

**LA AUTORÍA MEDIATA EN ESTRUCTURAS DE PODER: UNA
APROXIMACIÓN DE LA APLICACIÓN EN COLOMBIA**

SANDRA ISABEL MÉNDEZ PAZÚ



**CORPORACIÓN UNIVERSITARIA AUTÓNOMA DEL CAUCA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
PROGRAMA: DERECHO.
POPAYÁN
2016**

**LA AUTORÍA MEDIATA EN ESTRUCTURAS DE PODER: UNA
APROXIMACIÓN DE LA APLICACIÓN EN COLOMBIA**

SANDRA ISABEL MÉNDEZ PAZÚ

**Trabajo de grado presentado como requisito
parcial para optar al Título de ABOGADO**

**Director de Tesis:
Doctor
CARLOS AUGUSTO BENAVIDES HOYOS**

**CORPORACIÓN UNIVERSITARIA AUTÓNOMA DEL CAUCA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
PROGRAMA: DERECHO.
POPAYÁN
2016**

NOTA DE ACEPTACIÓN

Director

Jurado

Jurado

Popayán, Octubre de 2016

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	7
CAPITULO I. PROBLEMA	9
1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	9
1.2 FORMULACIÓN DE LA PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN	11
1.3 JUSTIFICACIÓN	11
1.4 OBJETIVOS	13
1.4.1 Objetivo General.....	13
1.4.2 Objetivos Específicos	13
1.5 METODOLOGÍA.....	13
CAPITULO II. MARCO TEORICO O REFERENTE CONCEPTUAL.....	15
2.1 ANTECEDENTES	15
2.1.1 El estado y la legalidad.....	19
2.1.2 Doctrina de la Autoría.....	23
2.1.2.1 Autor unitario	23
2.1.2.2 Autor extensivo.....	23
2.1.2.3 Autor restrictivo.....	23
2.2 TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO.....	24
2.2.1 Autor directo	25
2.2.2 Autor mediato	25
2.2.3 Coautoría.....	27
2.2.4 Participación	28
2.2.5 Determinador o instigador	28
2.2.6 Cómplice	29
2.3 BASES TEÓRICAS	29
2.3.1 Empresa criminal.....	29

2.3.2	Command responsibility o teoría de la responsabilidad del superior...	31
2.4	TEORÍA DE CLAUSS ROXÍN	31
2.4.1	Requisitos de la teoría de Roxín.....	33
2.4.1.1	El dominio de la organización por autores mediatos	33
2.4.1.2	La desvinculación del Ordenamiento Jurídico	34
2.4.1.3	La fungibilidad de los autores mediatos	35
2.4.1.4	La considerable elevada disponibilidad de hecho del autor	36
2.5	BASES LEGALES EN COLOMBIA	37
2.6	BASES LEGALES INTERNACIONALES	40
CAPITULO III. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DE LA TEORÍA EN COLOMBIA		42
3.1	LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA.....	42
3.1.1	Aplicación de la figura de autoría mediata: caso ex gobernador de Sucre- Colombia –Salvador Arana Sus	43
3.1.2.	Aplicación de la autoría mediata: caso ex director del departamento administrativo de seguridad Jorge Aurelio Noguera Cotes	44
3.1.3.	Aplicación de la autoría mediata: caso coronel retirado del Ejército Nacional de Colombia –Luis Alfonso Plazas Vega	46
3.1.4.	Aplicación de la autoría mediata: caso del postulado Guillermo Pérez Alzáte	52
3.1.5.	Aplicación de la autoría mediata: caso del postulado Edgar Ignacio Fierro Flores.....	56
3.1.6.	Aplicación de la autoría mediata: caso de Rito Alejo Del Rio Rojas	57
CAPITULO IV. JURISPRUDENCIA EN TRIBUNALES INTERNACIONALES		60
4.1	CASO DE ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI	60
4.2	CASO DE LAS JUNTAS MILITARES ARGENTINAS.....	61
4.3	CASO ABIMAEEL GUZMÁN REYNOSO	62
4.4	JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR ALEMÁN	64
4.5	JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA TPYP. CASO STAKIC.....	64
4.6	JURISPRUDENCIA EN EL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA RUANDA CASO OMAR AL BASHIR	65

CAPITULO V. CONCLUSIONES67
BIBLIOGRAFÍA.....69

INTRODUCCIÓN

Este artículo presenta un análisis de la aplicación en Colombia de la autoría mediata por el dominio del hecho sobre estructuras organizadas de poder, teniendo en consideración como la doctrina internacional ha influido en el desarrollo de este instituto en la jurisprudencia nacional, sobre todo con la teoría de Roxin (2000), presentada en 1963 en su obra *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, denomina “autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder”.

Plantear que el surgimiento de la figura jurídica fue elaborado hace poco más de 50 años, es buscar su génesis en el debate de la problemática que lo inspiró, por cuanto, la estructuración de la misma desde ese entonces hasta el presente, ha generado una serie de contrapuestas respecto de su aplicación.

Encuentra, así, una vigencia doctrinaria y judicial, permitiendo la eliminación de la dogmática jurídica de las tradicionales formas de realizar la conducta punible y de percibir la participación en la conducta antijurídica, como únicas alternativas de ejecutarlas, para enfrentarnos a una nueva concepción de autoría delincinencial, en la cual el hombre que actúa desde atrás, no necesariamente para tener el dominio del hecho, lo puede hacer utilizando a otro como instrumento, sino usando igualmente como instrumento para ello un aparato organizado de poder, actuando desde el escritorio, escondido, asolapado, agachado, pero ostentando ciertas características, concretadas en el dominio de la organización, la fungibilidad de los ejecutores materiales y la desvinculación del derecho del aparato.

Al desatarse una avalancha de polémicas y tendencias para su aplicación, valorándola y desvalorándola en el contexto doctrinario, al ser considerado el concepto de autor desde otros diferentes puntos de vista; surge ahora la imperiosa necesidad de deliberar sobre su importancia y aplicación en éste contexto,

especialmente para el ámbito de Colombia, dadas las condiciones de conflicto armado que se vive en nuestro país, cuyos protagonistas corresponden a diversas estructuras organizadas de poder: guerrillas, autodefensas, bandas criminales, oficinas de cobro, narcotráfico, transnacionales de drogas, tráfico de personas, casas de pique, pandillas, delineadoras de fronteras invisibles, empresas de sicarios, delincuencia común y otras, que sistemáticamente viene perpetrando crímenes atroces desencadenantes de violaciones a los derechos humanos, que seguramente van a quedar en la impunidad por la dificultad de su juzgamiento y más aún, no se les pueda dar la trascendencia penal pertinente a quienes están al mando o tienen la dirigencia de las mismas, pues no es suficiente predicar que ostentan cierto grado de coparticipación criminal, que condenar como autores mediatos por el dominio de estructuras organizadas de poder, o, más aún absolverlos por no lograr imputar responsabilidad penal a los superiores por hechos de los subordinados, es decir, tanto a quien ha ejecutado el hecho de propia mano como a quien no lo ha hecho y se encuentra vinculado al mismo, en virtud de su pertenencia, con cierto poder de mando, al aparato organizado de poder.

Por todo lo anterior se torna indispensable conocer los aspectos relevantes de la tesis “roxiniana” de la autoría mediata por el dominio del hecho a través de aparatos organizados, para deducir sí hay una regulación interna vigente o sí está siendo implementada a través de la tendencia jurisprudencial emitida por los jueces de la República o por la máxima autoridad de la jurisdicción penal en su órgano de cierre, cual es la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación.

1 CAPITULO I. PROBLEMA

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Según Crossman (1983), el modelo de sociedad moderna, ha sido edificado con el desarrollo de las ideas liberales, que se hicieron relevantes a partir del siglo XIX en el continente europeo, surgidas de la transformación económica, social y tecnológica que se inició en la segunda mitad del siglo XVIII en Gran Bretaña, impulsadas por la industrialización. La forma de organización social con base en tal patrón de desarrollo fue el que se identificó como Estado-liberal.

Para Parsons (1976), el Estado-liberal entonces, adquiere como función el control de la colectividad, convirtiéndose desde ahí, en el monopolizador de la creación de normas jurídicas, para evitar la desviación de conductas anti sociales, haciendo del derecho penal, un instrumento de control social (Modelo parsoniano).

Así adquiere relevancia la dogmática penal, por ser la encargada de visualizar la forma de vinculación del ser humano en la conducta alejada de lo normal, haciendo de la autoría uno de los temas de mayor connotación para la dogmática contemporánea al precisar que la comisión del delito, implica para los juzgadores la obligación de establecer el grado de participación del autor en el comportamiento desviado, surgiendo así, las posturas que la dibujan: autoría directa cuando hay dominio de la acción, autoría mediata, al darse el dominio de la voluntad, y coautoría cuando hay dominio funcional.

Dentro de ese marco se expone otro tipo de autoría: la mediata por el dominio del hecho sobre estructuras organizadas de poder, que tiene como soporte la teoría de Roxín (2000), expuesta en 1963 en su obra “Autoría y Dominio del Hecho en

Derecho Penal”, en la figura que denomina Autoría Mediata en Virtud de Aparatos Organizados de Poder, encontrando una vigencia doctrinaria y judicial, pues con su posición se eliminan las tradicionales formas de realizar la conducta punible y de percibir la participación en la conducta antijurídica, como únicas alternativas de ejecutarlas, apareciendo una nueva concepción de autoría delincencial, en donde el hombre que actúa desde atrás, no necesariamente para tener el dominio del hecho, lo puede hacer utilizando a otro como instrumento, sino usando igualmente como instrumento un aparato organizado de poder, al desplegar su rol delincencial desde el escritorio, pero con algunas características como el dominio de la organización, la fungibilidad de los ejecutores materiales y la desvinculación del derecho del aparato.

En Colombia el tema de la autoría se abordó en el derogado C.P de 1980, Decreto Ley 100 de 1980, que consagraba como formas, la directa y la coautoría; así:

- ✓ La autoría: Artículo 23. “Autores. El que realice el hecho punible o determine a otro a realizarlo incurrirá en la pena prevista para la infracción”.

En el actual Código Punitivo de nuestro país, Ley 599 de 2000, se complementa la teoría del dominio del hecho: autoría directa, coautoría y autoría mediata. Al efecto el Artículo 29, describe que “es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento”, o sea el autor directo y el mediato, respectivamente y podrá haber coautoría. Pero este último autor mediato, debe actuar desconociendo el injusto de su comportamiento o conociendo la antijuridicidad de su acción, pero fue sometido a fuerza insuperable para que realice la comisión del delito.

Desde los planteamientos antes exteriorizados, surge la necesidad de deliberar sobre la aplicación en el ámbito jurídico colombiano, de la figura de Roxín (2000), antes mencionada, porque no se encuentra actualmente codificada en la

legislación interna y aun así, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, la trata en diferentes sentencias, llegando incluso a condenar por ese motivo, aplicación que llama poderosamente nuestra atención.

1.2 FORMULACIÓN DE LA PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

La monografía se encamina a responder esta inquietud: ¿la aplicación de la figura de la autoría mediata en estructuras organizadas de poder expuesta por Roxín, por parte del máximo órgano de la justicia penal colombiana, viola el principio de legalidad desarrollado en el Artículo 29 de la Constitución Política de Colombia y 6 del Código Penal?

1.3 JUSTIFICACIÓN

La investigación acerca de la aplicación de la figura de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en Colombia, se impone merced al incremento de delitos cometidos por miembros o personas que dentro de una organización ocupan una posición jerárquica, la cual los hace penalmente responsables de ordenar la ejecución de los mismos.

La influencia tanto nacional como internacional que esta figura ha alcanzado en las últimas décadas se debe al alto índice de criminalidad presentado bajo esta modalidad.

Si bien es cierto que la Legislación Colombiana no establece la forma como deben responder los superiores jerárquicos en un aparato organizado de poder respecto de delitos cometidos por sus subordinados, también lo es el auge de

organizaciones criminales, a partir de los años 80, que desataron una gran oleada de violencia cuya mayoría de víctimas provienen de la población civil.

Por razón de lo anterior, la misión del aparato judicial es juzgar teniendo como norte imprescindible la jurisprudencia y doctrina a los denominados “autores de atrás”, por delitos cometidos por personas que no actúan de manera individual y libre, pues hacen parte de una estructura organizada horizontalmente, por lo cual no tienen ni voz ni voto.

Y aunque hoy en día en Colombia no se vive esa desastrosa, y horrorosa época de los años 80, al punto del que nos encontramos ad portas de sellar la paz, resulta de gran importancia la aplicación de la figura de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, para juzgar a los jefes de los grupos que hacen parte de los diálogos, en orden a evitar que haya impunidad por parte del Estado.

El Artículo 28 de la Ley 599 de 2000 Código Penal, establece que para la realización de la conducta punible concurren autores y partícipes.

A su vez el Artículo 29 de la mencionada Ley, describe que “autor es quien realice la conducta punible de forma directa o usando como instrumento a otra persona”, señalando a este último como el autor mediato.

Teniendo en cuenta lo anterior, se dice que quien actúa como instrumento puede hacerlo de manera consciente y voluntaria respecto a la ejecución de la conducta punible, pero a la vez desconociendo totalmente las razones que lo llevan a actuar de manera violenta contra otros y nunca se tiene en cuenta al autor mediato a través de un aparato organizado de poder.

1.4 OBJETIVOS

1.4.1 Objetivo General

Establecer a partir de la dogmática penal internacional, la Legislación Nacional, y la línea jurisprudencial interna la aplicación en Colombia de la autoría mediata en organizaciones de poder expuesta por Roxín (2000).

1.4.2 Objetivos Específicos

1. Examinar los antecedentes generales y marco teórico de la figura dogmática de autoría mediata en organizaciones de poder.
2. Estudiar la legislación nacional, relacionada con la autoría.
3. Interpretar la utilización de la figura de autoría mediata en estructuras organizadas de poder a través de la línea jurisprudencial emitida por la Corte Suprema de Justicia.
4. Mostrar la tendencia de la jurisprudencia en tribunales internacionales, para la aplicación de la autoría mediata en organizaciones de poder.

1.5 METODOLOGÍA

Con el fin de avanzar y desarrollar los objetivos propuestos, el tipo de investigación es eminentemente descriptiva, en tanto se procederá a recolectar información contenida en libros de autores reconocidos para someterla a un análisis muy riguroso, y así perfilar las conclusiones que hagan referencia al objeto base de estudio.

Para la obtención de datos precisos sobre el tema seleccionado, se realizará un cuestionario para trabajo documental, con el fin de analizar las diferentes variables en las cuales se acoge y rechaza la teoría de autoría mediata, análisis e interpretación que se hará de manera cualitativa.

Para continuar con el desarrollo de la investigación acudiremos al Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000, y a la jurisprudencia Colombiana, a las sentencias emitidas en los casos del ex director del Departamento Administrativo y de Seguridad (Das) Jorge Noguera Cotes, del ex senador Álvaro Alfonso García Romero, sentencia emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, y Edgar Ignacio Fierro, entre otros procesos, en los cuales se hace referencia a la figura de autoría mediata en aparatos de poder organizado.

De igual manera se tendrá en cuenta la tesis planteada por el profesor Roxín (2000), en la obra Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal.

Dentro de la misma investigación analizaremos las diferentes sentencias emitidas por los tribunales internacionales referentes a la figura de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder.

Los casos anteriormente mencionados y algunos otros que no fueron plenamente expuestos en el contenido anterior son aquellos en los cuales el fallador ha implementado la figura de la teoría de autoría mediata en aparatos organizados de poder para condenar a los superiores jerárquicos por delitos cometidos por sus subordinados, quienes no actúan de manera individual, pues cumplen órdenes impartidas por el denominado “hombre de atrás”.

2 CAPITULO II. MARCO TEORICO O REFERENTE CONCEPTUAL

2.1 ANTECEDENTES

Cuello (1974:15), dice que desde la antigua Roma hasta el día de hoy, todas las sociedades han contado con un régimen de penas, las cuales han sido establecidas para proteger a la sociedad de los delincuentes, o de lo que se ha considerado no aceptado socialmente, para que el ofendido entienda que cuando se le impone al sujeto activo una pena se está retribuyendo en cierta forma su dolor, o bien sea para que el infractor se rehabilite. Una organización social sin penas que la proteja no es concebible.

En la antigüedad se carecía de una doctrina general sobre el concurso de personas en el delito, sin embargo se habla de una ley de los atenienses que castigaba, con igual pena, al que había aconsejado el delito y al que lo había realizado (Vera, 2015, p. 3).

Es decir, la pena era igual tanto para el que planeaba el delito, como para el que lo llevaba a cabo, no existiendo distinción alguna entre todos los que intervenían en la acción.

Fue en el Derecho romano en donde esta materia tuvo sus primeros atisbos. El trato legislativo de la participación para los romanos ha traído como consecuencia que algunos autores sean del criterio (Luden, Rosshirt, Hepp y von Liszt), que en éste, no se realizaba distinción alguna entre los distintos tipos de intervinientes (auctores, socii, ministri, fautores, participes), otros (Birnbaun) consideraron que el mismo castigo sólo se aplicaba a los que merecieron el nombre de socii criminis y por último (Pessina) se encuentran los que, sostuvieron que sólo se establecía la misma penalidad para algunos delitos y algunos tipos de participación (Vera, 2015, p. 3).

“En el Derecho germano aparece con mayor claridad el principio de graduación entre los diversos intervinientes, aunque varias formas de participación eran castigadas con las mismas penas que las de autoría” (Vera, 2015, p. 3).

En la antigua Roma el Derecho Penal estaba totalmente marcado por la religión, es decir, cuando una persona cometía un delito este no solo iba dirigido contra el ofendido, sino contra sus dioses. La persona que cometía un delito era señalado por toda la sociedad y a la vez era declarado enemigo público.

El verdadero comienzo de una teoría sobre el concurso de delincuentes se debe a las Leyes estatutarias de las ciudades italianas y a los intérpretes que inauguraron en Italia la Ciencia del derecho penal, según los Estatutos italianos, el partícipe del delito era penado, pero en menor medida que el reo principal. Es en virtud de la obra de los intérpretes italianos y de otros autores y tratadistas de diversas nacionalidades que se consolida el principio de una graduación de la pena entre el autor y los partícipes, el cual se transmitió al Derecho positivo moderno. (Vera, 2015, p. 4).

La Legislación colombiana a través de varios códigos penales ha tratado la figura de autoría, siendo de imperiosa necesidad, entrar a analizar cada uno de ellos como son: Código Penal de 1936, Código Penal de 1980 y Código Penal de 2000.

Código Penal de 1936:

Artículo 19. “El que tome parte en la ejecución del hecho, o preste al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habrá podido cometerse, quedara sometido a la sanción establecida para el delito”.

“En la misma sanción incurrirá el que determine a otro a cometerlo”.

Artículo 20. “El que de cualquier otro modo coopere a la ejecución del hecho o preste una ayuda posterior, cumpliendo promesas anteriores al mismo, incurrirá en la sanción correspondiente al delito, disminuida de una sexta parte a la mitad”.

De lo anteriormente expuesto se infiere que dicho código no traía una definición clara, precisa y concisa de la figura de autor, lo cual lleva a aceptar que se debía considerar a todo los que participan en los hechos como autores, acogiendo así el concepto unitario de autor.

Código Penal de 1980:

Artículo 23. Autores. “El que realice el hecho punible o determine al otro a realizarlo, incurrirá en la pena prevista para la infracción”.

Artículo 24. Cómplices. “El que contribuya a la realización del hecho punible o preste una ayuda posterior, cumpliendo promesa anterior al mismo, incurrirá en la pena correspondiente a la infracción, disminuida de una sexta parte a la unidad”.

En el Artículo 23 de este Código si bien se decía que era autor quien realizara el hecho punible o determinara a otro, había que establecer una diferencia entre ellos, es así como muchos doctrinantes de la época concluyeron que la expresión “O” debía entenderse como una complejidad, ya que autor es la persona que llevaba a cabo el hecho punible y determinador aquel conminaba a otro a realizarlo.

Código Penal. Ley 599 de 2000.

Artículo 29. “Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento”.

“Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división de trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte”.

“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 fundamenta la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado”.

“El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible”.

Artículo 30. Partícipes. “Son partícipes el determinado 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 ha tenido las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte”.

Por lo antes enunciado deviene que la Ley 599 de 2000, actual Código Penal, es el que ofrece mayor claridad acerca de la figura de autoría y participación situación que no quedaba clara con el Código Penal de 1980. En aquella época se utilizaba la figura de autor unitario, según el artículo 23 de tal codificación se menciona autor tanto al que ejecutaba el hecho como al determinador, sin existir

diferencia entre ambas figuras, lo cual no permitía adecuar el tipo penal de acuerdo al grado de participación de cada uno de los intervinientes.

2.1.1 El estado y la legalidad

La noción de Estado ha venido decantándose y se ha definido de diversas maneras, pues es considerado momento final de la evolución del hombre en comunidad.

La visualización de su concepto no surge ligeramente, sino que por el contrario se ha construido, por la historia del hombre:

Desde la más remota antigüedad se ha reconocido al hombre agrupado, actuando aún frente a la naturaleza, por medio de los grupos más primitivos, en los cuales, necesariamente hubo cierta organización y ciertos principios de orden. La historia recoge las primeras formaciones sociales permanentes, en Egipto, cerca del año 6000 antes de Cristo; y es a partir de entonces, cuando se conoce como polis, ciudad, imperio, república, a la agrupación humana asentada en un territorio con un cierto orden, y una determinada actividad y fines. (Acosta, 1981, p. 35).

La palabra Estado, fue utilizada por primera vez por Nicolás Maquiavelo (1531), en su obra El Príncipe.

El Estado se concentra entonces, como una delimitación de territorio, planteado en el espacio geográfico bordeado por fronteras para dirigir la sociedad que se encierra en esa área, creando singularmente un dominio y potestad, para que las decisiones de la autoridad se produzcan de acuerdo al bosquejo trazado, por el proyecto de ese sistema humano.

Así entonces modernamente, el Estado, es un común acuerdo de los sujetos de la sociedad, que deciden hacer el pacto para delegar el poder y formarlo de esta manera. Se refieren al respecto los autores Thomas Hobbes en su obra “El Leviatan”; Jean Jacques Rousseau en su obra “El Contrato Social y Jhon Locke en su obra “Segundo Ensayo Sobre el Gobierno Civil”.

El concepto de Estado derivado de stato, participio del verbo stare y que designa una organización estable indica y describe una forma específica de ordenamiento político que empezó a adquirir cuerpo a partir del siglo XIII, desarrollándose a través de los conflictos entre iglesia, baronía, señorío, monarcas y burguesía mercantil en torno a la unificación de las estructuras de poder territorialmente fragmentadas. El Estado, que hizo de las máximas *amat enim unitatem suprema potestas y nulla obligatio consistere potest* su principio justificador, vio su fisonomía delineada desde el tratado de Westfalia y acabó logrando contornos precisos en el transcurso del siglo XIX (Faria, 2001, p. 17).

Las funciones que toma el Estado, se erigen como las necesarias para conservar el orden y la convivencia pacífica, surgiendo la imperiosa necesidad de que se prohíban conductas sociales, consideradas como reprochables y es lo que se ha denominado doctrinariamente como el “*Ius Puniendi*” del Estado¹, convirtiéndose en la facultad o potestad para prohibir la realización de aquellas que vulneran bienes jurídicamente tutelados, por la legislación del territorio.

Desde antiguo se discute qué función ha de cumplir el Derecho Penal. El debate se produce entre las llamadas teorías de la pena: la teoría de la retribución, la teoría de la prevención general, y la teoría de la prevención especial, que a menudo se combinan dando lugar a las teorías eclécticas (Mir, 2011, p. 33).

¹ El Derecho Penal subjetivo se identifica con el *Ius Puniendi*, que significa el derecho o facultad del Estado para castigar. El *Ius puniendi* sólo es potestativo del Estado, pues es el único con facultades para conocer y decidir sobre la existencia de un delito y la aplicación de la pena. Autor: Eduardo López Betancourt Libro Introducción al Derecho Penal. Editorial Porrúa, Edición 13. México 2007. Página 65

El Estado se caracteriza por ser soberano, para poder cumplir sus fines, buscando equilibrio de coexistencia pacífica y bien común de los ciudadanos, surgiendo desde ese punto de vista la protección penal, manifestada con políticas de carácter civil, administrativo, incluso moral, quedándole como último extremo, el *Ius Puniendi* o esa capacidad de prohibición de conductas.

En Colombia se refleja esa actividad, en la Carta Política de 1991 en su Artículo 4:

La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las Leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

Así mismo en el Artículo 29, se reconoce un Derecho Penal de acto; en los artículos 150 a 170, se consagra el Proceso Legislativo, el Artículo 4 del Código Penal Ley 599 de 2000, se establece la función de la pena: “La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La protección especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”, y, en la 5 del mismo estatuto: “En el momento de la ejecución de la medida de seguridad operan las funciones de protección, curación, tutela y rehabilitación”. Como también en la Constitución Política en el Artículo 12: “Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, y, 28 inciso 4: “En ningún caso podrá haber detención, prisión, ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad indescriptibles”.

Observado el *Ius Puniendi* estatal, el principio de legalidad, se asoma como límite de la intervención del Estado, estableciendo que la conducta existe prejurídicamente.

El principio de legalidad se expresa, en su aspecto formal, con el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege* (...) En su sentido actual, el principio de legalidad se basó en la teoría ilustrada del contrato social y presupone una organización política basada en la división de poderes, en la que la Ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo. El ciudadano sólo admite el paso del estado de naturaleza al estado civil en virtud de un pacto –contrato social- en el que asegura su participación y control de la vida política de la comunidad. Tal participación tiene lugar por medio del Poder Legislativo, que representa al pueblo. Sólo de él puede emanar la Ley, que constituye, la expresión de la voluntad popular... El principio de legalidad no es sólo, entonces, una exigencia de seguridad jurídica, que requiera sólo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo (Mir, 2011, p. 71-72).

Las concepciones doctrinarias, nos llevan a entender que no puede haber delito ni pena, sin que estén previamente definidos en la Ley. Para Colombia el Artículo 29 inciso 2 de la Constitución Nacional (1991), consagra el concepto: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante o juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”. En similar circunstancia lo consagra los Artículos: 6 del Código Penal, 6 del Código de Procedimiento Penal, 2 del Código Penitenciario y Carcelario, 7 del Código Penal Militar y 152 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

Además ha tenido un desarrollo internacional en el Pacto Internacional De Derechos Civiles y Políticos Artículo 15 y la Convención Americana de Derechos Humanos Artículo 9.

Se observa que el Estado tiene una exigencia al poder punitivo, ampliamente reconocido internacionalmente y que ha sido desarrollado, en un conjunto de

normas en Colombia, inherentes al principio de legalidad, que deja la intervención penal, ligada al cumplimiento de esos límites.

2.1.2 Doctrina de la Autoría

2.1.2.1 Autor unitario

Se consideraba autor unitario a la persona o individuo que intervenga directa o indirectamente en el hecho, es decir todo aquel que haga parte del ilícito, no existiendo según este concepto diferencia alguna entre autor y partícipe, considerando iguales los aportes de todos los individuos, lo cual no permite hacer una diferenciación entre la figura de autor y partícipe, teoría que a la vez tampoco permite que exista subordinación, concepción que no es seguida por la doctrina y la jurisprudencia.

2.1.2.2 Autor extensivo

Son todas aquellas personas que intervengan en el hecho delictivo, siempre y cuando en la norma no existan otros dispositivos legales que consignen tipos penales de participación, es decir cuando la actividad de los intervinientes no se encuentre consagrada en la norma penal como inductor, determinador o cómplice, si no existen en el código tales formas de participación, todos los que actúen en el hecho se consideran autores

2.1.2.3 Autor restrictivo

Según los partidarios de esta doctrina, es autor todo aquel que este inmerso con su conducta en el tipo penal, es decir, que el concepto de autor dependerá de los tipos penales establecidos en la parte especial del código (Vera, 2015, p. 3).

Dentro de este concepto de autor el “participle está subordinado al autor en virtud del principio de accesoriadad, lo cual quiere significar que si no existe un autor será imposible habla de la intervención o existencia de un participle” (Nava, 2002, p. 39).

2.2 TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

Según Roxín (2000), la primera persona que hablo sobre la teoría del dominio del hecho fue Hegler, en su monografía los Elementos del Delito en 1915.

Con base en sus ideas posteriormente Hegler estableció un concepto de autor mediato y manifiesta que el sujeto de atrás tiene el dominio del hecho, toda vez que la persona que actúa como instrumento no obra a conciencia, sino bajo coacción.

Weber (citado por Roxín 2007), argumenta que es autor quien realiza el hecho con voluntad y dominio del hecho propio” y “autor mediato es quien se sirve de otra persona que a su vez actúa sin voluntad de dominio del hecho”

Para Maurach (1962), se debe entender por dominio del hecho el acto de tener control sobre un suceso.

Cabe recordar que Welzel (1939) también habló sobre la figura de la teoría del dominio del hecho en uno de sus trabajos. Para el anterior autor es solo aquel que “mediante la dirección consiente y final del curso causal hacia el resultado típico, es señor sobre la realización del tipo” (p. 99), es decir el autor es quien desde el inicio hasta la consumación del delito tiene absoluto dominio del hecho, lo que lo llevo a establecer que todas las acciones u omisiones deben estar constituidas

tanto por hechos como por la voluntad del individuo, concluyendo así que las acciones u omisiones son partes fundamentales de la voluntad del sujeto, ya que esta le permite al individuo tener una visión clara a cerca de los medios que va a utilizar para alcanzar su fin, y de las consecuencias que traería consigo su actividad.

2.2.1 Autor directo

Es quien realiza de propia mano la conducta punible descrita en la normatividad penal, quien tiene dominio total de toda la acción de manera consiente y voluntaria, actúa como señor y dueño por tener el control de los sucesos.

Podemos decir que el autor directo es quien al momento de ejecutar la acción tiene total dominio de los hechos. “Para la Corte Suprema de Justicia se considera al autor quien ejecuta directamente y por propia mano la conducta, conservando las riendas del acontecer típico” (Corte Suprema de Justicia, 2004)

En conclusión el autor inmediato es quien posee del dominio del hecho en la ejecución de la acción, como último momento de los actos ejecutivos de la fase externa en inter criminis; razón por la cual es considerado frente a los elementos objetivos del tipo penal, como el sujeto activo (Guzmán, 2014. p. 109).

2.2.2 Autor mediato

Es aquel que para llevar a cabo el tipo penal utiliza a otro como instrumento, en esta figura el autor quien por muchos es llamado “autor de escritorio” en ningún momento realiza de manera directa la conducta punible sino que se vale de otra persona para lograr su cometido.

Podría decirse que en la autoría mediata que el autor se vale de otra persona para llevar a cabo el delito, en donde esta última tiene el dominio del hecho y quien está totalmente subordinado a la voluntad del denominado “autor de escritorio”.

En cuanto a la figura de autoría mediata ha expresado la Corte que el ejecutor material no responde penalmente porque solo es un instrumento utilizado por el verdadero y único autor. La ausencia de responsabilidad en este caso se fundamenta en que el ejecutor material (instrumento) actúa atípica, justificada o inculpablemente, lo cual puede ocurrir por coacción insuperable, por error invencible, o por haber sido utilizado como inimputable. (Corte Suprema de Justicia, 2009).

En conclusión, en la autoría mediata el autor no ejecuta personalmente el modelo de comportamiento prohibitivo personalmente en el modelo penal, pero si lo lleva a cabo por medio de otra persona natural (imputable o inimputable), ejerciendo así un dominio final sobre el hecho. De esta manera, el dominio del hecho requiere en la autoría mediata que el instrumento obre subordinado a la voluntad del autor mediato (dominio de la voluntad), presentándose todo el proceso como una obra de la voluntad rectora del hombre de atrás quien gracias a su influjo tiene en su mano al intermediario en la comisión del hecho (instrumento ejecutor de la acción típica), valiéndose de este para completar la última fase de su cometido: la ejecución. (Guzmán, 2014, p. 11)

Cabe resaltar que para que exista el dominio de la persona que actúa como instrumento se puede actuar a las siguientes formas: 1. Por coacción, 2. Por error invencible, 3. Por utilización de un inimputable, 4. Por existencia de un aparato de poder.

- 1. Por coacción:** La persona que ejecuta la acción no tiene plena voluntad para ejecutar el hecho.

2. **Por error:** El autor no tiene pleno conocimiento de que su actuar es una conducta punible, debido a que el autor mediato se vale de maniobras para tratar de disimular que la conducta a realizar es un delito plenamente
3. **Por utilización de un inimputable:** Cuando al autor mediato aprovecha la incapacidad o falta de comprensión de una persona, en este caso de un inimputable para ser utilizado como instrumento.
4. **Por existencia de un aparato de poder:** Se refiere a grupos desvinculados del ordenamiento jurídico, ya sean grupos guerrilleros, paramilitares o siendo estos agentes del estado se hallan apartados por un momento de este para cometer delitos, quienes tienen una estructura jerárquica, siendo los jefes quienes desde la cúspide dan las órdenes a sus subalternos para que actúen.

2.2.3 Coautoría

Son aquellas personas que para llevar a cabo un delito se reparten el trabajo, pero cuyas decisiones para ejecutar la acción las toman en conjunto, actuando de común acuerdo y siguiendo un plan que previamente ha sido estudiado.

“Para que exista coautoría se requieren tres elementos a saber: acuerdo común, división de funciones, y transcendencia del aporte durante la ejecución del ilícito”. (Consejo Superior de la Judicatura, 2013)

1. **División de funciones:** Para que se pueda hablar de la figura de coautoría cada uno de los intervinientes debe contribuir a la consumación del hecho, y haber intervenido realizando la función previamente acordada a la ejecución del delito.
2. **Acuerdo común:** Para que exista este elemento dentro de la figura de coautoría, debe existir entre estos un acuerdo mínimo, deben coincidir en el dónde, cómo, y cuándo se va a llevar a cabo el plan previamente estudiado.

3. Trascendencia del aporte durante la ejecución del ilícito: Todos los coautores al momento de ejecutar el hecho deben contribuir con el aporte previamente establecido.

2.2.4 Participación

Son partícipes el determinador y el cómplice, cuando hablamos de participación podríamos referirnos a una asesoría que se podría realizar para ejecutar el delito.

La participación está en la naturaleza de los aportes que impiden tener algún dominio del hecho. La participación puede ser considerada como accesoria a cualquiera de las modalidades de autoría. Una propiedad más de los niveles de participación, consiste en que estos siempre se han de presentar de forma dolosa. (Guzmán. 2014, p. 116).

2.2.5 Determinador o instigador

Se considera determinador a la persona que mediante instigación, inducción, coacción, orden, o cualquier otro medio logra que un individuo realice de manera directa el hecho ilícito, el cual debe ser ejecutado contando con la plena voluntad de la persona que va a realizarlo, es decir para que exista inducción se requiere tener pleno conocimiento del delito que queremos sea ejecutado por otra persona, y posteriormente instigarla, inducirla, darle la orden, de tal forma que actúe de manera voluntaria.

Por lo anterior, podemos diferenciar entre determinador y autor mediato. Así estaríamos en condiciones de advertir que con la instigación, mandato, inducción, consejo, coacción, orden, convenio o cualquier medio idóneo, no se tiene el dominio

de la acción ilícita, la que se deja al sujeto inducido (influenciado) o determinado. Sumando lo anterior, no cabe duda de que estamos ante una forma de participación y no frente a alguna figura de la autoría propiamente; razón que me asiste para afirmar que el determinador no podrá ser considerado como un sujeto activo de la acción penal, considerando los elementos objetivos estructurales del tipo penal. (Guzmán, 2014, p. 117).

2.2.6 Cómplice

Podemos decir que cómplice es la persona penalmente responsable por la comisión de un delito, no por el hecho de haber actuado como autor directo en la acción, sino por el hecho de haber cooperado para la comisión de la conducta punible, en donde previamente hubo un acuerdo de voluntades entre las personas que van a realizar la acción penal, existiendo por ello diferentes formas de complicidad: 1. El cómplice necesario, 2. El cómplice accesorio.

- 1. El cómplice necesario:** Es aquel que realiza un aporte sin el cual difícilmente el ilícito se hubiera podido consumar.
- 2. Cómplice accesorio:** Es aquel que realiza un aporte que no es necesario, sin el cual la comisión hubiera podido llevarse a cabo.

2.3 BASES TEÓRICAS

2.3.1 Empresa criminal

Fue empleado por primera vez por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia [TPIY] en sentencia proferida dentro del caso Milutinovic de fecha 21 de mayo de 2003.

Esta figura exige un número de personas quienes deben estar de acuerdo para la ejecución de un delito, siendo castigados como autores o al menos como partícipes, debiendo existir entre ellos no solo acuerdo de voluntad, si no que cada uno debe haber contribuido de cualquier forma para la ejecución del hecho.

Ambos (2008), habla de unos elementos importantes dentro de esta figura, ellos son:

1. Propósito común.
2. Forma técnica: la cual comprende casos conocidos de campos de concentración, donde los crímenes son cometidos por cuerpos militares y administrativos sobre la base de un plan o propósito común.
3. Extensión: en la que uno de los autores materiales toma parte en actos que van más allá del plan común, pero siguen construyendo una consecuencia natural y previsible de la realización del plan.

Dentro de la empresa criminal todos sus miembros de igual manera serán responsables a título de autores por cualquier otro delito realizado por algún miembro de la empresa, aunque este delito en un principio no hiciera parte del plan.

Este planteamiento podría ser contrario al principio de la culpabilidad que supone que la pena debe ser proporcional al hecho individual. Según enseña Ambos (2008), esta figura no tiene acomodo típico en el Estatuto de Roma, ya que la figura como tal proviene del Derecho Anglosajón.

Dentro de esta teoría se reconoce al hombre de atrás no como autor, sino como partícipe, estableciendo de esta manera una responsabilidad para los delitos realizados por estructuras organizadas de poder.

2.3.2 Command responsibility o teoría de la responsabilidad del superior

El jefe militar será penalmente responsable por los crímenes que sean cometidos por las personas que se encuentren bajo su dominio, este superior jerárquico está en la obligación de evitar que sus subordinados cometan crímenes, y en caso de haber sido ejecutado debe tomar control de la situación e informar de manera inmediata a la autoridad correspondiente para dar inicio a la respectiva investigación.

La imputación va desde la conciencia y el conocimiento de la situación, hasta la negligencia o imprudencia, porque de manera imprudente permite que sus subordinados delincan, o en su defecto los instigan dolosamente a hacerlo. El Estatuto de Roma, en su Artículo 28 desarrolla de forma expresa la responsabilidad de los jefes militares y otros superiores, siendo así el superior es responsable por no ejercer una supervisión adecuada sobre las tropas a su cargo

2.4 TEORÍA DE CLAUS ROXÍN

Finalmente fue Roxín en 1963 quien al igual que los anteriores autores habló de la teoría del dominio del hecho, describiendo la teoría de una “manera más organizada y completa” (Díaz & García, 1991 p. 583 Citado por Suarez, 2007 p. 79), argumentando que esta teoría se refiere a aquellas situaciones en las que el llamado “hombre de atrás” tiene el dominio del hecho, siendo así, el autor que ejecuta la acción sería un mero instrumento.

Esta idea que plantea el profesor Roxín (1963), surge debido a que en aquella época se requería juzgar a personas que cometían delitos valiéndose de la

posición de mando que ostentaban dentro de una organización y de la disposición de todo un personal para llevar a cabo sus órdenes.

Es decir el dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder se lleva a cabo cuando el sujeto de atrás tiene a su disposición un aparato o maquinaria de poder organizado en donde sus miembros actúan en virtud de una orden impartida por su superior jerárquico, la cual puede ser transmitida por el mismo jefe del aparato organizado de poder o a través de un intermediario.

La autoría mediata se caracteriza, según Roxín (1970), como el dominio de la voluntad, en donde se puede recurrir a la fungibilidad de los autores es decir, los autores materiales pueden ser cambiados sin que dicha decisión afecte los planes de la organización, ya que el fundamento del dominio de la voluntad radica en el “mecanismo de funcionamiento del aparato en el marco del que se actúa”. (Roxín, 2000, p. 272).

El autor material “si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje sustituible en cualquier momento en la maquinaria del poder” (Roxín, 2000. p. 273), es decir, para aquel que emite una orden la persona que va a realizar la acción no es una pieza fundamental ya que se consideran “ruedas intercambiables en el carro del sistema en funcionamiento, de modo que su disposición incondicional a realizar el hecho ni siquiera era decisiva” (Ambos, 1998, p. 30). Dentro de estas organizaciones es indispensable que “los miembros no obren por propia cuenta, sino como órganos de la cúpula directiva cuya autoridad reconocen” (Roxín, 2000, p. 278).

“No debe confundirse, este tipo de acciones delictivas a través de una organización con las acciones que realiza el organizador del plan o el jefe de una banda” (Díaz & García, 1991, p. 673). No podríamos hablar de un aparato organizado de poder cuando se unen varias sujetos, conforman una banda para

cometer ilícitos, y escogen a uno de los integrantes como su líder, ya que en este caso no se trata de una organización con poder, la cual domina la voluntad del ejecutor, donde existe subordinación de sus miembros.

Por consiguiente son 4 los requisitos que se deben tener en cuenta para hablar de autoría mediata en aparatos organizados de poder, ellos son: 1. El dominio de la organización por autores mediatos, 2. La desvinculación del ordenamiento jurídico. 3. La fungibilidad de los autores materiales. 4. La considerable elevada disponibilidad del hecho del autor.

2.4.1 Requisitos de la teoría de Roxín

2.4.1.1 El dominio de la organización por autores mediatos

En su obra “Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal” (1998) el profesor Roxín habló por primera vez de la figura del dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder. Según tal figura, un individuo puede ser autor de uno o distintos delitos sin necesidad de tener que ejecutar él delito por sí mismo, estableciéndose así, como el denominado autor mediato.

El instrumento que posibilita al hombre de atrás la ejecución de sus órdenes, no es sólo y ni siquiera mayoritariamente aquel que con sus propias manos ocasiona la muerte de la víctima. El verdadero instrumento es más bien el aparato como tal (Roxin, 2006, p. 4).

En cuanto al dominio por parte de la organización se puede decir que se obtiene por medio de la coacción, quienes tienen este dominio son aquellos que se encuentran en la cúspide de la organización criminal, que tienen poder de mando para emitir órdenes, y valiéndose de tal autoridad vulneran el ordenamiento

jurídico, utilizando a otro como instrumento, que no posee el dominio del hecho final, ya que de ser así, no se estaría ante la figura de la autoría mediata.

Podría decirse que el individuo que es utilizado por el denominado autor de escritorio debe estar totalmente subordinado, y actúa sin voluntad propia.

Cabe resaltar que dentro de estas organizaciones, el dominio del hecho radica en que en estos superiores o jefes, tienen a su disposición todo un personal o una maquinaria por medio de quienes tienen la plena certeza de que sus órdenes serán ejecutadas, sin tener preocupación acerca de quién va ser la persona que adelantará la acción.

2.4.1.2 La desvinculación del Ordenamiento Jurídico

El aparato organizado de poder debe estar completamente desvinculado del Ordenamiento Jurídico, siendo este un requisito fundamental del dominio de la organización, ya que solo así, sus miembros serán conscientes de que las órdenes impartidas serán de carácter criminal

No obstante cabe anotar que pueden existir organizaciones estatales, y no estatales, las primeras están constituidas legalmente, y su dirección está ligada al Ordenamiento Jurídico, debiendo parte de ese aparato desvincularse del derecho para realizar las actuaciones criminales. En cuanto al segundo grupo, se trata de estructuras con una política de organización criminal, destinadas a mantener un nivel de poder, haciendo referencia en este caso a organizaciones terroristas, las cuales no actúan ocasionalmente, porque de ser así, no se constituiría la figura de teoría del dominio del hecho.

Como ejemplo de organización de carácter estatal, podemos referirnos a la condena impuesta a los miembros de las juntas militares que dirigieron la

dictadura militar en Argentina, época en la que el país estaba dividido en diferentes franjas militares, en las cuales los superiores jerárquicos que operaban por regiones tenían completa autonomía sobre las operaciones clandestinas realizadas, quienes contaban con la cooperación de oficiales intermedios para llevar a cabo los secuestros de subversivos, que eran torturados y asesinados.

Finalmente, Roxín (1963 citado por Meini 2008), señala como otra importante característica de la desvinculación del derecho del aparato la facultad de garantizar la ausencia de resistencia de las órdenes y directrices, así como de generar la creencia de impunidad en los ejecutores materiales y de inexistencia de consecuencias jurídico penales. (p. 20).

2.4.1.3 La fungibilidad de los autores mediatos

Tal como lo anota el propio Roxín (2006), el factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en tales casos reside pues, en la fungibilidad del ejecutor, referida a que si al miembro del aparato de poder organizado a quien se le da la orden decide no ejecutarla, éste puede ser reemplazado por otro individuo que sí cumplirá lo ordenado, por lo que el superior jerárquico de la organización puede tener la plena certeza de que el licito va ser cometido.

Dentro de estas organizaciones de poder tiene que haber un gran número de personas dispuestas a ejecutar la orden, lo cual garantiza la ejecución de la acción. “El instrumento es la organización y, para su eficaz funcionamiento, la presencia de muchos posibles ejecutores no es una hipótesis, sino una realidad que asegura el resultado”. (Roxin, 2006, p. 17).

Tratándose a la vez de individuos fungibles, sin tener en cuenta la persona como tal podríamos decir que estos sujetos que van a llevar a cabo el delito solo son una pieza no fundamental de la maquinaria, toda vez que puede ser sustituidos en

cualquier momento; es por ello que quien domina el hecho es el sujeto de atrás, quien solo se limita a dar la orden para vulnerar el bien jurídicamente tutelado, muchas veces sin siquiera tener alguna clase de contacto con el ejecutor, y solo en virtud de esa orden el delito se consuma, el cual puede ser evitado si el mismo superior jerárquico que dio la orden se retracta o cambio de parecer.

2.4.1.4 La considerable elevada disponibilidad de hecho del autor

Los tres (3) requisitos anteriormente descritos, fueron por mucho tiempo apoyos fundamentales sobre los cuales Roxín (2011), sembró su tesis de autoría mediata por dominio en aparatos organizados de poder, no obstante, debido a los muchos estudios que realizó el jurista alemán, llegó a la conclusión de incluir dentro de este grupo un cuarto requisito, el cual denominó *La Considerable Elevada Disponibilidad de Hecho del Autor*.

Dentro de un aparato organizado de poder el individuo que ejecuta el último acto, es decir, quien realiza la conducta establecida en el tipo, tiene una perspectiva distinta a la de un autor individual, quien se desenvuelve por sí mismo, en cuanto éste se halla sujeto al dominio de la organización, que no justifica su conducta, pero lo hace “más preparado para cometer el hecho que otros potenciales delincuentes, y que vistas en conjunto, incrementan la probabilidad de éxito de una orden y contribuyen al dominio del hecho de los hombres de atrás” (Roxin, 2006, s. p).

Así, el poder de mando en el aparato de poder, la desvinculación de este último del Ordenamiento Jurídico en sus actividades penalmente relevantes y la fungibilidad de los ejecutores individuales generan en estos últimos la propensión a cometer el hecho, porque la organización ejerce presión sobre el ejecutor con miras al cumplimiento de las órdenes y directrices; la desvinculación del Ordenamiento Jurídico del aparato hace que el ejecutor no tema a las consecuencias penales por

la ejecución del crimen, asegurando su impunidad, ya que las mismas son inexistentes por el hecho de pertenecer a la organización y el carácter fungible del ejecutor genera en él la idea de que el hecho no depende de su actuar porque, de negarse a realizar el delito, otro miembro de la organización estará presto a ejecutarlo (Roxin, 2011, p. 2).

En ese orden de ideas podría decirse que la persona que delinque desde una estructura de poder organizado, no lo hace de manera individual, ya que por ser parte de esta se siente identificado y dispuesto a realizar una conducta que si bien, no le pertenece totalmente, por el hecho de hacer parte de la organización está dispuesto a conseguir los objetivos, metas, u órdenes impuestas por sus jefes o superiores con obediencia y subordinación, así esas órdenes sean de carácter criminal, siendo así, el llamado delincuente de escritorio habría alcanzado el dominio del individuo.

2.5 BASES LEGALES EN COLOMBIA

Es indispensable acudir a los Artículos 28, 29, y 30 de la Ley 599 de 2000 para tener una visión más clara y detallada al momento de realizar el juzgamiento bajo la figura de autoría mediata.

Artículo 28. Ley 599 de 2000. Concurso de personas en la conducta punible. Concurren en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes.

Establece así este artículo que pueden concurrir a la ejecución del delito los autores y los partícipes, lo cual generaría el concurso de personas

Artículo 29. Ley 599 de 2000. Es autor quien realice la conducta por sí mismo, o utilizando a otro como instrumento.

Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división de trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte.

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.

El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible.

Artículo 30. Ley 599 de 2000. 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 por el tipo penal incurrirá en su realización, se le rebajara la pena en una cuarta parte.

Al realizar un estudio detallado de la figura de autoría en la Legislación Colombiana se observa que esta se vincula a la teoría de dominio del hecho, ya que se admite la autoría directa (quien realice el hecho por sí mismo), y la autoría mediata (utilizando a otro como instrumento).

El término “a otro”, empleado dentro del Artículo 29 de la Ley 599 de 2000 se podría establecer como la utilización de una persona diferente de aquel, que ideó, o planeó la conducta punible para posteriormente llevar a cabo su ejecución.

Si se llegara a determinar a ese otro como simple instrumento, este individuo no podría ser responsable de la comisión del ilícito, ya que no se actuaría con plena voluntad, debido a que esa persona habría sido inducida, o influenciada, bien obrar por error o por coacción.

Dentro de la normatividad colombiana es menester que se implemente de manera expresa la figura del autor mediato en estructuras de poder organizado, teniendo en cuenta que en Colombia existen diferentes agrupaciones debidamente organizadas para delinquir. Es por ello que la Legislación Colombiana bien puede incorporar en el estatuto represor la autoría mediata y darle al Artículo 29 de la ley 599 de 2000 la importancia que requiere.

En Colombia no es aplicable la teoría de la autoría mediata por dominio funcional de aparatos organizados de poder por lo siguiente:

Primero. El Artículo 29 del Código Penal señala que la autoría mediata se presenta cuando se instrumentaliza a *otro*. Esta expresión, a otro en el tenor del sistema penal colombiano, se utiliza para referirse a los seres humanos. *De tal forma que* no puede realizarse una interpretación extensiva de esta norma para señalar que la expresión *otro* abarca a un instrumento, un elemento no humano.

Segundo. Del mismo articulado se desglosa que la responsabilidad en la autoría mediata se limita al *hombre de atrás*, y queda impune el llamado instrumento. Hay que advertir que la norma limita la autoría a quien ejecuta el hecho manejando a

otro como instrumento, escenario que deja claro que este último es irresponsable penalmente

2.6 BASES LEGALES INTERNACIONALES

De subido interés resulta hacer mención del Estatuto de Roma como herramienta constitutiva de la Corte Penal Internacional, pues en él se habla de los crímenes que generaron una gran violación de los derechos humanos, tales como genocidio y crímenes de guerra, sobre los cuales la Corte estaba plenamente facultada para desplegar su autoridad.

La primera vez que se habla de autoría mediata utilizando como instrumento a otra persona, es en el Estatuto de Roma, en su Artículo 25-3-a que consagra: “Una persona es penalmente responsable, si: a) comete un crimen a través de otra persona” (Estatuto de Roma, 1998) y así mismo constituye que:

El autor mediato responde, así el que cometa el delito [ejecutor] sea o no penalmente responsable, consintiendo la imputación, aun cuando el instrumento es consciente y responsable por el hecho; es decir, que no se requiere que quien tenga el dominio del hecho lo realice a través de una persona que lo ejecute por error o coacción. (Roxín, 2000, p. 277).

Dicho artículo establece que quien actúa como autor mediato debe cumplir con los elementos que integran la conducta punible, es decir, en este caso de trata de la posición que se tenga dentro de la organización.

Este artículo se trae a colación para recabar en que el mundo cambia, la sociedad avanza y la realidad del hombre moderno, avasallado por su instinto genético de poder, desvía su conducta recta para tomar el atajo de la delincuencia, que es

cuando la dogmática penal debe colocarse al frente de dichas situaciones a fin de materializar el anhelo de la justicia penal, porque el desarrollo de la teoría avanza a una velocidad más lenta que la de las barbaries que el derecho penal está llamado a regular.

3 CAPITULO III. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DE LA TEORÍA EN COLOMBIA

3.1 LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

El debate objeto de estudio no está lejos de la realidad colombiana ya que se ha tratado en diversas jurisprudencia, con diferentes aristas que se estudiaran a continuación, siendo desechada en varias sentencias y acogida en otras, lo que llevar a indicar que es un tema que está en desarrollo.

Es sabido que en Colombia debido a la situación de violencia, se ha desencadenado un conflicto de grandes magnitudes, horribles crímenes de los paramilitares, capos del narcotráfico, ajusticiamientos de civiles, homicidios a periodistas, sindicalistas, líderes sociales, desplazamiento de la población civil, masacres; todo esto denota la necesidad de adecuar la tradicional figura de autoría, debiendo no solo ser juzgados los jefes de grupos al margen de la Ley, sino igualmente, los agentes estatales vinculados con tales organizaciones, razón por la cual es imperioso que el tema sea abordado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, para evitar violaciones de derechos humanos.

La figura de autoría mediata a través del tiempo se ha ido legitimando en el marco jurídico colombiano. En un inicio, no vislumbraba la manera en que debían responder los mandos o líderes de un aparato organizado de poder respecto de un crimen cometido por parte de un subordinado. En la actualidad está siendo debatida y acogida por la jurisprudencia, despertando a la vez muchas discusiones como es el caso de la sentencia del Coronel del Ejército Nacional (r.) Luis Alfonso Plazas Vega. Por ello, se insiste en que la jurisprudencia colombiana debe cada día mas actualizarse, con el fin de adaptarse a la realidad delincencial colombiana, y optar por una teoría nueva como son “los aparatos organizados de poder”:

3.1.1 Aplicación de la figura de autoría mediata: caso ex gobernador de Sucre-Colombia –Salvador Arana Sus

Mediante sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, dentro del proceso No 32672 de fecha 03 de diciembre de dos mil nueve (2009), se condena a Salvador Arana Sus, ex gobernador del Departamento de Sucre, como determinador de los delitos de homicidio agravado y desaparición forzada, y, coautor de concierto para promover grupos armados al margen de la Ley.

Los hechos se narran en la sentencia condenatoria de la siguiente manera:

Tuvo su génesis la presente investigación en la desaparición y posterior homicidio de Eudaldo León Díaz Salgado ex alcalde del municipio de El Roble el día 5 de abril de 2003, cuando aproximadamente a la una de la tarde salió de su residencia a cumplir con una reunión en aras de procurar solucionar los inconvenientes suscitados con ocasión de la suspensión del cargo que desempeñaba, a cuyo evento supuestamente asistirían personalidades regionales y el conocido paramilitar del Departamento de Sucre Rodrigo Antonio Mercado Pelufo, alias "Cadena". Luego de pasar 5 días sin conocer su paradero, el 10 de abril del mismo año fue encontrado su cadáver en la zona denominada la "Boca del Zorro" a las afueras de la ciudad de Sincelejo, el cual presentaba varios impactos de arma de fuego. Sucesos atribuidos en consonancia con el material probatorio a miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia al mando de Mercado Pelufo, por solicitud de quien fungía como Gobernador del Departamento de Sucre, Salvador Arana Sus, los cuales denotan como móviles las denuncias que el occiso realizó por corrupción en la administración pública departamental en un Consejo Comunal de Gobierno celebrado el 1° de febrero de 2003 en Corozal (Sucre). (Corte Suprema de Justicia, 2009).

Dice la Corte que el político promovió un grupo al margen del ordenamiento jurídico, cuyo fin era conseguir apoyo en sus proyectos, y dicho aparato fue puesto al servicio de esa causa. Promovía dentro del mismo su permanencia irregular.

Dentro del aparato militar de las autodefensas concurre una organización integrada por una gran variedad de sujetos, quienes pueden ser sustituibles antes o durante el desarrollo del crimen, mantienen relación de mando de superior a inferior; se tiene por el hombre de atrás el dominio del aparato organizado de poder, por lo que a juicio de la Sala el procesado hacía parte de la estructura criminal constituida de manera jerárquica y subordinada, que con división del trabajo, persisten en la ejecución de conductas punibles.

3.1.2. Aplicación de la autoría mediata: caso ex director del departamento administrativo de seguridad Jorge Aurelio Noguera Cotes

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal dentro del proceso radicado bajo la partida No 32000, el día 14 de septiembre de 2011, profirió sentencia en contra de Jorge Aurelio Noguera Cotes, al haber ejercido el cargo de Director del Departamento Administrativo de Seguridad Das en el período comprendido entre el 16 de agosto de 2002 y 26 de octubre de 2005, con base en los siguientes hechos:

En el segundo semestre del año 2005 y primer semestre del año 2006, los medios de comunicación dieron a conocer las denuncias que formulaba el ex Jefe de la Oficina de Informática del Departamento Administrativo de Seguridad contra el ex Director del organismo Jorge Aurelio Noguera Cotes, todas ellas relacionadas con los supuestos vínculos que habría tenido su administración con el Bloque Norte de las Autodefensas, comandado por Rodrigo Tovar Pupo, alias “Jorge 40”. Estas denuncias daban cuenta de diversas irregularidades cometidas al interior de la institución, dirigidas a favorecer el accionar paramilitar en la zona norte del país, así:

- Filtración de información de inteligencia a miembros de las autodefensas.
- Entrega

de información de policía judicial, relativa al proceso de acción de extinción de dominio que la Fiscalía General de la Nación adelantaba con apoyo de investigadores del Área Especializada de Investigaciones Financieras de la Dirección General Operativa del DAS, contra el Frente Resistencia Tayrona, al ideólogo político de la citada organización, José Gelves Albarracín. - Alteración y borrados de anotaciones de antecedentes y órdenes de captura de miembros de las autodefensas - Nombramientos en los cargos de Directores Seccionales en la Costa Norte del país, de personas cercanas a la asociación delictiva con el propósito de favorecer y promover sus actividades delictivas. - Suministro de listas de sindicalistas, estudiantes y dirigentes de izquierda entre ellos, Fernando Piscioti, Alfredo Correa De Andreis y Zully Codina Pérez al bloque norte de las autodefensas para que los ejecutaran. (Corte Suprema de Justicia, 2011)

Resolviendo por lo antes expuesto, condenar como autor de concierto para delinquir agravado, autor mediato del homicidio de Alfredo Correa De Andreis, autor mediato de destrucción, supresión y ocultamiento de documento público, y, autor de revelación de asunto sometido a secreto.

Finalmente se estableció que Jorge Aurelio Noguera Cotes es autor mediato por crímenes cometidos por personas que se encontraban bajo su subordinación, pertenecía a un grupo legalmente constituido, lo cual le permitía tener total control tanto de las acciones lícitas, como las ilícitas, valiéndose del poder como director del DAS para poner la institución a disposición del Bloque Norte de las Autodefensas comandado por Rodrigo Tovar Pupo para llevar a cabo acciones criminales de toda clase, por eso se tiene claro que.

Jorge Aurelio Noguera Cotes 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, en aras de propender por la paz, la justicia y la seguridad interna y externa del Estado;

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, hecho que generó lesión a los bienes jurídicos de la seguridad, la administración y la fe pública, así como a la vida e integridad personal.(Corte Suprema de Justicia. 2011).

A manera de conclusión se puede decir que Jorge Aurelio Noguera Cotes fue condenado por parte de Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal como autor mediato por los crímenes cometidos por otras personas quienes debido a su pertenencia a un aparato de poder estaban bajo su mando, es decir subordinados.

3.1.3. Aplicación de la autoría mediata: caso coronel retirado del Ejército Nacional de Colombia –Luis Alfonso Plazas Vega

El 30 de enero de 2012, El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., confirmó parcialmente la providencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Bogotá D.C., de fecha 09 de junio de 2010, en la cual se condenó al Coronel (r) del Ejército Nacional de Colombia, Luis Alfonso Plazas Vega, por el delito de desaparición forzada; en hechos que son narrados en la sentencia de la siguiente manera:

La génesis de la presente investigación tuvo ocurrencia el 6 y 7 de noviembre de 1985, cuando el autodenominado comando “Iván Marino Ospina” del movimiento guerrillero autodenominado “M19 Movimiento 19 de abril” ocupó a sangre y fuego las instalaciones del Palacio de Justicia, ubicado en el centro de la ciudad de Bogotá D.C., en un “operativo” que tuvo el paradójico nombre clave de “Antonio Nariño por los derechos del hombre” y que se llevó a cabo con la finalidad de someter a un juicio político al entonces Presidente de la República, doctor Belisario Betancourt Cuartas, en razón al presunto incumplimiento del gobierno respecto de los acuerdos de paz suscritos con el grupo rebelde. Al momento de la toma del Palacio de

Justicia, se hallaban al interior del mismo: magistrados titulares y auxiliares de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, empleados de las dos corporaciones, abogados, personal de servicios generales, conductores, escoltas y empleados de la cafetería ubicada en el primer piso: Carlos Augusto Rodríguez Vera (administrador), Cristina del Pilar Guarín Cortés (cajera interina), Héctor Jaime Beltrán Fuentes (mesero), Bernardo Beltrán Hernández (mesero), Gloria Estella Lizarazo Figueroa (empleada), David Suspez Celis (chef) y Luz Mary Portela León (empleada de servicios generales); visitantes habituales, entre ellos: Norma Constanza Esguerra (proveedora de pasteles de la cafetería) y Gloria Anzola de Lanao, quien diariamente estacionaba su vehículo en el parqueadero del Palacio de Justicia, con autorización de su tía, la Consejera de Estado Aidee Anzola Linares. También visitantes ocasionales, como: Lucy Amparo Oviedo Bonilla, quien se proponía cumplir una cita concedida por el Magistrado Alfonso Reyes Echandía. Por último, Irma Franco Pineda, militante del grupo guerrillero M19.

La acción subversiva se llevó a cabo de conformidad con el plan táctico elaborado previamente por el M19, de acuerdo con el cual se trazaron dos objetivos a desarrollar tácticamente en dos órdenes combativos. En el asalto los insurgentes se dispersarían en dos pelotones; el primero, atacaría y controlaría el sótano; el segundo, irrumpiría el tercero y cuarto piso. Comenzó el 6 de noviembre, aproximadamente a las 11:00 de la mañana, merced a la insuficiente vigilancia provista en la entrada del Palacio de Justicia, cuando un grupo de siete guerrilleros del Movimiento 19 de abril (M19) ingresó a la edificación, armados y vestidos de civil; liderado por Alfonso Jackin e integrado, entre otros por Irma Franco Pineda; quienes asumieron las siguientes posiciones: dos en la secretaría del Consejo de Estado, dos en la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado, dos en la cafetería y una mujer en el tercer piso. Jackin, desde la Sección Tercera, se comunicó telefónicamente con Luis Otero, quien se encontraba en una residencia ubicada en la calle 6ª Sur No. 8 - 42, barrio Calvo Sur, junto con 27 guerrilleros más, para expresarle su posibilidad de ingreso, ante la ausencia de miembros de la policía en la guardia del Palacio, por lo que se dirigieron al objetivo en tres vehículos para entrar por el sótano. Momentos después de la iniciación de la toma el Jefe de Estado Mayor de la Décimo Tercera Brigada, Coronel Luis Carlos Sadovnik

Sánchez (q.e.p.d), activó el Plan de Defensa Nacional “Tricolor 83” y en Centro de Operaciones de la Brigada –COB-. Entonces, se llevó a cabo un operativo táctico y de inteligencia, dirigido y coordinado por el Ejército Nacional encaminado a la recuperación del Palacio de Justicia y a la liberación de rehenes; en el que participaron: la Policía Nacional (Grupo de Operaciones Especiales GOES y Curso de Operaciones Especiales COPES), el Ejército Nacional (División Quinta –Brigada 13-, Vigésima Brigada y las agregaciones de la BR-1 y BR-7), y el Departamento Administrativo de Seguridad, en adelante DAS. La Décimo Tercera Brigada del Ejército, dirigió la acción militar por su Comandante, el señor General (r) Jesús Armando Arias Cabrales, gracias a la activación del Plan de Defensa Nacional “Tricolor 83”. Acción militar en la que intervinieron: su Estado Mayor, es decir, el Jefe de Estado Mayor de la Brigada o B-5 a cargo del Coronel Luis Carlos Sadovnik Sánchez y las divisiones: B1, B2 cuyo comandante era el Coronel(r) Edilberto Sánchez Rubiano, B3 y B4; y las unidades tácticas que la integraban: batallones escuelas de: Artillería, Infantería, Logística, Comunicaciones, Ingenieros, Suboficiales “Sargento Inocencio Chincá”, grupo de Caballería Mecanizado No. 13 “Rincón Quiñónez” GMERI y Caballería comandada por el TC(r) Plazas Vega; los batallones: de Policía Militar No. 1 “Tomás Cipriano de Mosquera”, de Servicios No. 13, Guardia Presidencial; los orgánicos de las agregaciones temporales de la escuela de suboficiales de la Décima Brigada (BR-10), del Batallón de Servicios de la Séptima Brigada (BR-7), y del Batallón de Servicios No. 1 de la Primera Brigada (BR-1); otros de la Vigésima Brigada, Escuela de Inteligencia y Contra Inteligencia “Brigadier General Charry Solano”; el DAS y la Policía Nacional con unidades del F-2, el COPES y el GOES. La retoma, como es conocida la acción táctica y de inteligencia de combate de recuperación del Palacio de Justicia, desplegada por la Fuerza Pública, comenzó con la reacción de algunos miembros del Batallón Guardia Presidencial, ubicado en un sector aledaño al escenario del acontecer; seguidamente, hicieron presencia el Comandante de la Décimo Tercera Brigada, General Jesús Armando Arias Cabrales y los de las unidades tácticas Escuelas Batallón de Artillería y Caballería, entre otros, también la Policía Nacional (COPES y GOES). A continuación, el Ejército estableció el puesto de mando avanzado en la Casa Museo del Florero situada en la esquina nororiental de la Plaza de Bolívar, contigua al Palacio de Justicia. Dado que, de conformidad con el Plan Tricolor era

fundamental controlar la salida de rehenes del Palacio para evitar que los subversivos eludieran el cerco militar, paralela a la misión táctica, coordinada por la Décima Tercera Brigada se adelantó una operación de inteligencia de combate orientada a la identificación del grupo subversivo asaltante, los integrantes que incursionaron en la tima, los colaboradores de éstos, entre otros aspectos; acorde con lo establecido en el Manual de Inteligencia de Combate, en adelante MIC y en el Plan de Operaciones de Inteligencia No. 002 contra el autodenominado M19 de 1980, el segundo de ellos, documento secreto de las Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional para contrarrestar el citado grupo subversivo; donde se expresa, entre otras cosas, las tareas de inteligencia a realizar por las Unidades Tácticas adscritas a la BR-13, en coordinación con el B2. Por lo anterior, los rehenes liberados fueron identificados, interrogados, enlistados y clasificados así: personal ajeno a la incursión subversiva, los participantes en el asalto y posibles colaboradores del M19 desde el interior del Palacio de Justicia; estos dos últimos denominados sospechosos o especiales “(S)” porque: no eran identificados plenamente, ofrecían explicaciones no creíbles para el Ejército sobre su presencia en el Palacio, eran oriundos de alguna región del país con presencia del M19, eran estudiantes, ora (SIC) porque sabían de su condición de guerrilleros integrantes del M19, dada la visible participación en el asalto. Procedimiento que comenzaba desde el interior de Palacio de Justicia y culminaba en el puesto de mando establecido en la Casa Museo del Florero. De esta manera, miembros de las fuerzas armadas rescataron del Palacio de Justicia más de doscientas personas que se encontraban al momento de la cruenta toma, y que, acorde con el plan de la operación de recuperación y rescate fueron, casi en su totalidad, trasladadas a la Casa Museo del Florero, y tras ser identificadas puestas en libertad. Con todo, de ese cúmulo de personas rescatadas, de once de ellas no se ha vuelto a saber sobre su paradero. Tales personas, son Carlos Augusto Rodríguez Vera, Cristina Del Pilar Guarín Cortés, Bernardo Beltrán Hernández, Héctor Jaime Beltrán Fuentes, Luz Mary Portela León, David Suspez Celis, Gloria Stella Lizarazo, Norma Constanza Esguerra, Gloria Isabel Anzola De Lanao, Lucy Amparo Oviedo Bonilla y la guerrillera Irma Franco. (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C, 2012).

En segunda instancia se condena al Coronel (r) Luis Alfonso Plazas Vega como autor mediato de un concurso de delitos de desaparición forzada, porque se logró establecer durante el desarrollo del proceso lo siguiente:

La existencia de una organización integrada por un grupo de personas. (ii) La organización delictiva tenía la misma relación jerárquica y operaba en forma paralela al aparato institucional. (iii) Todas las estructuras de poder contribuían armónicamente, con plena solidaridad de cuerpo, a la ejecución de las actividades ilegales asignadas, motivo por el cual planificaban por anticipado las respuestas que se tenían que dar ante los organismos de control con el propósito de mantener a sus miembros libres de persecuciones penales o disciplinarias (Roxin, 1963, s. p.). (iv) La instrucción ilegal se transmitió por la cadena de mando sin resistencia de sus integrantes. (v) Quienes cumplían la orden hacían parte de una amplia estructura que tenía individuos dispuestos a obedecer, y en todo caso eran sustituibles por sujetos que nunca cuestionarían lo ordenado ni se preguntarían sobre la legalidad de los procedimientos. (vi) Los agentes estatales encargados de cumplir directa y efectivamente las órdenes de torturar y desaparecer forzosamente a quienes se les consideraba enemigos, ejecutaban la consigna en tanto hacía parte del plan general de fumigar a quienes ellos consideraban que debían correr tal suerte. (vii) Los Comandantes militares (policiales y jefes de otros organismos) tenían control (dominio) de la organización criminal paralela a la institucional y a través de ella de sus integrantes sustituibles, prescindibles o fungibles. (viii) El superior jerárquico impulsó de manera sostenida la ejecución de actuaciones ilícitas por parte de los miembros del aparato estatal ilegal. (ix) Conocimiento de la organización o aparato de poder y decisión de que sus miembros ejecuten o continúen ejecutando hechos ilícitos penales. (x) El lugar de ubicación, el tamaño de sus instalaciones y la existencia de zonas alejadas de los casinos y dormitorios de la tropa, hicieron de la Escuela de Caballería un centro de detención especializado (ilegal), al que se conducían a todos aquellos respecto de quienes existiera sospecha de pertenecer a algún grupo armado ilegal. (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., 2012).

Posteriormente mediante sentencia de fecha 16 de diciembre de 2015, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal resuelve absolver al Coronel (r) Luis Alfonso Plazas Vega por el delito de desaparición forzada, argumentado para ello lo siguiente:

Sobre la exclusión del aparato de poder del orden legal, como la comisión de delitos no puede ser, válidamente, política de una organización ajustada a la Constitución Política del país, sino en cuanto ella esté al margen de la legalidad, solo en este caso funciona la teoría. En eventos diferentes, como en organizaciones propias de un Estado de Derecho (las fuerzas armadas, por ejemplo), una política de comisión sectorizada o generalizada de delitos no puede poner la organización en movimiento, pues así no se actúa con la organización sino en contra de ella. No obstante, es factible que paralelamente a la estructura de la organización legal se active la estructura de una organización ilegal, que inclusive use sus mismas personas, jerarquías, competencias y medios lícitos para satisfacer los fines ilícitos que la motivan, amparándose en ella para emplearla como fuente de impunidad, solapando de apariencia de legalidad sus actos ilegales. Pero en este caso lo relevante para la aplicación de la autoría mediata en aparatos organizados de poder es que al lado o adentro de la organización lícita, subyace la organización ilícita, de modo que aquella es un referente para estructurarla (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., 2012).

“Al margen de la discusión doctrinal sobre el significado de la desvinculación del derecho” (Ambos, 2006, s. p.).

O del ordenamiento jurídico del órgano estatal, y si es o no necesaria para fundamentar la autoría mediata por dominio de organización, el ad quem da por probada la existencia de una estructura ilegal paralela a la Fuerza Pública, al indicar que la desaparición de Irma Franco y Carlos Augusto Rodríguez, 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 (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D C., 2012).

Es posible que dentro de la fuerza pública un superior imparta una orden ilegal que sea ejecutada por un subordinado. En este sentido, su acatamiento no significa que la fuerza pública en general se haya puesto al margen de la Ley o que por esa razón, coexistan dos organizaciones: una que actúa legalmente y otra por fuera del orden jurídico, que aprovecha las jerarquías, personas y competencias de aquella para cometer delitos. El hecho de que una organización legal, sea el medio a través del cual, quienes la dirigen cometan delitos valiéndose de su estructura, per se no la convierte en ilegal. De modo que cuando se investigan conductas punibles ejecutadas por miembros de la Fuerza Pública, no puede simplemente presumirse la existencia de una estructura ilegal paralela a ella o que aquella actúa al margen del derecho; por el contrario, debe establecerse probatoriamente que sus dirigentes se han valido de su jerarquía y control sobre sus subordinados para cometer delitos (Corte Suprema de Justicia 2015).

A manera de conclusión, se puede decir que la Corte Suprema de Justicia no encontró las suficientes convicciones para condenar como autor mediato al Coronel (r) Luis Alfonso Plazas Vega por el delito de desaparición forzada. Se carece de soporte probatorio, y de evidencias que conlleven a establecer que el acusado se haya valido de su posición de mando y control sobre las bases, para cometer un ilícito.

3.1.4. Aplicación de la autoría mediata: caso del postulado Guillermo Pérez Alzáte

El 29 de septiembre de 2014, El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala de Justicia y Paz condenó a Guillermo Pérez Álzate como autor mediato de homicidio en persona protegida, homicidio en persona protegida en la modalidad de tentativa, secuestro simple agravado, desplazamiento forzado de población civil, destrucción y apropiación de bienes protegidos, desaparición

forzada, concierto para delinquir, secuestro extorsivo, testaferrato, reclutamiento ilícito, relatados en la sentencia de la siguiente manera:

Guillermo Pérez Álzate se desmovilizó el 12 de diciembre de 2005 en Santa Isabel Remedios Antioquia, con el Bloque del Noreste Antioqueño, bajo Cauca y Magdalena medio del Bloque Central Bolívar, en razón a que no le fue posible asistir al corregimiento del Tablón, municipio de Taminago Nariño para desmovilizarse con el Bloque Libertadores del Sur como su máximo comandante, puesto que había información sobre un atentado contra su vida.

Con escrito del 5 de abril de 2006² Guillermo Pérez Álzate manifestó al Alto Comisionado para la Paz, su deseo de ser postulado a los beneficios consagrados en las disposiciones de la leyes 418 de 1997, 782 de 2002, 975 de 2005 y sus decretos reglamentarios. Escuchado en versión libre por la Fiscalía 4^o Delegada de la Unidad Nacional de Justicia Transicional, Guillermo Pérez Alzate confesó varios hechos constitutivos de una imputación parcial que sirvió de fundamento para que los días 11 de junio 2009, 29 y 30 de noviembre de 2010, el Magistrado con Función de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá le impusiera medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario por la comisión de los delitos de concierto para delinquir agravado; homicidio en persona protegida en concurso; tentativa de homicidio en persona protegida en concurso; homicidio agravado, tentativa de homicidio, reclutamiento ilícito, fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas, tortura en persona protegida, tráfico de estupefacientes, detención ilegal y privación del debido proceso, secuestro simple, deportación expulsión traslado desplazamiento forzado de la población civil y apropiación de bienes protegidos.

Particularmente, la casa Castaño impartió órdenes a Guillermo Pérez Alzate, encaminadas a cumplir con lo siguiente: i) intervenir en las zonas de dominio de la guerrilla, neutralizar las fuentes de financiación y contener el tráfico de armas provenientes desde el departamento de Nariño, que tenían como destino la zona de distensión ubicada en San Vicente del Caguán, donde se encontraba concentrado el

Secretariado de las FARC; ii) devolver a los narcotraficantes el manejo y control de su negocio; y iii) asumir el cobro de los impuestos provenientes del tráfico de sustancias ilícitas y remitir la mitad de esas sumas a Vicente Castaño.⁹³

Fue así como surgió una nueva organización de autodefensa – Bloque Libertadores del Sur – en el departamento de Nariño⁹⁶, que en principio tuvo como escenario el municipio de Tumaco, por ser considerado el epicentro de las transacciones de los hombres encargados del negocio de la cocaína por parte de las FARC. Lo antes mencionado se encuentra ratificado por Guillermo Pérez Álzate, quien al momento de rendir versión, expuso que a mediados de 1999, el sur del país se encontraba bajo el dominio de las FARC. Con ello, queda claro que uno de los objetivos propuestos por Guillermo Pérez Álzate, como comandante del Bloque Libertadores del Sur, era arrebatar a la guerrilla de las FARC, territorios estratégicos para su financiamiento, especialmente de aquellos en los que se desarrollaban actividades de narcotráfico.

Con la llegada del Bloque Libertadores del Sur, durante el periodo comprendido entre 1999 y 2005, se presentó un incremento en las hectáreas cultivadas con hoja de coca en el departamento de Nariño, situación que fue contrarrestada con fumigaciones e incautaciones en las zonas de injerencia del Bloque Libertadores del Sur. Montañez, alias “Macaco” le encargó la misión de crear el Bloque Libertadores del Sur a Guillermo Pérez Álzate a mediados de 1999.^{108. 140.} A partir de ese momento y hasta su desmovilización el 12 de diciembre de 2005, desempeñó el cargo de comandante del Bloque Libertadores del Sur, posición que le permitió dar cumplimiento a los fines del mismo, mediante el desarrollo de la actividad del narcotráfico como medio de financiación de la estructura armada. (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., 2014)

En cuanto a la figura de autoría mediata dentro de la sentencia se observa que se menciona:

1050. Respecto al derecho interno, de conformidad con el Artículo 29 de la Ley 599 de 2000, la figura de la autoría consiste en el impulso propio de la voluntad de un sujeto en la comisión de una conducta punible, o en su defecto, en la utilización de

otro individuo como instrumento para la concreción del ilícito dispuesto, lo que es conocido así mismo como autoría mediata. 1051. La última de las instituciones reseñadas fue estudiada por esta Corporación en sentencia de diciembre 16 de 2010 en el proceso con radicado No. 2007-82701. En dicha decisión se advirtió que: “surge la atribución de autor mediato, para identificar al que realiza el comportamiento utilizando a otro como instrumento, también denominado “el hombre de atrás” o el que “mueve los hilos”. Tradicionalmente considerado por la Jurisprudencia, como “la persona que desde atrás en forma dolosa domina la voluntad de otro al que determina o utiliza como instrumento para que realice el supuesto de hecho, quien en todo evento actúa ciego frente a la conducta punible, a través del error invencible o de la insuperable coacción ajena”, constituye una interpretación que hacía imposible aplicar esta forma de autoría a las personas que formaban parte de los grupos armados organizados al margen de la ley, dirigidos por la guerrilla y autodefensas, quienes eran considerados como autores o coautores, pero dicha postura fue modificada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, corporación que aceptó la responsabilidad del autor mediato por dominio de la voluntad.”. Así las cosas, en el caso objeto de análisis, en lo que corresponde a la figura de autoría mediata respecto de Guillermo Pérez Alzate alias “El Patrón” o “Pablo Sevillano” desde el surgimiento del Bloque Libertadores del Sur, es claro que éste último ejerció la comandancia de la estructura de manera no presencial, siendo por ello intermitente su figura en el territorio geográfico de injerencia, lo que propició por un amplio lapso la dirección del grupo desde la ciudad de Santiago de Cali⁹³⁶, y con posterioridad desde el municipio de Puerto Berrio, Antioquia⁹³⁷. En consecuencia, se colige que la gran cantidad de ilícitos cometidos por miembros del Bloque obedecieron a las directrices generales impartidas por la organización, las cuales se establecieron como política, sin que para ello resultara indispensable la participación de Pérez Alzate en los crímenes cometidos por los hombres a su mando. (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., 2014).

3.1.5. Aplicación de la autoría mediata: caso del postulado Edgar Ignacio Fierro Flores.

El día 06 de junio de 2012 la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal confirmó el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala de Justicia y Paz de fecha 07 de diciembre de 2011, mediante el cual se condenó a Edgar Ignacio Fierro Flores como autor mediato de los delitos de Homicidios en persona protegida, porte ilegal de armas de defensa personal y de uso privativo de las fuerzas armadas, desplazamientos forzados, exacciones, reclutamiento ilícito de menores, desapariciones forzadas, hurtos, y acceso carnal violento.

Los hechos son narrados en la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala de Justicia y Paz (2012) así:

Edgar Ignacio Fierro Flores, conocido con los alias de “Don Antonio”, “Isaac Bolívar”, “Trinito Tolueno”, “William Ramírez Dueñas” y “Tijeras”, desmovilizado como comandante del Frente “José Pablo Díaz”. En marzo del año 2003, se vincula a las A.U.C., organización ilegal armada en la que inicialmente se desempeñó como inspector de armas del Frente Mártires de Valledupar, y posteriormente en el mes de julio de esa misma anualidad asumió el mando del Frente “José Pablo Díaz”. Finalmente, y luego de su desmovilización colectiva en el año 2006, fueron postulados por el Gobierno Nacional para acceder a los beneficios de la Ley 975 de 2005, 31 de los ex integrantes del Frente “José Pablo Díaz”, entre los que se incluyó al aquí postulado procesado Edgar Ignacio Fierro Flores.

Dentro de la sentencia proferida en contra del señor Fierro Flores, se observa en cuanto a la figura de autoría mediata lo siguiente:

Se debe previamente advertir que como la mayoría de los comportamientos delictivos endilgados al postulado procesado Edgar Ignacio Fierro Flores fueron cometidos de manera directa por los ejecutores, subalternos de éste, se endilga

responsabilidad en calidad de autor mediato. La autoría mediata es un concepto que permite decantar la responsabilidad de los superiores jerárquicos en estructuras organizadas al margen de la Ley 56, el funcionamiento de estas estructuras, denominados en algunos casos aparatos organizados de poder, 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 criminales propias de la estructura, mientras que a quienes están subordinados les corresponde ejecutar directamente las acciones criminales. En el caso del postulado procesado Edgar Ignacio Fierro Flores, se encuentra que ostentaba una posición de mando dentro de la estructura paramilitar, pues era el comandante del frente "José Pablo Díaz", del que tenía el dominio, como quiera que estableció los lineamientos de su estructura, mecanismos de financiación y modos de operación. (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D .C., 2011).

3.1.6. Aplicación de la autoría mediata: caso de Rito Alejo Del Rio Rojas

El día 23 de agosto de 2012 el Juzgado Octavo Penal del Circuito Especializado de Bogotá lo condenó como autor mediato por el delito de homicidio agravado, siendo víctima el señor Marino López Mena.

Los hechos son narrados en la sentencia de la siguiente manera:

El día 26 de febrero de 1997 varias personas armadas pertenecientes al grupo de autodefensas "Elmer Cárdenas" ingresaron al caserío denominado Bijao jurisdicción del Municipio de Rio sucio departamento del Choco y tras un breve enfrentamiento con unidades guerrilleras allí presentes procedieron mediante amenazas a ordenar a los pobladores el abandono de esta localidad. Al día siguiente dentro del poblado los paramilitares retuvieron al señor Marino López Mena a quien interrogaron y

maltrataron. Ante tal situación el aprehendido intento escapar de sus captores arrojándose al río, pero inmediatamente fue recapturado, y decapitado mediante el empleo de un machete, y desmembrado el resto del cuerpo. Se señala que la muerte de López Mena fue una de las acciones desarrolladas con ocasión del adelantamiento de la denominada operación Génesis, diseñada y ejecutada por el general Rito Alejo Del Río. Por lo anterior se vinculó mediante indagatoria al señor Rito Alejo Del Río. Para la época de estos hechos el general Del Río emprende una amplia ofensiva contra las FARC dice la Fiscalía que para lograr de mejor manera tal objetivo, el mencionado comandante pacta alianzas con los grupos paramilitares de la región especialmente con integrantes del denominado bloque “Elmer Cárdenas”, se señala que como consecuencia de ello entre el 24 y el 28 de febrero de 1997, el general del Río Rojas, ejecuta en coordinación con el mencionado grupo paramilitar, la denominada operación Génesis, mediante la cual se ataca por vía aérea y fluvial varios puestos y bases guerrilleras ubicadas en aquella aislada región. Para la época de los hechos en general del Río llegó como comandante de la brigada XVII y emprende toda una estrategia para devolver la paz a la región, tal y como lo señala en las distintas versiones rendidas a lo largo del proceso. Si bien el anterior propósito resulta acorde a la Constitución y la ley, lo demostrado es que el general del Río equivocó para llevarlo a cabo, como, quiera, que, entre otras cosas, el militar optó por proteger y favorecer a grupos paramilitares de la región, y en lugar de combatirlos prefirió diseñar con ellos una estrategia conjunta a efectos de atentar el objetivo común de erradicar la guerrilla de la zona.

Finalmente el general Rito Alejo del Río fue condenado en primera instancia como autor mediato, como consecuencia del análisis probatorio desarrollado en los memoriales anteriores, es evidente que en el caso concreto resulta nítida la concurrencia de los requisitos que permiten tener al procesado como autor mediato por dominio de estructuras organizadas de poder, en los hechos materia de juzgamiento. En efecto, en estas consideraciones dejamos establecido que para tal efecto se requiere los siguientes requisitos: 1. Existencia de una organización jerárquica. 2. Poder de mando del autor mediato. 3. Una organización que actúa por fuera del derecho. 4. Fungibilidad del autor directo o materia, 5. Predisposición del autor directo a la realización del hecho ilícito.

En todo caso, se advierte que dentro de este tipo de esquemas organizativos, como el que ahora nos ocupa, no es necesaria la existencia órdenes explícitas cuando las conductas realizadas por los ejecutores materiales atienden el contexto de los objetivos generales perseguidos por la organización, por ese motivo la moderna aplicación jurisprudencial de la teoría de la autoría mediata por dominio de aparatos de poder (especialmente la sentencia contra el ex presidente de Perú, Alberto Fujimori) ha precisado algunos aspectos, entre ellos el de que no se necesita en estos eventos probar la orden directa de cometer delitos concretos, ni probar que el hombre de atrás haya querido que el acto ilícito se realizara, pues resulta suficientes demostrar que el dirigente conocía el tipo de actividades ilícitas que desarrollaba su organización. (Juzgado Octavo Penal del Circuito Especializado de Bogotá, 2012).

4 CAPITULO IV. JURISPRUDENCIA EN TRIBUNALES INTERNACIONALES

4.1 CASO DE ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI

Alberto Kenya Fujimori Fujimori nació en Lima el 28 de julio de 1938, es ingeniero agrónomo, con postgrado en física y matemáticas, se desempeñó como Presidente de la República del Perú en el periodo comprendido entre el 28 de julio de 1990 y el 21 de noviembre del 2000.

La Sala Penal Especial de la Corte Suprema del Perú el día 07 de abril de 2009 condenó a Alberto Fujimori Fujimori a veinticinco años de prisión por los punibles de homicidio agravado y secuestro agravado en los casos “La Cantuta” y “Barrios Altos”, fallo que fue confirmado en segunda instancia el día 03 de enero de 2010 por la Corte Suprema. Este fallo marco un gran precedente para el Derecho Penal en lo que se refiere a la figura de autoría mediata en aparatos organizados de poder, por tratarse de delitos cometidos por un Presidente de la República.

Menciona la sentencia que con arreglo a la acusación fiscal:

Las actuaciones de los integrantes del Destacamento Colina (Caso Barrios Altos y La Cantuta) y del Servicio de Inteligencia del Ejército (Caso Sótanos SIE), le resultan imputables a título de autoría mediata por dominio de la organización, al ex presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori, quien desde la cúspide del aparato estatal impartió las órdenes para la ejecución de los hechos gravísimos materia de estos procesos acumulados. (Corte Suprema del Perú, 2009). El Código Penal peruano de mil novecientos veinticuatro no incluía en su artículo 100º una definición legal de autor mediato. Sin embargo, el Código Penal de mil ochocientos sesenta y tres en el inciso 2), de su artículo 12º, aludía, aunque en términos no muy precisos, que también podían ser considerados como autores del delito “los que deciden su ejecución y la efectúan por medio de

otros”. Los Proyectos de Reforma del Código Penal de mil novecientos veinticuatro que se sucedieron desde octubre de mil novecientos ochenta y cuatro hasta enero de mil novecientos noventa y uno, y que precedieron al Código vigente, incorporaron expresamente una fórmula legal alusiva a la autoría mediata. No obstante, en su secuencia evolutiva describieron esta forma de autoría utilizando expresiones diferentes. Así, por ejemplo, los Proyectos de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro (artículo 28º), agosto de mil novecientos ochenta y cinco (artículo 40º) y de abril de mil novecientos ochenta y seis (artículo 40º) precisaban que también era autor el que realizaba el delito “sirviéndose de otro”. En cambio, los Proyectos de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (artículo 28º), de julio mil novecientos noventa (artículo 28º) y de enero de mil novecientos noventa y uno (artículo 23º) optaron por identificar como autor mediato a quien cometía el delito “por medio de otro”. Esta última redacción es la que ha recepcionado la legislación vigente.

4.2 CASO DE LAS JUNTAS MILITARES ARGENTINAS

El 09 de diciembre de 1985 en Argentina se condena a las denominadas juntas militares que gobernaron el régimen militar en Argentina entre los años 1976 a 1983.

Las Juntas Militares crearon un plan cuyo único objetivo era luchar y derrocar cualquier forma de manifestación ciudadana, fue por ello que recurrieron a secuestros, torturas, asesinatos, desapariciones, en donde los argentinos vivieron quizá la época más violenta en toda su historia.

Fue por ello que en Argentina se abrió paso a la teoría propuesta por Roxín (1963 citado por Bertoni 2007), en donde en primera instancia los magistrados

concluyeron que los comandantes militares eran responsables penalmente como autores mediatos. Por ello en el punto VII.6 de la sentencia de instancia, subtulado “El camino a seguir”, se insistió en que los enjuiciados habían tenido siempre el dominio sobre los que ejecutaron las acciones y por ello, debían responder como autores mediatos de los delitos cometidos.

Lascano (2001), señala que posteriormente la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, en decisión que estuvo dividida, la gran mayoría de los integrantes opto por aplicar la teoría de la autoría mediata por dominio de la organización y algunos magistrados eligieron la imputación a título de cooperadores necesarios.

4.3 CASO ABIMAEEL GUZMÁN REYNOSO

Manuel Rubén Abimael Guzmán Reynoso, también conocido con el alias de Camarada Gonzalo nació en Arequipa Perú el 3 de diciembre de 1934, fue líder de la organización terrorista denominada el Sendero Luminoso o Partido Comunista del Perú [PCP].

Mediante Sentencia del 14 de diciembre de 2007, la Corte Suprema de Justicia Segunda Sala Penal Transitoria, confirma en segunda instancia la condena impuesta a Abimael Guzmán Reynoso como dirigente superior de la organización terrorista denominada el Sendero Luminoso.

En lo referente a la figura de autoría mediata se observa dentro de la sentencia lo siguiente:

“La autoría mediata por dominio de organización que se imputa a Guzmán Reynoso y sus coprocesados, parte por determinar si el denominado Partido Comunista del Perú conocido como “Sendero Luminoso” se configuró como

un verdadero aparato organizado de poder donde la cúpula dirigenal pueda responder a título de autor mediato en tanto sus militantes de base o cuadros intermedios fueron los ejecutores materiales o autores inmediatos de los delitos que se les atribuye. La respuesta es afirmativa, el [PCP-SL], se construyó a escala nacional, con células, comités zonales, sub-zonales, regionales y en el vértice el Comité Central con Guzmán Reynoso a la cabeza, llegando a contar con treinta y tres mil “combatientes” según versión de la propia organización. Así se puede entender que la orden de dar muerte a los sesenta y nueve comuneros de Lucanamarca provino del Comité Permanente del Partido pero fue ejecutada por los miembros del Comité Regional Cangallo-Fajardo, por lo que, los que dieron las órdenes resultan ser los autores mediatos y los ejecutores los autores directos”.

Dentro de este fallo se aplica la teoría expuesta por Roxin, ya que el título de imputación fue de autoría mediata, debido a que quienes ordenaron y transmitieron la orden de llevar a cabo el delito, en su posición funcional, tenían el dominio del hecho ejecutado a través de los ejecutores materiales.

4.4 JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR ALEMÁN

Entre los años 1971 a 1989 muchas personas fueron asesinadas en Alemania por parte de los soldados, cuando intentaban cruzar el denominado muro de Berlín, el cual separaba a Berlín oriental de Berlín occidental. Dichos asesinatos eran justificados por los soldados, argumentando que solo cumplían el reglamento impuesto por el Ministerio de Defensa Nacional el cual le otorgaba a las patrullas la tarea de no permitir que ningún individuo atravesara la línea fronteriza, y en caso de hacerlo serían detenidos o asesinados.

Posteriormente en los años 1989 y 1990 teniendo en cuenta la reunificación que se había hecho en Alemania, surgieron cambios tanto políticos, como jurídicos y sociales, en donde se realizaron muchos cuestionamientos, entre ellos el referente al reglamento impuesto por el Ministerio de Defensa Nacional, fue por ello que el Tribunal Superior de Justicia de Alemania tuvo que resolver lo atinente al actuar de los soldados por los hechos ocurridos entre 1971 a 1989.

Durante el juicio llevado a cabo, el Tribunal encontró tanto a los acusados como a los guardias de la frontera culpables, los primeros de ellos fueron juzgados como autores mediatos y los segundos como autores directos.

4.5 JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA TPYP. CASO STAKIC

El Tribunal Penal Internacional Para la Exyugoslavia (2003), afirma que la figura de autoría mediata en aparatos organizados de poder encuentra resonancia en el TPIY, en el caso Milomir Stakic Este caso tuvo como objeto la campaña de persecución desarrollada contra la población de origen no-serbio de la

municipalidad de Prijedor mediante asesinatos en masa, tortura agresiones físicas, violaciones y otras agresiones sexuales, atentados contra la dignidad personal, destrucción y saqueo de domicilios privados y propiedades comerciales, destrucción y saqueo de edificios religiosos y culturales, deportaciones masivas, y actos de negación de otros derechos fundamentales. Los hechos fueron cometidos por la policía civil de Prijedor, las unidades militares desplegadas en Prijedor, y la presidencia de guerra de Prijedor, quienes se repartieron las funciones para la campaña de persecución , todo ello con la contribución de asistencia logística y financiera que proveía la administración civil dirigida por Milomir Stakic. Por eso el TPIY lo condena como coautor mediato.

Según Olasolo (2007), si bien la Sala del TPIY en Sentencia de fecha 22 de marzo de 2005 rechazó la aplicación conjunta de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder y la coautoría por codominio funcional del hecho la jurisprudencia del Tribunal ha seguido aplicando dicha forma de autoría mediata, si bien en combinación con un concepto subjetivo de coautoría basado en la doctrina de la empresa criminal conjunta.

4.6 JURISPRUDENCIA EN EL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA RUANDA CASO OMAR AL BASHIR

Después del ataque al aeropuerto de El Fasher en el año 2003, por algunas milicias, entre ellas el Movimiento Sudanes por la liberación [MSL], del movimiento por la justicia y la equidad [MJE] y otros grupos armados, en contestación a dichas actividades Omar Al Bashir en calidad del presidente, decide realizar un ataque.

A partir de éste momento comenzó una campaña de contrainsurgencia que fue desarrollada durante más de cinco años por las fuerzas del gobierno de Sudan que

incluían las fuerzas armadas sudanesas y sus aliados de las milicias Janjaweed, las fuerzas de policía, el servicio de seguridad e inteligencia nacional y la comisión para asuntos humanitarios. (...) El elemento central de esta campaña fue el lanzamiento de un ataque ilícito contra aquella parte de la población de Darfur percibida por el gobierno de Sudan como cercana al MSL, al JEM y a los demás grupos armados de oposición (...) Por esta razón, la SCPI de la CPI, dictó el 04 de marzo de 2009 una orden de arresto contra Omar al Bashir por su presunta responsabilidad penal, como co-autor mediato, o, alternativamente, como autor mediato, por aquellos crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos como parte de dicha campaña por miembros de las fuerzas del gobierno Sudan. (Olasolo, 2009, p. 170).

5 CAPITULO V. CONCLUSIONES

- En este contexto de horror y de tecnificación de la criminalidad, la teoría de autoría mediata planteada por Roxín, encuentra total justificación al buscar la judicialización, más justa y cercana al escenario real, de los miembros de organismos de poder.
- La perversión de una serie de organizaciones marginadas de la legalidad, han desencadenado intentos de la jurisprudencia penal colombiana, de acercarse a la teoría expuesta por Claus Roxín, pero sin encontrar la certeza jurídica de la legalidad, que se enmarca en el artículo 6 –Ley 599 de 2000-, como una de las normas rectoras de la ley penal.
- Por tal motivo, se está frente al momento histórico de modificar la legislación penal actual para incluir en su articulado la figura de la autoría mediata en estructuras organizadas de poder, para que tenga su propia regulación interna y no tener que recurrir a figuras foráneas, para aplicarla en la jurisprudencia. Esta implementación encontraría también legalidad internacional, porque el Estatuto de Roma apareja los crímenes cometidos por subordinados a órdenes de superiores. Con esta reforma se equilibra la nueva modalidad de autoría a la avanzada delincuencia, para evitar impunidad, especialmente en el caso colombiano, donde existe toda una serie de organizaciones al margen de la ley.
- No obstante, como los horribles crímenes, de los paramilitares y los capos del narcotráfico, las emboscadas de la guerrilla, los atentados contra los oleoductos, los ajusticiamientos de civiles, los homicidios a periodistas, políticos, sindicalistas, líderes sociales e indígenas, el desplazamiento de la población civil, las masacres, mutilaciones, torturas y violación de mujeres,

de los habitantes del campo; no cesan, continúan dándose, el llamado es a que los jueces de la República, en debida forma, con relación a ese escalofriante panorama, entren a pronunciarse especialmente la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal; hasta tanto tengamos en la codificación penal, la figura del autor mediato en aparatos organizados de poder.

- La teoría de autoría mediata, resultaría muy útil para resolver la gran dificultad que enfrenta en la actualidad el sistema penal colombiano, al querer atribuir responsabilidad a los dirigentes de grupos ilegales que han cometido crímenes en virtud de aparatos organizados de poder. Sin embargo se debe precisar de manera concreta, todos los elementos que compone, esta figura, para poder hacer uso de ella. No es suficiente con indicar la existencia de la organización jerárquica: sino que se debe determinar que él “hombre de atrás” es aquella persona que ejerce un control sobre la organización, planteamiento que se torna difícil, por el poder oscuro que existe en la sociedad colombiana, que permea la justicia y la conciencia, de muchos de los encargados de aplicarla.

Entonces, se podría decir que se trata de una figura que, si bien puede contribuir a la sanción de los máximos responsables, en caso de ser utilizada en forma errónea podría conducir simplemente a probar lo ya conocido (la existencia de la estructura), y por lo tanto, no hacer un aporte significativo al esclarecimiento de los hechos, a la construcción de la verdad e incluso a la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, R. M. (1981). Teoría General del Derecho Administrativo. s. l. Ed Porrúa.
- Ambos (2008). Internationales Strafrecht. München: Beck.
- Ambos, K. & Grammer, (s.f). Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann. Artículo disponible en: http://www.menschenrechte.org/Koalition/Espanol/dictamen_Kaesemann.pdf
- Ambos, K. (1998). Dominio del Hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Colombia. Universidad externado de Colombia.
- Ambos, K. C. (2006). La Parte General Del Derecho Penal Internacional Bases Para Una Elaboración Dogmática. Bogotá D.C.ED. Temis.
- Colombia, Congreso de la Republica Juzgado Octavo Penal del Circuito Especializado de Bogotá, Bogotá D.C. 2012.
- Colombia, Congreso de la Republica. Decreto Ley 100. (20, febrero, 1980) Por el cual se expide el nuevo Código Penal. Diario Oficial No. 35461. Bogotá D.C. 1980.
- Colombia, Congreso de la Republica. Ley 599. (24, julio, 2000). Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial No. 44097. Bogotá D.C. 2000.
- Colombia, Congreso de la Republica. Ley 95. (24, abril, 1936). Sobre Código Penal. Bogotá D.C. 1936.
- Colombia. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Radicado: 11001010200020110146-01, Registro: 04-6-2013. 6 de junio de 2013, MP, Dr. Henry Villarraga Oliveros.
- Colombia. Constitución Política. 1991. Bogotá D.C. Legis.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Proceso No 18656. (21, abril, 2004), MP. Dr. Mauro Solarte Portilla,

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de única instancia del 26 de octubre de 2009. Proceso 15610. MP. Dr. Fernando Arboleda Ripoll.

Colombia. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. 2014.

Colombia. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. 2011.

Colombia. Tribunal superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. 2012.

Corte Penal Internacional. Estatuto de Roma. 1998.

Crossman, R. H. (1983). Biografía del Estado moderno. Madrid. Christophers.

Cuello, C. E. (1974). La moderna penología. Barcelona. Bosch, casas editorial.

Díaz & García (1991 Citado por Suarez 2007), La Autoría En Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia, 3ª ed., Bogotá.

Eser, A, (2002) Individual Criminal Responsibility. The Rome Statute of International Criminal Court: a commentary. Disponible en: www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/univ.../hernandezyotros.pdf

Espejo, C. M. (s.f). Penas corporales y torturas en Roma. Disponible en: <http://perso.wanadoo.es/cespejo/torturas.htm>

Farfán M., F. (2006) La masacre de Machuca: autoría mediata a través de aparatos organizados de poder., Bogotá. Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Faria, J. E. (2001). El Derecho En La Economía Globalizada. Madrid. Editorial Trotta.

Gómez. J. (2013) La estructura de la conducta y la imputación objetiva. Popayán. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Guzmán, P. C. (2014). Derecho Penal Especial. Popayán.

Hegler (1915 Citado por Roxin 2000). Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Barcelona. Marcial pons

Huellas. (2011). Reflexiones sobre Derecho Penal. La autoría en los aparatos organizados de poder. La situación en la jurisprudencia nacional. Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/02/huellas-72.pdf>

López, C. (s.f.). Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado. Cap. VI. El caso colombiano. Disponible en: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/pdf/imputacion%20de%20crimenes%20de%20los%20subordinados%20al%20dirigente.pdf

Maquiavelo N. (1531). El príncipe. Italia. Alianza Editorial

Maurach, R. (1962). Tratado de Derecho Penal. Barcelona, Edit. Ariel S.A.

Meini. (2008) El dominio de la organización en derecho penal. Lima. Palestra.

Mir, S. Bases Constitucionales del Derecho Penal. Madrid. Editorial Iustel

Nava, a. (2002). Autoría y participación delictiva, jurisprudencia derecho comparado. Madrid. Iustel.

Olasolo (2007). Ensayos de Derecho Penal y Procesal Internacional. México. Tirant lo blanch México DF.

Olasolo, (2009). Ensayos de Derecho Penal y Procesal Internacional. México. Tirant lo blanch México DF.

Parsons, T. (1976) 2a. El sistema social). Madrid: Biblioteca de la Revista de Occidente, 23 1a. ed.

Perú. Corte suprema., 7 de abril de 2009. V.S. César San Martín Castro Víctor Prado Saldarriaga Hugo Príncipe Trujillo

Roxin (1963 citado por Bertoni 2007). Social security numbers. Washington. D.C. Accountability Office.

Roxin, C. (1963) Täterschaft und Tatherrschaft. Hamburg: De Gruyter.

Roxin, C. (1970). Sobre la Autoría y Participación en el Derecho Penal. Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho. En Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa. Buenos Aires. Ediciones Pannedille.

Roxin, C. (2000). Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Barcelona. Marcial pons

Roxin, C. (2006). El Dominio De Organización Como Forma Independiente De Autoría Mediata Chile. Disponible en: <http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/RECEJ%207/EL%20DOMINIO%20DE%20LA%20ORGANIZACION%20COMO%20FORMA%20INDEPENDIENTE%20DE%20AUTORIA%20MEDIATA.pdf>

Roxin, C. (2011). Strafprozessordnung. München: Dt. Taschenbuch-Verl.

Slideshare. (2012). Las penas en la Antigua Roma. Disponible en: <http://es.slideshare.net/plinio34/las-penas-en-la-antigua-roma-14596744>

Suárez, A. (2007) La Autoría En Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia, 3ª ed., Bogotá.

Velásquez, F. (2010) Manual de derecho penal. Parte General., Bogotá, D.C. Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

Vera, y. (2015). Autoría y Participación. s.l. injuris.

Weber, V. (citado por Roxin 2007) Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Barcelona. Ediciones jurídicas y sociales S S.A.

Welzel H. (1939). Derecho Penal Alemán Parte General. Berlín: De Gruyter.