado 23.825 de marzo 07 de 2007.

<sup>631</sup> Ambos K. (coordinador), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente*, supra nota 171, pág. 171.

La Corte es más enfática aún, al clarificar que esta teoría no es aplicable al caso, dado que “no se discute aquí la responsabilidad de quien impartió la orden de ocasionar la muerte al periodista, sino la que corresponde a quienes dieron inicio a la fase ejecutiva de la conducta encaminada a tal propósito”<sup>632</sup>. En este evento se descarta la aplicación de la figura de la determinación porque los directivos de la organización no hicieron nacer la idea criminal en los ejecutores.

Por lo tanto, es claro que la Corte Suprema de Justicia, en caso de dirigentes de grupos subversivos es reacia a la aplicación de la autoría mediata y se decide por la coautoría impropia. Sin embargo, esta tendencia parece estar cambiando, si se tiene en cuenta otras decisiones tomadas por jueces de menor jerarquía, prueba de ello es el caso conocido como *El Nogal*, que se presenta a continuación.

El 7 de febrero de 2003, aproximadamente a las 8:00 de la noche, miembros de las FARC detonaron en uno de los parqueaderos de las instalaciones de la “Corporación Club El Nogal” ubicado en la carrera 7ª con calle 78 de Bogotá, un artefacto explosivo acondicionado en un vehículo, con el que se causó la muerte a 36 personas, y se atentó contra la vida de 158 más.

El Juzgado Octavo Penal del Circuito Especializado de Bogotá, en noviembre de 2008, encontró responsables penalmente por estos hechos a los miembros del secretariado de las FARC en calidad de autores mediatos<sup>633</sup>. La decisión fue confirmada el 26 de agosto de 2010 por el Tribunal Superior de Bogotá y no fue casada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante decisión de 11 de abril de 2012.

El juzgado, a pesar de reconocer que en casos de terrorismo cometido por miembros de las FARC la responsabilidad es atribuida en calidad de coautor impropio por la Corte Suprema, considera que este grado de participación es inadecuado ya que desdibuja y hace perder los límites a la autoría. Así, el juzgado considera que el concepto de instrumento que adopta la Corte es restringido y no se adecúa a la realidad de la materialización de las conductas punibles en casos de líderes de organizaciones criminales.

---

<sup>632</sup> CSJ-SCP, radicado 25.974 de agosto 08 de 2007.

<sup>633</sup> Juzgado Octavo Penal del Circuito Especializado de Bogotá, radicado 2005-0005-00 de 28 de noviembre de 2008. La sentencia fue proferida en contra de las siguientes personas que aún continuaban con vida al momento de expedición de la sentencia: Guillermo León Sáenz Vargas, alias “Alfonso Cano”; Rodrigo Londoño Echeverry, alias “Timoleón Jiménez” o “Timochenko”; Luciano Marín Arango, alias “Iván Márquez”; Noel Mata Mata, alias “Efraín Guzmán” o “el Cucho”, y Jorge Briceño Suárez, alias “el Mono Jojoy”, entre otros, por el concurso ideal heterogéneo de las conductas punibles de *terrorismo*, *homicidio con fines terroristas* en concurso homogéneo, *tentativa de homicidio con fines terroristas* en concurso homogéneo, *daño en bien ajeno*, en concurso material heterogéneo con el delito de *rebelión*.

Para el juzgado, si los miembros son en gran medida intercambiables y existe una estructura de organización caracterizada por un estilo de mando estricto, hay indicios de que se trata de una forma de criminalidad organizada. Es decir, basta comprobar que concurren dos circunstancias para que las FARC sean consideradas una estructura organizada de poder y de esa manera concebir a los dirigentes como autores mediatos: en primer lugar, deben tener una estructura de organización estricta (jerarquías) y, en segundo lugar, que haya posibilidad de intercambiar los miembros que ejecutan las órdenes de los comandantes. Para el juzgado:

“Las FARC son una estructura organizada de poder al margen de la ley, cuyas acciones están planeadas y ordenadas por sus cabecillas (...) es posible establecer que en la estructura de organización y de mando estricta en las FARC diferencian ciertas posiciones jerárquicas dentro de la organización, entre las que están: la cúpula de las FARC en cabeza de los miembros del secretariado, comandantes de bloques, comandantes de frentes, comandantes de columnas, comandantes de compañías, comandantes de escuadra y finalmente guerrilleros rasos y milicianos.

No hay la menor duda de que los miembros del secretariado de las FARC ejercen una función de dirigentes dentro de la misma, razón por la cual toman decisiones vinculantes para los demás miembros, precisamente, en virtud de la estructura jerárquica de esa organización subversiva. (...) Los miembros del secretariado son las personas que trazan las políticas dentro de la organización y a las que deben sujetarse sus miembros, siendo de esta manera quienes tienen mayor rango y poder de decisión dentro de la estructura subversiva”<sup>634</sup>.

En relación con el elemento de la fungibilidad, el juzgado señala que, como medio desestabilizador del Estado, las FARC utilizan los ataques terroristas en las ciudades y que para estos preparan a sus miembros en el manejo de explosivos. Así, cualquiera de los militantes del grupo que recibiera dicha instrucción podría ser comisionado para cumplir alguna orden dada por el comandante. Esto, sumado al elevado número de miembros que para el año 2002 y 2003 tenía este grupo subversivo.

Más adelante el juzgado aclara que dentro del proceso no existe ningún medio de prueba que proporcione de manera directa datos sobre el momento en que el secretariado de las FARC dio la orden de atacar contra el Club El Nogal. Sin embargo, esta ausencia no impide condenarlos dado que con las demás pruebas recaudadas se llega a la certeza de que efectivamente la orden de este atentado provino de este máximo órgano jerárquico. El juzgado encontró probado que:

---

<sup>634</sup> Esto lo fundamenta el juzgado con testimonios en donde se afirma que: que “*cualquier acción* (sic) [ejecutada por las FARC] *la autorización la da[ba] el secretariado*” y todos los comandantes de las columnas, presentaban al secretariado de las FARC un proyecto, quienes lo evaluaban y daban la orden directa de realizarlo o no.

- La orden directa de realizar el atentado al Club El Nogal la dio el comandante de la columna móvil Teófilo Forero, alias “El Paisa”.
  - Alias “El Paisa” recibía órdenes directamente del secretariado. En este caso, el secretariado le había dado “vía libre” para que realizara una oleada terrorista y él mismo debía escoger los objetivos.

En lo atiente con el tipo subjetivo, el juzgado establece que los miembros del secretariado tuvieron *conocimiento* y *voluntad* de los resultados típicos que se ocasionaron, entre ellos, *terrorismo*, *homicidio agravado* y *tentativa de homicidio agravado*, pues contaban a su disposición con la columna móvil “*Teófilo Forero*”, la cual había preparado hombres con conocimientos en explosivos y con la firme convicción de realizar atentados terroristas.

Finalmente, vale la pena mencionar otro caso similar estudiado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali<sup>635</sup>. En esta providencia se decidió el recurso de apelación interpuesto en contra de una sentencia que, en diciembre de 2011, condenó a los miembros del secretariado de las FARC como determinadores del homicidio de Monseñor Isaías Duarte Cancino en 2002.

El juzgado de primera instancia consideró que este homicidio había sido ordenado por el secretariado de las FARC, tomando como fundamento algunos testimonios de reinsertados de este grupo ilegal. En consecuencia, declaró la responsabilidad de los miembros del secretariado en calidad de determinadores porque hicieron nacer la idea criminal en los ejecutores. Sin embargo, en segunda instancia, el Tribunal de Cali considera que los perpetradores del homicidio son sicarios que hacen parte de una banda de delincuencia común, descartando así la intervención de la milicia urbana de las FARC en el agotamiento material de la conducta.

El Tribunal encuentra que no hay suficiente sustento probatorio en los testimonios usados en la primera instancia, particularmente en lo relacionado con la conformación de las estructuras guerrilleras, sus integrantes (incluido el comandante del frente 30 de las FARC) y la generación y transmisión de la orden de concreta de asesinar al Monseñor. Reconoce el Tribunal que, aunque el planteamiento de la primera instancia se aproxima más a la teoría de la autoría mediata, tampoco se presenta el fundamento probatorio suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia bajo esta forma de participación criminal.

En relación con los casos estudiados puede decirse que tienen los siguientes elementos interesantes para el análisis:

---

<sup>635</sup> Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, Sala Penal, radicado 00020110001701 de marzo 15 de 2007.

- a) Rechazo a la aplicación de la autoría mediata y utilización de la coautoría material impropia, teniendo en cuenta que los llamados “instrumentos” no eran tales en realidad porque eran agentes responsables (con voluntad consciente dirigida con conocimiento e inteligencia al logro del objetivo) y por cuanto lo realmente importante en la discusión es la determinación del grado de responsabilidad de quien participa en la fase ejecutiva del delito. Esto a pesar de que en términos generales podrían haberse dado por cumplidos los elementos propios de la autoría mediata. Debe decirse que frente a los dos argumentos presentados por la Corte en estos casos existen serios contra argumentos que ha desarrollado la doctrina más relevante sobre la posibilidad de contar un instrumento responsable y sobre la importancia de que tiene no sólo la ejecución sino la planeación de un delito.
- b) En el caso de los hechos conocidos como El Club El Nogal, en donde sí se aplicó autoría mediata por un juzgado de menor jerarquía, se realiza el análisis de todos los elementos de este modo de atribución de responsabilidad. Sin embargo, se resalta la imposibilidad de probar el momento concreto en que el secretariado de las FARC dio la orden de cometer el atentado y se llega a esta convicción bajo la suposición de una serie de comunicaciones de un miembro de la estructura que dio la orden de realizar el acto ilícito con miembros del secretariado.
- c) En el caso de Monseñor Isaías Duarte, el Tribunal reconoció las dificultades que tiene la aplicación práctica de esta teoría, particularmente frente a la identificación de la conformación de las estructuras guerrilleras, sus integrantes y la generación y transmisión de órdenes. Elementos estos esenciales para aplicar la teoría de la autoría mediata.

## 4.2 Dirección de los fallos judiciales

Vistos de manera separada y aislada, los fallos en casos de delitos cometidos por estructuras de poder, dentro del Estado o ajenas al mismo, pueden dar ciertas luces sobre el estado de cosas de la autoría mediata mediante aparatos organizados de poder. Sin embargo, es preciso realizar un ejercicio interpretativo donde se relacionen los distintos fallos de diferentes instancias a efectos de lograr determinar cuál es la sub-regla jurídica<sup>636</sup> que tiene lugar para establecer el tipo de responsabilidad penal que recae sobre quienes se valen de una estructura de poder para cometer delitos mediante terceros que hacen parte de dicha organización. En este sentido, se buscó generar esta sub-regla que permita entender de mejor manera la aplicación de este tipo de atribución de responsabilidad y en qué casos ha tenido cabida su utilización.

---

<sup>636</sup> López Medina D. El Derecho de los Jueces (Legis-Universidad de los Andes, Segunda Edición Colombia 2006) pág. 141.

Con base en lo anterior, la pregunta que se debe formular para desarrollar ese problema es la siguiente: ¿A qué título se puede endilgar responsabilidad penal a aquellas personas que tienen una jerarquía importante dentro de una estructura organizada de poder?

Como se pudo observar de las providencias anteriormente mencionadas ha sido recurrente la utilización del concepto de autoría mediata cuando se está hablando de sujetos que utilizan su poder sobre una estructura para lograr la comisión de ciertos delitos, sin embargo aparecen algunas variaciones que se establecieron previamente. Ahora, para efectos de hacer más clara esta línea que se ha logrado construir es preciso graficarla como se observa a continuación.

<b>¿A qué título se puede endilgar responsabilidad penal a aquellas personas que tienen una jerarquía importante dentro de una estructura organizada de poder?</b>						
Año	Corporación o Juzgado	Sentencia	Agente	Coautoría	Autoría Mediata	Participación
2007	Corte Suprema	23825	ELN (Machuca)	X		
2007	Corte Suprema	25974	FARC (Yamid Amatt )	X		
2008	Juz 8 Esp. Bog.	2005-0005	FARC (Nogal)		X	
2009	Corte Suprema	32672	Salvador Arana			X
2010	Corte Suprema	32805	Álvaro García Romero		X	X
2010	Tribunal Justicia y Paz Bogotá	2006 80281	Jorge Zapata Laverde (El Iguano)		X	
2011	Corte Suprema	32000	Jorge Noguera		X	
2011	Tribunal Justicia y Paz Bogotá	2007 82701	Fredy Rendón Herrera (El Alemán)		X	
2011	Tribunal Justicia y Paz Bogotá	2006 81366	Edgar Fierro Flores (Don Antonio)		X	
2012	Tribunal Bogotá	2008 00025	Alfonso (El Coronel) Plazas Vega		X	

Esta línea muestra cómo, a pesar de ciertas variantes, desde 2010 los jueces de Colombia han implementado el modelo de la autoría mediata para judicializar a los

sujetos que han cometido delitos valiéndose de su posición dentro de una estructura de poder, estatal o no. Es particularmente llamativo que gran parte de las condenas icónicas han sido proferidas contra agentes de la violencia de Estado, sea en el llamado brazo paramilitar o dentro del Estado mismo como sucede con los casos de Salvador Arana, Álvaro García, Jorge Noguera o Alfonso Plazas Vega.

Del mismo modo es preciso señalar que no se ha dado un cambio drástico, en tanto se encuentran dentro de la sombra decisional de los precedentes<sup>637</sup> en la medida en que mantienen los casos dentro de la concepción de la autoría, y figuras como la participación (como determinadores por ejemplo) se han dejado de lado. Esto exceptuando los casos de las personas que no tenían parte dentro de las filas armadas de una organización, caso de Salvador Arana y Álvaro García Romero, quienes no tenían poder militar dentro del Estado colombiano.

De esta evolución del precedente, cabe señalar que son autores mediatos quienes cuentan con una jerarquía importante dentro de la estructura militar de un grupo armado (legal o al margen de la ley) y que se valen de la misma para cometer delitos. Consecuentemente, quienes no hacen parte de una estructura militar, pero cuentan con un alto grado de importancia para el mismo (como quienes pertenecen a un ala política) no son reconocidos necesariamente como autores mediatos sino también como partícipes en calidad de determinadores.

Así, el problema en torno a la clase de atribución judicial de responsabilidad en casos de utilización de aparatos organizados de poder en la comisión de delitos, se refiere a la calidad de la autoría y la manera en que esta se establece según la relación militar del grupo que cometió los delitos investigados.

Igualmente, siguiendo la gráfica de la línea jurisprudencial es posible concluir que parece decantado el tema de la posibilidad de la aplicación de la autoría mediata como problema jurídico. Ello pues las decisiones judiciales han apuntado a la existencia de la autoría mediata en aquellos casos en que un sujeto se valga de su posición de poder dentro de una estructura militar para cometer delitos utilizando a terceros como autores materiales.

### **4.3 Nivel de aplicación de la autoría mediata, la coautoría mediata y la responsabilidad del superior en Colombia siguiendo los elementos del derecho penal internacional**

El objetivo de esta sección es determinar en qué medida los desarrollos del derecho penal internacional estudiados en capítulos precedentes han sido o no incluidos en los

---

<sup>637</sup> *Ibidem* pág. 145.

casos estudiados en este trabajo. De entrada debe decirse que sólo se han presentado desarrollos sustantivos en términos de la autoría mediata, pero no de la coautoría mediata o de la responsabilidad del superior. Ahora bien, en términos de delimitar la inclusión o no de las líneas del derecho internacional en el derecho colombiano se analizará de cada uno de los elementos de la autoría mediata como han sido acogidos, especialmente, por la jurisprudencia de la CPI.

- a) Existencia de un aparato de poder organizado y jerarquizado, que debe contener un número suficiente de subordinados para garantizar la ejecución de las órdenes y el ejercicio de autoridad y control sobre el aparato por parte del líder. Este control se manifiesta a través del cumplimiento de sus órdenes

En relación con la existencia de un aparato de poder organizado debe decirse que la jurisprudencia estudiada se limitó a hacer una descripción de lo que, en términos generales, se entiende por grupos paramilitares o de guerrilla. En el único caso en donde se realizó un análisis profundo sobre el funcionamiento real (y no sólo formal), la relación con los subordinados y el cumplimiento de las órdenes o políticas fue en el caso de Plazas Vega. En el caso de Rito Alejo, que se trata también de una estructura militar al interior del Estado, se presentan problemas adicionales en la medida en que la estructura se define de dos maneras diferentes, como una entidad autónoma con varios líderes y, más adelante, como un “grupo contubernio” teniendo en cuenta que para la ejecución del delito el grupo militar se unió con un grupo paramilitar. Esto genera problemas adicionales en la identificación el lugar y las relaciones que tenía el condenado dentro del grupo.

En los casos de García Romero y Salvador Arana, se presenta una situación similar que impide la identificación clara de la estructura. Esto, en la medida en que los políticos son ubicados en la cúspide la organización paramilitar, pero dando por sentado, como un “hecho notorio” la automatismo, la estructura y jerarquía del grupo ilegal. No se realiza ningún análisis profundo sobre las variables nacionales y regional en las dinámicas de la estructura, cómo se relacionan con estructuras legales de poder (como el senado o la gobernación), cómo se dan los despliegues particulares y cómo es el proceso de transmisión de órdenes y políticas cuando se ubica a una autoridad legalmente constituida en la cúspide de la organización militar.

También en los casos en donde se reacciona la actuación de grupos militares o civiles legales y grupos paramilitares ilegales se encuentran problemas al momento de definir la o las estructuras que tuvieron que ver en la comisión de los crímenes. Por ejemplo en el caso de García Romero se enuncia que la masacre de Macayepo sólo pudo ser llevada a cabo por inacción de las fuerzas militares, lo que implica traer a la ecuación a otra estructura, pero nada se desarrolla al respecto en la jurisprudencia. En el mismo sentido, en el caso de Jorge Noguera, se establecen diferentes tipos de relación entre el DAS y el Bloque Norte paramilitar, entre ellas, haber puesto la primera estructura al servicio de la

segunda, ni mucho menos se avanza sobre el lugar que tiene Jorge Noguera frente a estas dos organizaciones, especialmente sobre la paramilitar.

De lo estudiado se observa que, a pesar de haber acogido el elemento en los términos formales en que ha sido desarrollado por la jurisprudencia internacional, al momento de su aplicación práctica no se encuentra lo suficientemente bien fundamentado con hechos debidamente probados para poder darlo por cumplido.

Ahora, en relación con el cumplimiento de las órdenes por parte de los subordinados al autor mediato, debe decirse que este fue el elemento identificado en todos los casos como de mayor dificultad al momento de ser probado. Así, en el caso de Rito Alejo no se pudo encontrar la emisión de una orden directa para cometer el homicidio por lo que se enmarca la actuación ilegal en el marco de políticas generales. En el caso de García Romero, en donde se presenta el mismo problema, la Corte opta por fundamentarse en lo que llama una “referencia cifrada” sin dar mayor explicación a su contenido y alcance sobre qué tan vinculante es una referencia para una persona con bajo poder de decisión en la cadena de mando. Ahora, resulta mucho más interesante analizar cómo cuando la Corte, en relación con el mismo García Romero sí se encuentra la orden concreta de cometer un delito y los demás supuestos de hecho se mantienen idénticos, se decide por atribuir responsabilidad como determinante. Esto resulta en un contra sentido en la medida en que se podría pensar que contar con la prueba de la orden no hace más que completar –y no desbaratar- el rompecabezas de la autoría mediata. Es mucho más complejo que en una misma jurisprudencia se presente esta variación sin ninguna clase de explicación por parte del juzgador. Este mismo análisis aplica para el caso de Arana Sus.

En el caso de Jorge Noguera se presenta una dificultad similar. La Corte describe cómo el homicidio se llevó a cabo con apoyo del DAS, pero se establece claramente que la orden de superior jerárquico no salió de la estructura dominada por Jorge Noguera, sino del comandante del Bloque Norte. Esto hace difícil de entender cómo puede ser Jorge Noguera un autor mediato y no alguien que prestó su colaboración para la ejecución de un delito, por lo cual su responsabilidad sería accesoria y no principal.

En el caso de Plazas Vega el Tribunal de Segunda Instancia no encontró probada la emisión de órdenes concretas de desaparecer a las personas que fueran sospechosas de ser guerrilleras. En este sentido enmarcó la responsabilidad del condenado en el establecimiento de una instrucción general de supresión física de rebeldes. Como se vio en lo detallado más arriba, teniendo en cuenta que para la identificación de esta instrucción se utilizan pruebas y análisis concretos en principio puede decirse que sirvió para establecer la responsabilidad del condenado como autor mediato de manera adecuada.

En términos similares se superó la dificultad de no contar con órdenes concretas por parte de los comandantes al interior de los grupos paramilitares. En los casos estudiados

se vio cómo se hizo referencia a la existencia de políticas u órdenes genéricas por parte de los dirigentes de las estructuras ilegales. Sin embargo, el sustento probatorio en estos casos es mucho menos que en los anteriores.

Finalmente, como se vio en el caso del Club El Nogal, tampoco se pudo encontrar la prueba de la orden concreta por parte del Secretariado de las FARC-EP de cometer el atentado. En este sentido, el juzgado no hizo uso de la referencia a planes o políticas generales sino que acudió al establecimiento de una serie de pruebas sobre la constante comunicación que tenía quién dio la orden con el Secretariado. Esto trae un problema adicional y es que se mantiene la orden concreta como fundamento de la responsabilidad, pero la existencia de esta se presume a través de indicios. Esto parece debilitar y no fortalecer la aplicación de la autoría de la autoría mediata.

En términos generales puede decirse que en relación con el establecimiento de órdenes concretas de cometer delitos, este es un elemento de difícil prueba. Sin embargo, la teoría puede ser aplicada delimitando políticas o instrucciones generales, las cuales, sin embargo, deben estar debidamente probadas y no darse por supuestas como consecuencia de la identificación de una estructura determinada. Las prácticas, instrucciones y políticas podrían cambiar, dentro de la misma estructura, de acuerdo, por ejemplo con su despliegue o necesidades territoriales.

- b) Control sobre la organización por parte del líder o dirigente de la EOP que supone la existencia de una relación superior-subordinado, sin descartar que el control pueda ser ejercido por un mando medio en la organización

Este es un elemento que en la mayoría de los casos se da por sentado una vez se establece la naturaleza y funcionamiento de la estructura y la posición del superior en la misma (con los problemas que ya fueron explicados). Sin embargo, se echa de menos un análisis concreto sobre las razones por las cuáles frente al hecho determinado que se estudia el superior de nivel intermedio tiene el control o dominio sobre el hecho, pareciera en realidad que se presume este control sobre la organización, ya que no se encuentran elementos concretos que permitan llegar a esta conclusión. Este es un elemento de gran debate a nivel internacional que no ha sido analizado ni estudiado por la jurisprudencia colombiana.

- c) Ejecución de los crímenes asegurada por el cumplimiento casi automático de las órdenes, que implica fungibilidad negativa simultánea de los subordinados de la estructura

Este elemento es particularmente problemático al interior de la jurisprudencia estudiada. Puede decirse que es un elemento que no se analiza a profundidad (a excepción del caso de Plazas Vega). Parece ser que, una vez está determinada (o presumida) la estructura organizada y jerárquica del grupo, se da por sentado el automatismo de la organización y la fungibilidad de los subordinados. Sobre este elemento debe hacerse

llamado de atención concreto en la medida en que es el elemento olvidado en los casos analizados. La mera mención a la fungibilidad al punto en que se anuncia la teoría no equivale a su análisis y determinación concreta en los casos en los que pretende aplicarse la autoría mediata. Este elemento, puede decirse, no ha sido incluido de manera adecuada en los casos estudiados.

- d) Cumplir con todos los elementos subjetivos del delito, incluido cualquier dolo especial o intención ulterior

En los casos estudiados este también es un requisito que se ha presentado como problemático, los casos en donde hay un pronunciamiento y análisis efectivo sobre el elemento subjetivo del tipo las atribuciones se realizan por dolo directo o por dolo eventual. Esto se relaciona necesariamente con si se dio por probada una orden concreta (dolo directo) o si se dio por probada una práctica o política general (dolo eventual). Sin embargo, los jueces de las sentencias estudiadas no relacionan necesariamente estos elementos.

Por ejemplo, en la sentencia en contra de Rito Alejo se encontró que el condenado fue responsable en el marco de una política más general y no de una orden concreta y en este sentido imputa el delito a título de dolo eventual. Esto por cuanto no fue posible probar la intención concreta de realizar el homicidio, pero sí era posible avizorar que sus subordinados lo cometerían. Por otra parte, en el caso de Jorge Noguera la Corte manifestó que el procesado actuó con conocimiento y voluntad, lo que equivaldría a dolo directo. Sin embargo, en la relación de los hechos descritos (y que al final son el fundamento de la decisión) se encuentra que la responsabilidad de Noguera se establece no por una orden directa sino por una serie de actuaciones contrarias a las funciones que debería desempeñar en ejercicio del cargo. De allí lo que se hace, en realidad, es presumir la existencia de una práctica general, de dónde no se explica muy bien cómo es posible atribuir a título de dolo directo la actuación de un homicidio cometido por un subordinado raso de la estructura paramilitar con la cual colaboraba (o se ponía disposición, en los términos de la Corte).

En otros casos, como en el de Plazas Vega, no se realizó ningún análisis concreto sobre el cumplimiento del objetivo subjetivo del tipo, el cuál sería el único elemento en el caso que no se abordó con profundidad, y pareciera que se dio por probado al establecer los demás elementos de la teoría. En los demás casos estudiados tampoco se abordó a profundidad el análisis del cumplimiento del requisito subjetivo del tipo.

En conclusión puede decirse que este elemento ha sido adoptado de manera parcialmente problemática por parte de la jurisprudencia estudiada. Se relaciona, como los otros elementos con aspectos de carácter probatorio. Sin embargo, puede ser generada más coherencia entre los hechos probados, sobre todo en la manera en que se da por entendida la posibilidad de ejercer control sobre la organización y sobre el hecho

concreto (órdenes, políticas, prácticas) y el título subjetivo frente al cual se atribuye (dolo directo de primer grado, de segundo grado o dolo eventual).

- e) Otras formas de atribución de atribución de responsabilidad que vinculan dirigentes y subordinados: el caso de la responsabilidad del superior

En los casos que se estudiaron se analizaron o aplicaron tres formas alternativas de atribuir responsabilidad a los dirigentes por los crímenes cometidos por sus subordinados. En primer lugar, en los casos de personas vinculadas como parapolíticos bajo algunos hechos se condenó bajo la figura de la determinación, aún habiendo dado por sentado el cumplimiento de los elementos de la autoría mediata.

En segundo lugar, en el caso de Rito Alejo se descartó, sin ninguna clase de profundización, la posibilidad de aplicar coautoría o responsabilidad del superior. Posteriormente, en relación con la coautoría, esta sí fue aplicada en casos adelantados en contra de miembros del Secretariado de las FARC-EP. En estos casos, los juzgadores rechazaron la aplicación de la autoría mediata no ya por aspectos probatorios sino por dos objeciones fundamentales a la categoría. En primer lugar, para los juzgadores los llamados instrumentos no pueden ser agentes responsables y en esta medida no pueden ser considerados como “instrumentos” aquellas personas que cometen el delito y que tienen poder de decisión. En segundo lugar, para estos jueces el énfasis de la investigación y del análisis judicial, debe estar en aquellas personas que participan en la fase ejecutiva del delito. Evidentemente, los jueces que tomaron la decisión en estos casos tienen una aproximación radicalmente diferente a la sostenida en este trabajo sobre quién debe ser considerado máximo responsable.

Finalmente, en el caso de Plazas Vega la Defensa planteó el debate sobre la posibilidad de tener como responsable al procesado por omisión de su deber de garantía. Allí, la respuesta del tribunal no se basó sobre el análisis de la responsabilidad por omisión, sino que realizó el argumento desde la imposibilidad de dominar el hecho a través de la omisión. Valga acá aclarar que el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá<sup>638</sup>, realizó una pequeña aproximación a la posibilidad de aplicar la teoría de la responsabilidad del superior a Plazas Vega.

La conclusión en este sentido fue negativa. Sin embargo, se resaltan los argumentos del Tribunal en el sentido de que “El elemento material del dominio del aparato de poder no se configura mediante omisión ni ocurre en delitos propios de infracción de deber jurídico exigible. Independientemente de las nuevas posturas dogmáticas, para los efectos de esta sentencia se considera que aún no se supera el límite impuesto por el profesor ROXIN en su teoría clásica mencionada, cuando adujo: “...Nuestras reflexiones nos

---

<sup>638</sup> Tribunal Superior de Distrito Judicial De Bogotá, Sala Penal, radicado 110010704003200800025 09, enero 30 de 2012. Ver apartado 7.3.10.4.

conducen, en principio, al sorprendente resultado de que las consideraciones sobre dominio del hecho, de entrada, no son pertinentes en los delitos de omisión: el omitente no llega a ser autor por su eventual dominio del hecho, sino por el quebrantamiento del deber de evitar un resultado. Y esta idea es sorprendente porque justo en los delitos de omisión es donde doctrina y jurisprudencialmente han recurrido con especial frecuencia a la idea de dominio del hecho; pero siendo así que el omitente, de tener la posibilidad de evitar el resultado, sobre la base de nuestra tesis aparecería, por lo general, como autor, la doctrina dominante tiende por el contrario a considerar cómplice al omitente cuando cooperan varios ... No obstante, lo correcto de la concepción que aquí se define resulta más fácil de exponer en las omisiones que en los delitos de infracción de deber por comisión. Mientras en éstos la aplicación de principio del dominio del hecho sería inconcebible, si bien incorrecta e insatisfactoria en cuanto a sus resultados en las omisiones, ello es imposible desde el principio: no haciendo nada, no cabe dirigir, configurándolo, el curso de la acción. La dirección, con dominio, del acontecer presupone entre el resultado producido y la persona del autor una relación basada en conducta rectora activa, lo que justamente falta en aquel que se limita a dejar que los acontecimientos sigan su curso...<sup>639</sup>.

Ahora bien, en relación con la posibilidad de intervención como dominio por omisión, dijo el Tribunal, citando a Roxin, que ““(…) una formación de conceptos con arreglo a la cual “el domino del hecho” del omitente con base en su posibilidad de intervenir evitando, o en a posibilidad de evitación del resultado particularmente cómoda, es incorrecta e inviable en la práctica. No existe dominio del hecho del omitente en estos casos y, si existiera, con su ayuda no cabría efectuar una delimitación de las formas de participación”. En relación con la posibilidad del omitente como sustentador de dominio del hecho se dijo “El “domino del hecho “social” del omitente es, pues, en definitiva, solo un derivado de su deber funcional social: De ahí se deduce que también aquí la circunstancia primaria, fundamentadora de la autoría, es el deber y que no existe un domino autónomo con respecto a este deber. El concepto de dominio del hecho carece, también en este sentido, de importancia para la autoría en la omisión, ya que no puede captar atinadamente su alcance, y donde fuera aplicable, no llevará más allá que el criterio del deber, para nosotros determinante...”.

El Tribunal consideró adecuada y aplicable esta argumentación de Roxin frente a la imposibilidad de aplicar autoría mediata por omisión (propia o impropia) en el marco de la autoría mediata. Ahora bien, la Defensa del caso se adentró en la posibilidad de definir la responsabilidad por omisión de Plazas Vega y la aplicación de la teoría de la responsabilidad del superior. Con ese fundamento, la Defensa del caso solicitó la aplicación de la teoría de la responsabilidad del superior por la omisión del procesado,

---

<sup>639</sup> Tribunal Superior de Distrito Judicial De Bogotá, Sala Penal, Radicado 110010704003200800025 09, enero 30 de 2012. Ver apartado 7.3.10.4.

con fundamento en el artículo 28 del ER.

Ante esto, el Tribunal aclaró que la aplicación de conceptos establecidos en el ER, sobre todo en relación con la necesaria adecuación a la normatividad interna como condición para su aplicación doméstica, debe ser tenida en cuenta en el caso concreto. Así, frente a la posibilidad de aplicar el artículo 28 del ER la Corte Constitucional “refiere precedentes jurisprudenciales ya expuestos y verificados con anterioridad, como en el caso de la sentencia SU-1184, en la cual concluye cómo a través del artículo 25 de la Ley 599 de 2000, ley preexistente a la entrada en vigencia para Colombia del estatuto de Roma (1º de noviembre de 2002), ya se aplicaban las reglas de omisión impropia para la atribución de responsabilidad por los delitos cometidos por los subordinados al dirigente militar, bien fuera por el nexo de culpabilidad doloso e imprudente, referidos a los ilícitos relacionados con lesa humanidad y violaciones graves a los derechos humanos”.

Ahora bien, en el caso concreto no era posible aplicar ni la responsabilidad del superior, ni el concepto de posición de garante porque a juicio del Tribunal “cuando el delito se comete por el inferior como autor material contra la política del aparato organizado de poder, no es plausible resolver el caso atribuyéndole al superior que lo ignoraba, responsabilidad penal por autoría mediata en aparato organizado de poder porque no se cumplen sus elementos esenciales, pues el delito no es producto del dominio del superior sobre el aparato organizado de poder, sino exactamente por la razón contraria, por su falta de dominio, y por esta razón la fuente de responsabilidad debe ser, en Colombia, la responsabilidad de acuerdo con el artículo 25 del Código Penal, en cuanto a que si el superior supo y no hizo nada para evitarlo, el delito se atribuye con dolo eventual; si no lo supo pero debió saberlo, a título de culpa cuando el delito permita dicha especie de ejecución, o el delito que se configure por dicha omisión”. Subraya fuera de texto original.

Ahora bien, frente a la posibilidad de la aplicación de la responsabilidad del superior para otros casos de omisión por parte de superiores que dominan una estructura de poder, en este trabajo se sostiene que esta es una forma de atribución de responsabilidad propia del derecho internacional, y en los términos del artículo 28 del ER, propia de este sistema de derecho. No es posible para los operadores de justicia colombianos trasplantar de manera automática conceptos aplicables sólo en esta jurisdicción, es decir, mal se haría si se trae el artículo 28 del ER para ser aplicado directamente<sup>640</sup>.

En todo caso, si se considera necesario analizar la responsabilidad por omisión de dirigentes de estructuras de poder, lo adecuado sería aplicar las reglas de omisión que se encuentran vigentes en nuestro propio sistema de derecho penal. En este caso vale recordar la sentencia SU-1184 de 2011 de la Corte Constitucional<sup>641</sup> en donde se

---

<sup>640</sup> Corte Constitucional, sentencia C-290 de 2012, abril 18 de 2012, M.P. Humberto Sierra Porto.

<sup>641</sup> Corte Constitucional, sentencia SU 1184 de 2011, noviembre 13 de 2001, M.P. Eduardo

recogieron esas reglas, concretamente frente a miembros de la fuerza pública. En este sentido, se estudió la figura de la posición de garante y manifestó que tiene su fundamento en la posición que ocupe el sujeto en la sociedad y de su ámbito de competencia. Así “la imputación de una conducta o un resultado en derecho penal, depende del ámbito de competencia a que corresponda su protección. Para su delimitación (la del ámbito de competencia) hay que precisar en primer lugar (1) cuál es la posición de garantía que tiene el sujeto (si esta se origina en la creación de riesgos o en roles institucionales) y cuáles son los deberes que surgen de ella. Establecido este elemento, (2) hay cuatro que sirven para concretar el juicio de imputación: i) el riesgo permitido que autoriza la creación de peligros dentro de los límites que la sociedad va tolerando en virtud de las necesidades de desarrollo, ii) el principio de confianza, indispensable para que pueda darse una división del trabajo y que le permite al sujeto delegar ciertas tareas sobre la base de que los demás son personas autorresponsables que cumplirán con las expectativas que surgen de una determinada función, iii) las acciones a propio riesgo, en las cuales se imputa a la víctima las conductas que son producto de la violación de sus deberes de autoprotección y iv) la prohibición de regreso, según la cual, el favorecimiento de conductas dolosas o culposas por un tercero, no le son imputables a quien las hubiere facilitado dentro del riesgo permitido. Demostrada la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, se requiere además (3) una realización del riesgo. Es decir, que el mismo riesgo creado para el sujeto sea el que se concrete en la producción del resultado”<sup>642</sup>.

De lo dicho por la Corte puede concluirse entonces que un miembro de la fuerza pública puede ser garante cuando se presenten cualquiera de los dos fundamentos de la responsabilidad explicados: creación de riesgos para bienes jurídicos o surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal.

Esta figura se vuelve problemática cuando se piensa en la posibilidad de atribuir responsabilidad por omisión a dirigentes de estructuras de carácter ilegal, piénsese en grupos paramilitares o de guerrilla que no tienen una obligación legal o constitucional previamente constituida, y cuyo fundamento de responsabilidad se encontraría en la creación de riesgos para bienes jurídicos (injerencia). Si bien hasta la fecha no existe un caso concreto en donde esta posición de garantía haya sido aplicada, esta posibilidad está siendo debatida al interior de la Fiscalía General de la Nación<sup>643</sup>. Esto, con el fin de solucionar los problemas que se han venido presentando con los modos tradicionales de

---

Montealegre

<sup>642</sup> *Ibidem*.

<sup>643</sup> Esta posición fue discutida por la autora de esta tesis con algunos funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, por ejemplo, en entrevista sostenida con Patricia Hernández ex fiscal de la Unidad de Justicia y Paz en noviembre de 2013; Ángel Fernando Castro, fiscal asesor del despacho del Fiscal General en marzo 12 de 2014, y el Fiscal de Justicia y Paz Andrés Echeverría en marzo 4 de 2013.

atribuir delitos a máximos responsables.

#### **4.4 Posibilidad de aplicación de la autoría mediata a máximos responsables de las FARC-EP: caso hipotético**

Para realizar una aplicación a una situación concreta y así avanzar sobre el análisis de ventajas y desventajas que podría tener la autoría mediata en Colombia, se decidió estudiar cómo podría ser la aplicación de esta teoría en caso de una judicialización de máximos responsables miembros del grupo guerrillero de las FARC-EP. Esto, tomando como fundamento las posibilidades, ya descritas, que establece la Constitución en el llamado “Marco Jurídico para la Paz”, según el cual la estrategia de judicialización en caso de la firma de un acuerdo de paz se orientaría hacia la judicialización y sanción de los máximos responsables que hubieren cometidos crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra sistemáticos.

Para lograr este objetivo, en este trabajo se plantea un escenario, que si bien es hipotético, fue creado con fundamento en el conocimiento general que se tiene de las estructuras militares de dicho grupo armado. De tal suerte, el caso hipotético debe reconstruir una decisión tomada desde lo alto de la cúpula militar que se proyecte sobre el entramado organizacional para generar una consecuencia esperada por los altos mandos. Esta consecuencia claramente debe tener la categoría de delito y debe partirse del supuesto de que todos los hechos están debidamente probados. Así, pues, supóngase:

Que el 31 de agosto de 2010, el Secretariado de las FARC, toma la decisión unánime de dar muerte a un expresidente de la república en virtud de sus ataques a esta organización armada al margen de la Ley. Producto de esta decisión, el Estado Mayor Central de las FARC decide comenzar a orquestar las acciones pertinentes para dar muerte de este expresidente. Así el Comando General de las FARC (Secretariado y comandantes de bloques) comienza a diseñar la estrategia para poder lograr su cometido.

Por información de inteligencia, el Bloque Caribe (ubicado en los departamentos de la Costa Caribe) determina que en febrero de 2011 el expresidente acudirá a una conferencia en una universidad de la zona. El comandante del Bloque pone a disposición del Estado Mayor una de las columnas que pertenecen a ese frente para que se adelante el homicidio del ex presidente, dando la orden de adelantar todas las acciones que sean necesarias para terminar con la vida del ex dignatario.

Consecuentemente, se designa al comandante de la Columna más importante del frente seleccionado para desarrollar todas las labores del caso y entregar como resultado la muerte del objetivo. Razón por la cual se ordena que una vez cumpla con la misión informe del resultado.

Posteriormente, el líder de la columna se reúne con el líder de Compañía más hábil bajo su mando, debido al gran reto que implica dado el gran esquema de seguridad con el que cuenta el ex mandatario. Producto de esta reunión establecen realizar una toma armada del lugar donde el ex dignatario hará presencia, mientras una guerrilla cuida el perímetro, otra estará en el lugar de la intervención.

Se designa que el líder de una de las guerrillas destine una escuadra que lo acompañará mientras hace un juicio político al ex presidente y será esta escuadra la encargada de cumplir “la sentencia” de muerte mediante fusilamiento. Finalmente establecen un plan de escape y dan parte de ello al comandante del Bloque.

Llegado el 5 de febrero de 2011, día de la intervención del ex mandatario, el plan se realiza a cabalidad, se da el juzgamiento público insurgente y se ejecuta la orden de dar muerte al ex mandatario. Sin embargo, el líder de compañía, momentos antes de dar muerte al expresidente aprovecha la situación para torturarlo, llevado por sus odios internos. Cabe aclarar que la tortura no estaba explícitamente contenida en la orden dada por el Secretariado.

En Junio de 2013, a la mitad de las negociaciones de Paz, son revelados los detalles de la muerte del ex mandatario y la forma en que se gestó dicha estrategia. Razón por la cual se abre un proceso penal que da lugar al siguiente análisis en términos de atribución de responsabilidad.

Para resolver el caso descrito diferentes elementos de la teoría deben ser tenidos en cuenta, lo cual llevará a desentrañar el funcionamiento de la estructura ilegal, la posición de los máximos responsables en la misma y algunos problemas de la aplicación práctica de la teoría de la autoría mediata. En primer lugar se realizará una aproximación general a la forma en que se encuentra distribuida la estructura subversiva. Posteriormente, se entrará en el análisis de cada uno de los elementos.

#### **4.4.1 Consideraciones preliminares sobre la estrategia de judicialización que debería ser implementada**

Teniendo en cuenta el contexto en que se daría la judicialización de este caso, lo primero que debe decirse es que el enfoque tradicional de judicialización debe cambiar para hacer frente a una macro criminalidad que produce crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos en el marco del conflicto armado. La judicialización no podría seguir la línea de interpretar los delitos cometidos por las FARC-EP como conductas comunes, aisladas u ordinarias. En segundo lugar, será necesaria la elaboración de un contexto de actuación criminal que involucre factores como la develación de la organización que está detrás del crimen, los motivos que condujeron al delito, las jerarquías y las políticas del grupo para atacar a la víctima. Así, el contexto es esencial para diferenciar los crímenes internacionales de los delitos ordinarios. Finalmente, es indispensable identificar los patrones criminales en los cuales podría

encajar la conducta sometida a estudio para que puedan ser más fácilmente imputables a los máximos responsables.

Ahora bien, para determinar las posibilidades de aplicación de la teoría de autoría mediata se hace necesario estudiar cada uno de los elementos que la constituyen, como se hace a continuación.

#### 4.4.2 Análisis de los elementos de la autoría mediata

- a) Existencia de un aparato de poder organizado y jerarquizado, que debe contener un número suficiente de subordinados para garantizar la ejecución de las órdenes y el ejercicio de autoridad y control sobre el aparato por parte del líder. Este control se manifiesta a través del cumplimiento de sus órdenes

La Unidad de Análisis y Contexto de la Fiscalía General de la Nación ha venido desarrollando un estudio sobre las distintas estructuras organizacionales de aquellos grupos armados al margen de la ley que se encuentran inmersos en el conflicto colombiano, dentro de los cuales ha dado especial relevancia al grupo denominado FARC-EP<sup>644</sup>. En este sentido, se ha trabajado en torno a “cuatro situaciones que incluyen el reclutamiento ilícito de niños, niñas y jóvenes, así como la violencia sexual cometida en el marco del conflicto armado, el secuestro y desplazamientos vividos por comunidades indígenas”<sup>645</sup>.

Pese a que algunos avances se han hecho hasta el momento, no se han logrado reconstruir íntegramente las estructuras en las que se enmarca el grupo armado en mención. Sin embargo, es preciso mencionar que dentro del estatuto de las FARC EP, en su artículo 3ro se encuentra un acercamiento a su organización formal dentro de los estándares militares, artículo que es preciso graficar a efectos de lograr una comprensión completa de esta estructura por lo menos en lo que toca con su organización militar:

**Estado Mayor Central:** Organismo de dirección y mando de las FARC-EP y todas sus escalas. Este cuenta con un organismo especial denominado Secretariado que hace las veces de órgano consultivo, donde sus conceptos tienen carácter vinculante y por tanto ocupa un lugar preponderante dentro del Estado Mayor Conjunto.

**Comando General:** Integrado por el Secretariado y los Jefes de Bloques, en sus manos está la proyección y dirección de la ofensiva final.

---

<sup>644</sup> Fiscalía General de la Nación, Informe de Rendición de cuentas 2012 -2013, en línea <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Informe-rendición-de-cuentas-UNAC-2012-2013.pdf> última consulta 10 de marzo de 2014, pág. 54.

<sup>645</sup> *Ibidem*.

**Comando Conjunto:** Este es el organismo de mando cuando no existe un bloque que logre agrupar a varios Frentes, y depende directamente del Estado Mayor Central.

**Estado Mayor Conjunto:** Sus miembros son designados por el Estado Mayor Central o por el Secretariado y coordinan las respectivas áreas de operación.

**Bloque:** Es la agrupación de 5 o más frentes y se encuentra bajo la dirección del Estado Mayor Conjunto.

**Frente:** Es aquella unidad que cuenta con más de una columna. Se encuentra dirigido por un Estado Mayor de Frente que es designado por el estado Mayor Central.

**Columna:** Agrupa a dos compañías y está compuesta de 108 hombres y 2 mandos. (110 hombres en total).

**Compañía:** Agrupa a dos guerrillas, está integrada por 52 combatientes y cuenta con dos mandos. (54 personas).

**Guerrilla:** Se compone de 2 escuadras, cuenta con 24 combatientes y dos mandos (26 personas).

**Escuadra:** Es la unidad básica de agrupación, cuenta con 12 hombres incluido su mando.<sup>646</sup>

Adicionalmente a lo anterior existe un modelo de organización política dentro de las FARC EP, que se estructura de la siguiente manera:

**Conferencia Nacional de Guerrilleros:** Donde se reúnen los guerrilleros en torno a una serie de propuestas formuladas por el Secretariado. En ellas cualquier miembro de la organización puede participar a través de su respectiva estructura militar<sup>647</sup>.

**Pleno:** Es un evento realizado por el Estado Mayor Conjunto y el Secretariado para efectos de evaluar la implementación de distintas decisiones tomadas en la Conferencia Nacional de Guerrilleros.

**Pleno Ampliado:** Aquel pleno donde asisten líderes de distintas regiones o localidades.<sup>648</sup>

**Asamblea General de Frente:** Es un espacio donde se eligen a ciertos miembros para que hagan la representación en la Conferencia Nacional.

---

<sup>646</sup> Estatuto de las FARC EP, artículo 3, en línea <http://farc-ep.co/wp-content/uploads/2013/10/Estatutos.pdf>, última consulta 10 de marzo de 2014.

<sup>647</sup> Ferro G., Uribe G., El orden de la Guerra las FARC EP, entre la organización y la política (CEJA, Bogotá, 2002), pág. 45.

<sup>648</sup> *Ibíd.* P 43.

**Célula Política:** Es la unidad básica de toma de decisiones políticas, donde participan todos los miembros quienes tienen derecho a voto.<sup>649</sup>

Como se logra observar de los estatutos de este grupo armado, y de algunas otras fuentes, existe una estructura piramidal, donde desde la cúpula del poder (Secretariado y Estado Mayor Central) se organizan los grandes planes de ofensivas militares y los lineamientos políticos que la organización armada desarrollará. En todo caso es preciso señalar la importancia que tiene el órgano del Secretariado, esto en cuanto tiene funciones decisionales y sus conceptos son de obligatorio cumplimiento. Del mismo modo, es pertinente indicar que el Estado Mayor tiene un nivel de control de suma importancia, pues está en sus manos establecer los miembros y los mandos de los Frentes, estructura que si bien no es la más pequeña, si se encuentra en relación directa con los miembros de las Columnas que tan solo agrupa a 110 combatientes.

Como se ve en los hechos del caso hipotético, la acción delictiva que se estudia es en primer lugar decidida por el Secretariado y posteriormente planeada junto con el Estado Mayor Central y el Comando General. El diseño práctico de la estrategia intervienen el Bloque Caribe cuyo comandante dispone de la columna necesaria para hacer presencia en la ciudad en donde el expresidente dictará la conferencia y cometer el homicidio respectivo. Para un crimen de esta magnitud es designado uno de los comandantes más importantes de Columna, quien a su vez trasmite la orden -que le ha sido transmitida desde el Secretariado a través de todas las instancias pertinentes- a uno de sus hombres más hábiles, el mejor líder de compañía experto en tomas armadas. Los hechos concretos son ejecutados por una escuadra manejada por el líder de compañía, quien comete el homicidio correspondiente. Como se ve las FARC-EP, así entendidas, cuentan con una estructura organizada y jerarquizada, con total capacidad de producir y transmitir decisiones concretas para que sean llevadas a cabo en zonas rurales o urbanas del país.

Ahora bien, la ocurrencia de este hecho no puede ser entendido de manera aislada. En la investigación y análisis de la responsabilidad de los miembros del Secretariado, deben estudiarse los planes y políticas generales que desarrolla la estructura y que se plasman en lineamientos generales y particulares. El más general de ellos el objetivo de tomar todas las acciones pertinentes para tomarse el poder del país. Estos objetivos se encuentran en reglamentos, el estatuto, reglamento de régimen disciplinario, normas de comando, escuelas de formación por especialidades (por ejemplo, inteligencia de combate, explosivos, comunicaciones, pilotaje, propaganda y organización de masas), movimientos, planes de organización política y de masas, y difusión de su programa político a nivel internacional<sup>650</sup>. Esta consolidación de prácticas y políticas se ha dado

---

<sup>649</sup> *Ibíd.*

<sup>650</sup> Ver por ejemplo: Agencia Bolivariana de Prensa – ABP. Manuel Marulanda Vélez. El héroe insurgente de la Colombia de Bolívar. 45 aniversarios; 1964 – 2009; Centro de Documentación de los Movimientos Armados – CEDEMA. Declaración Política de la Novena Conferencia de las

desde la década del 60, lo que dice mucho sobre el nivel de organización y permanencia de la estructura que se estudia.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta la estructura político-militar de la organización. Esto, de acuerdo con sus estatutos, conferencias y plenos, lo que servirá para establecer líneas de mando concretas y la capacidad militar y operativa en cada una de sus unidades. En este sentido se podrían identificar las relaciones entre las personas que ostentan posiciones de mando y los roles y funciones de las subestructuras<sup>651</sup>. Adicionalmente, es posible identificar la evolución del aparato desde su conformación hasta hoy (frentes, incremento de combatientes, creación de milicias) y especificar la conformación de cada frente, bloque y columnas (zonas de influencia y de control, objetivos, aspectos y objetivos estratégicos y operacionales, personas que ejercen mando, etc.). En términos generales puede decirse que hoy las FARC-EP se divide en siete estructuras principales: dos en la costa Norte, en el Urabá antioqueño y otras en el Caribe. Una tercera en una zona que va del Magdalena Medio hasta el Norte de Santander, en la frontera con Venezuela. Una cuarta al oriente del país y la quinta y segunda más fuerte es la estructura occidental. Otra más pequeña y bastante goleada últimamente es una estructura central en el sur del Tolima. Una séptima en el sur, comandada por Joaquín Gómez, jefe militar y no político de las FARC<sup>652</sup>. Esto deja ver aún más el grado de organización y consolidación con el que cuenta esta estructura.

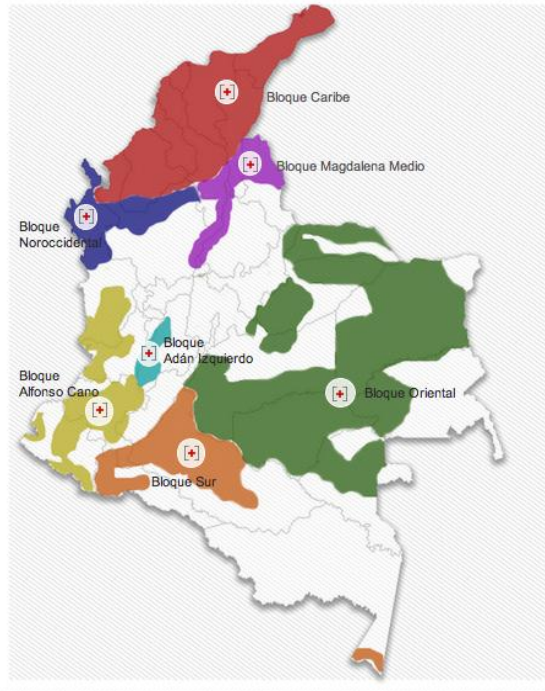
Como puede verse en el mapa, el Bloque Caribe, es una unidad vigente y actuante dentro de la macro estructura y está en plena capacidad de ejecutar órdenes de los dirigentes de la organización.

---

FARC-EP (2007); FARC-EP Comisión Internacional. Esbozo Histórico de las FARC. Edición corregida y argumentada. Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo. Colombia (2005); Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo. Colombia. Declaración Política Nuevo Gobierno para Alcanzar la Paz. Octava Conferencia Nacional de las FARC-EP. Uribe (Meta), Colombia (1993); Jacobo Arenas. Cese al fuego: 20 aniversarios FARC-EP. Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo. Colombia (1984). Puede verse también de la Primera a la Octava Conferencia de las FARC-EP desarrolladas entre 1965 y 1993. Disponibles en: <http://mbolivariano.blogspot.com/2007/12/la-organizacion-en-marcha-las.html> Consultado el 18 de marzo de 2014.

<sup>651</sup> Ferro M., Uribe G., *El orden de la guerra. Las FARC-EP entre la organización y la política* (CEJA, Bogotá D.C., 2002) pág. 44.

<sup>652</sup> Fuente: <http://www.verdadabierta.com/procesos-de-la-habana> Consultado por ultima vez marzo 18 de 2014.



Fuente: Revista semana. Disponible en <http://www.semana.com/especiales/disidencias-paz-farc/index.html> Última consulta marzo 18 de 2014

- b) Control sobre la organización por parte del líder o dirigente de la EOP que supone la existencia de una relación superior-subordinado, sin descartar que el control pueda ser ejercido por un mando medio en la organización

Como se vio en el caso hipotético, la orden de asesinar al ex mandatario fue gestada en el seno del Secretariado, máximo órgano de la estructura de poder. Para la fecha de presentación de esta trabajo hacen parte del Secretariado de las FARC-EP: Rodrigo Londoño Echeverri (alias Timochenko); Luciano Marín Arango (alias Iván Márquez); Jaime Alberto Parra Rodríguez (alias El Médico; Mauricio Jaramillo; Jorge Torres Victoria (alias Pablo Catatumbo); Milton de Jesús Toncel Redondo (alias Joaquín Gómez); Félix Antonio Muñoz Lascarro (alias Pastor Alape); Hemilio Cabrera Díaz Bertulfo; Julián Gallo Cubillos (alias Carlos Antonio Lozada) y José Benito Cabrera Cuevas (alias Fabián Ramírez). Todas estas personas tomaron la decisión de manera unánime de asesinar al ex presidente<sup>653</sup>.

Según la estructura descrita no queda duda de que estas personas, por su posición dentro de la organización tenían una relación de superioridad sobre todos los demás miembros de la estructura y en esta medida tenían control suficiente que garantizaban el automatismo en el cumplimiento de sus órdenes. El problema en el análisis de este

<sup>653</sup> Entrevista sostenida con funcionario asesor de la Unidad de Análisis y Contexto de la Fiscalía General de la Nación en septiembre de 2013.

requisito radicaría en los mandos medios (comandantes de bloque, frente y escuadra) que, a su vez, transmitieron la orden de cometer el asesinato y en el grado de control efectivo que ellos pueden tener. Si estas personas no pueden garantizar el automatismo en el cumplimiento de sus órdenes intermedias, así contribuyan a la ejecución del plan o proporcionen los medios para cometer el delito sólo podrán ser considerados como partícipes y no como autores mediatos. Este requisito debe ser analizado con mucho detalle, especialmente en casos como el sometido a estudio en donde la organización se compone de varias facciones, que pueden recibir apoyo de diferentes actores externos o internos y que pueden provocar división al interior del grupo.

Como se explicó antes en este trabajo, desde el punto de vista del Secretariado, todas sus subordinados son miembros reemplazables dentro de la organización, por lo que la autoría mediata en cabeza de estos últimos sólo sería plausible si, desde el punto de vista de los superiores intermedios, se mantiene el control último de los crímenes a cometer por los miembros rasos. En este punto debe prestarse especial atención a evaluar bien la posibilidad de aplicar autoría mediata u otra forma de participación (como coautoría, determinación o complicidad). En la medida en que desde otro punto de vista los autores intermedios sólo tendrían control parcial de la organización (sólo una orden del Secretariado podría realmente frustrar la ejecución del crimen) se debe atender a los hechos realmente probados para determinar el grado de participación adecuado de los mandos medios.

- c) Ejecución de los crímenes asegurada por el cumplimiento casi automático de las órdenes, que implica fungibilidad negativa simultánea de los subordinados de la estructura

Como se explicó en los capítulos precedentes este es un punto absolutamente fundamental en la aplicación de la autoría mediata ya que sólo será posible aplicar esta forma de responsabilidad si se garantiza que las órdenes de los superiores serán siempre y en todos los casos cumplidas por cualquiera de los miembros de la estructura. Como se vio, para que se pueda dar por cumplido este presupuesto la organización debe tener una amplitud y número de subordinados suficiente. Sin embargo, aún bajo este fundamento, este elemento es problemático para casos como el que acá se analiza en donde la estructura actúa a través de pequeñas unidades (bloques, frentes, escuadras), repartidas por todo el territorio nacional; las cuales, si bien obedecen a un mando central, no tienen un margen alto de comunicación y coordinación entre ellas. Como se vio, al presentarse este problema en otras jurisdicciones nacionales se optó por agregar los criterios de fungibilidad negativa sucesiva o fungibilidad positiva. En este caso se comparte la posición de Olásolo en la medida en que la fungibilidad negativa sucesiva realmente desnaturaliza el requisito al abrir la posibilidad de la intercambiabilidad posterior y no inmediata del subordinado que se niega a cometer el delito.

En términos de la fungibilidad positiva, esta podría pensarse para ser aplicada en este caso, teniendo en cuenta que la persona que finalmente fue elegida para dar muerte al

ex presidente, lo fue por la experticia con la que contaba en temas de tomas armadas y no solamente por su posición dentro de la estructura. Esto, partiendo del presupuesto de que no era él la única persona dentro de toda la organización que contaba con esta experticia, sino que existía un número plural (así sea reducido) de personas con este entrenamiento específico que podrían llevar a cabo el homicidio si el primero se negaba. De lo contrario, no se sería posible aplicar la teoría de la autoría mediata al caso analizado.

- d) Cumplir con todos los elementos subjetivos del delito, incluido cualquier dolo especial o intención ulterior

Como se vio en el caso, para que los miembros del Secretariado puedan ser considerados como autores mediatos deben cumplir todos los elementos subjetivos dispuestos por los delitos cometidos en cuestión, en este caso homicidio y tortura. Como se vio en los hechos del caso, el Secretariado sólo dispuso que se cometiera el homicidio del ex presidente, no que se le torturara junto antes de su muerte como una manera de acentuar el castigo al cual se vería sometido. En este caso nos encontramos frente a un exceso del subordinado que finalmente llevó a cabo la ejecución de la orden.

En este sentido, para resolver el caso concreto, se deben tener en cuenta dos elementos. De una parte, si era posible para los miembros del secretariado la comisión de esta clase de acciones por parte de sus subordinados y si lo que en realidad se presentó fue una aceptación implícita o tácita a la conducta (se dejó a la suerte la posibilidad de su comisión) y en este sentido se estaría en un escenario de posible cumplimiento del requisito subjetivo del tipo por dolo eventual. En un segundo momento se debe determinar si, de los planes, políticas e instrucciones amplias se puede determinar si torturar, junto antes de asesinar, hacía parte del *modus operandi* y de las reglas generales de actuación impuestas o aceptadas por los dirigentes. En este caso, la ausencia de una orden explícita de *solamente* asesinar haría que se cumpliera con el requisito del elemento subjetivo del tipo, en la medida en que la orden de asesinar, contendría implícitamente la de torturar justo antes del homicidio.

Valga la pena aclarar que si en el análisis de los hechos concretos no se encuentra el cumplimiento de ninguna de las dos situaciones descritas, no sería posible tener como autores mediatos a los miembros del Secretariado. Para dar una respuesta al caso planteado debe decirse que de las políticas y lineamientos generales acá expuestos, ni de la orden concreta puede extraerse la intención de los miembros del Secretariado de torturar y asesinar al ex presidente, por lo que no sería posible hacerlos responsables por el delito de tortura.

## 4.5 Aproximación crítica a la aplicación de la autoría mediata por aparatos organizados de poder en Colombia: ventajas y desventajas de la teoría

La aplicación de la autoría mediata por aparatos organizados de poder es, en buena parte, rechazada por la doctrina nacional. Para Velásquez, la aplicación de la autoría mediata debería ser descartada ya que las categorías tradicionales en esta materia fueron pensadas para una criminalidad diferente<sup>654</sup> y no cumple ninguna finalidad en la vida real porque desde el punto de vista punitivo al autor mediato se le trata como si fuese un verdadero autor. Para Velásquez, nada impide identificar en aparatos organizados de poder hipótesis de inducción, complicidad o autoría accesoria. Lo anterior sumado a que este dispositivo no está previsto en el ordenamiento vigente.

Según este doctrinante, si la teoría se tratara de manera precisa, debería decirse que el verdadero autor mediato no es el sujeto responsable, sino el aparato organizado de poder, sin embargo, en la teoría el instrumento es el aparato<sup>655</sup>. Este autor identifica como el punto más débil de la concepción la doble calificación que se le otorga a la conducta del ejecutor material como capaz de tomar una decisión responsable y como incapaz de tomarla al mismo tiempo<sup>656</sup>. De igual manera, Velásquez presenta lo complicado de esta construcción, lo que lo hace potencial blando de “soluciones políticas no deseadas”<sup>657</sup>.

Viendo la otra cara de la moneda, otros autores precisan que el artículo 29 del Código Penal nacional al establecer la disposición “utilizando a otro como instrumento” no descarta posibilidad de que se incluya allí esta modalidad de autoría mediata. En esta postura, lo importante es que a los ojos del autor mediato el sujeto ejecutor aparezca como un instrumento que le sirve para cometer el delito<sup>658</sup>. En esta misma línea se argumenta que si no se acoge en el derecho colombiano la tesis de la autoría mediata se podrían propiciar tratamientos más benignos en términos punitivos para quienes, claramente, no son actores de segunda en el evento criminal, sino sus protagonistas.

Diversas posiciones, a favor y en contra, pueden ser encontradas alrededor de la figura de la autoría mediata por aparatos organizados de poder y muchas de ellas ya fueron

---

<sup>654</sup> Velásquez F., *Los líderes paramilitares: ¿Autores mediatos por medio de aparatos criminales organizados de poder?* (Revista de Derecho Penal, 2011-1, Imputación, causalidad y ciencia-III) pág. 79 y siguientes.

<sup>655</sup> *Ibid.*, pág. 93.

<sup>656</sup> *Ibid.*, pág. 94.

<sup>657</sup> *Ibid.*, pág. 94.

<sup>658</sup> Ver: Meini M., *Problemas de autoría y participación en la criminalidad estatal organizada* (Nuevo foro penal, N°. 68, 2005) n pág. 67 y 68 y Suárez S., *Autoría*, nota 4, pág. 288.

expuestas previamente. Es por esto que a continuación se presentan algunos de los análisis más relevantes y se identifican ventajas y desventajas en relación con la aplicación –actual y futura- de esta teoría y se establece la toma de postura que tiene la autora de esta investigación en relación con la teoría como tal y con lo que ha sido su aplicación en Colombia.

Antes de avanzar, es necesario aclarar que esta tesis defiende la interpretación según la cual el artículo 29 del Código Penal colombiano permite la aplicación de la teoría de Roxin. Sin embargo, encuentra serias inconsistencias en lo que ha sido la aplicación de la teoría objeto de estudio por parte de los juzgadores nacionales, especialmente, por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

#### **4.5.1 La autoría mediata no puede ser una solución fija y predeterminada al problema de la atribución de responsabilidad penal en casos de criminalidad organizada**

Los problemas de atribución de responsabilidad penal en casos de participación múltiple de personas en la comisión de un delito, todos ellos en el marco criminalidad organizada (en los términos que se expuso en la tercera sección de esta investigación) no pueden solucionarse –todos- con la teoría de la autoría mediata por aparatos organizados de poder. Como se vio, las estructuras criminales actuales no corresponden, necesariamente, en todas sus expresiones a la jerarquía piramidal que planteó Roxin.

Sin lugar a dudas, desde la dogmática penal, la autoría mediata por aparatos organizados se presenta como una solución novedosa para resolver problemas concretos de fenómenos criminales que no habían sido abarcados previamente por el derecho, y es de hecho muy útil para ser aplicada a los casos que cumplen con los supuestos de hecho allí planteados. Sin embargo, esto no quiere decir que esta teoría sea la solución que los operadores de justicia puedan aplicar en todos los casos o que su aproximación a los casos deba ser hecha con esta solución en mente.

En el concurso de personas al hecho criminal deben ser exploradas todas y cada una de las posibles opciones dogmáticas para la atribución de responsabilidad (coautoría, determinación, complicidad, omisión propia o impropia, etc.) y con fundamento en los hechos que se tienen por probados, determinar la forma de participación que mejor revele la verdadera intervención criminal.

Esta tesis comparte la preocupación de diferentes doctrinantes que ven necesaria la introducción en el ordenamiento jurídico interno de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, en la medida en que es un medio útil para develar el verdadero grado de involucramiento del líder de una organización criminal como director de la misma, como poderoso, influyente y con verdadero potencial de causar grandes

afectaciones sociales. Sin embargo, el hecho de que la teoría haga parte del abanico de posibilidades, no quiere decir que sea aplicable como regla en fenómenos de múltiple intervención en fenómenos de macro criminalidad. Por el contrario, reunir los elementos de hecho y de derecho para lograr la aplicación de esta teoría no es una tarea sencilla, sino compleja. No es esta teoría una solución fácil aplicable cuando se perciben que no hay sustento probatorio o no se dilucida cuál puede ser el modo de participación de una persona concreta.

En los casos estudiados puedo verse como pareciera que la aproximación de la autoridad judicial se hizo teniendo en mente cómo analizar y presentar los hechos para que fuera posible la aplicación de esta teoría y cómo, en algunos casos, la utilización de otras formas de atribución de responsabilidad y los argumentos para su no utilización se descartaban sin mayor análisis.

#### **4.5.2 Las implicaciones de la develación de la estructura desde el punto de vista material para la aplicación adecuada de la teoría**

La autoría mediata se basa en una *estructura piramidal*, jerárquica, en la cual, el hombre de atrás se sitúa bien sea en la cúspide o en mandos intermedios, lo que le permite estar por encima del ejecutor. Como se vio en la tercera sección de esta investigación, las estructuras de poder (o lo que acá se llamó criminalidad organizada) que están presentes –hoy- en la realidad colombiana son bien diferentes a las planteadas, inicialmente, por Roxin, de hecho, son mucho más complejas que aquellas y presentan mayor dificultad en el proceso de identificación de sus miembros y sus funciones.

Como se mostró, los estudiosos de los fenómenos criminales no identifican ya la macro criminalidad con la figura de la pirámide, sino con la figura de la red que si bien mantiene los elementos fundamentales de organización y división de tareas, configura un verdadero reto para el operador judicial en el proceso de develar la verdadera configuración de la organización (o por lo menos de una parte de ella) y en esa medida, en la identificación de la verdadera posición que ostenta en la estructura la persona que está siendo procesada.

Ejemplo de lo dicho, ha sido la experiencia de los operadores de justicia que trabajan dentro del procedimiento de Justicia y Paz. La investigación de la conformación de las estructuras paramilitares y sus diferentes manifestaciones ha tomado –y sigue tomando- años y años de investigación. De hecho, dado que no ha sido posible identificar toda la macro criminalidad cometida por los comandantes de estos grupos ilegales y en aras del avance procesal, se tomó la decisión de avanzar parcialmente, es decir, expedir sentencias parciales y mantener investigaciones paralelas frente a ellos<sup>659</sup>. Esto

---

<sup>659</sup> Ver, por ejemplo, las sentencias expedidas en contra de alias El Alemán y de Alias Julián Bolívar. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, radicado 110016000253200680012 de agosto 30 de 2013, M.P. Uldi Teresa Jiménez y Corte Suprema de

demuestra serias dificultades que no pueden ser obviadas por otras instancias en otros procesos.

En conclusión, el develamiento de las estructuras, desde el funcionamiento real y no aparente o formal, es una labor titánica que toma tiempo, que necesita de recursos y que, se sostiene en esta tesis, es el presupuesto fáctico de la aplicación de la teoría de la autoría mediata por aparatos organizados de poder. En este sentido, la autoría mediata implicaría una *desventaja* por cuanto la forma de criminalidad organizada para la cual está pensada (piramidal) no se corresponde con la manifestación real, compleja y diversa frente a la cual nos enfrentamos hoy (criminalidad en redes).

### **4.5.3 Autoría mediata y cumplimiento del requisito subjetivo del tipo**

Como se mostró a lo largo de este trabajo, el autor mediato por aparato organizado de poder debe cumplir todos los requisitos objetivos y subjetivos del tipo para ser declarado responsable penalmente bajo esta forma de participación, ya sea en derecho nacional como en derecho internacional. Es decir, que hubiese actuado con voluntad y conocimiento en la consecución del fin ilícito. En los casos acá expuestos, se evidenció cómo el máximo responsable o autor mediato, por lo general, no da la orden concreta frente a la comisión del crimen específico que se lleva a cabo. Los jueces y magistrados que dictaron sentencia en los casos estudiados usaron diferentes categorías de análisis para suplir este vacío, llegando a diferenciar entre orden, instrucción y política.

Para los juzgadores es claro que la orden específica no es necesaria y que hacer de este elemento uno indispensable de la teoría de Roxin no se acompañaría con la realidad de las estructuras de poder, en donde los dirigentes establecen el objetivo de la organización y dejan a libertad de los subordinados los detalles en la ejecución de los crímenes. En principio, la autora de esta investigación comparte el hecho de que en las estructuras de poder que cuentan con capacidad de cometer macro criminalidad (y que pueden catalogarse, como se vio en la primera sección, como criminalidad organizada) y que tienen un alto nivel organizativo y un alto potencial criminal, no se van a encontrar órdenes detalladas y concretas por todos y cada uno de los delitos cometidos en prosecución del fin macro criminal.

Esta, puede decirse, es una *desventaja* de la teoría, en la medida en que de nuevo, sus contenidos deben ajustarse a la realidad de los fenómenos criminales a los cuales nos enfrentamos. La necesidad de ampliar el contenido de la categoría orden y abrir el espectro a políticas o instrucciones, hace que la aplicación de la autoría mediata empiece a tornarse problemática por cuanto no está claro cuál es el límite o factor determinante

---

que debe existir para realizar el vínculo concreto entre el máximo responsable y el ejecutor directo.

Ahora bien, aún en este escenario es necesario que exista una vinculación entre la orden, instrucción o política y el delito concreto. No todo delito cometido por la estructura de poder es directamente atribuible a todos sus dirigentes. En los casos presentados en esta investigación, la relación entre el condenado y el delito concreto, se hizo de diferentes maneras:

- En el caso de Rito Alejo Del Río el juzgado encontró que la comisión de los delitos obedeció al contexto de los objetivos generales perseguidos por la organización “contubernio”. Así, la responsabilidad se atribuye por dolo eventual, en la medida en que el procesado previó la realización de homicidios por parte de la organización como posible y probable y su no producción se dejó librada al azar.
- En el caso de la responsabilidad de García Romero por la masacre de Macayepo, la Corte Suprema encontró que la masacre hacía parte del decurso normal de las actividades del Bloque Héroes de Montes de María del cual el ex senador hacía parte. En este caso, sin embargo, se encontró que García Romero intervino activamente para lograr el despeje de zonas y lograr el avance de las tropas paramilitares. Así, la responsabilidad se atribuye a título de dolo directo: ya que él conoció y compartió la ofensiva paramilitar. En la misma sentencia, pero relacionado con el homicidio de otra persona, se ve que cuando la Corte encuentra una orden concreta de actuación, se inclina por la atribución de responsabilidad a título de determinador y no de autor mediato.
- En el caso del juicio a Noguera por poner el DAS al servicio de los grupos paramilitares, la situación es más compleja en la medida en que el vínculo con el delito concreto se encuentra en acciones posteriores de protección, encubrimiento y promoción de la persona que tenía la conexión con el grupo armado ilegal, aún cuando este actuara sin orden de superior jerárquico. En este sentido, no se cuenta con órdenes, instrucciones o políticas que vinculen directamente a Noguera, por lo menos con anterioridad a la comisión del crimen. La Corte, de igual manera, le atribuye responsabilidad a título de dolo directo en la medida en que Noguera actuó con conocimiento y voluntad de cada una de las conductas delictivas. El análisis de la Corte en este sentido es confuso y con una fundamentación muy pobre.
- En lo relacionado con Plazas Vega, a pesar de la disertación hecha por la segunda instancia en relación las instrucciones, órdenes y políticas, lo cierto es que lo que fundamenta la relación entre la actuación de Plazas Vega y la desaparición de dos personas que estaban bajo el poder de sus subordinados, es el hecho de que al ser indagado sobre qué hacer con ellos, él manifestó *cuelguen esos hijueputas*. En este caso, en realidad se está frente a una orden concreta en el marco un objetivo ilegal (el arrasamiento de miembros del M-19).

- En los casos de miembros de grupos paramilitares y grupos de guerrilla se encontró que el nexo entre el dirigente y el delito concreto se da a través órdenes genéricas y políticas abiertas que los más altos líderes dan a líderes intermedios, o que los líderes intermedios expiden en relación con sus subordinados.

Así, esta tesis sostiene que, si bien se acepta la posibilidad de que la autoría mediata recaiga en mandatos más amplios que una orden concreta, es necesario que siempre exista un hilo conductor que una los dos extremos. El hecho de que la estructura de poder tenga objetivos ilícitos amplios (extremos uno) y se cometan delitos (extremo dos) no hace *per se* responsables a sus dirigentes por todas y cada una de las acciones de sus subordinados.

#### **4.5.4 La autoría mediata y los excesos de los subordinados: el caso especial de la violencia sexual**

Como se vio, aún cuando se acepte la aplicación de esta teoría en supuestos en donde no existe una orden de actuación concreta y se cuenta solamente con la identificación de prácticas y políticas, siempre debe existir un vínculo concreto entre el autor mediato y el delito efectivamente ejecutado. Este vínculo no siempre existe, y la situación es particularmente problemática en casos en donde se presentan los llamados “excesos” de los subordinados o miembros rasos en relación con lo que aún dentro de la ilegalidad se tiene como “permitido”. Es decir, los subordinados en el cumplimiento de una orden, lineamiento, práctica o política, exceden a su arbitrio los designios del superior o líder.

En los procesos adelantados en contra de algunos comandantes paramilitares en el marco de Justicia y Paz se han encontrado diversos casos en donde los subordinados cometían hechos de violencia sexual, aún en contra de la “política de prohibición” que tenía el grupo ilegal sobre estas conductas.

Por ejemplo, en el caso de alias El Alemán, ex comandante del Bloque Elmer Cárdenas que tuvo injerencia en el Urabá antioqueño y chocono, en el marco del proceso de priorización adelantado bajo el nuevo enfoque de investigación, explicado en la tercera sección de este trabajo, se han imputado a este ex comandante y a 28 de sus mandos medios, 915 casos de desplazamiento forzado, 55 desapariciones forzadas, 12 reclutamientos forzados de menores de edad y 14 casos de violencia sexual<sup>660</sup>. Estos últimos son especialmente problemáticos por cuanto, tal y como lo manifiesta el ex comandante la violencia sexual no era ni una política expresa, ni una acción permitida dentro del grupo ilegal. Sin embargo, los subordinados de la estructura, sí se valían de su posición de poder en las zonas de influencia para acceder carnalmente y cometer otra

---

<sup>660</sup> Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, Fiscalía 48, proceso radicado 2007-82701. La información sobre este proceso se completó a través de una entrevista sostenida con el fiscal del caso, Andrés Echeverría, en marzo 5 de 2014.

clase de delitos de esta naturaleza como la servidumbre y la esclavitud sexual. De hecho, la Fiscalía ha identificado dos de estos dos patrones de ejercicio de violencia sexual. Situaciones similares se presentan en los casos adelantados en contra de alias “Don Berna”<sup>661</sup> y alias Karina<sup>662</sup>.

Los comandantes paramilitares manifiestan, abiertamente, que no sólo no ordenaban la comisión de hechos constitutivos de violencia sexual, sino que los castigaban severamente. En este evento, dos escenarios pueden ser identificados: el primero, en donde en realidad esos delitos sexuales son realmente hechos aislados, derivados de la desobediencia de los subordinados, por lo que no le cabría responsabilidad alguna al dirigente por ellos. El segundo escenario es realmente complicado, y dependerá de un análisis probatorio, y se corresponde con aquellos casos en donde a pesar de lo manifestado por el comandante, la práctica de violencia sexual era tan recurrente, permanente y constituyente de patrones, que era una verdadera política del grupo ilegal (así el comandante lo niega por motivos personales).

Allí, el problema será de carácter probatorio en relación con desmentir a través de evidencia contundente el dicho del comandante. En estos escenarios, encontrar el tipo subjetivo que lleva a cabo el comandante no es tarea sencilla. Los operadores judiciales se inclinan por hablar bajo estos supuestos de dolo eventual. Estas discusiones llevan a un llamado de atención sobre la necesidad de no caer, como lo manifiestan algunos doctrinantes, en el derecho penal de autor, en contraposición a los principios fundantes de la atribución de responsabilidad (desvalor de acto y desvalor de resultado) que se presentaron en la primera sección de esta tesis. Es necesario mantener un firme equilibrio entre la teoría a aplicar, la acción del procesado y lo que se puede probar en su contra, de manera que no se caiga en el peligrosismo que ya fue superado.

En ese sentido, la autoría mediata representa una *desventaja* por cuanto con este modo de imputación no se abarcan todos los hechos cometidos por el dirigente de la estructura, ni se alcanza a entender la expansión de la criminalidad que se puede tener bajo una forma organizada creada para la comisión de los delitos.

#### **4.5.5 Dificultades adicionales en la aplicación de la autoría mediata en aparatos de poder de carácter legal**

---

<sup>661</sup> Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, Fiscalía 45, proceso radicado 46-97-2002-2009. La información sobre este proceso se completó a través de una entrevista sostenida con el fiscal del caso, en marzo 5 de 2014.

<sup>662</sup> Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, proceso radicado 110016000252200883435. La información sobre este proceso se completó a través de una entrevista sostenida con el fiscal del caso, Juan Guillermo Cárdenas, en marzo 5 de 2014.

El caso de Plazas Vega, que ya se presentó, ha generado diversas discusiones dogmáticas alrededor de la aplicación de esta teoría en el marco de estructuras legales de poder (Fuerzas Militares). En este caso se vio cómo una organización de carácter legal desvió su actuación hacia el camino de la ilegalidad.

Ciertamente, el juzgado en este caso, utilizó la referencia a un *aparato criminal*. Velásquez critica esta afirmación diciendo que es imposible que un aparato criminal se cree de un día para otro y según él, esto pugna con la construcción de Roxin, en el sentido de que se exige la conformación en el tiempo de tal organización<sup>663</sup>. Según Velásquez, un aparato de las características establecidas en la teoría de Roxin, simplemente, no se arma en dos días.

Frente a este argumento, es importante tener en cuenta que, si bien la expresión del juzgado no fue la más afortunada, a lo que se hace referencia, es a la actuación al margen del derecho de un aparato de poder. No necesariamente el aparato debe estar dedicado a las actividades criminales de manera sostenida en el tiempo, sino que en ciertas circunstancias es usado para la comisión de crímenes. Sin lugar a dudas, las Fuerzas Militares reúnen los requisitos formales establecidos por Roxin para que la teoría sea aplicable en caso de que desvíen su actuación hacia la ilegalidad. De hecho, Roxin recientemente aclaró que el aparato de poder tiene que haberse desvinculado del derecho no en toda relación, sino sólo en el marco de los tipos penales realizados por él<sup>664</sup>.

Velásquez agrega un requisito adicional y es que esta desvinculación del derecho debe ser “estructural”<sup>665</sup>, fundamentado en la afirmación hecha por Ambos, en el sentido que violaciones aisladas de los derechos humanos, que no forman parte de una política, no son suficientes<sup>666</sup>. Sin embargo, es necesario definir el término política, por lo menos en el sentido en que Ambos lo entiende. La política en ese sentido, se corresponde con un elemento que señala organización e improbabilidad de que el delito sea un hecho aislado y no relacionado con la consecución de fines concretos –a mucho más alto nivel-. Así, esta tesis sostiene, a diferencia de Velásquez, que este elemento no implica -necesariamente- un requisito de continuidad en el tiempo -ni de la estructura, ni de la violencia ilegal por ella ejercida-. Por lo general, las estructuras de poder que están en capacidad de cometer macro criminalidad han necesitado un proceso de formación y consolidación que toma tiempo, por ejemplo, las guerrillas o los grupos paramilitares en Colombia. Sin embargo, esto no quiere decir que es necesario un término mínimo de

---

<sup>663</sup> Velásquez F., *Los aparatos criminales organizados de poder* (Cuadernos de Derecho Penal, No. 4, 2010), pág. 9.

<sup>664</sup> Roxin C., *El dominio de organización*, pág. 16.

<sup>665</sup> Este argumento fue presentado por la defensa en el caso en su recurso de apelación y en realidad no fue respondido por la segunda instancia.

<sup>666</sup> Velásquez F., *Los aparatos criminales organizados de poder* (Cuadernos de Derecho Penal, No. 4, 2010), pág. 9 citando a Ambos K., *La autoría mediata*, pág. 82.

formación de la estructura o que sus acciones se hayan desarrollado durante un término mínimo en el campo de la ilegalidad, para que la teoría de Roxin pueda ser aplicada. Esta tesis sostiene que esta es, en la mayoría de los casos, una característica coincidente, pero no fundamentalmente necesaria en los términos en que Roxin diseñó su teoría.

En segundo lugar, cuando los delitos se cometen en el marco de instituciones de carácter legal, pero que se desvían del derecho, el operador jurídico tiene un reto adicional, y es identificar si la responsabilidad se atribuye por acción o por omisión, dado que los dirigentes de organizaciones militares de carácter legal tienen una posición de garante en relación con la estructura que tienen subordinada a ellos.

Esto es particularmente difícil, teniendo en cuenta que, en el caso de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, la Corte Suprema de Justicia expandió el requisito de contar con una orden y estableció que, dada la forma en que las organizaciones operan en la realidad -en donde no hay órdenes concretas por cada uno de los delitos-, este elemento se suple con la prueba de una instrucción, una práctica o una política.

No es sencillo encontrar el margen adecuado de análisis que diferencia la inacción de un líder de una estructura cuando debió haber actuado siguiendo sus obligaciones legales (y no lo hizo) o cuando en realidad no se trata de una verdadera inacción, sino que una política fue establecida previamente por él y éste espera y aprueba que sus subalternos sigan estas directrices, y en consecuencia, no interviene en el desarrollo criminal. En el primer caso, la responsabilidad derivaría de la inacción frente a delito, en el segundo caso la responsabilidad derivaría de la acción frente a la expedición de la política, aunque se presente inacción posterior frente a la conducta de los subordinados. La autoría mediata y la omisión, como se vio, no son compatibles y no se deben confundir.

#### **4.5.6 La limitación de la autoría mediata en casos de estructuras “contubernios” o formadas por dos organizaciones de poder**

El caso que se presentó, en donde se atribuyó responsabilidad a Del Rio, por ser dirigente de la organización “contubernio” formada por militares y paramilitares, es particularmente problemático. El juzgado señala que se crea una nueva estructura de poder pero no desentraña el funcionamiento, los roles y la participación de quienes allí intervienen. Quedándose la existencia de esta estructura en un mero señalamiento judicial.

En este evento, es necesario hacer una aclaración: esta tesis no afirma que lo que manifiesta el juzgado sobre la unión y actuación conjunta entre militares y paramilitares no fue una realidad en el país, de hecho está probado en otra serie de pronunciamientos judiciales diferentes al acá analizado. Lo que se está realizando es una aproximación

crítica a la presentación que de la estructura hace el juez, quien en la decisión no la analiza ni presenta correctamente, a efectos de la atribución de responsabilidad, como autor mediato.

Problemas similares se encontraron en la aplicación de la teoría de la autoría mediata por aparatos organizados de poder a nivel de los tribunales internacionales, particularmente de la Corte Penal Internacional<sup>667</sup>. Si bien, estas son jurisdicciones diferentes, en el análisis de lo que se ha llamado coautoría mediata en estas instancias internacionales se encuentran elementos interesantes que pueden nutrir el análisis. Como ya se vio en la segunda sección de este trabajo.

La coautoría mediata nace como una mixtura entre, precisamente, la autoría mediata por aparatos organizados de poder y la coautoría. Así, de acuerdo a Ohlin, se combina responsabilidad de manera vertical y responsabilidad de manera horizontal<sup>668</sup>. Este es un modo nuevo e innovador de participación criminal creado para superar las limitaciones que tiene la teoría de Roxin cuando hay acciones criminales de carácter colectivo entre líderes de dos o más aparatos organizados de poder. Esta, se advierte, es una teoría en desarrollo y que aún presenta varias zonas grises, y a pesar de esto brinda elementos interesantes para ser tenidos en cuenta en casos en donde militares y paramilitares, u otras estructuras legales o ilegales, se coordinan para la comisión de delitos.

Así, no es necesario crear una ficción llamada “contubernio” sino identificar el modo de actuación conjunta de las dos organizaciones y atribuir responsabilidad en este sentido. Ohlin identifica diferentes escenarios en donde la coautoría mediata ha sido utilizada, a saber:

- a) En donde hay cooperación al nivel de los líderes para combinar sus organizaciones: la coordinación se da sólo al nivel directivo. Este es el caso de Katanga y Chui que se adelanta ante la CPI. Acá la Sala de Pre-Juzgamiento encontró que esto se daba debido a las lealtades étnicas los miembros de la organización sólo recibían órdenes de líderes de su propia etnia<sup>669</sup>.
- b) El segundo escenario, el modelo “junta” se usó en el caso de Al Bashir. Acá existía un grupo de subordinados que está sometido al control de un grupo de

---

<sup>667</sup> CPI, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjol*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07, 30 Septiembre 2008, párr. 493.

<sup>668</sup> Ohlin J., *Second-Order Linking Principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability* (Leiden Journal of International Law, marzo 2012) pág. 2. [En adelante: Ohlin J., *Second-Order Linking Principles*].

<sup>669</sup> CPI, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjol*, Decision on the Confirmation of Charges, supra nota 341, párr. 493.

líderes que trabajan de manera conjunta<sup>670</sup>. Así, el control sobre la estructura es conjunto y no individual.

- c) En el caso Bemba<sup>671</sup>, en donde según Ohlin, existía un grupo horizontal de líderes cada uno de los cuales controlaba su propia rama gubernamental de manera vertical, aunque sólo una de ellas toma parte en la comisión física de los crímenes<sup>672</sup>. El grupo de líderes tiene un plan común y coordinan sus esfuerzos para llevarlo a cabo. Este escenario presentó problemas específicos con la prueba de los elementos subjetivos y en esta medida el grado de participación fue reemplazado más adelante en el caso por la responsabilidad del superior.

En relación con los elementos objetivos y subjetivos que deben ser probados para la aplicación de esta teoría, la jurisprudencia y doctrina internacional han dicho que se deben probar todos los elementos de la autoría mediata, más los elementos de la coautoría, sumandos a un elemento subjetivo adicional: que el procesado debió haber tenido conocimiento de las circunstancias que le permitían el control conjunto sobre la comisión del crimen a través de otra persona<sup>673</sup>. Esto requiere que se pruebe en relación con cada procesado su rol esencial en la implementación del plan común y su habilidad para frustrar la comisión del plan común<sup>674</sup>.

Analizando la posible aplicación de la coautoría mediata en el régimen colombiano, debe decirse, en primer lugar, que desde el punto de vista del ordenamiento jurídico no se encuentran razones que impidan su aplicación. En el sistema colombiano tanto la coautoría funcional como la autoría mediata han sido aceptadas como formas de atribución de responsabilidad. En ese sentido, sería posible pensar en la comisión conjunta de un crimen a través de una estructura de poder. Sin embargo, ya en la aplicación práctica, y como se vio en el segundo capítulo de esta tesis, lograr la conjunción y prueba efectiva de todos y cada uno de las dos formas de atribución de responsabilidad es una tarea titánica y de difícil consecución.

Esta tesis no propugna por el traslape de esta teoría al orden jurídico interno, sino a su examen cuidadoso en la medida en que brinda herramientas útiles para analizar el funcionamiento de varias estructuras de poder en la comisión de delitos. Hasta ahora, lo que los operadores judiciales han hecho en Colombia es crear en el papel nuevas

---

<sup>670</sup> CPI, *Prosecutor v. Al Bashir*, Pre-Trial Chamber I, Warrant of Arrest for Oman Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, 4 marzo 2009, pág. 7.

<sup>671</sup> CPI, *Prosecutor v Bemba*, Pre-Trial Chamber III, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-14-TENG, 10 Junio 2008, párr. 45-60. Ver también: Olásolo H., *Essays on International Criminal Law* (Hart Publishing, Oxford and Portland, 2011) pág. 116.

<sup>672</sup> Ohlin J., *Second-Order Linking Principles*, supra nota 342, pág.12.

<sup>673</sup> CPI, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo*, Decision on the Confirmation of Charges, supra nota 341, párr. 538.

<sup>674</sup> *Ibid.*, párr. 539.

organizaciones (como la llamada contubernio) o ubicar a los líderes de una organización en otras estructuras. Este análisis brinda elementos más complejos para entender el funcionamiento relacional de varias estructuras criminales.

Lo cierto es que, en casos en donde se pueden identificar la actuación conjunta o coordinada de varios líderes y de sus estructuras de poder en la comisión de crímenes, la autoría mediata presenta serias *desventajas* por cuanto no permite aprehender el verdadero funcionamiento de las diferentes estructuras y su aplicación llevaría a la creación de ficciones que no se corresponden con los hechos y dinámicas como realmente ocurrieron.

#### **4.5.7 Indevida aplicación de la autoría mediata por los operadores de justicia nacionales**

Como se vio en esta sección en donde se describió la aplicación de la autoría mediata en algunos casos relevantes en Colombia y se analizó la aplicación de los elementos de derecho internacional en esos procesos, puede decirse que los operadores de justicia han incurrido en diferentes errores frente a la valoración y prueba de los requisitos de la autoría mediata. Es necesario llamar la atención sobre este punto en la medida en que, como se vio también en la línea jurisprudencial, esta forma de autoría se va consolidando y esta consolidación no debe hacerse sobre la base de errores de interpretación y aplicación.

Los principales problemas en la aplicación se notaron en primer lugar, frente a la prueba de la existencia de un aparato organizado de poder, sus características, conformación y el ejercicio de control y autoridad sobre éste por parte del líder. En los casos se realizan descripción generales, o se dan por sentadas las estructuras bajo la figura de los hechos notorios. En otros, un poco más complejos, en donde intervienen varias estructuras, este análisis relacional no se lleva a cabo o simplemente se presenta la ficción de ubicar a los líderes dentro de la otra estructura a la cual no hacen parte. En segundo lugar, es problemática la interpretación y prueba del vínculo que debe existir entre el líder y el delito concreto, abriendo allí la categoría hacia la identificación de prácticas y políticas y no simplemente de órdenes. Si bien en principio esto no es problemático, sí lo fue la manera en que se dieron por probadas esas prácticas o políticas, ya que estas no pueden presumirse como consecuencia de la existencia de la estructura de poder.

Dos elementos de la teoría han sido un poco olvidados dentro del análisis de los operadores de justicia: el control sobre la organización que debe tener un líder cuando es un jefe supremo y se ubica en realidad en un mando medio y el requisito de la fungibilidad de los subordinados que dota de automatismo a la estructura. Como se vio en los casos estudiados, si bien estos elementos son mencionados al momento de describir la teoría que será aplicada, en la mayoría de los casos no cuentan con un

análisis y profundo que tome en cuenta los elementos probatorios dentro del caso en cuestión.

Finalmente, en relación con el cumplimiento del requisito subjetivo del tipo, de los casos estudiados puede decirse que es necesario dotar de más coherencia a la manera en que se da por entendido el control de la organización y la ejecución del hecho concreto (órdenes, políticas, prácticas) y el título subjetivo frente al cual se atribuye (dolo directo de primer grado, de segundo grado o dolo eventual).

En sentido de lo expresado, desde el punto de vista práctico se identifica otra *desventaja* de la teoría teniendo en cuenta que se está surtiendo su proceso de consolidación en la jurisprudencia, sin embargo, no bajo los estándares adecuados.

#### **4.5.8 Posibilidades futuras de la teoría en la judicialización de los máximos responsables**

Como se vio también en esta sección, se realizó un ejercicio de aplicación de la teoría a un caso hipotético en donde se describe un crimen cometido por el Secretariado de las FARC-EP. Como se vio, esta teoría es adecuada para abarcar el funcionamiento formal de la estructura, y hasta cierto punto describir las jerarquías, mandos, políticas e instrucciones que se desarrollan al interior de la estructura. Aún, si esta se representa en un esquema de redes, y no piramidal, podrían establecerse ciertas relaciones jerárquicas y de control que podrían hacer plausible hablar de autoría mediata (aunque no es un tarea sencilla). Sin embargo, hay ciertas complejidades que no podrían ser abarcadas bajo el esquema rígido que plantea Roxin, por ejemplo, las diferentes relaciones que las FARC-EP ha tenido con otras estructuras criminales o con otras estructuras de carácter legal.

Adicionalmente, esta teoría sería de relativa sencilla aplicación si las personas a ser judicializadas correspondieran sólo a aquellas que forman parte del Secretariado o del Estado Mayor Central (los jefes máximos). Como se vio también, no es igual de sencillo pensar en aplicarla a mandos medios que reciben órdenes y que sólo tienen el control parcial de la organización. En este escenario, debe ser claramente establecida la cadena de mando y sobre todo, el camino recorrido por la orden o política que se atribuye para establecer el vínculo adecuado entre un autor mediato que no es el líder máximos o cuando se quieren establecer diferentes autores mediatos (a través de la figura de la cadena). Otro elemento a tener en cuenta en este escenario es el del cumplimiento del requisito de la fungibilidad de los subordinados. Esto sería complejo en casos en los que los delitos cometidos requieran cierta experticia o entrenamiento especialísimo con el que sólo cuentan algunos dentro de la organización (delitos contra hidrocarburos, contra el medio ambiente, acciones de táctica y estrategia militar). Allí, se puede pensar en la aplicación del requisito de fungibilidad positiva y no sol de fungibilidad negativa simultánea, en los términos anteriormente explicados.

En términos generales, esta teoría tiene un gran potencial para abarcar los fenómenos de macro criminalidad que cometieron ciertas estructuras armadas en el país. Ciertamente, desde el derecho que es rígido y estricto, difícilmente se encontrarán respuestas totalmente adecuadas y satisfactorias para abarcar y comprender los grandes fenómenos de violencia. Sin embargo, dentro del abanico de posibilidades que permite nuestro ordenamiento jurídico la autoría mediata es una de las que mejor se adapta a las necesidades de la macro criminalidad en Colombia.

#### **4.5.9 Política mezclada con dogmática jurídica**

Desde el punto de la vista de la utilidad práctica, el uso de esta teoría ha permitido sortear diversas dificultades en juicios con grandes connotaciones políticas en el país. Así, en las críticas al uso de este modo de participación se han combinado toda clase de argumentos, jurídicos y de conveniencia política. Naturalmente, el uso del derecho tendrá connotaciones y efectos de carácter político. Las personas que han sido condenadas como autores mediatos por aparatos organizados de poder han sido (y pueden seguir siéndolo a pesar de sus condenas) personas poderosas en el ámbito nacional.

El llamado que realiza esta investigación es a entender los marcos de análisis de esta teoría (jurídico, político y de necesidad de respuestas en términos de política criminal) y a ubicar la discusión en relación con la participación criminal de los líderes o máximos responsables de estas estructuras en el plano del derecho y no en el plano de la política y los argumentos de rendición de cuentas sobre el funcionamiento de la administración de justicia. De lo contrario, lo único que se logra es el debilitamiento del aparato judicial a largo plazo y la insostenibilidad de la aplicación de la teoría en el futuro y en casos que puedan ser más complejos que los hasta ahora abordados.

## 5. Conclusiones y propuestas

La criminalidad organizada, como lesión de bienes jurídicos cometidos a través de estructuras que cuentan con un nivel organizativo complejo y una división de tareas definida por roles y estatus, es afrontada por el Estado colombiano bajo una estrategia de persecución de “máximos responsables”. Esta tendencia replica iniciativas similares del derecho penal internacional y se aplica, especialmente, a crímenes graves cometidos en el marco del conflicto armado.

Desde el punto de vista de la política criminal, esta estrategia tiene, por lo menos, dos retos. De una parte, que presupone el análisis de las estructuras criminales en las cuales operan los líderes, que lejos de ser rígidas y burocráticas, son complejas, dinámicas y de difícil aprehensión. De otra parte, la identificación de las personas que pueden ser comprendidas bajo la categoría “máximo responsable” y, sobre todo, el encontrar el grado de participación bajo el cual puede ser atribuida la responsabilidad por los delitos cometidos y que refleje su protagonismo en la comisión de los crímenes.

En esta investigación se exploraron las opciones dogmáticas para atribuir responsabilidad a estos máximos responsables en calidad de autores, específicamente, se estudió la figura de la autoría mediata por control de voluntad en virtud de un aparato organizado de poder creada por Roxin en 1963 y que fue reconocida y aplicada por la Corte Suprema de Justicia colombiana, por primera vez en 2010.

En virtud de esta teoría, los hombres de atrás que ordenan delitos con mando autónomo, son responsables como autores junto con los perpetradores directos cuando concurren los siguientes requisitos: poder de mando del autor mediato, desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder, fungibilidad del ejecutor inmediato y una considerable elevada disponibilidad al hecho por parte del ejecutor. Esta teoría, si bien cuenta con amplia aceptación, también ha sido criticada por algunos doctrinantes.

En la construcción de la categoría de autor bajo el derecho colombiano, y en el debate sobre la posible aplicación de la teoría de Roxin, es necesario tener en cuenta, en primer lugar, algunas consideraciones desde los derechos fundamentales. Así, para elaborar el concepto de autor, deben concurrir el desvalor de acción y el desvalor de resultado (derecho penal de acto) y se debe respetar el principio de culpabilidad.

En segundo lugar, siguiendo la Ley 599 de 2000, es claro que en Colombia se aplica la teoría del dominio del hecho como diferenciadora entre autores y partícipes. Así, se reconocen cuatro formas de autoría (inmediata, mediata, coautoría y actuar por otro) y dos formas de participación (determinación y complicidad). El principal debate radica en la posibilidad de ampliar el espectro de la autoría mediata como tradicionalmente ha sido conocida en Colombia (con instrumento sin responsabilidad) para incluir la construcción dogmática de Roxin (con instrumento responsable).

Como se vio, la doctrina en este respecto está dividida. Algunos, como Suárez, considera que esta teoría es adecuada para responder a las demandas de política criminal que se presentan en el país en relación con la criminalidad cometida por estructuras de poder. Otros, como Velásquez, la consideran violatoria del principio de legalidad y del principio de derecho penal de acto. La autora de esta investigación sostiene que la autoría mediata por aparatos organizados de poder es técnicamente aplicable bajo el artículo 29 del Código Penal colombiano. Sin embargo, al revisar cómo ha sido aplicada desde la apertura dada en 2010, se encontró que los operadores de justicia adolecen de la técnica para aplicar adecuadamente la propuesta de Roxin.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y otros operadores judiciales aplicaron esta teoría para solucionar los problemas de atribución de responsabilidad bajo cuatro fenómenos específicos: en primer lugar, la llamada parapolítica; en segundo lugar, la atribución de responsabilidad a miembros de grupos paramilitares y de guerrilla; en tercer lugar, frente a las relaciones ilegales que sostuvieron miembros de las Fuerzas Armadas con estos grupos paramilitares y, por último, en relación con los hechos conocido como la toma y retoma del Palacio de Justicia.

En esta investigación se analizaron a fondo algunos diez casos en donde se aplicó la autoría mediata por aparatos organizados de poder. Si bien no se abarcaron todos y cada uno de las sentencias expedidas al respecto sí se propendió por identificar aquellos de mayor relevancia atendiendo a las características de los condenados (máximos responsables) y a que efectivamente se haya aplicado o estudiado la posibilidad de aplicar la autoría mediata. Esta muestra por saturación de casos resultó ser adecuada para extraer conclusiones cualitativas y sustantivas frente a la aplicación de la autoría mediata en el país. Para su mejor comprensión y análisis (y cuando la información proporcionada en la sentencia lo permitía) se exploraron los siguientes elementos: la estructura de poder a través de la cual se cometieron los crímenes (incluido su *modus operandi*), la ubicación del procesado en esta estructura, la relación concreta que se pudo probar ente el autor mediato y el delito por el cual es condenado, el tipo subjetivo por el cual se atribuye la conducta y, si la hubo, la consideración sobre la aplicación de otra forma de participación.

En primer lugar, se presentó el proceso adelantado en contra del general retirado Rito Alejo del Río. Allí, el Juzgado Octavo Penal del Circuito Especializado encontró, en primera instancia, que Del Río dirigía una estructura de poder “contubernio” formada por

la asociación entre las fuerzas militares subordinadas a él y las fuerzas paramilitares que operaban en la región. Esta asociación ilícita perseguía el objetivo de consolidar el proyecto paramilitar y lograr la victoria militar del ex General a través de la comisión de delitos en contra de todas aquellas personas que fueran catalogadas como guerrilleras. En este caso, la responsabilidad se endilga por el asesinato cometido por miembros de grupos paramilitares en contra del señor Marino López Mena (un campesino del Chocó) en contra del señor Del Río como autor mediato y a título de dolo eventual.

En segundo lugar, se estudió la atribución de responsabilidad en el marco de la llamada parapolítica (por crímenes diferentes al concierto para delinquir). Así se encontró que los casos del ex senador Romero García y el del ex gobernador Arana Sus eran relevantes para el análisis en la medida en que la Corte Suprema de Justicia ubica a los políticos como parte de la estructura paramilitar y los encuentra responsables por los crímenes por ella cometidos. En el caso de García Romero la responsabilidad se endilga a título de autor mediato por los hechos conocidos como la masacre de Macayepo y a título de determinador por el homicidio de la señora Georgina Narváez. En el caso del ex gobernador la Corte lo encuentra responsable como determinador del homicidio Eduardo Díaz. Lo particular en estos casos es que la Corte Suprema acude a la figura de la determinación en aquellos en los que encuentra probada una orden concreta y a la autoría mediata cuando no cuenta con este elemento.

En tercer lugar, la Corte Suprema encontró responsable a Jorge Noguera como autor mediato cuando se desempeñaba como director del DAS. Según la Corporación Noguera puso el DAS al servicio del Bloque Norte de las Autodefensas Unidas de Colombia, por lo menos, en dos situaciones específicas: para la supresión o modificación de información judicial de paramilitares y para brindar información sobre líderes de izquierda o presunto guerrilleros que reposaran en la base de datos del DAS con el fin de que fueran asesinados. Esta es uno de los casos que, a juicio de la autora de esta investigación, cuenta con más debilidades en cuanto a la aplicación de la autoría mediata.

En un asunto que no ha sido decidido por la Corte Suprema todavía, pero que fue objeto de revisión en primera y segunda instancia por el Juzgado Tercero Penal de Circuito Especializado de Bogotá y por el Tribunal Superior de Distrito Judicial se encuentran los hechos conocidos como la toma y retoma del Palacio de Justicia. En esta investigación se presentó el caso del señor Alfonso Plazas Vegas, quien fue encontrado responsable en calidad de autor mediato por la desaparición forzada de dos personas (una guerrillera del M-19 y un empleado de la Cafetería del Palacio) dada su participación como comandante de la Escuela de Caballería. Este caso es de gran relevancia política y ha recibido muchas críticas en este sentido. Sin embargo, más allá de esta clase de cuestionamientos, fue útil para el análisis ya que reflejó las grandes dificultades que tiene la aplicación de la autoría mediata en aparatos de poder de carácter legal y la necesidad de diferenciar claramente entre la atribución de responsabilidad en calidad de autor mediato o como quien incumplió un deber de garante en relación con sus subordinados.

En quinto lugar, se encuentran los hallazgos de la Sala de Justicia y Paz de Tribunal Superior de Bogotá (confirmados por la Corte Suprema de Justicia) en relación con tres comandantes paramilitares que se desmovilizaron y se sometieron al procedimiento de Justicia y Paz. En estos casos la identificación de la estructura paramilitar no representa para los jueces una gran dificultad dada la labor desarrollada por la Fiscalía previamente y el entrenamiento y capacitación que han tenido estos funcionarios para entender la criminalidad en un sentido amplio, como macro criminalidad. En ellos, la atribución de responsabilidad se enmarca en órdenes generales y abstractas que líderes de la estructura ilegal daban a los mandos medios, en manos de quienes dejaban los detalles de la ejecución de los crímenes.

Por último, se presenta el caso en donde se atribuye responsabilidad a miembros del secretariado de las FARC por los hechos conocido como “El Nogal”. Aquí, se sigue la misma lógica utilizada en relación con los comandantes de grupos paramilitares: los miembros del secretariado deban órdenes generales y los mandos medios se encargaban de concretar su ejecución. Sin embargo, se diferencian en que en esta pieza judicial no se hace un análisis detallado de la estructura de las FARC o de la columna Teófilo Forero, lo que torna débil la argumentación.

Después del análisis de estos casos, se realizó una línea jurisprudencial sobre los mismos que permitió establecer las siguientes sub reglas:

- *Primera:* a pesar de ciertas variantes, desde 2010 los jueces de Colombia han implementado el modelo de la autoría mediata para judicializar a los sujetos que han cometido delitos valiéndose de su posición dentro de una estructura de poder, estatal o no.
- *Segunda:* no se ha dado un cambio drástico, en tanto se encuentran dentro de la sombra decisional de los precedentes en la medida en que mantienen los casos dentro de la concepción de la autoría, y figuras como la participación (como determinadores por ejemplo) se han dejado de lado.
- *Tercera:* son autores mediatos quienes cuentan con una jerarquía importante dentro de la estructura militar de un grupo armado (legal o al margen de la ley) y que se valen de la misma para cometer delitos. Consecuentemente, quienes no hacen parte de una estructura militar, pero cuentan con un alto grado de importancia para el mismo (como quienes pertenecen a un a la política) no son reconocidos necesariamente como autores mediatos sino también como partícipes en calidad de determinadores.
- *Cuarta:* la posibilidad de la aplicación de la autoría mediata como problema jurídico es un tema decantado. Las decisiones judiciales han apuntado a la existencia de la autoría mediata en aquellos casos en que un sujeto se valga de su posición de poder dentro de una estructura militar para cometer delitos utilizando a terceros como autores materiales.

Posteriormente, se realizaron dos ejercicios analíticos. De una parte, determinar el nivel de incorporación que los elementos de derecho penal internacional han tenido en los

casos sometidos a estudio. Allí, después de analizar cada uno de los requisitos objetivos y subjetivos se encontró que no hay una verdadera y adecuada incorporación de los elementos en la medida en que más allá de la simple enunciación, no hay un análisis y prueba concreta de la estructura de poder y de los requisitos subjetivos del tipo, pero especialmente, en relación con el ejercicio de control efectivo por parte de mandos medios y con la fungibilidad de los subordinados.

El segundo ejercicio analítico realizado fue la aplicación de la teoría a un caso hipotético en donde se atribuye responsabilidad al Secretariado de las FARC-EP por el homicidio de un ex presidente de la República. En este sentido se analizaron todos los elementos objetivos y subjetivos y se determinó que, de aplicarse correctamente esta teoría es realmente útil para abarcar criminalidad de sistema, sobre todo teniendo en cuenta las posibilidades que ofrece nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, después de estos ejercicios analíticos se realizó una aproximación crítica a la aplicación, presente y futura de este modo de atribución de responsabilidad. De donde se desprenden las consideraciones y propuestas:

1. *En relación con la utilización de la autoría mediata por aparato organizado de poder como una fórmula predeterminada.* La autoría mediata por aparatos organizados de poder no puede ser una solución única y predeterminada al problema de la atribución de responsabilidad penal cuando concurren multiplicidad de personas en la comisión de un crimen en el marco de criminalidad organizada. Esta forma de atribución de responsabilidad, a diferencia de lo que parece creerse por los operadores de justicia, es compleja y con requisitos altos de carácter probatorio. En este sentido *se propone* que sea utilizada sólo cuando -del abanico de las posibilidades dogmáticas aplicables dentro del ordenamiento- se encuentra que esta es realmente la más apropiada y pertinente en términos jurídicos y no como una pre-fórmula de análisis para solucionar los problemas que puede tener el caso sometido a decisión.
2. *En relación con la prueba de la estructura de poder detrás de la comisión de los crímenes.* La autoría mediata por aparatos organizados de poder no deber ser utilizada como una forma de suplir falencias probatorias en relación con la posibilidad de atribuir responsabilidad bajo otras formas de participación criminal. Al contrario, esta forma de atribución de responsabilidad es compleja e implica un desarrollo investigativo y probatorio profundo en relación con la estructura criminal, quienes hacen parte de ella y la ubicación concreta del procesado. En algunos casos los juzgadores han remitido a la categoría de hechos notorios o a simples señalamientos judiciales para dar cuenta de la estructura criminal y esto dificulta y debilita la aplicación de la teoría propuesta. En este sentido *se propone* que las dinámicas de investigación y judicialización de los casos complejos se incorporen adecuadamente los nuevos enfoques de investigación por contextos y patrones de actuación criminal y que se realicen los estudios a través de equipos interdisciplinarios. Si bien esta es un técnica que, como se mostró en esta tesis, ya está siendo implementada al interior de la Unidad de Análisis y Contextos y de la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía, existen otras Unidades dentro de la Fiscalía (Derechos Humanos y Derecho

Internacional Humanitario, BACRIM, Desmovilizados, por ejemplo) que no incorporan este enfoque a pesar de investigar criminalidad de sistema.

3. *En relación con la identificación y prueba del tipo subjetivo.* En el desarrollo propuesto por Roxin, había claridad absoluta sobre la necesidad de que el autor mediato por aparato organizado de poder cumpliera con todos los elementos subjetivos del tipo. Sin embargo, este aspecto ha sido descuidado por los operadores de justicia en Colombia. De hecho, sólo en algunos casos estudiados el juzgador hizo referencia explícita a este elemento, usando la categoría de dolo directo o de dolo eventual. Este elemento es particularmente problemático, tomando en cuenta, como se vio en la primera sección de este trabajo, que las estructuras de poder no responden a formas rígidas y predeterminadas y es posible que en muchos casos no se den órdenes o instrucciones concretas y claras, o que se presenten excesos en la actuación por parte de los subordinados sobre la orden o política expedida por el superior, o que como en el caso de Justicia y Paz, los superiores nieguen que ciertas conductas (como la violencia sexual) hagan parte de órdenes, instrucciones o políticas. Lo claro es que, el requerimiento frente al tipo subjetivo es, al igual que los propuestos por Roxin, uno de carácter fundamental e indispensable sin el cual no se puede atribuir la responsabilidad bajo la modalidad objeto de estudio. En este sentido *se propone*, en relación con los numerales anteriores, realizar el análisis adecuado y material de las estructuras y de sus formas de operación, y reconocer que con seguridad existirán situaciones que se salen del control de los líderes y que corresponden al ámbito interno de los subordinados. Así, no se puede pensar en la autoría mediata como una forma de hacer responsable a los superiores por todas y cada una de las acciones de los subordinados, sino aplicarla en sus justas proporciones y con los alcances que realmente tiene.
4. *En relación con la aplicación de la autoría mediata por aparatos organizados de poder en estructuras de carácter legal.* Cuando se está frente a estructuras de carácter legal que desvían su actuación frente a las funciones que deben cumplir ordinariamente, se presentan diversas problemáticas particulares. En primer lugar, y como se vio en el caso de Plazas Vega, es necesario distinguir muy bien cuál es la responsabilidad que le cabe al procesado, si por acción o por omisión. Esto dependerá, necesariamente, de los hechos considerados probados por el juzgador. Adicionalmente, existe otra discusión en relación con el carácter sostenido en el tiempo, la política o la naturaleza estructural de la organización o la violencia ejercida a través de ella. En este sentido *se propone* que se tenga en cuenta que la permanencia en el tiempo o la naturaleza estructural de la violencia no son requisitos originales de la teoría propuesta por Roxin y, por ello, no deben ser exigidos. En lo referente al elemento denominado como “política”, la situación es diferente, por cuanto, si se atiende a los desarrollos del derecho penal internacional, la política denota un nivel organizativo superior en búsqueda de objetivos ilícitos concretos, que sí tienen relación directa –de hecho están contenidos– en los requisitos inicialmente planteados por Roxin. De allí que este elemento, que en realidad no es novedoso, haga énfasis en la necesidad de que los hechos delictivos no sean actos aislados, lo que no quiere decir que no puedan cometerse en un periodo de tiempo corto.
5. *En relación con la participación de más de una estructura de poder en la comisión de los delitos.* En varios de los casos expuestos se vio como en la comisión de los

crímenes participaron no sólo una, sino dos estructuras de poder, generalmente una institución del Estado y grupos paramilitares. Frente a este fenómeno, que no fue inicialmente contemplado por Roxin, los operadores judiciales optaron por una de dos opciones: generar la ficción de una tercera organización de carácter ilegal (contubernio) o ubicar al procesado en la escala jerárquica de la organización ilegal (paramilitar). Esta tesis encuentra que estas ficciones son problemáticas en la medida en que no siempre se forman nuevas estructuras, ni sus miembros al más alto nivel son móviles entre una y otra (aunque en algunos casos sí puede llegar a tener doble membresía).

Ahora bien, sin descartar la solución que pueda tener cada caso particular, en este sentido *se propone* que se explore la posibilidad de estudiar las estructuras y su relacionamiento desde el punto de vista de entidades independientes, que se pueden relacionar de maneras determinadas y complejas. Es decir, acá se sugiere, que antes de llegar a conclusiones de difícil prueba sobre la creación de nuevas estructuras, se explore la criminalidad cometida desde el punto de vista de las relaciones entre las estructuras de poder. En este sentido, el derecho penal internacional ha avanzado en la construcción de una nueva expresión de la figura de la autoría mediata que se ha denominado como *coautoría mediata* y que a juicio de esta tesis podría ser aplicada en Colombia en la medida en que hacen parte de nuestro ordenamiento las categorías de codominio funcional del hecho y autoría mediata. Esto, reconociendo, por supuesto, que esta es una construcción novedosa y que tiene algunos puntos que deben ser desarrollados y aplicados de mejor manera a la de los tribunales internacionales. Esta tesis propone rescatar la idea de que en la criminalidad organizada no siempre es necesario identificar una *única* estructura de poder, sino que el análisis puede ser carácter relacional entre dos o más de ellas.

6. *En relación con la aplicación de la autoría mediata en el sistema nacional.* Del análisis realizado se identificó que si bien la autoría mediata ha sido aceptada recientemente como un modo de atribución de responsabilidad, su aplicación concreta no ha sido satisfactoria. De lo estudiado se vio que se tienen serias debilidades sobre dos elementos concretos: el control que puede ejercer un superior intermedio y la fungibilidad de los subordinados. En este sentido *se propone* que en la aplicación posterior de la teoría estos dos requisitos que han adolecido de un análisis pobre, se estudien y prueben de manera más profunda y concreta por parte de los operadores de justicia.
7. *En relación con los factores políticos que intervienen en el análisis jurídico.* Dado que esta es una teoría diseñada especialmente para poder atribuir responsabilidad a personas poderosas – a los máximos responsables- y teniendo en cuenta que la persecución de estos líderes hace parte expresa de la política criminal colombiana, los operadores judiciales no pueden dejar de lado el carácter politizado de estos procesos. Ahora bien, tener conciencia de esta situación debe llevar a diferenciar claramente los argumentos de carácter jurídico, aquellos de carácter político y aquellos de necesidad en relación con resultados frente a una política de persecución de máximos responsables. Es evidente que estas tres clases de argumentos convergen de una u otra manera al debate que se da en algunos de los casos estudiados. Esta tesis propone que al momento de identificar el grado de participación criminal se consideren los hechos debidamente probados y los argumentos jurídicos frente al problema planteado. Los argumentos políticos no

deben tenerse en cuenta al momento de tomar una decisión jurídica. Esto lleva al respeto de los presupuestos y principios sobre los cuales descansa la construcción de la autoría en el derecho colombiano.

8. *En relación con la aplicación futura de la teoría a máximos responsables de grupos de guerrilla.* Como se vio en el análisis acá realizado la teoría de la autoría mediata podría ser aplicada para atribuir responsabilidad a miembros del Secretariado que se desmovilicen en el marco de un acuerdo de paz con el Gobierno Nacional y que se sometan a un proceso de judicialización de las conductas cometidas a través del grupo subversivo. En este sentido *se propone* no sólo que los operadores de justicia apliquen esta teoría, sino que tomen los correctivos necesarios para no repetir los errores identificados en el pasado, y que la misma sirva, no sólo para la atribución de responsabilidad sino para facilitar que se devede el funcionamiento real de las estructuras, sus dinámicas internas y externas, el papel real que tuvieron allí los máximos responsables y sus subordinados, el *modus operandi* de este grupo subversivo y los fenómenos de victimización que produjeron. Esto ayudaría no sólo a tener una comprensión más realista del conflicto armado colombiano, sino también a garantizar de mejor manera el derecho de acceso a la justicia y a la verdad de las víctimas de esta estructura subversiva.

# Bibliografía

## Doctrina

- Aguirre X., *Prosecuting the Most Responsible for International Crimes: dilemmas of Definition and Prosecutorial Discretion*. No tiene publicación oficial.
- André Nollkaemper and Harmen van der Wilf (ed.) *System Criminality in International Law* (Cambridge University Press, 2009)
- Angermaier C., *Case selection and prioritization criteria in the work of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* en Jhonson L. *Ten Years Later: Reflecting on the Drafting* (Journal of International Criminal Justice 2, 2004)
- Ambos K., *Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder* (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998)
- Ambos K., *Article 25. Individual Criminal Responsibility*, en O Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (Baden-Baden Nomos, 1999)
- Ambos K., *Command Responsibility and Organisationsherrschaft: ways of attributing international crimes to the "most responsible"* en Nollkaemper A. y Van der Wilf H. (ed.), *System Criminality in International Law* (Cambridge University Press, 2009)
- Ambos K., *Introducción y resumen comparativo en GIZ, Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales, Un estudio comparado*, (GIZ, Bogotá, 2011)
- Ambos, K., *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder* (Universidad Externado de Colombia, Cuadernos de conferencias y artículo No. 20)
- Ambos K. (coordinador), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente, un estudio comparado* (segunda edición, GTZ, Colombia, 2009)
- Ambos K., *La parte general del derecho penal internacional: bases para una elaboración dogmática* (traducción de Ezequiel Malarino, Konrad-Adenauer-Stiftung, Uruguay, 2005)
- Ambos K., *Article 25. Individual Criminal Responsibility* en Triffterer O., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (Baden-Baden-Nomos, 1999)
- Ambos K., *El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas* (InDret, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, 2012)
- Aponte A., Observaciones al documento guía y presupuesto de elaboración del protocolo. Programa presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Proyecto Lucha Contra la Impunidad –PLCI, Consultoría especializada para la elaboración de un protocolo para el reconocimiento de

- casos de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, con énfasis en el homicidio a persona protegida (Ref. TORS002-P10-V2.1)
- Ambos K., y Grammer C., *Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Kasemann* (12 Revista Penal, 2003)
- Baumann, Weber y Mitsch, *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (Gieseking Verlag., Bielefeld, 1995)
- Bruera, *Autoría y dominio de la voluntad a través de los aparatos organizados de poder* (Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales, homenaje a Claus Roxin, Córdoba, Lerner y La Lectura, 2001).
- Bardón, *Autoría mediata en derecho penal* (Tirant monografías, Valencia, 2000)
- Bergsmo M. y Saffón M., *Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales centrales?* en *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales, Un estudio comparado*, (GIZ, Bogotá, 2011)
- Blum C., Magarrell L., y Wierda M., *Criminal Justice for Criminal Policy. Prosecuting Abuses of Detainees in U.S. Counterterrorism Operations* (International Center for Transitional Justice, November, 2009)
- Bottke, *Estructura de la autoría en la comisión y en la omisión como requisito para la construcción de un sistema de derecho penal de la comunidad europea* (Trad. Por Mirentxu Corcoy Bidasolo) en *Fundamentos De Un Sistema Europeo Del Derecho Pena* (J. M. Bosch, Barcelona, 1995)
- Crane D., *White Man's Justice: Applying International Criminal Justice After Regional Third World Conflicts* (Cardozo Law Review 27, 2005-2006)
- Cryer R., *Prosecuting the Leaders: Promises, Politics and Paracticalities* (Göttingen Journal of International Law 1, 2009)
- Cassese A., *International Criminal Law* (Oxford University Press, Oxford, 2003)
- De Toledo y Ubieta E., *La autoría conforme al Código Penal* (La Ley, Tomo de jurisprudencia, 2000)
- Degenne A, y Forsé M., *Introducing Social networks* (Sage Publications, Londres, 1999)
- De Prada Solaesa J., *Crímenes de Derecho Internacional. Crímenes contra la humanidad* en Olásolo H., y Cuenca S., *Perspectiva Iberoamericana sobre la Justicia Penal Internacional* (Volumen I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012)
- Del Ponte C., *Investigation and Prosecution of Large-scale Crimes at the International Level* (4 *Journal of International Criminal Justice*, 2006)
- Ebert, *Derecho Penal, Parte General* (2ed., Heidelberg. Plan Schaeffers, Müller, Jur. Quit., 1993)
- Díaz y García Conlledo M., *La autoría en Derecho penal* (Leyer, Bogotá, 2009)
- Garay L. y Salcedo E., *Redes ilícitas y reconfiguración de estados, el caso Colombia* (Fundación Vortez, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Bogotá, 2012)
- Gómez O., *Participación criminal* (Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2004)

- Gimbernat A., *Autor y Cómplice en el Derecho Penal* (Universidad de Madrid, Madrid, 1966)
- Harrys, *Tyranny on Trial* (Southern Methodist University Press, Dallas, 1999)
- Hernández P., *La Autoría mediata en derecho penal* (Estudios de Derecho Penal, N° 2, Comares, Granada, 1996)
- Herzberg, *Täterschaft Und Teilnahme* (C. H. Beck, München, 1977)
- Hirsch, *Acerca de los límites de la autoría mediata* (trad. por Esteban Sola Reche y Michele Klein) en *Presupuestos para la reforma penal* (Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna, 1992)}
- Huber, *Die Mittelbare Täterschaft Beim Gemeinen Vorsätzlichen Begehungsdelikt* (N° 26, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1995)
- Jakobs, *Derecho Penal, Parte General* (Trad. Por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995)
- Jakobs G., *Derecho Penal, Parte General, Fundamento y Teoría de la Imputación* (2ed. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997)
- JOACHIM H, *La Polémica En Tono de la Acción y de la Teoría del Injusto en la Ciencia Penal Alemana*, (UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, Bogotá 1993)
- Kühl, *Derecho Penal, Parte General* (Vahlen, Munich, 1994)
- Maurach, *Tratado de Derecho Penal* (Ariel, Barcelona, 1962) pág 308
- Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*,
- Mezger E., *Tratado de Derecho Penal, Vol II* (Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957)
- Muñoz F., *¿Cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?* (Revista de Derecho Penal 9/62)
- Muñoz F. y García M., *Derecho Penal. Parte General* (5ª Edición, Tirant Lo Blanch, 2002)
- Ohlin J., *Second-Order Linking Principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability* (Leiden Journal of International Law, Marzo 2012)
- Orsi O., *Sistema Penal y crimen organizado: Estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto* (Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007)
- Olásolo H., *Essays on International Criminal Law* (Hart Publishing, Oxford and Portland, 2011)
- Olásolo H., *Los primeros casos a nivel internacional de la aplicación autónoma del concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder: los casos contra Omar Al Bashir, Muammar Al Gaddafi y Abdullah Al-Senussi en Ensayos de Derecho Penal y Procesal Internacional* (Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 2011)
- Olásolo H., *Tratado de Autoría y Participación en el Derecho Penal Internacional* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013)
- Olásolo H., *Joint Criminal Enterprise and its Extended Forms: a Theory of Co-Perpetration Giving Rise to Principal Liability, a Notion of Accessorial Liability or a Form of Partnership in Crime?* (20 Criminal Law Forum, 2009)
- Olásolo H., *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes* (Hart Publishers, London, 2009)
- Karnavas M., *Joint Criminal Enterprise at the ECCC: A Critical Analysis of the Pre-Trial Chamber's Decision Against the Application of the JCE III and Two Divergent Commentaries on the Same* (21 Criminal Law Forum, 2010)

- Kelman H. and Hamilton L., *Crimes of Obedience: Toward a Social Psychology of Authority and Responsibility* (University Press, New Haven and London, 1989)
- Kelman H., *The policy context of international crimes* en Nollkaemper A. y Harmen Van der Wilf (ed.), *System Criminality in International Law* (Cambridge University Press, 2009)
- Ripollés L., *Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal, El sistema de responsabilidad en el nuevo Código Penal* (Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996)
- Röling B., *The significance of the laws of war* en Cassese A. (ed.) *Current Problems of International Law: Essays on UN Law and on the Law of Armed Conflict* (Dott A. Giuffrè, Milán, 1975)
- Roxin C., *Crimes as Part of Organized Power Structures* (Journal of International Criminal Justice, Oxford University Press, Marzo, 2011)
- Roxin C., *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (6ª Edición, Cuello J. y Serrano J traductores, Marcial Pons, 1998)
- Roxin C., *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (6ed, Marcial Pons, Madrid, 1998)
- Sanchez-Ostiz P., *Fundamentos de Política Criminal. Un retorno a los principios* (Marcial Pons, Madrid, 2012)
- Sancinetti M., *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción* (Buenos Aires, Hammurabi, Buenos Aires, 1991)
- Suárez A., *Autoría* (3ª Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011)
- Schroeder, *Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, (Dunckler & Humbolt, Berlín, 1965)
- Socha J., *Concurso de personas en el delito* (Revista No. 26, Corte Suprema, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 2008)
- Toledo y Ubieto E., *La autoría conforme al Código Penal*, en *El nuevo derecho penal español, Estudios penales en memoria de José Manuel Valle Muñiz*,
- Velásquez F., *Manual de derecho penal, parte general* (3ª Edición, Comlibros, Bogotá, 2007)
- Velásquez F., *Los líderes paramilitares: ¿Autores mediatos por medio de aparatos criminales organizados de poder?* (Revista de Derecho Penal, 2011-1, Imputación, causalidad y ciencia-III)
- Velásquez F., *Los aparatos criminales organizados de poder* (Cuadernos de Derecho Penal, No. 4, 2010)
- Velásquez F., *Manual de derecho penal, parte general* (3rd Edn, Comlibros, Bogotá, 2007)
- Van Sliedregt E., *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law* (TMC Asser Press, La Haya, 2003)
- Welzel H., *Derecho Penal Alemán. Parte General* (3ª Edición castellana, Bustos J y Yáñez S traductores, Jurídica, Chile, 1987)
- Welzel H., 'Zur Kritik der subjektiven Teilnahmelehre', *Süddeutsche Juristen-Zeitung* (1947)

Welsels, *Derecho penal, parte general: El Crimen y su estructura*, (Müller Verlag, Heidelberg, 27, Neubearb Aufl, 1997).

Werle G., *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005)

W. Gallas, 'Täterschaft und Teilnahme', in *Materialien zur Strafrechtsreform*, Vol. 1, *Gutachten der Strafrechtslehrer* (1954) 121-153, at 134.

### **Instrumentos internacionales**

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Rule-of-Law Tools for Post-Conflict States, Prosecution Initiatives*, HR/PUB/06/4, 2006

Oficina de la Fiscalía de la CPI, *Paper on Some Policy Issues before the Office of the Prosecutor*, septiembre de 2003.

CPI, Office of the Prosecutor (OTP-ICC), *Situation in Colombia, Interim Report*. Noviembre de 2012.

### **Regulaciones administrativas nacionales e internacionales**

Fiscalía General de la Nación, Directiva 0001 de 4 de octubre de 2012, *Por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación*.

ICC, *Regulations of the Office of the Prosecutor*, ICC-BD/05-01-09, 23 April 2009, Official Journal Publication

### **Jurisprudencia**

#### **Corte Constitucional de Colombia**

Corte Constitucional, sentencia C-936 de 23 de noviembre de 2010. M.P. Luis Vargas Silva

Corte Constitucional, sentencia C-365 de 16 de mayo de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt

Corte Constitucional, sentencia C-179 de 1997, M.P. Clara Inés Vargas

Corte Constitucional, sentencia C-228 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra

Corte Constitucional, sentencia C-365 de 16 de mayo de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt

Corte Constitucional, sentencia C-616 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

Corte Constitucional, sentencia C-928 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería

Corte Constitucional, sentencia C-239 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz

#### **Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal de Colombia (CSJ-SCP)**

CSJ-SCP, radicado 20.218 de 26 de noviembre de 2003. M.P. Marina Pulido de Barón

CSJ-SCP, radicado 23.825 de 7 de marzo de 2007. M.P. Javier Zapata Ortiz

CSJ-SCP, radicado 29.991 de 2 de septiembre de 2009

CSJ-SCP, radicado 32.805 de febrero 23 de 2010.

CSJ-SCP, radicado 28.540 de 18 de noviembre de 2009

CSJ-SCP, radicado 32.672 de 3 de diciembre de 2009.

CSJ-SCP, radicado 32.000 de 14 de septiembre de 2011

#### **Otros juzgadores colombianos**

Juzgado Octavo Penal del Circuito Especializado, radicado 2009-063, 23 de agosto de 2012.

Juzgado Octavo Penal del Circuito Especializado de Bogotá, radicado 2005-0005-00 de

28 de noviembre de 2008.

Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Bogotá, radicado 11001320700320080002500, 9 de junio de 2010

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, radicado 110010704003200800025 09 de enero de 2012.

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, radicado 2006 80281 de \_\_\_\_.

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, radicado 110016000253200782701 de 16 de diciembre de 2011.

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, radicado 110016000253-200681366 de 7 de diciembre de 2011.

### **Otras jurisdicciones nacionales**

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, dictada el 9 de diciembre de 1985, también conocido como el juicio a las Juntas Militares en Argentina o Causa 13.

Corte Suprema del Perú, en sentencia del 7 de abril de 2009, proferida contra Alberto Fujimori

### **Tribunal Penal Internacional para Ruanda**

ICTR, *Prosecutor v. Rutaganda*, Trial Chamber judgment, ICTR-96-3-T, 6 Diciembre 1999

ICTR, *Prosecutor v Ntakirutimana*, Judgment, ICTR 96-10, 21 Feb 2003.

ICTR, *Prosecutor vs Ntakirutimana*, Appeals Chamber Judgment, ICTR-96-10-A, diciembre 13 de 2004

ICTR, *Prosecutor vs. Simba*, Judgment, ICTR-01-76-T, diciembre 13 de 2005

ICTR, *Prosecutor vs. Gacumbitsi*, Appeals Chamber Judgment, ICTR-2001-64-A, julio 7 de 2006

ICTR, *Prosecutor vs Gatete*, Judgment, ICTR-00-61-T, marzo 31 de 2011

ICTR, *Prosecutor vs Akayesu*, ICTR-96-4-T, septiembre 2 de 1998.

ICTR, *Prosecutor vs. Musema*, ICTR-96-13-A, enero 27 de 2000.

### **Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia**

ICTY, *Prosecutor v. Milomir Stakic*, Trial Chamber II judgment, IT-97-24-T, 31 Julio 2003

ICTY, *Prosecutor vs Tadic*, Appeals Chamber Judgment, ICTY-94-1-A de 15 de julio de 1999.

ICTY, *Prosecutor vs Kordic*, Judgment, ICTY-95-14/2-T de 26 de febrero de 2001

ICTY, *Prosecutor vs Krstic*, Judgment, ICTY-98-33-T de 2 de agosto de 2001

ICTY, *Prosecutor vs Kmojelac*, Appeals Chamber Judgment, ICTY-94-1-A, julio 15 de 1999

ICTY, *Prosecutor vs Vasiljevic*, Appeals Chamber Judgment, ICTY-98-32-A, febrero 25 de 2004

ICTY, *Prosecutor vs Blaskic*, Appeals Chamber Judgment, ICTY-95-14-A, julio 29 de 2004

ICTY, *Prosecutor vs Kvočka et. al*, Appeals Chamber Judgment, ICTY-98-30/1-A, febrero 28 de 2005

- ICTY, *Prosecutor vs Krajisnik*, Appeals Chamber Judgment, ICTY-00-39-A, marzo 17 de 2009
- ICTY, *Prosecutor vs Dordevic*, Judgment, ICTY-IT-05-87/1-T, febrero 23 de 2011
- ICTY, *Prosecutor vs Gotovina, et.al.*, Judgment, ICTY-IT-06-90-T, abril 15 de 2011
- ICTY, *Prosecutor vs Kordic and Cerkez*, IT-95-14/2-A, diciembre 17 de 2004.
- ICTY, *Prosecutor vs. Kunarac et al*, IT-96-23 & IT-96-23/1-A, junio 12 de 2002.
- ICTY, *Prosecutor vs Tadic*, IT-94-1-T, mayo 7 de 1997
- ICTY, *Prosecutor vs Kordic and Cerkez*, IT-95-14/2-A, diciembre 17 de 2004
- ICTY, *Prosecutor vs Kordic and Cerkez*, IT-95-14/2-A, diciembre 17 de 2004.
- ICTY, *Prosecutor v. Blagojevic and Jokic*, IT-02-60-T, enero 17 de 2005.
- ICTY, *Prosecutor v Stakić*, Trial Chamber II, Judgment, ICTY-97-24-T, 31 July 2003.
- ICTY, *Prosecutor v Milomir Stakić*, Appeals Chamber, Judgment, ICTY-97-24-A, 22 March 2006.
- ICTY, *Prosecutor v Hadzihasanovic*, Judgment, ICTY-01-T, marzo 15 de 2006.
- ICTY, *Prosecutor v Halilovic*, Judgment, IT-01-48-T, noviembre 16 de 2005.
- ICTY, *Prosecutor v Blaskic*, Appeals Chamber Judgment, ICTY 95-14-A, 29 Jul 2004

### **Corte Penal Internacional**

- ICC, *Prosecutor vs Lubanga*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/06-803, enero 29 de 2007
- ICC, *Prosecutor vs. Lubanga*, Judgment, ICC-01/04-01/06-2842, marzo 14 de 2012.
- ICC, *Prosecutor vs Katanga y Ngudjolo*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07, septiembre 30 de 2008.
- ICC, *Prosecutor vs Bemba*, Pre-Trial Chamber II Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/05-01/08-424, junio 15 de 2009
- ICC, *Prosecutor vs Bemba*, Pre-Trial Chamber II Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Jean Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, 15 June 2009.
- ICC, *Prosecutor vs Al Bashir*, Pre-Trial Chamber I, Warrant of Arrest Decision, ICC-02/05-01/09-3, Marzo 04 de 2009.
- ICC, *Prosecutor vs Banda y Jerbo*, Corrigendum of the "Decision on the Confirmation of the Charges, ICC-02/05-03/09-121-RED, marzo 8 de 2011.
- ICC, *Prosecutor vs M Gadaffi, S Gadaffi y Al Senuss*, Decision on Prosecutor's application pursuant to article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar Gadaffi, Saif Al-Islam Gadaffi and Abdullah Alsenussi, ICC-01/11-12, junio 27 de 2011.
- ICC, *Prosecutor vs Katanga y Ngudjolo*, Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07, septiembre 30 de 2008
- ICC, *Prosecutor vs Ruto, Kosgey y Sang*, Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/09-01/11-373, enero 23 de 2011