

Derecho y Realidad
Número 17. I Semestre de 2011
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC
ISSN: 1692-3936

Coautoría mediata y determinación de la estructura estatal en la investigación de crímenes internacionales

Mediate co-authored and determination of the state structure in the investigation of international crimes

Sandra Gamboa Rubiano*

Resumen

Desde una concepción de dogmática crítica o auténtica, se revisan las figuras de la autoría mediata y la coautoría mediata, observando la aplicación de sus componentes bajo la figura de la coautoría por cadena de mando, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en Colombia. De dicha verificación se extrae la utilidad central de la figura, no solo como fórmula de atribución de responsabilidad, sino además para la investigación y sanción de crímenes de Estado en Colombia.

Palabras claves

Dogmática, política criminal, crímenes de Estado, autoría, responsabilidad.

Abstract

From a dogmatic conception of criticism, the figures of co-authored and authored mediate are revised, observing the implementation of its components under the guise of co-authored by chain of command, in the jurisprudence of the Supreme Court of Justice in

* Abogada, Universidad Nacional de Colombia. Estudios de Doctorado en Derecho y Candidata a Magíster en Defensa de los Derechos Humanos, Universidad de Santo Tomás de Aquino. Abogada Litigante Defensora de Derechos Humanos.

Colombia. In this verification it is extracted the utility of the central figure, not only as a means of responsibility, but also for the investigation and punishment of state crimes in Colombia.

Keywords

Dogmatic, criminal politics. State crimes, authored, responsibility.

Introducción

[...] porque son acertadas las críticas de neutralismo acrítico y aislamiento de la realidad que constantemente merece la Dogmática, había que señalar una vez más que es necesaria su superación mediante la concepción valorativo-crítica de nuestra Ciencia y su entendimiento al servicio, ante todo, de la solución de los casos que plantea la aplicación de la ley a la realidad. Precisamente para ambos cometidos es indispensable una concepción creadora de la Dogmática, que se apoye, eso sí, en la Política Criminal¹.

Básicamente existen tres teorías –un sector de la doctrina las considera sistemas– sobre el concepto de autor², determinadas de conformidad con diferentes momentos históricos, alusivas al entendimiento que el Derecho Penal debe hacer entre autor y partícipe. Estas teorías, por una parte, (a) diferencian entre la autoría y participación (concepto restrictivo de autor: teoría formal objetiva³ y teoría material objetiva⁴), o (b) unifican estos conceptos (concepto unitario de autor y concepto extensivo de autor⁵, muy asociadas con las teorías subjetivas de autor).

Teniendo en cuenta que la concepción sobre la autoría y la participación determina la existencia o no de un proceso penal democrático, se entiende que el camino más cercano a dicho concepto es asumir un criterio restrictivo de autor, que coincide con el Derecho Penal de Ciudadano que es la fórmula más comprensiva del Derecho Penal en un Estado social de derecho. No obstante, existen fórmulas, igualmente dentro de este criterio, que podrían no ser asumidas como democráticas, sino como exponentes de una tendencia *peligrosista*, como sucede con la Empresa Criminal Común (ECC o *Joint Criminal Enterprise*). En virtud de ella, cuando el delito es cometido por una pluralidad

1 MIR PUIG, Santiago. El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho. Barcelona : Ariel, 1994. p. 27.

2 Se asume, evidentemente, la noción de autor, como un concepto más cualificado que el de sujeto activo, en cuanto tiene inmersa la responsabilidad criminal, esto es, con conocimiento y voluntad.

3 Partiendo y culminando en el tipo penal, y por ende sus elementos objetivos y subjetivos, considera autor únicamente a quien lleva a cabo el comportamiento descrito en la ley, ya lo realice –en ejecución– por sí solo, parcial o totalmente.

4 Intenta complementar la teoría formal objetiva, estableciendo que la mayor peligrosidad de la conducta debe resolver la distinción entre autor y partícipe.

5 Con un criterio simplemente causalista, considera autor a todo el que coloca una causa para la producción de un resultado. Así, el autor actúa con voluntad de autor o *animus auctoris*, mientras que el partícipe actúa con voluntad de partícipe o *animus socii*.

de personas, todos quienes realizan su contribución con el *deseo* que el propósito criminal se materialice, son coautores, con independencia de la naturaleza y el alcance de sus respectivas contribuciones. Es, por tanto, una eminente figura de horizontalidad, que se inscribe dentro de las Teorías Subjetivas de Autor; y que fue particularmente utilizada y “desarrollada” en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. Puede ser entendida con la siguiente anotación en la sentencia de apelaciones de Tadic:

El Estatuto no se limita a disponer jurisdicción sobre aquellas personas que planean, instigan, ordenan, perpetran físicamente un crimen o en alguna otra forma ayudan o alientan en su planeación, preparación o ejecución. El Estatuto no se detiene allí. No excluye aquellos modos de participación en la comisión de crímenes que ocurren cuando varias personas que tienen un propósito común se embarcan en una empresa criminal que es entonces llevada a cabo ya sea conjuntamente, o por algunos miembros de esta pluralidad de personas. Quienquiera que contribuya a la comisión de los crímenes por el grupo de personas, o algunos miembros del grupo, en la ejecución de un propósito criminal común puede ser considerado como penalmente responsable, sujeto a ciertas condiciones⁶.

En contraposición a este sistema, en Colombia se ha adoptado la teoría del dominio del hecho⁷ [en adelante, TDH], mundialmente concebida como una dogmática progresista y democrática, en la cual el autor es la figura central del suceso concreto de la acción, enmarcándose dentro del concepto restrictivo de autor, que, como también ya se anotó, es el que posee un sentido más democrático, pues, entre otros, permite que exista claridad en la distribución de responsabilidad.

Dentro de la TDH, se identifican a su vez, diversas variables, como lo ha hecho la Corte Suprema de Justicia⁸, expresándolas en función de las formas de intervención establecidas en los artículos 29 y 30 de la Ley 599 de 2000, a saber: (a) autoría directa o Inmediata; (b) coautoría, como codominio funcional del hecho; (c) la autoría mediata, coincidiendo, como se observará, con la formulación de la Sala de Cuestiones Preliminares I en relación con las tres líneas principales de la TDH⁹. La figura de la que se ocupará este artículo es de la coautoría mediata, que emerge como fusión de la coautoría por codominio funcional del hecho y la autoría mediata en aparatos organizados de poder, como revisión que ha emergido desde Welzel a Roxin y de ahí a los tribunales internacionales.

A su vez, se observará una dinámica aún no explorada suficientemente en el ámbito científico y es la contribución que hace la teoría de la coautoría mediata a la investi-

6 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. Sentencia de Apelaciones de Tadic de 15 de julio de 1999. Citada en : HUMAN RIGHTS WATCH. Genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Compendio temático sobre jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 362.

7 Véase, entre otros: COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación de 2 de septiembre de 2009. M.P. Yesid Ramírez Bastidas. Proceso No. 29.221.

8 Ibid.

9 Véase OLÁSULO. El desarrollo de la coautoría mediata en el derecho penal internacional. En : *IterCriminis Revista de Ciencias Penales*. Nº 7. Cuarta Época (ene.- feb. 2009); p. 85.

gación de crímenes de lesa humanidad cometidos por estructuras estatales. Es decir, una visión de la coautoría mediata, más allá de la formulación de exégesis de forma de responsabilidad, en elemento constructor de dogmática crítica y por ende de política criminal.

1. Desde la dogmática crítica y la política criminal, hacia la coautoría mediata

Decía Carlos Santiago Nino que no debía pretenderse determinar la dogmática jurídica como ciencia, a su juicio, un concepto vago en sí mismo, y proponía simplemente reconocer que su importancia emergía a pesar de que ello satisficiera o no alguna necesidad social¹⁰. Esta justificación, vía esencia dogmática en cuanto fin en sí misma, podría chocar con lógicas como las de Mir Puig, cuando resaltaba –desde la década del noventa– que la preocupación central del Derecho Penal parecía dirigirse más hacia la política criminal que a la dogmática¹¹. Este trabajo pretende formular una aproximación desde la posición basal de Mir Puig de que la dogmática –incluso clásicamente comprendida– constituye también un “medio de participación en la creación del Derecho”¹², expresando lo que debe ser una “auténtica” dogmática:

Desearía subrayar, en especial, la necesidad de una auténtica Dogmática, entendida en su justo significado, como preparación y complemento de la ley positiva: esto es, como instrumento auxiliar de creación de Derecho positivo. [...].

Cuando me refiero a la Dogmática, pienso en una elaboración del Derecho positivo que vaya más allá de la pura exégesis lógico-literal de las leyes. Si, como a veces tiende a hacerse, se confundiese la Dogmática con la pura exposición de la legalidad vigente, según aplicación literal y rigurosa del positivismo jurídico, mal podría sostenerse para ella la función creadora, siquiera auxiliar y subordinada a la ley, que le he atribuido. Así, es natural que quienes reduzcan el papel de la ciencia jurídico-positiva a la estricta reproducción (como repetición) del Derecho positivo, vean excesiva estrechez y formalismo en la labor técnico-jurídica y sientan la necesidad de ensanchar los horizontes del penalista hacia terrenos que ofrezcan mayores posibilidades de creación material. En esta lógica se tiende a preferir la aportación político-criminal, como única vía que se advierte para el perfeccionamiento del Derecho vigente, a la labor jurídica entendida como sola repetición formalista de preceptos legales¹³.

En este sentido, Mir Puig, en planteamiento compartido por la autora, expresa que la dogmática no es solo positivista –ello es innegable– sino que además, debe ser valora-

10 NINO, Carlos Santiago. Consideraciones sobre la dogmática jurídica. Con especial referencia a la dogmática penal. 1ª reimp. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989. p. 15.

11 MIR PUIG, Santiago. El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho. Barcelona: Ariel, 1994. p. 11.

12 Ibid., p. 13.

13 Ibid., p. 13-14.

tiva, esencialmente crítica, y sin rehuir su responsabilidad política, con dos exigencias centrales:

a) De legeferenda: una Política Criminal auténticamente política -y no sólo tecnocrática– que fije los objetivos que debe perseguir el Derecho penal, con la consiguiente apertura a su posibilidad de crítica; b) de lege lata: una Dogmática creadora esencialmente orientada en el sentido de las finalidades político-criminales de la ley, que constituya no sólo la superación de una Dogmática «ciega», de espaldas a la función práctica del Derecho penal, sino también la evitación de una Dogmática acrítica y puramente tecnocrática¹⁴.

Así, es una dogmática conectada con muchas de las previsiones que pueden ser comprendidas en cuanto propias de la política criminal, como el equilibrio entre las necesidades sociales desde la perspectiva de los imputados y desde los derechos de las víctimas, como lo apuntase Binder¹⁵. Esta visión de la dogmática “crítica”, aludida por Mir Puig, en realidad constituye un mecanismo de intervención de la responsabilidad política como fenómeno del derecho penal.

Por otra parte, Claus Roxin considera que la política criminal encierra tanto la elección

[...] de las sanciones preventivo especiales (o incluso para otras concepciones fundamentales, preventivo generales) más eficaces para la prevención del delito, [y] también el conjunto de los aspectos fundamentales que según nuestra Constitución y el Código penal deben presidir la fijación y desarrollo de los presupuestos de la penalidad así como las sanciones. De esta forma, también los elementos limitadores de nuestro Ordenamiento jurídico penal, como el principio nullum crimen o el de culpabilidad, son parte de la política criminal del Estado de Derecho¹⁶. (Subrayas fuera de texto).

De contera, el modelo de política criminal expuesto por Roxin, es de una “política criminal valorativa”, como lo encuentra Silva Sánchez¹⁷, en la medida que integra las garantías formales y materiales del Derecho Penal. Aparece así un punto de conexión entre la visión de dogmática auténtica –que, entre otros, es valorativa y señala la trascendencia de las necesidades sociales y del debido proceso– de Mir Puig y la política criminal valorativa de Roxin. No en vano, Silva Sánchez, retomando a Moccia, encuentra que es difícil negar que “todo el Derecho penal nace precisamente de exigencias de política criminal: en concreto, la de hacer posible la convivencia pacífica en sociedad”¹⁸. Lo que Roxin ya había sintetizado así: “los problemas político-criminales forman parte del contenido

14 Ibid., p. 25.

15 BINDER, Alberto. Tensiones político criminales en el proceso penal. Ponencia presentada en el XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal. En: Revista Jueces para la Democracia. Nº 60(2007); p. 21-36.

16 ROXIN, Claus. La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal. (Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, Trad.). Valencia, España: Tirant lo Blanch Alternativa, 2000. p. 58.

17 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites. Citado en: ROXIN, Claus. Op. cit., p. 106.

18 Ibid., p. 98.

propio de la teoría general del delito¹⁹.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha resaltado que la Dogmática permite entender cuál es la aproximación a un determinado modelo político criminal²⁰, estimando que:

Las distintas manifestaciones con las que el hombre se vuelve protagonista, co-protagonista, contribuyente o ayudante en un hecho punible y los indicantes de esos fenómenos tienen que ser una realidad probatoria y objetiva al interior del debido proceso penal y como tales deben dar a conocer exterioridades de acción pues todas ellas obedecen al principio de ejecutividad²¹.

Por ello, es preciso acotar que estos elementos dogmáticos, en interrelación con la política criminal, permiten romper con la lógica de impunidad. Así, está habilitándose la indagación que pretende este texto en cuanto dogmático, entonces, realista o político criminal- auténtica.

Ahora bien, esa pretensión de dogmática auténtica, cobra mayor trascendencia en relación con los crímenes internacionales. Concepto que empieza a construirse moderadamente a partir del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núrnberg²², como se reconoce –entre otros- en la Resolución No. 1/03 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

[...] constituyen una gravísima ofensa a la dignidad humana y una negación flagrante de los principios fundamentales consagrados en las Cartas de la Organización de los Estados Americanos y de las Naciones Unidas, por lo que la comisión de éstos no debe quedar impune²³.

Entonces, la dogmática crítica, auténtica, ocupa un lugar trascendente en el tratamiento de estos crímenes que atentan contra la supervivencia de la especie humana en condiciones de dignidad y contra la paz mundial.

Así, en el análisis de la originaria y trascendente visión contrahegemónica de los derechos humanos, resulta central proponer revisiones dogmáticas frente a los crímenes de

19 ROXIN, Claus. Problemas básicos del derecho penal. (Luzón Peña, Trad.). s.l. : Reus, 1976. p. 17-18.

20 COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.Sent. cit.

21 No en vano, la Corte ha encontrado: “En nuestra Carta Política en el artículo 29 se halla consagrado el *derecho penal de acción*, postulado que se recoge en el texto de esa normativa en lo que tiene que ver con el “*acto que se imputa*”, y que a su vez se proyecta en la ley 599 de 2000 en los conceptos que dicen relación con la *conducta punible (típica, antijurídica, culpable, dolosa, culposa, preterintencional)* la cual siempre se resuelve en un comportamiento de autoría o de participación responsable o en sus negaciones”. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.Sent. cit.

22 En el artículo 6 del Estatuto, se consideraron como tales: (a) Crímenes contra la paz, (b) crímenes de guerra, (c) crímenes contra la humanidad.

23 OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución No. 1/03. Sobre juzgamiento de crímenes internacionales. [en línea], [consultado 5 may. 2011]. Disponible en <<http://www.cidh.oas.org/reso.1.03.htm>>

Estado. Estos se han definido por el ex Juez de la Corte Interamericana, A. A. Cançado-Trindade, como crímenes perpetrados en seguimiento de:

Políticas estatales, con la impotencia, o tolerancia, o connivencia, o indiferencia del cuerpo social que nada hace para impedirlos; explícita o implícita, la política de Estado está presente en los crímenes contra la humanidad, inclusive contando con el uso de instituciones, personal y recursos del Estado²⁴.

Criminalidad estatal, como es lógico, con fuerte tendencia a la impunidad, con mayor razón de los más altos responsables. Por ello resulta basal recordar que la figura dogmática de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, como forma de responsabilidad, surgió precisamente frente a formas de criminalidad estatal y ha sido aplicada en destacados procesos atinentes a graves violaciones de derechos humanos, como el caso de los guardianes del muro en Alemania, el procesamiento del dictador Luis García Meza en Bolivia, en los cuales se hizo un interesante análisis de factores como la existencia de vínculos dentro de las estructuras y el desarrollo de plan de tareas y los casos conocidos como Juicios a las Juntas y procesamiento de Videla en Argentina, así como en Perú con el procesamiento -entre otros- contra Alberto Fujimori. Como lo señala el propio Roxin, generador de la figura:

El “dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder” es hoy un tema central de discusión de la doctrina penal de la autoría. Esta figura jurídica fue en primer lugar desarrollada por mí en el año 1963. La misma se apoya en la tesis de que en una organización delictiva los hombres de atrás [*Hintermänner*], que ordenan delitos con mando autónomo, pueden, en ese caso, ser responsables como autores mediatos, aun cuando los ejecutores inmediatos sean, asimismo, castigados como autores plenamente responsables. En alemán coloquial se designa a estos hombres de atrás como “delincuentes de despacho o escritorio” [*Schreibtischtäter*]. Mi idea era trasladar este concepto común a las precisas categorías de la Dogmática jurídica. La causa inmediata para este empeño fue el recién terminado proceso en Jerusalén contra Adolf Eichmann, un responsable principal del asesinato de judíos en la época nazi.

La nueva construcción jurídica se ha impuesto en las décadas siguientes mayoritariamente en la doctrina alemana y ha sido admitida en el año 1994 por el Tribunal Supremo Federal alemán. En esta sentencia, los miembros del denominado Consejo de Seguridad Nacional del anterior gobierno de la Alemania del Este fueron condenados como autores mediatos de homicidios dolosos porque habían ordenado impedir a fugitivos que querían traspasar el muro divisorio del Estado alemán del Este la puesta en práctica de su decisión, en caso necesario mediante disparos mortales. [...]

Pero también en el ámbito internacional ha encontrado gran aceptación la figura jurídica del dominio de la organización. Ya fue invocada en los años ochenta del siglo pasado en

24 OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Goiburú et al. vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006; SerieC No. 153; Voto Razonado CançadoTrindade, pár. 40.

la condena de la Junta General argentina, es objeto de atención en el moderno Derecho Internacional Penal [*Völkerstrafrecht*] y también muy discutida en la doctrina española y latinoamericana²⁵.

Esta teoría ha tenido una nueva revisión por la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional, a partir de las decisiones de confirmación de cargos de los casos Lubanga²⁶ (aproximación hacia la coautoría mediata) Katanga²⁷ (generación específica del instituto), Bemba (tanto en la orden de arresto como en la confirmación de cargos). Advirtiéndose que en relación con la orden de arresto en el caso Bashir²⁸, fue solicitada por primera vez por la Fiscalía de la Corte Penal Internacional.

Los casos Lubanga y Katanga se desarrollan dentro de la situación sobre la República Democrática del Congo. En el primero se señala que Thomas Lubanga Dyilo, como presunto fundador de la "Union of Congolese Patriots" y Comandante de "Forces Patriotiques Pour la Libération du Congo", habría alistado y reclutado a niños y niñas menores de quince años de edad, para participar activamente en hostilidades llevadas a cabo entre septiembre de 2002 y el 13 de agosto de 2003. El 26 de enero de 2009 comenzó el juicio ante la Sala de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional dentro de este caso. Por su parte, en el caso de Germain Katanga (procesado junto con Mathieu Ngudjolo Chu), se le acusa de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad²⁹ presuntamente perpetrados en el distrito de Ituri, de enero a marzo de 2003. Igualmente se inició el juicio en su contra, el 24 de noviembre de 2009.

Por su parte, el Caso Bemba se desarrolla dentro de la situación de la República Centroafricana. Se trata del procesamiento contra Jean-Pierre Bemba Gombo, ex vicepresidente de dicha nación, y quien, para la fecha de los crímenes imputados, era el líder del Movimiento de Liberación de Congo. Según la acusación, hombres bajo el control y la autoridad de Bemba, habrían violado masivamente hombres y mujeres de dicho país, y habrían cometido torturas, saqueos y asesinatos. En general, Bemba habría cometido, por medio de las estructuras por él dominadas, diversos crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, entre el mes de octubre de 2002 y marzo de 2003. Su juicio comen-

25 ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. En: REJ Revista de Estudios de la Justicia. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Nº 7 (2006); p. 11-12.

26 INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Pre Trial Chamber I. Case The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo; Situation in the Democratic Republic of the Congo; Decision on the confirmation of the charges; No. ICC-01/04-01/06-803-T; 29 January 2007. [en línea], [consultado 15 dic. 2009]. Disponible en <http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-06-803-tEN_English.pdf>

27 INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Pre Trial Chamber I. Case The Prosecutor vs. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui; Situation in the Democratic Republic of the Congo; Decision on the confirmation of the charges; No. ICC-01/04-01/07-717; 30 September 2008. [en línea]. Disponible en <<http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-07-717-ENG.pdf>>

28 INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Pre Trial Chamber I. Case The Prosecutor vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir; Situation in Darfur, Sudan; Decision on the confirmation of the charges; No. ICC-02/05-01/09; 12 July 2010. [en línea], [consultado 15 may. 2011]. Disponible en <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc919014.pdf>>

29 Se trataría de asesinato a traición, actos inhumanos, reducción a la esclavitud sexual, violación, trato inhumano o cruel, utilización de menores para participar activamente en las hostilidades, ultrajes a la dignidad personal, ataques intencionales contra la población civil, saqueos y destrucción de propiedad.

zó el 22 de noviembre de 2010.

Finalmente, el caso Al Bashir se encuentra dentro de la situación de Sudán. Omar Al Bashir es el presidente de Sudán, y contra él se emitió el 4 de marzo de 2009, una orden de arresto por la comisión de crímenes de guerra y contra la humanidad en Darfur. Tras una apelación de la fiscalía ante la Sala de Apelaciones de la CPI, el 3 de febrero de 2010, la Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI, determinó el 12 de julio de 2010, que la orden de arresto incluía tres cargos por el crimen de Genocidio contra los grupos étnicos Fur, Masalit y Zaghawa.

De tal magnitud ha sido la revisión de la teoría de la autoría mediata en estas decisiones, que se ha generado un nuevo³⁰ concepto: la coautoría mediata, que tiene como características trascendentes³¹: (i) se encuentra ubicado dentro del concepto restrictivo de autor, enmarcándose en la TDH al distinguir la autoría de la participación, esto es, la que considera como autor a quien "mediante una conducción consciente del fin, del acontecer causal en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo"³². (ii) constituye una "aplicación conjunta de la coautoría basada en el codominio funcional del hecho y de la autoría mediata a través del dominio de la organización"³³, en el sentido de que los coautores mediatos no realizan directamente los elementos típicos de los delitos, sino que usan sus grupos armados para llevarlos a cabo; (iii) busca ser aplicada respecto de los altos "líderes políticos y/o militares"³⁴.

Se propone revisar, por tanto, la coautoría mediata en aparatos organizados de poder, en el expuesto sentido de dogmática crítica. De tal manera que al ser indiscutiblemente una figura dogmática, que emerge dentro del escenario de las formas de responsabilidad, ha implicado una revolución no solo en dicha acepción, sino además en el procesamiento y sanción de los más altos responsables, y particularmente de la criminalidad de Estado.

En este trabajo se invita a observarla en cuanto a sus aportes para la persecución de dichos crímenes. Esto es, no en su estricta versión de dogmática de culpabilidad, sino en su visión de dogmática crítica que aporta en la construcción de procedimientos debidos y efectivos para el procesamiento y sanción. En otras palabras, como formulación trascendente para emprender iniciativas de persecución de estos crímenes desde la estructuralidad. Afán que sustentaría Mir Puig en el análisis dogmático ya descrito:

Una Dogmática que pretenda ser realista ha de empezar por admitir que únicamente

30 Ello no obstante que la coautoría mediata, había sido utilizada en la sentencia de primera instancia del caso Stakic en el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia: The Prosecutor vs. Milomir Stakic, Trial Chamber II; Case No. IT-97-24-T; Judgement of 31 July 2003. [en línea], [consultado 17 feb. 2010]. Disponible en <<http://www.icty.org/case/stakic/4>>

31 Los elementos aquí sintetizados, han sido extractados del análisis realizado por Héctor OLÁSULO, quien fue letrado de Sala de la Corte Penal Internacional. Se sugiere revisar, entre otros, su texto: El desarrollo en derecho penal internacional... p. 121 – 159.

32 WELZEL, Hans. Derecho penal alemán. Parte general. (Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Trad.). Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1970. p. 143.

33 OLÁSULO, Héctor. El desarrollo de la coautoría mediata. Op. cit., p. 74.

34 Ibid., p. 75.

será válida si sirve adecuadamente a la finalidad de aplicación de la ley. El Derecho implica la pretensión de realización práctica, por lo que la ciencia del Derecho no puede concebirse como ciencia puramente teórica, sino que la naturaleza de su objeto le impone un carácter fundamentalmente práctico. Ciertamente que hay aspectos de nuestra ciencia que no afectan directamente a la aplicación de la ley [...]. Pero incluso en estos casos el enfoque de los problemas "teóricos" debería hallarse presidido por su posible trascendencia, siquiera mediata, en la aplicación de la ley. Así, en el ejemplo propuesto, el análisis de la esencia del bien jurídico ha de perseguir, en último término, trazar un límite al legislador o, por lo menos, guiar la interpretación de la ley. No niego que el Derecho sea, también, susceptible de una consideración meramente especulativa, pero no es ésta la función en que está comprometida la Dogmática, y elegir tal punto de vista supondría una perversión de su sentido. Se caería con ello en una Dogmática para sí misma, que merecería las críticas que hace ya tiempo vienen dirigiéndose a la ciencia jurídica. La única vía para evitarlo es fijar como meta de la dogmática el servir a "fines prácticos" y reconocer que no posee naturaleza de "ciencia teórica", sino de "ciencia aplicada", tal vez menos brillante, pero la única que no traiciona la función social de nuestra disciplina³⁵.

2. La coautoría mediata: revisión de la estructura en sede del dominio del hecho y su aplicación en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia

Una de las pretensiones de la Ley 599 de 2000³⁶, es la diferenciación entre autor y partícipe a partir de la TDH. Esta teoría ha sido sintetizada muy apropiadamente por Márquez Cárdenas con fundamento en Welzel, en los siguientes términos:

Lo importante en la nueva doctrina no es quién causa el hecho o quien ejecuta la acción típica, sino quién domina la ejecución de ésta. [...]

Para este autor [Welzel] lo decisivo es la realidad objetiva de que el hecho es realmente la obra del autor. "Esta realidad objetiva depende en efecto de momentos subjetivos, en concreto del dominio final del hecho, que sin embargo es más que puramente subjetivo. Es la sencilla realidad, que caracteriza la peculiaridad del actuar humano como realización de la voluntad, de que el hombre puede poner en marcha, de un modo dirigido según un fin que se propone, la configuración del futuro (del acontecer causal). Esta configuración, que ha realizado de un modo dirigido según la finalidad de su voluntad, le pertenece específicamente como obra propia. En ello es diferente si él ha realizado este hecho para sí o para otro, en interés propio o ajeno; si éste es la realización, con conciencia del fin, de la resolución de su voluntad, es su hecho". Así, el criterio esencial del dominio del hecho para Welzel no es una vaga voluntad de autor, sino el verdadero dominio final del hecho³⁷.

35 MIR PUIG, Santiago. Op. cit., p. 25-26.

36 COLOMBIA, Ley 599 de 2000, art. 29.

37 MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro. Fundamento dogmático de la coautoría frente a la teoría del dominio del

La TDH ha sido estructuralmente desarrollada por Roxin, por lo que no puede ser casual que la autoría mediata -punto de arranque de la coautoría mediata- de creación del estudioso alemán, constituya un desarrollo con centralidad en ella. En dicho orden, la doctrina ha encontrado que el desarrollo roxiniano de la TDH, tiene dos principios: (a) Un contenido y un punto de partida metodológico³⁸: el autor como figura central del proceso de actuación, idea que "juega un rol exclusivamente en la relación autor-partícipe"³⁹; (b) el dominio del hecho como un concepto abierto, pues si bien no es un criterio indeterminado, tampoco es un concepto fijo:

Debe buscarse un punto medio dotando al concepto de dominio del hecho de un contenido material que tenga en cuenta los diferentes fenómenos de participación que se presentan en la vida real, pero a su vez encontrando un hilo conductor común, un principio general que permita juzgar la corrección de la solución al caso concreto⁴⁰.

Se resalta que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, ha expresado su comprensión sobre la TDH en las siguientes condiciones:

Precisamente, [...] de acuerdo con la llamada "teoría del dominio del hecho", de gran utilidad para diferenciar las dos formas de participación, es autor aquél que se encuentra en capacidad "[...] de continuar, detener o interrumpir, por su comportamiento, la realización del tipo". Por lo tanto, cuando son varios los sujetos que preacordados concurren a la realización de la conducta antijurídica, para que el aporte configure coautoría se requiere que sea esencial, y que se materialice durante la ejecución típica.

De allí que sólo quien domina el hecho puede ser tenido como autor; mientras que el cómplice es aquél que simplemente presta una ayuda o brinda un apoyo que no es de significativa importancia para la realización de la conducta ilícita, es decir, participa sin tener el dominio propio del hecho⁴¹.

Así, dentro del concepto de autor establecido a partir del artículo 29 del actual Código Penal, se determinan diversas categorías o modos de autoría, como habría señalado Roxin: (a) Dominio de la acción (autoría directa) (b) Dominio de la voluntad (autoría mediata) y (c) Dominio funcional (coautoría)⁴². Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 21 de agosto de 2003, sintetizó las exigencias de la coautoría, como forma de autoría, en las siguientes condiciones:

hecho. En: Diálogo de Saberes. Investigaciones en Derecho y Ciencias Sociales. N° 22(2005); p. 98-99.

38 Ibid., p. 105.

39 Ibid., p. 106.

40 Ibid.

41 COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 9 de marzo de 2009. M. P. Sigifredo Espinosa Pérez.

42 ROXIN, Claus. Las Formas de intervención en el delito: estado de la cuestión. En: Sobre el estado de la teoría del delito. Seminario en la Universitat Pompeu Fabra. Madrid: Cuadernos Civitas, 2000. p. 157.

Para que exista coautoría se requieren tres elementos: acuerdo común, división de funciones y trascendencia del aporte durante la ejecución del ilícito. Para la determinación de la coautoría es menester analizar tanto lo objetivo como lo subjetivo de la injerencia de la persona en el hecho. Como según la importancia del aporte se distingue entre coautor y cómplice, el funcionario judicial debe hacer el estudio correspondiente frente al caso concreto y razonadamente sustentar su decisión" [...]. "d) Las anteriores exigencias coinciden con las generalmente adosadas, antes y ahora, a la coautoría, vale decir, acuerdo y decisión plural; sentimiento de actuar en una obra propia inserta en una labor global, común; comportamiento signado por esa directriz, o codominio del hecho; y aporte de algo importante durante la ejecución del delito, todo ello, desde luego, mirado objetiva y subjetivamente⁴³.

Así, la coautoría por dominio funcional se aplica en las situaciones en las cuales los elementos objetivos del tipo son fruto de las contribuciones realizadas por una pluralidad de personas en ejecución de un plan criminal común. Este concepto se sustenta en la idea de que cuando la suma de las contribuciones realizadas de manera coordinada por una pluralidad de personas, resulta en la realización de todos los elementos objetivos de un delito, cada uno de quienes realizan una contribución, resulta también responsable de las contribuciones de los demás, y por tanto, se le puede considerar autor del delito en su conjunto. Además de ello, solo tienen el codominio funcional del hecho quienes por la importancia de las funciones que le han sido encomendadas, pueden arruinar la comisión del delito si se niegan a llevarlas a cabo. Cada uno de los individuos de este reducido grupo, si bien no está en posición de garantizar la comisión total del delito -pues depende de que los demás miembros desarrollen adecuadamente las tareas que les han sido encomendadas- comparte el control sobre el delito porque se encuentra en posición de frustrar su comisión mediante la omisión de la función esencial que le ha sido encomendada.

En lo que corresponde a la autoría mediata, dicha posibilidad fue inicialmente desechada por la Corte Suprema de Justicia⁴⁴, imponiéndose sobre ella la coautoría impropia, de cosecha de la alta corporación. Una síntesis sobre las lógicas de este debate dogmático, se presenta por Hernández Esquivel:

Todos sabemos que el ilustre profesor de la Universidad de Munich considera que para ser autor se debe tener el dominio del hecho, entendiendo por tal la posibilidad que tiene el sujeto agente de tener en sus manos la concreta posibilidad de que el resultado típico se produzca con su concurso o se frustré al retirarlo, según sea el dominio positivo o negativo o ambos; ROXIN sistematizó la forma en que se puede presentar el dominio de la

43 COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 21 de agosto de 2003; Radicado 19213. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

44 (i) En el análisis de responsabilidad del paramilitar Carlos Castaño, por el magnicidio del Senador Manuel Cepeda Vargas. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal; Sentencia de 10 de noviembre de 2004; M.P. Edgar Lombana Trujillo; Proceso No. 18.428. (ii) Al determinar la responsabilidad penal de los dirigentes del Ejército de Liberación Nacional en el caso Machuca. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal; Sentencia de 7 de marzo de 2007; M. P. Javier Zapata Ortiz; Proceso No. 23.825.

La TDH ha sido estructuralmente desarrollada por Roxin, por lo que no puede ser casual que la autoría mediata -punto de arranque de la coautoría mediata- de creación del estudioso alemán, constituya un desarrollo con centralidad en ella. En dicho orden, la doctrina ha encontrado que el desarrollo roxiniano de la TDH, tiene dos principios: (a) Un contenido y un punto de partida metodológico³⁸: el autor como figura central del proceso de actuación, idea que "juega un rol exclusivamente en la relación autor-partícipe"³⁹; (b) el dominio del hecho como un concepto abierto, pues si bien no es un criterio indeterminado, tampoco es un concepto fijo:

Debe buscarse un punto medio dotando al concepto de dominio del hecho de un contenido material que tenga en cuenta los diferentes fenómenos de participación que se presentan en la vida real, pero a su vez encontrando un hilo conductor común, un principio general que permita juzgar la corrección de la solución al caso concreto⁴⁰.

Se resalta que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, ha expresado su comprensión sobre la TDH en las siguientes condiciones:

Precisamente, [...] de acuerdo con la llamada "teoría del dominio del hecho", de gran utilidad para diferenciar las dos formas de participación, es autor aquél que se encuentra en capacidad "[...] de continuar, detener o interrumpir, por su comportamiento, la realización del tipo". Por lo tanto, cuando son varios los sujetos que preacordados concurren a la realización de la conducta antijurídica, para que el aporte configure coautoría se requiere que sea esencial, y que se materialice durante la ejecución típica.

De allí que sólo quien domina el hecho puede ser tenido como autor; mientras que el cómplice es aquél que simplemente presta una ayuda o brinda un apoyo que no es de significativa importancia para la realización de la conducta ilícita, es decir, participa sin tener el dominio propio del hecho⁴¹.

Así, dentro del concepto de autor establecido a partir del artículo 29 del actual Código Penal, se determinan diversas categorías o modos de autoría, como habría señalado Roxin: (a) Dominio de la acción (autoría directa) (b) Dominio de la voluntad (autoría mediata) y (c) Dominio funcional (coautoría)⁴². Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 21 de agosto de 2003, sintetizó las exigencias de la coautoría, como forma de autoría, en las siguientes condiciones:

hecho. En : Diálogo de Saberes. Investigaciones en Derecho y Ciencias Sociales. Nº 22(2005); p. 98-99.

38 Ibid., p. 105.

39 Ibid., p. 106.

40 Ibid.

41 COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 9 de marzo de 2009. M. P. Sigifredo Espinosa Pérez.

42 ROXIN, Claus. Las Formas de intervención en el delito: estado de la cuestión. En : Sobre el estado de la teoría del delito. Seminario en la Universitat Pompeu Fabra. Madrid : Cuadernos Civitas, 2000. p. 157.

Para que exista coautoría se requieren tres elementos: acuerdo común, división de funciones y trascendencia del aporte durante la ejecución del ilícito. Para la determinación de la coautoría es menester analizar tanto lo objetivo como lo subjetivo de la injerencia de la persona en el hecho. Como según la importancia del aporte se distingue entre coautor y cómplice, el funcionario judicial debe hacer el estudio correspondiente frente al caso concreto y razonadamente sustentar su decisión" [...]. "d) Las anteriores exigencias coinciden con las generalmente adosadas, antes y ahora, a la coautoría, vale decir, acuerdo y decisión plural; sentimiento de actuar en una obra propia inserta en una labor global, común; comportamiento signado por esa directriz, o codominio del hecho; y aporte de algo importante durante la ejecución del delito, todo ello, desde luego, mirado objetiva y subjetivamente⁴³.

Así, la coautoría por dominio funcional se aplica en las situaciones en las cuales los elementos objetivos del tipo son fruto de las contribuciones realizadas por una pluralidad de personas en ejecución de un plan criminal común. Este concepto se sustenta en la idea de que cuando la suma de las contribuciones realizadas de manera coordinada por una pluralidad de personas, resulta en la realización de todos los elementos objetivos de un delito, cada uno de quienes realizan una contribución, resulta también responsable de las contribuciones de los demás, y por tanto, se le puede considerar autor del delito en su conjunto. Además de ello, solo tienen el codominio funcional del hecho quienes por la importancia de las funciones que le han sido encomendadas, pueden arruinar la comisión del delito si se niegan a llevarlas a cabo. Cada uno de los individuos de este reducido grupo, si bien no está en posición de garantizar la comisión total del delito -pues depende de que los demás miembros desarrollen adecuadamente las tareas que les han sido encomendadas- comparte el control sobre el delito porque se encuentra en posición de frustrar su comisión mediante la omisión de la función esencial que le ha sido encomendada.

En lo que corresponde a la autoría mediata, dicha posibilidad fue inicialmente desechada por la Corte Suprema de Justicia⁴⁴, imponiéndose sobre ella la coautoría impropia, de cosecha de la alta corporación. Una síntesis sobre las lógicas de este debate dogmático, se presenta por Hernández Esquivel:

Todos sabemos que el ilustre profesor de la Universidad de Munich considera que para ser autor se debe tener el dominio del hecho, entendiéndolo por tal la posibilidad que tiene el sujeto agente de tener en sus manos la concreta posibilidad de que el resultado típico se produzca con su concurso o se frustré al retirarlo, según sea el dominio positivo o negativo o ambos; ROXIN sistematizó la forma en que se puede presentar el dominio de la

43 COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 21 de agosto de 2003; Radicado 19213. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

44 (i) En el análisis de responsabilidad del paramilitar Carlos Castaño, por el magnicidio del Senador Manuel Cepeda Vargas. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal; Sentencia de 10 de noviembre de 2004; M.P. Edgar Lombana Trujillo; Proceso No. 18.428. (ii) Al determinar la responsabilidad penal de los dirigentes del Ejército de Liberación Nacional en el caso Machuca. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal; Sentencia de 7 de marzo de 2007; M. P. Javier Zapata Ortiz; Proceso No. 23.825.

bilidad de importancia central para el procesamiento de los más altos responsables de crímenes internacionales, como señala Olásolo:

La elaboración del concepto de coautoría en el Derecho Penal Internacional, aplicable por lo general a situaciones en que un pequeño grupo de altos líderes políticos y/o militares acuerdan la ejecución de un plan criminal común mediante la utilización de las diversas organizaciones que dirigen, se produce en un momento en que las Fiscalías de la Corte, del TPIY y del Tribunal Penal Internacional para Rwanda (TPIR), así como aquellas de la Corte Especial para Sierra Leona y de los Tribunales para Camboya y Líbano, han dejado claro que, con independencia de que algunas de sus primeras actuaciones pudieran haberse centrado en soldados y mandos medios de las unidades y grupos involucrados en los crímenes de guerra y de lesa humanidad investigados, sus actuaciones se centran en la actualidad en la responsabilidad de los líderes políticos y militares de dichos grupos, que por lo general se encuentran geográficamente y estructuralmente alejados del lugar de los hechos.⁵¹

Según lo desarrollado por Olásolo con fundamento en las decisiones de Lubanga y Katanga de la Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI, las siguientes son las características centrales de la coautoría mediata en aparatos organizados de poder:

- (a) Como forma de responsabilidad que emerge del artículo 25.3 del E.R., acoge un modelo dualista que distingue entre autoría y participación y rechaza el modelo unitario de autor de Nürnberg y Tokio. Ello se hace a través de diversas expresiones en el ER: "[El que] cometa ese crimen" (comisión stricto sensu, art. 25.3.a), "ordene", "proponga", "induzca", "sea cómplice", "sea encubridor", "colabore" y "contribuya de algún otro modo" (artículo 25,3 subapartados b a d)⁵². En virtud, adopta un concepto subjetivo-material de autor basado en la TDH⁵³.
- (b) El artículo 25.3.a, se funda en la coautoría por codominio funcional del hecho. Así, Olásolo resalta:

La segunda manifestación del concepto abierto de dominio del hecho, a la que se refiere el artículo 25 (3)(a) ER cuando habla de quienes cometen el delito "con otro", es la coautoría basada en el codominio funcional del hecho, que es aplicable en aquellas situaciones en las que los elementos objetivos del tipo son fruto de las contribuciones realizadas por una pluralidad de personas en ejecución de un plan común. Como la SCP I ha afirmado en los casos Katanga y Lubanga, el concepto de coautoría "tiene su origen en la idea de que cuando la suma de las contribuciones realizadas de manera coordinada por una pluralidad de personas resulta en la realización de todos los elementos objetivos de un delito, cada una de las personas que realiza una contribución es también responsable de las contribuciones de los demás y, por lo tanto, se le puede considerar

charges.Op. cit., p. 340 y 341.

51 OLÁSULO, Héctor. El desarrollo de la coautoría mediata Op. cit., p. 125.

52 Ibid., p. 77.

53 Ibid., p. 85.

como autor del delito en su conjunto⁵⁴.

- (c) En dicho orden, tienen el codominio funcional quienes por la importancia de sus funciones, están en capacidad de arruinar la comisión, si se niegan a llevarlas a cabo⁵⁵, independientemente de que dichas acciones se realicen en la fase de ejecución del delito, pues diseñar el ataque y proveer de armas, entre otros, son actividades esenciales⁵⁶.
- (d) El codominio funcional, es inherente a la función esencial de cada coautor, de modo que quien realice funciones no esenciales, no tendrá responsabilidad penal como coautor sino como partícipe⁵⁷. También será partícipe quien preste cualquier tipo de asistencia sin coordinación con los coautores⁵⁸.

No en vano podría considerarse que la figura es una suerte de aproximación a la concepción de Jescheck, quien demostraba su desacuerdo con la autoría mediata en aparatos organizados de poder. Así, el tratadista solo concebía posible admitirla en los casos en los cuales los propios ejecutores no podían ser considerados autores plenamente responsables, pues en los restantes, se trataba de una coautoría: "En cambio si lo fueran [plenamente responsables], la persona en la central sería coautor, precisamente porque domina la organización. El carácter común de la decisión respecto a la realización de hecho viene dado por la pertenencia a la organización"⁵⁹.

A juicio de la autora, la coautoría mediata por dominio funcional ha sido aceptada y aplicada –mas no reconocida– por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que ha señalado, trayendo a colación a Eugenio Zaffaroni:

La coautoría funcional presupone un aspecto subjetivo y otro aspecto objetivo. El primero es la decisión común al hecho, y el segundo es la ejecución de esta decisión mediante división del trabajo. Los dos aspectos son imprescindibles"

[...] La decisión común es imprescindible, puesto que es lo que confiere una unidad de sentido a la ejecución y delimita la tipicidad, pero ello no puede identificarse con cualquier acuerdo para la realización dolosa (que también puede existir entre el autor y el cómplice). Así vuelve a aparecer el problema central de la autoría, esto es, determinar si la decisión común es una fórmula hueca que encubre el animus auctoris de la teoría subjetiva, a lo que el criterio subjetivo responderá afirmativamente. Pero como la teoría final objetiva parte de la contribución al hecho como tal, es decir, de la clase de correlación de la conducta, será determinante averiguar si ha tomado parte en el dominio del acto, por lo que el punto central pasa por el

54 Ibid., p. 86.

55 Ibid., p. 86.

56 Ibid., p. 88.

57 Ibid., p. 87.

58 Ibid., p. 88.

59 HESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de derecho penal. Parte General. s.l. : Bosch, 1981, p. 611.

segundo requerimiento, que es la realización común del hecho. Para determinar qué clase de contribución al hecho configura ejecución típica, es necesario investigar en cada caso si la contribución en el estadio de ejecución constituye un presupuesto indispensable para la realización del resultado buscado conforme al plan concreto, según que sin esa acción el completo emprendimiento permanezca o se caiga. Esto significa que no puede darse a la cuestión una respuesta general y abstracta, sino que debe concretarse la conforme al plan del hecho: será coautor el que realice un aporte forma concretamente planeada. Cuando sin ese aporte en la etapa ejecutiva el plan se hubiese frustrado, allí existe un coautor[...]

Con lo dicho, la coautoría funcional registra una imputación inmediata y mutua de todos los aportes que se prestan al hecho en el marco de la decisión común⁶⁰.

Por ello, teniendo en cuenta que los elementos constitutivos de la coautoría mediata (ya objetivos, ya subjetivos), permiten una revisión de los trabajos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, se procederá a su revisión conjunta. Sea lo primero advertir que los elementos objetivos de la coautoría basada en el codominio funcional del hecho son: (a) la existencia de un plan común (*decisión común al hecho*) y (b) la contribución esencial (*división del trabajo*). Ahora bien, los elementos subjetivos del mismo instituto evidentemente se encuentran constituidos por la voluntad y el conocimiento. A partir de esa lógica, fundida con el concepto vertical de la autoría mediata, se ha generado la coautoría mediata en aparatos organizados de poder, concebida en la jurisprudencia de la Sala Penal, como coautoría en cadena de mando.

La exposición de la maquinaria retoma los elementos basales de la autoría mediata de Roxin, pero en plural, pues se pasa de una estructura organizada a plurales (mínimo dos) estructuras organizadas de manera jerarquizada, aun cuando permanecen los demás elementos en relación con los "atributos" de dicha estructura organizada: con poder de mando detentado por sus dirigentes, con ejecutores fungibles que participan de manera tácita o expresa de un objetivo común y objetivos distantes del derecho. Pero, en realidad, la mejor forma de entender esta concepción, es bajo la observación de la interrelación de sus componentes:

Las organizaciones (plurales) poseen estructuras jerárquicas rígidas y con permanencia más allá de la comisión de un hecho concreto. Estas se caracterizan por un número plural de asociados que comparten de manera expresa o tácita un objetivo común. Dicha organización debe presentar un funcionamiento automático y tener idoneidad –funcionalidad– para realizar los ilícitos. Los aparatos organizados de poder de la coautoría mediata son estructuras que desarrollan actividades pluralmente, pero ello no implica que todas ellas deban ser militares. Esta misma lógica se observa en la sentencia condenatoria proferida contra Salvador Arana Sus, en la que la Corte Suprema de Justicia determinó:

60 COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Proceso No. 29.221. Sent. Cit.

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

La banda criminal que coadyuvó a gestar e integró, diseñó y ejecutó un proceso de cooptación de las instituciones departamentales y municipales, que se refleja en el apoyo brindado a esa organización para alcanzar inclusive a enderezar todos sus movimientos oficiales en busca del favorecimiento directo e inmediato de la asociación criminal⁶¹.

La coautoría mediata se aplica, entonces, a los dirigentes de estructuras que actúan de manera conjunta, quienes no desarrollan las acciones criminales de manera directa, sino por medio de su(s) aparatos. Aquí se evidencia otro de los extremos que aleja la teoría del codominio funcional del hecho *stricto sensu* y lo acerca a la autoría mediata: el cumplimiento directo de las acciones criminales.

Sobre estos aparatos se ejerce por sus dirigentes un *poder de mando* expresado por medio de estructuras colectivas de decisión, en las que cada coautor mediato detenta un *poder de facto* y de *iure* sobre su organización. Así, la jerarquía permite a los dirigentes ejercer control sobre los ejecutores, por medio de sus aparatos. Entonces, los líderes desarrollan su parte del plan común por intermedio de su grupo organizado, de forma que la responsabilidad -como en la autoría mediata- crece en la medida en que aumenta el nivel dentro de la organización: las conductas de dominio del hecho, lo hacen responsable, de tal forma que el éxito del ataque depende del desarrollo de la misión por las estructuras: ataque conjunto y coordinado, que de nuevo da lugar al codominio del hecho por su contribución coordinada esencial. De tal suerte que, el dominio del coautor mediato se establece por el *dominio directo* que tiene sobre uno de los aparatos, que a su vez se fundamenta - se itera - en el aprovechamiento de la funcionalidad de la organización y está referido a la capacidad del sujeto de dirigir la parte que le está subordinada.

Como la funcionalidad está en el aparato y en el dominio de los dirigentes, se precisa de los ejecutores, ello sí, pero pueden ser reemplazables. Así como en la autoría mediata, se precisa ante todo el funcionamiento automático de las estructuras, que pueden reemplazar al ejecutor en la medida en que lo precise el éxito de la acción. Señalaba Roxin en sede de autoría mediata:

El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje -sustituible en cualquier momento- en la maquinaria del poder; y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él, al centro

61 COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Penal; Sentencia del diciembre 3 de 2009; Procesado Salvador Arana Sus; Proceso No. 32.672.

del acontecer⁶²

Como se observa, en la coautoría mediata, a *contrario sensu* de la autoría mediata, se presenta una fusión entre los conceptos de división del trabajo criminal y la verticalidad de las organizaciones. Esto es, una fusión entre la "asignación de roles del dirigente" y la división de trabajo entre coautores, tras lo cual, los detentadores de poder "deja[n] a órganos ejecutantes toda la realización de su orden"⁶³.

Como se había anotado previamente, resulta cuando menos relativo el elemento concerniente a la organización de la acción y del objetivo criminal al margen de la legalidad. Se sostiene ello, en tanto que la teoría de Roxin, se pensó fundamentalmente para aplicación respecto de estructuras estatales que se convertían en verdaderas estructuras criminales. Por ello, en la decisión de confirmación de cargos de Bemba, la Sala de Cuestiones Preliminares I, encuentra que no es ya una exigencia del concepto. No obstante, es preciso resaltar que la coautoría mediata puede ser aplicable sobre la utilización de aparatos legales -o de origen legal- para fines criminales. Retornando nuevamente a la sentencia condenatoria dictada contra Salvador Arana Sus, se observa, en análisis de conjunción de estructuras: "[...] quien así participó, inclusive valiéndose de su función, también debe responder penalmente por el conjunto de crímenes que se le atribuyen a los comandantes o jefes de los bloques, frentes o unidades que hacían parte de la asociación criminal"⁶⁴.

La existencia de *objetivos comunes*, que son asumidos de forma expresa o tácitamente, no solo por el dirigente, sino por la totalidad de la estructura, constituye otro de los elementos que emergen desde la autoría mediata hacia la coautoría mediata y que además, funda la responsabilidad del ejecutor. La existencia de dichos objetivos, o la visión de un acuerdo común general, implica no solo que son diversos quienes intervienen de diferentes formas en la ejecución del ilícito, sino además que los objetivos generales ilícitos de las estructuras deben ser conocidos, independientemente de que no se conozca a la minucia el quehacer de específicas conductas punibles. De nuevo observa la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia condenatoria contra Arana Sus:

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

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

62 ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en el derecho penal. (Joaquín Cuello Contreras, Trad.). Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 273.

63 Ibid., p. 234.

64 COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Proceso No. 32.672. Sent. cit.

obstáculo al avance paramilitar⁶⁵.

Pero este objetivo criminal general debe ser revisado en consonancia con un aporte esencial del coautor mediato y de los diversos ejecutores, como se resalta en la sentencia contra Arana Sus:

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

El político en su condición de miembro de la organización criminal impulsaba no sólo a obtener la permanencia del irregular grupo sino que pretendía ejercer en espacios o crear los mismos en procura de resultar funcionales a la empresa delictiva, en pro de la estrategia del crimen constituyéndose en un paso más en el proceso de la toma mafiosa de todos los poderes e instancias de decisión del Estado⁶⁶.

Finalmente, la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional⁶⁷, ha sistematizado en la confirmación de cargos del caso Katanga, los elementos objetivos y subjetivos de la coautoría mediata. En lo referido a los objetivos, nuevamente condensan la coautoría por dominio funcional, como a continuación se sigue: (a) la existencia de un plan común entre un pequeño círculo de líderes políticos y militares que ostentan el control de facto sobre una o varias organizaciones estructuradas jerárquicamente y cuyos miembros son fungibles; (b) los dirigentes concurren en una división de tareas para la ejecución del plan común, que es desarrollado por medio de las contribuciones esenciales desde las organizaciones; (c) los delitos son cometidos por los subordinados en los aparatos respectivos, como lógica consecuencia de la ejecución del plan común. En lo atinente a los elementos subjetivos, se exige que la elaboración de la contribución, contenga los requisitos de dicha índole requeridos por la definición del delito(s) imputado. Asimismo, se requiere que los integrantes del plan común, sean conscientes y acepten mutuamente que su ejecución resultará -o es probable que resulte- en la comisión de los delitos imputados. El responsable debe ser consciente del carácter esencial de su contribución.

No obstante que en la jurisprudencia nacional no se ha aplicado de manera expresa la denominación de *coautoría mediata*, sí se observa que la Corte Suprema de Justicia ha recogido en múltiples decisiones recientes, algunos de estos elementos. Ello se ha hecho básicamente a través del concepto de *coautoría por cadena de mando*, que fue incorporándose a partir de la decisión de casación dentro del caso de Paula Andrea Calle

65 Ibid.

66 Ibid.

67 ICC; Pre Trial Chamber I; Decision on the confirmation of the charges; No. ICC-01/04-01/07-717; 30 September 2008; Sent. cit.

Piedrahita⁶⁸. En esta decisión, la Corte hace algunas precisiones sobre la coautoría impropia, que, a juicio de la autora, permiten establecer el inicio de la línea jurisprudencial que ha llevado hacia la *coautoría por cadena de mando*, que se puede sintetizar en las siguientes condiciones:

Encuentra la Corte que la sentencia del 21 de agosto de 2003⁶⁹, presenta una adecuada síntesis de la línea jurisprudencial acerca de la coautoría impropia, generada a partir de tres requisitos básicos: acuerdo común, división del trabajo y observación del peso del aporte (artículo 29.2 del Código Penal)⁷⁰. Desde allí, encuentra la Corte necesario, como en efecto lo era, hacer varias precisiones a dicha línea jurisprudencial y en específico, a los elementos contentivos de esa forma de intervención en la conducta punible:

(II).- ACUERDO COMÚN significa conexión subjetiva entre los intervinientes, la cual puede ser tácita o expresa. A través de aquel se genera una comunidad de ánimo dolosa entre los mismos. Dicho nexo se da alrededor de un plan común (no necesariamente detallado) y una resolución colectiva en el objetivo de lograr la materialización de una o varias conductas punibles determinadas.

Cuando la concurrencia de voluntades se orienta en la finalidad de cometer plurales (no singulares) delitos indeterminados o los específicos de que trata el artículo 340 inciso 1º y 2º de la ley 599 de 2000, la adecuación típica se traslada al comportamiento de concierto para delinquir.

(ii).- LA DIVISIÓN FUNCIONAL DEL TRABAJO criminal se consolida a través del acuerdo de voluntades. Por virtud de éste se reparte el todo en partes, en parcelas de esfuerzos que valorados *ex ante* y *ex post* permiten hablar de una acción compleja o conjunta formada por segmentos articulados [...] que unidos la explican como pluralidad de causas o condiciones.

(iii).- La fragmentación de labores convergentes conduce a que el control del comportamiento delictivo no lo ejerce una persona sino todos los que concurren al designio delictivo de que se trate. Por ello los co-autores ejercen un co-dominio funcional. En esa medida sus realizaciones parciales son mancomunadas y recíprocas.

(iv).- IMPORTANCIA DEL APORTE.- Para la configuración del instituto se requiere en los términos inequívocos del artículo 29.2 de la ley 599 de 2000, que el aporte objetivo o material [...] sea ESENCIAL, valga decir, NECESARIO para la realización del hecho.

Se entiende por tal, aquel sin el cual el plan acordado no tiene culminación porque al retirarlo se frustra o reduce de manera significativa el riesgo de su materialización, o al compartirlo se lleva a cabo.

68 COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal; Proceso No. 29.221. Sent. Cit.

69 COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal; Proceso No. 19.213. Sent. Cit.

70 Ibid.

Por oposición al apoyo funcional así considerado, suelen darse los accidentales, secundarios o subsidiarios en cuyo evento no puede hablarse de coautoría sino de complicidad.

La sola posibilidad de evitar la conducta punible no se erige como presupuesto fundamental de la [coautoría], pues ésta circunstancia al igual se le puede presentar al mero partícipe o incluso a terceras personas que se encuentran en el escenario a través de una voz de alerta a los vecinos o a la policía. [...]

(v).- Una de las maneras de hacer efectivo y concreto el juicio de valor acerca de si el aporte es importante o no en los términos establecidos en el artículo 29.2 *ejusdem*, consiste en hacer un ejercicio de abstracción y excluirlo del escenario funcional del evento objeto de juzgamiento.

Si el comportamiento delictuoso no se produce o bien reduce de manera significativa el riesgo de su logro, se puede llegar sin dificultad a la existencia de la coautoría, y si al apartarlo aquel de todas formas se consumaría, la valoración a la que se puede arribar es que se está ante la presencia de una complicidad.

(vi).- La contribución de esa calidad la que implica intervención de la persona, debe darse durante la fase ejecutiva del delito, valga decir, entre [...] la fase tentada y el instante de su consumación. [...]

En igual sentido, por su obviedad no puede hablarse de autoría compartida más allá de la consumación o del último acto constitutivo de tentativa de la conducta punible⁷¹.

No puede más que colegirse que el camino emprendido a partir de esta decisión, es hacia la posterior postulación de la coautoría por cadena de mando. Debe además recordarse que si bien inicialmente la elaboración se presentó a partir de salvamentos de voto⁷², en la actualidad se ha consolidado en la teoría aludida. A su vez, esta concepción ha cumplido tres sentidos centrales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: (a) en la determinación del punible de concierto para delinquir, específicamente para cometer crimen de lesa humanidad; (b) en el procesamiento de altos responsables, miembros del Estado; (c) en la compulsión de copias contra dichos miembros del Estado, para que como integrantes de aparatos criminales organizados de poder se determine su responsabilidad en la comisión de crímenes de lesa humanidad.

En relación con la imputación de crímenes de lesa humanidad a los responsables del punible de concierto para delinquir, la Corte Suprema se ha apoyado precisamente en el Estatuto de Roma, en cuanto a la diferenciación expresa entre autores y partícipes que se genera a partir del artículo 25.3, y en la doctrina de Bassiouni. De allí establece que los actos preparatorios de los crímenes de lesa humanidad deben ser procesados bajo

71 COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Proceso No. 29.221. Sent. cit.

72 COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Penal; Sentencia de 16 de diciembre de 2009, Proceso No. 29.640; Salvamento de voto de los Magistrados: Yesid Ramírez Bastidas, Alfredo Gómez Quintero, María del Rosario González de Lemos y Augusto J. Ibáñez Guzmán.

la figura de concierto para delinquir agravado, indicando concretamente los elementos para que dicha conducta se constituya, como lo estableció en la sentencia condenatoria contra Salvador Arana:

“Para llegar a considerar a los responsables de *concierto para delinquir* como autores de delitos de lesa humanidad deben estar presentes los siguientes elementos⁷³:

(i) Que las actividades públicas de la organización incluyan algunos de los crímenes contra la humanidad;

(ii) Que sus integrantes sean voluntarios; y

(iii) Que la mayoría de los miembros de la organización debieron haber tenido conocimiento o ser conscientes de la naturaleza criminal de la actividad de la organización, bases a partir de las cuales varios tribunales internacionales y nacionales consideran que el concierto para cometer delitos de lesa humanidad también debe ser calificado como punible de la misma naturaleza⁷⁴, como lo determina la Corte en este momento para el caso colombiano y con todas las consecuencias que ello implica⁷⁵.

Ha de agregarse que al ordenamiento jurídico nacional han sido incorporados diferentes tratados y convenciones, bien por anexión expresa o por vía del bloque de constitucionalidad (artículo 93 de la Constitución Política), que permiten constatar que el *concierto para delinquir* sí hace parte de los crímenes de lesa humanidad. [...]”⁷⁶

Así, en lo que concierne a Arana Sus, la Corte encontró probada a título de concierto para delinquir: (a) su pretensión de promover la permanencia y control territorial de los paramilitares; (b) las diversas acciones imputadas al procesado, no son hechos aislados, sino “eslabones de una cadena causal propia de estructuras criminales organizadas y previamente concertadas precisamente para cometer delitos indeterminados”⁷⁷; (c) el homicidio del ex Alcalde Eudaldo León Díaz Salgado, fue el “resultado del convenio de ejercer en forma conjunta el programa de continuidad, coordinación y fortalecimiento de sus actividades dentro del rol que a cada uno [Arana y Alias Cadena] le pertenecía, siendo necesario y aconsejable eliminar los obstáculos que ponían en evidencia su

73 Cita de la Corte: Se sigue lo expuesto por CHERIF BASSIOUNI, M. *Crimes against Humanity in International Criminal Law*. 2a. Ed, La Haya :KluwerLaw International, 1999, p. 385. Citado por: Juan Carlos Maqueda, voto particular, Corte Suprema de la Nación Argentina, sentencia de 24 de agosto de 2004, causa N° 259.

74 Cita de la Corte: Por ejemplo: Tribunal Criminal Internacional para Ruanda, Cámara I, sentencia de 27 de enero de 2000, Fiscal v. Alfred Musema, Caso No. ICTR 96-13-T; Corte Suprema de la Nación Argentina, sentencia de 24 de agosto de 2004, causa N° 259 y Juzgado Federal de Buenos Aires (Juez Norberto Oyárbide), auto de 26 de septiembre de 2006.

75 Cita de la Corte: Por ejemplo, la imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena (Artículo VII de la Ley 707 de 2001, aprobatoria de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y el artículo 29 de la Ley 742 de 2002, por medio de la cual se aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Las citadas leyes, convención y Estatuto fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional, sentencias C-580/02 y C-578/02, respectivamente.

76 COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Penal; Proceso No. 32.672. Sent. cit.

77 Ibid.

trasegar delictual⁷⁸. Como se observa, los tres elementos centrales expuestos por la Corte, coinciden con una síntesis de los elementos fundamentales de la coautoría mediata en aparatos organizados de poder; resaltándose que la corte observa la coexistencia de roles diversos, desde la actuación de Arana como gobernador de Sucre y la actuación de alias Cadena, como dirigente paramilitar, para llegar a un objetivo común: la permanencia y control territorial de los paramilitares.

Además, en esta sentencia fundamental, la Corte alude expresamente a la verificación de acciones desde estructuras estatales que en realidad constituyen una degeneración del aparato legal, y cómo estas se configuran en coautoría mediata por cadena de mando:

Existen eventos de comportamientos realizados por servidores oficiales, los que en principio aparecen a la luz pública efectuados bajo el aparente mando de la legalidad o como resultado de presuntas acciones legítimas en defensa de la patria, la democracia y sus instituciones. En sus inicios al tratarse de hechos singulares se los valora como casos aislados resultados de voluntades individuales y la responsabilidad penal se orienta y recae en ejecutores de menor o residual grado, pero dada su secuencia devienen en casos plurales de características similares.

Al valorar estos comportamientos vistos en su conjunto se puede llegar a la conclusión que obedecen a una estrategia criminal del terrorismo de Estado⁷⁹ diseñada en las esferas más altas de la dirigencia, y que desde la apariencia de las justificaciones lo que en últimas hacen es explotar el orden constitucional. No obstante que los funcionarios públicos no se hallan articulados a una organización criminal sino a la administración en jerarquías de diferente grado, lo cierto es que para los fines y consumación de los artículos 340 y 340 inciso 2º *ejusdemse* relacionan a través de la coautoría por cadena de mando⁸⁰.

Pero la instalación del instituto no se generó espontáneamente. Como ya se había señalado, fue a través de salvamentos de voto, que se dio el ingreso de la teoría en Colombia. Antes de la emisión de la sentencia de Arana Sus, la Corte retomó los elementos aclaratorios señalados en la sentencia de casación del caso de Paula Calle. Llama la atención que el salvamento de voto –que acordaba la sentencia, pero que consideraba preciso el reconocimiento de una estructura criminal en la consolidación de los ilícitos- hubiese sido suscrito por un número plural de magistrados, particularmente cuatro, a saber: Yesid Ramírez Bastidas, Alfredo Gómez Quintero, María del Rosario González de Lemos y Augusto J. Ibáñez Guzmán.

78 Ibid.

79 Cita de la Corte: La ejecución sistemática de delitos (torturas, desaparición forzada, apropiación de menores, etc.) contra la sociedad civil ha sido calificada por la jurisprudencia argentina como "terrorismo de Estado". La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina ha dicho que la condena a los máximos responsables del terrorismo de Estado tiene un valor preventivo respecto de la repetición de violaciones a los derechos humanos (Véase la sentencia en el caso Simón), S. 1767 XXXVIII, 14 de junio de 2005, Radicación 17.768

80 COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Proceso No. 29.221.Sent. Cit.

Con posterioridad, se continúa en el avance de la figura, ya no en un sector minoritario de la Corte, sino mediante la incorporación de la lógica en los cuerpos de las sentencias. Ello se hizo inicialmente en dos decisiones principales, asumidas en un lapso de apenas cinco días: el caso Elcure⁸¹ y el Caso de Gian Carlo Gutiérrez Suárez⁸². En el fallo condenatorio contra el senador Ricardo Elcure Chacón, la Corte postuló algunos elementos de la figura, pero aún en sede de autoría mediata. No obstante, en la aclaración de voto, se anotó que las estructuras paramilitares, se encuentran "[...] articuladas de manera jerárquica y subordinada a una organización criminal, quienes mediante división de tareas y concurrencia de aportes (los cuales pueden consistir en órdenes en secuencia y descendentes) realizan conductas punibles"⁸³. Por su parte, en el caso de Gian Carlo Gutiérrez⁸⁴, se resaltó que los comandantes "[...] responden de todos los hechos en razón de la estructura piramidal del grupo".

La gestión no fue en vano, pues el 3 de diciembre siguiente, fue proferida la sentencia contra Salvador Arana, en la que se establecen ya, los elementos de la coautoría por cadena de mando, que, como se observará, coinciden con la lógica de la coautoría mediata en aparatos organizados de poder:

- 1). Existencia de una organización integrada por una pluralidad de personas sustituibles antes o durante el evento criminal las cuales mantienen una relación jerárquica con sus superiores. Aquellas personas pueden o no tener cierta predisposición a la comisión de delitos;
- 2). Control (dominio) de la organización por parte del hombre de atrás y a través de ella de sus integrantes sustituibles. Dicho control puede manifestarse bajo distintas modalidades: a través de la creación de la organización, el no control del mismo pudiendo hacerlo dada su posición o a través del impulso sostenido de la misma con medidas dirigidas a autorizar sus actuaciones ilícitas. En todos estos supuestos se evidencia, por parte del hombre de atrás, un dominio del riesgo (que es el aparato de poder) de producción de actos ilícitos; y,
- 3). Conocimiento de la organización o aparato de poder y decisión de que sus miembros ejecuten o continúen ejecutando hechos ilícitos penales⁸⁵.

81 COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Penal; Proceso No. 29.640. Sent. cit.

82 COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Penal; Decisión del 21 de septiembre de 2009; M. P. Sigifredo Espinosa; Proceso No. 32.022.

83 COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia; Proceso No. 29.640.Sent. cit.

84 Decidía la apelación presentada por las representantes de las víctimas contra la decisión de la Sala de Justicia y Paz.

85 Cita de la Corte: Iván Montoya Vivanco, «La autoría mediata por dominio de organización: a propósito del caso Fujimori», <http://blog.pucp.edu.pe/item/27749> (17-11-2009). La expresión teórica alemana mayoritaria demanda: (i) autoría mediata como dominio de la organización; (ii) la fungibilidad en el marco del dominio de la organización; (iii) la necesidad del apartamiento del Derecho del aparato de poder; (iv) la disponibilidad hacia el hecho específica de la organización; (v) el poder de imposición de los hombres de atrás como soporte fundamental del dominio del hecho; y, (vi) el dominio del resultado. ROXÍN, Claus. La teoría del delito. Lima: Jurídica Grijley, 2007, p. 513-534.

Así las cosas, y de acuerdo con la opinión de la Sala⁸⁶, el aforado hacía parte de una estructura criminal integrada por un número plural de personas articuladas de manera jerárquica y subordinada a una organización criminal, quienes mediante división de tareas y concurrencia de aportes (los cuales pueden consistir en órdenes en secuencia y descendentes) realizan conductas punibles, fenómeno que es factible comprenderlo a través de la metáfora de la cadena^{87,88}.

Esta decisión revela una expresión de coautoría mediata, mas no de autoría mediata –a pesar de las múltiples alusiones a Roxin, en tanto que, como se recordará- alude expresamente al objetivo criminal común que entroncó las acciones de Arana como gobernador y de Cadena como paramilitar. De ahí que resulte lógico, no solo la comprensión de la existencia de dos estructuras –propias de la coautoría mediata- pero en tal interrelación, como ha sido propio de la activación y desarrollo del paramilitarismo en Colombia, que llegan a constituir una gran estructura, con componentes tanto de estructuras inicialmente legales, como de otras, definitivamente ilegales. Así lo reiteró la Corte, al establecer su competencia en la investigación contra congresistas:

“A su vez, el papel de un Congresista en las citadas organizaciones armadas al margen de la ley, cuyo objetivo era el de acceder al poder por medios no ortodoxos e ilegales ajenos a los canales democráticos, no podía ser diverso al de poner al servicio del grupo ilegal el andamiaje de sus funciones como senador de la república; entonces, ingenuo resulta pensar solamente en asistencias aleatorias a las reuniones, o en calidad de simple y llano espectador o bien porque los delinquentes lo consideraba ‘importante’ para la sociedad.⁸⁹”

De nuevo, en aplicación de la coautoría mediata, se pronunció en la sentencia absolutoria del ex representante a la Cámara, Pompilio Avendaño Lopera⁹⁰. Allí, expresamente se acude a la denominación de aparatos organizados de poder, cuando se refiere al aporte que pueden realizar políticos a la causa paramilitar, lo que incrementa el riesgo contra la seguridad pública. En dicho orden, encuentra que la prueba del acuerdo se encuentra precisamente en esta distorsión de la función estatal.

Algunos días después, dentro del proceso adelantado contra el ex representante a la Cámara, Gonzalo García Angarita⁹¹, la Corte reitera la utilización del instituto de coautoría por cadena de mando. Allí determinó que el Bloque Tolima era un grupo paramilitar cuya organización delictiva “obedece a una verdadera estructura organizada de poder”.

86 Cita de la Corte: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación de 2 de septiembre de 2009, radicación 29221.

87 Ibid.

88 COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Proceso No. 32.672. Sent. cit.

89 COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Penal. Auto del 1 de septiembre de 2009; Proceso No. 31.653.

90 COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Penal; Decisión del 9 de diciembre de 2009; Proceso No. 28.779

91 COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Penal; Decisión del 14 de diciembre de 2009; Proceso No. 27.941.

Además encontró que el fin común entre el paramilitarismo y el condenado, era promover y preservar la organización paramilitar “a través de la presencia de mandatarios en diversos niveles de la administración”. Finalmente, entendiendo la configuración de la estructura, compulsó copias para que se investigue la posible ocurrencia de crímenes de lesa humanidad, reiterando la posición dada en la sentencia condenatoria contra Salvador Arana Sus, pues los grupos paramilitares tenían dentro de sus “*diligencias ordinarias*”, la ejecución de crímenes de lesa humanidad, estableciendo:

Se observa que Gonzalo García Angarita, responsable del delito de concierto para delinquir aquí identificado, se concertó con la finalidad de promover un grupo armado al margen de la ley, para que inclusive lo apoyara en sus proyectos políticos y dicho aparato organizado fue puesto al servicio de esa causa con el evidente propósito de que quien desempeñaba funciones públicas ejerciera el poder que detentaba al servicio del proyecto paramilitar, que es precisamente como se manifiesta el concierto para promover aparatos organizados de poder ilegales, categoría en la que tiene cabida toda clase de organización que utiliza para la comisión de delitos un aparato de poder que cuenta con una estructura jerárquica, a partir de la cual la relación que se establece entre los miembros de la organización es vertical y piramidal. En la cúspide de la pirámide se sitúan los órganos o mandos directivos, desde donde se toman las decisiones y se imparten órdenes. Los encargados de cumplirlas, los ejecutores, no toman parte en la decisión original de realizar el hecho ni tampoco en la planificación del mismo, aunque decidan llevar a cabo el encargo. En muchas ocasiones los subordinados ni siquiera conocen el plan en su globalidad, siendo conscientes únicamente de la parte del plan que les toca ejecutar⁹².

En el año 2010, en el procesamiento del ex Senador Álvaro García Romero⁹³, la corporación insiste en la utilización de la figura de coautoría por cadena de mando. En dicha oportunidad, la Corte no solo reitera los elementos de dicha concepción, sino que además resalta cómo es posible la aplicación de dicha forma de coautoría, independientemente de que la imputación se hubiese realizado por la forma criminal de determinación. Señala que no se torna gravosa, en cuanto la punibilidad de la determinación, como de la coautoría –independientemente de que la primera sea una forma de participación- es la misma, y que por lo tanto, al tener la misma pena, no se agrava la situación del procesado, reiterando así, otras decisiones de la Corte, que permitían el cambio de forma de responsabilidad, desde que no implicase una pena superior⁹⁴.

Con posterioridad, en lo que se refiere a la sentencia condenatoria contra Guillermo Valencia Cossio, la Corte nuevamente retoma la figura, lo cual no es coincidencia, pues el supuesto fáctico de dicho caso, es en cierta forma similar a los que han precedido en este análisis. Señala la Corte:

92 Ibid.

93 COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Penal; Decisión del 23 de febrero de 2010; Proceso No. 32.805.

94 Entre dichas decisiones, destaca la Corte: “Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación de 15 de junio de 2000, radicación 12372. Así mismo, sentencia de casación de 12 de marzo de 2008, radicación 28158”.

[...] los hechos que a lo largo y ancho del desarrollo del juicio han constituido su objeto están representados en la permanente colaboración y concertación de voluntades dada entre Guillermo León Valencia Cossio, Juan Felipe Sierra Fernández y Jhon Freddy Manco Torres, alias el Indio, para que el primero, aprovechando su condición de Director Seccional de Fiscalías de Medellín les suministrara información y documentos a los que el cargo le permitía tener acceso, contribuyendo de esa manera para que miembros de una organización armada ilegal, también dedicada al narcotráfico, se salvaguardara de la persecución de las autoridades de policía y se procurara al mismo tiempo su no judicialización⁹⁵.

Como sucedió en las decisiones anteriores, la Corte reitera que la colaboración criminal redundaba en la pertenencia, a través del concierto para delinquir agravado. En el caso específico de Valencia Cossio, establece la Corte que Valencia Cossio y Jhon Freddy Manco Torres tenían como punto de vista común y posiciones dentro de estructuras que utilizaban para la consecución del mismo:

Estas circunstancias permitieron que entre estos tres personajes se tejiera una red de comunicaciones, a la postre con un fin común: promover y fortificar el accionar ilegal que desde el punto de vista de la conformación de grupos armados al margen de la ley estaba haciendo Jhon Freddy Manco Torres, el cual, a su vez, le permitía proteger el negocio de estupefacientes que por la zona de Urabá tenía instalado con otras personas.

La posición que cada uno de los tres mencionados tenía frente a las autoridades y la sociedad misma, los obligó a diseñar un sistema de comunicación de manera tal que no resultaran vinculados mutuamente para no despertar sospechas ante las autoridades⁹⁶.

No obstante ello, debe reconocerse que la Corte de manera expresa, señala que en realidad el procesado actuó como autor mediato, y no como determinador. La razón de ello es clara y comprensible, y a juicio de la autora no derrumba la edificación de la teoría de la coautoría mediata en la Corte Suprema de Justicia. Simplemente obsérvese lo anotado por la corporación:

Siendo ello así, debe reconocerse que no era propio de las funciones del Director Seccional de Fiscalías de Medellín la elaboración de los citados organigramas. Sin embargo, ello no impide en modo alguno concluir que la participación ilícita que Guillermo León Valencia Cossio tuvo en la comisión de dicha conducta punible lo fue, como se anunció en el sentido del fallo, a título de autor mediato y no como determinador como lo pidió la Fiscalía, pues las argumentaciones expuestas por el representante del ente acusador coinciden en lo sustancial con el planteamiento de la Procuradora Delegada en tal sentido, ya que ambas partes concretan la conducta del acusado frente a este delito en un comportamiento de "persuasión" ante el General Pedreros para que finalmente impar-

95 COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Decisión del 9 de marzo de 2011. M. P. Jorge Luis Quintero Milanés. Proceso No. 30.690.

96 Ibid.

tiera la orden de excluir a alias el Indio del multicitado organigrama⁹⁷.

Como se observa, a partir del punible de concierto para delinquir, se encuentra la corroboración de la estructura, no obstante, el caso de Valencia constituye un ejemplo típico de autoría mediata en cuanto el General Pedreros en realidad no hacía parte de la estructura criminal, no tenía conocimiento ni voluntad general o específica de cometer el crimen. En realidad, Pedreros, de conformidad con lo analizado en la sentencia, fue claramente instrumentalizado por el condenado para la obtención del objetivo criminal.

3. Conclusión: el aporte de la coautoría mediata en la investigación de los crímenes de Estado

Desde Nürnberg, se reconoció la necesidad de que se asumieran las obligaciones internacionales necesarias para trascender hacia la primera gran consideración de la responsabilidad penal internacional: "son los hombres y no las entidades abstractas quienes cometen los delitos cuyo castigo es necesario como una sanción de la ley internacional"⁹⁸ y que el hecho de que el "procesado haya actuado de conformidad con la orden de su gobierno o su supervisor, no le exime de responsabilidad"⁹⁹. En uno de los documentos de borrador de la Oficina del Fiscal del año 2003¹⁰⁰, se recuerda que en el Tribunal Especial para Sierra Leona, nació el término de más altos responsables, como un mecanismo más trascendente que la gravedad del delito o de su pasividad, para la determinación de la competencia¹⁰¹.

Evidentemente, en este afán, tiene un papel central la determinación de las responsabilidades de los integrantes, y con mayor razón de los más altos responsables de los crímenes de Estado. Así, el análisis de las estructuras estatales que se convierten en aparatos organizados de poder, y la necesidad de evidenciar –aun cuando en otro escenario– la responsabilidad individual, ha sido prohijada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos [en adelante: "Corte IDH"], entre otros, en la sentencia de fondo del Caso La Cantuta vs. Perú, en la que señala:

Es decir, los graves hechos se enmarcan en el carácter sistemático de la represión a que fueron sometidos determinados sectores de la población designados como subversivos o de alguna manera contrarios u opositores al gobierno, con pleno conocimiento e incluso órdenes de los más altos mandos de las fuerzas armadas, de los servicios de inteligencia y del poder ejecutivo de ese entonces, mediante las estructuras de seguridad

97 Ibid.

98 ONU. Nürnberg International Military Tribunal. Opinion and Judgment of the Nürnberg International Military Tribunal; Violations of International Treaties. [en línea]; [consultado 15 may. 2011]. Traducción libre. Disponible en <<http://www.derechos.org/nizkor/nuremberg/judgment/>>

99 ONU. Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, 6 de octubre de 1945; Principio No. VII.

100 ICC; The Office of The Prosecutor; Draft paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, for discussion at the public hearing in The Hague on 17 and 18 June 2003' 6. [en línea]; [consultado 12 dic. 2009]. Disponible en <http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/draft_policy_paper.pdf>

101 Cita del Tribunal de Sierra Leona: Prosecutor v. Sam Hinga Norman, Moinina Fofana, Allieu Kondewa, Decision on the Preliminary Defense Motion on the Lack of Personal Jurisdiction Filed on Behalf of the Accused Fofana, Case No. SCSL-04-14-PT (3 March 2004) par. 40.

estatales, las operaciones del denominado "Grupo Colina" y el contexto de impunidad que favorecía esas violaciones.

82. La particular gravedad de los hechos se revela en la existencia de toda una estructura de poder organizado y de procedimientos codificados mediante los cuales operaba la práctica de ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas. Estos no constituían hechos aislados o esporádicos, sino que llegaron a configurar un patrón de conducta [...] como método de eliminación de miembros o sospechosos de pertenecer a organizaciones subversivas, empleada en forma sistemática y generalizada por agentes estatales, la mayoría de las veces por miembros de las Fuerzas Armadas. [...]

84. Esta situación ha sido igualmente determinada o considerada en otros casos decididos por este Tribunal, cuyos hechos sucedieron en la misma época que los del presente caso. [...]

96. [...] [La] Corte considera reconocido y probado que la planeación y ejecución de la detención y posteriores actos crueles, inhumanos y degradantes y ejecución extrajudicial o desaparición forzada de las presuntas víctimas, realizadas en forma coordinada y encubierta por miembros de las fuerzas militares y del Grupo Colina, no habrían podido perpetrarse sin el conocimiento y órdenes superiores de las más altas esferas del poder ejecutivo y de las fuerzas militares y de inteligencia de ese entonces, específicamente de las jefaturas de inteligencia y del mismo Presidente de la República. De tal manera resulta plenamente aplicable lo recientemente considerado por este Tribunal en el caso Goiburú y otros vs. Paraguay:

97. Los agentes estatales no sólo faltaron gravemente a sus deberes de prevención y protección de los derechos de las presuntas víctimas, consagrados en el artículo 1.1 de la Convención Americana, sino que utilizaron la investidura oficial y recursos otorgados por el Estado para cometer las violaciones. En tanto Estado, sus instituciones, mecanismos y poderes debieron funcionar como garantía de protección contra el accionar criminal de sus agentes. No obstante, se verificó una instrumentalización del poder estatal como medio y recurso para cometer la violación de los derechos que debieron respetar y garantizar [...]¹⁰²¹⁰³.

Por ello, tras la revisión jurisprudencial que precedió y entendiendo las lógicas de los Estados que cometen crímenes de lesa humanidad, resulta particularmente interesante detenerse en la concepción de dirigente. Desde el artículo 6 del Estatuto del Tribunal de Núrnberg se anotó –si bien en un texto que podría encontrarse como trasgresor del principio de tipicidad estricta¹⁰⁴–, que no podrían sustraerse de la responsabilidad pe-

102 Cita de la Corte: Cfr. Caso Goiburú y otros, supra nota 1, pág. 66.

103 Corte I.D.H.; Caso La Cantuta contra Perú; Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas); párs. 81, 82, 84, 96 y 97.

104 Último inciso del artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núrnberg: "Aquellos que lideren, organicen, inciten a la formulación de un plan común o conspiración para la ejecución de los delitos anteriormente mencionados, así como los cómplices que participen en dicha formulación o ejecución, serán responsables de todos los actos realizados por las personas que sea en ejecución de dicho plan".

nal internacional, quienes lideraran los crímenes de competencia del tribunal. En conexión con ello, en el texto de su sentencia final, se establece en relación con la responsabilidad de los líderes:

The principle of international law, which under certain circumstances, protects the representatives of a state, cannot be applied to acts which are condemned as criminal by international law. The authors of these facts cannot shelter themselves behind their official position in order to be freed from punishment in appropriate proceedings. Article 7 of the Charter expressly declares:

"The official position of defendants, whether as Heads of State, or responsible officials in government departments, shall not be considered as freeing them from responsibility, or mitigating punishment."

On the other hand the very essence of the Charter is that individuals have international duties which transcend the national obligations of obedience imposed by the individual State. [...]

It was also submitted on behalf of most of these defendants that in doing what they did they were acting under the orders of Hitler, and therefore cannot be held responsible for the acts committed by them in carrying out these orders. The Charter specially provides in Article 8:

"The fact that the defendant acted pursuant to order of his Government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment."

The provisions of this Article are in conformity with the law of all nations. [...]¹⁰⁵.

Pues bien, la preocupación por la persecución de los más altos responsables, ha proseguido hasta la Corte Penal Internacional. No obstante, los términos en que se ha desarrollado la persecución de los más altos responsables por el actual Fiscal de la CPI, no

105 "El principio del derecho internacional, que en determinadas circunstancias, protege a los representantes de un Estado, no puede aplicarse a actos que son condenados como criminales por el derecho internacional. Los autores de estos hechos no pueden escudarse en su posición oficial con el fin de quedar libres de castigo en el procedimiento correspondiente. El artículo 7 de la Carta declara expresamente:

"La posición oficial de los acusados, ya sea como Jefes de Estado o funcionarios responsables en los departamentos de gobierno, no será considerada como eximente de responsabilidad o atenuante de la pena."

Por otra parte, la esencia misma de la Carta es que los individuos tienen deberes internacionales que trascienden las obligaciones nacionales de obediencia impuestas por el Estado en particular. [...]

Se presentó también en nombre de la mayoría de los acusados que al hacer lo que hicieron actuaban bajo las órdenes de Hitler, y por lo tanto no se hacen responsables de los actos cometidos por ellos en el cumplimiento de estas órdenes. Especialmente la Carta establece en su artículo 8:

"El hecho de que el demandado haya actuado de conformidad con el orden de su Gobierno o de un superior no le eximirá de responsabilidad, pero puede considerarse la atenuante de la pena."

Las disposiciones del presente artículo están de conformidad con el derecho de todas las naciones. [...]" Traducción libre. NÜRNBERG INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL; Opinión and Judgment; Op. Cit.

son compartidos por la autora, pues si bien resulta evidente la impunidad que suele beneficiarles, la intensidad de los crímenes de Estado debería obligar -como se hizo en el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia- al procesamiento de todos los responsables.

No obstante, la determinación del actual fiscal de la CPI, por concentrarse en los más altos responsables, se hizo desde supropiallegada al cargo, cuando afirmó: "The Office of the Chief Prosecutor should focus its investigative and prosecutorial efforts and resources on those who bear the greatest responsibility, such as the leaders of the State or organization allegedly responsible for those crimes"¹⁰⁶. Posición que ha prolijado la Sala de Cuestiones Preliminares I, en contrándola adecuada al estándar de gravedad determinado a partir del artículo 17 del Estatuto de Roma, cuando se solicita a la Sala la autorización para expedir una orden de detención¹⁰⁷.

En segundo lugar, debe anotarse, que en relación con los crímenes de lesa humanidad cometidos por el Estado, al ser desarrollados desde estructuras, precisan -como ya lo ha concluido la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos- una exploración detallada del sistema¹⁰⁸, lo que en este tipo de casos, suele coincidir con una revisión de la estructura estatal, pues esta es instrumentalizada en procura de la consecución del objetivo criminal. Además, como lo sostuvo el ex Juez de la Corte IDH, A. A. Cançado Trindade, en su voto razonado a la sentencia del caso Goiburú, persisten lógicas de jerarquía en estos crímenes de lesa humanidad:

Dichos crímenes son perpetrados por individuos pero siguiendo políticas estatales, con la impotencia, o tolerancia, o connivencia, o indiferencia del cuerpo social que nada hace para impedirlos; explícita o implícita, la política de Estado está presente en los crímenes contra la humanidad, inclusive contando con el uso de instituciones, personal y recursos del Estado. No se limitan a una simple acción aislada de individuos alucinados. Son fríamente calculados, planificados y ejecutados¹⁰⁹.

Asimismo, el actual Juez de la Corte Internacional de Justicia subraya que los crímenes de Estado se organizan y planifican por los Estados "en sus más altos escalones"¹¹⁰, y a

106 "La Oficina del Fiscal General debe centrar sus esfuerzos y medios de investigación en quienes tienen la mayor responsabilidad, como los dirigentes del Estado o la organización presuntamente responsable por estos crímenes". Traducción libre. Citado en : TAKEMURA, Hitomi. A Critical Analysis of Positive Complementarity. [en línea]; [consultado 10 may. 2011]. Disponible en <http://www.defensesociale.org/xvcongreso/pdf/cfp/16_A_critical_analysis_of_positive_complementarity_Takemura.pdf>

107 ICC; Pre-Trial Chamber I; Case The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo; Situation in the Democratic Republic of the Congo; Decision on the Prosecutor's Application for Arrest, of Article 58; No. ICC-01/04-01/06; 10 February 2006; [en línea]; [consultado 10 may. 2011]. Disponible en <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc191959.PDF>>

108 ONU. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Iniciativas de persecución penal. En : REED, Michael (editor). Judicialización de crímenes de sistema. Estudios de caso y análisis comparado; Serie Justicia Transicional; Centro Internacional para la Justicia Internacional- Fondo Global para la Paz y la Seguridad del Ministerio de Relaciones Exteriores y Comercio Internacional de Canadá. Bogotá, 2008. p. 32.

109 Cfr. Corte I.D.H. Caso Goiburú, Op.cit. Voto razonado Cançado Trindade, p. 40.

110 Ibid., p. 43.

su vez son "ejecutados por muchos individuos en cumplimiento de una política criminal del Estado"¹¹¹. Así, comprometen tanto la responsabilidad internacional del Estado en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como de los individuos¹¹². Esta posición fue reiterada, entre otros, en su voto razonado de la sentencia sobre el caso La Cantuta vs. Perú, en el que también resaltó la existencia de una estructura de poder estatal organizado, que verificaba ejecuciones extrajudiciales, en un "patrón de conducta" del Estado, "verdaderamente criminal"¹¹³.

En tercer lugar, se tiene que con razón se ha sostenido que la prueba fundamental en este tipo de casos, resulta la testimonial, precisamente porque la estructura se utiliza no solo como mecanismo de ejecución, sino también como mecanismo de resguardo de la impunidad. Así, Ambos, cita a Moreno Campo, uno de los fiscales en el proceso argentino contra la Junta Militar, actual fiscal de la CPI, en los siguientes términos:

El segundo problema al que nos enfrentamos era cómo probar la responsabilidad de los ex comandantes cuando no había constancias de órdenes escritas u otras pruebas que los vincularan con algún delito. Cómo juzgarlos, si en la mayoría de los casos se desconocía la identidad de los autores materiales y por lo tanto también la de quienes pudieron haber ordenado los hechos¹¹⁴.

Y la respuesta, vino precisamente de la Cámara Federal, al establecer:

[...] la declaración testimonial es un medio de prueba que se privilegia frente a modos particulares de ejecución en los que deliberadamente se borran huellas, o bien se trata de delitos que no dejan rastros de su perpetración, o se cometen al amparo de su privacidad. [...] la manera clandestina en que se encaró la represión, la deliberada destrucción de documentos y de huellas, el anonimato en que procuraron escudarse sus autores, avala el aserto. No debe extrañar, entonces, que la mayoría de quienes actuaron como órgano de prueba revistan la calidad de parientes o de víctimas"¹¹⁵.

Se concluye de lo anotado, la importancia de establecer no solo la estructura, sino además, los patrones de conducta y la tipología de las víctimas. Además, en el voto razonado de Cançado a la sentencia de La Cantuta, se resalta la importancia de revisar la actuación de la estructura con posterioridad a la ejecución de los crímenes, v. gr., las "modalidades empleadas para destruir evidencias"¹¹⁶ y la "obstrucción sistemática de las investigaciones"¹¹⁷.

111 Ibid.

112 Ibid., p. 45.

113 Corte I.D.H. Caso La Cantuta vs. Perú, Op. cit., Voto razonado Cançado Trindade, p. 8.

114 AMBOS, Kai y GRAMMER, Christoph. Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käseman. (Eugenio Sarra Bayrouse, Trad.). Friburgo : Max Planck- Institute for Foreign and International Criminal Law, 2002.

115 ARGENTINA. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal. Causa 13/84, sentencia del 9 de diciembre/85. [en línea]; [consultado 10 may. 2011]. Disponible en <<http://www.derechos.org/nizkor/arg/causa13/>>

116 Corte I.D.H. Caso La Cantuta vs. Perú; Voto razonado Cançado, Op. cit., p. 9.

117 Ibid., p. 13.

Las declaraciones, sumadas a los indicios, constituyeron pruebas fundamentales en casos como el de Videla y otros¹¹⁸. Resultaron trascendentes las declaraciones de las víctimas sobrevivientes de los centros clandestinos de detención y los testimonios de los empleados de los hospitales en donde las mujeres dieron a luz. La Corte Suprema de Justicia de Colombia, ha resaltado asimismo, la importancia de la prueba indiciaria en la investigación de los aparatos organizados de poder:

La organización delictiva, facción de las Autodefensas Unidas de Colombia, conocida como Bloque Tolima, obedece a una verdadera *estructura organizada de poder*, y ello tiene como consecuencia que sus actores y quienes estuvieron a su lado para obtener beneficios actuaron de manera clandestina y sutil, sin que se dejaran documentos, registros y medios probatorios para reconstruir esa historia. De esta manera, la forma para poder penetrar en ese mundo no pudo ser de forma distinta a la vía indiciaria o de los testimonios de quienes formaron parte de esas organizaciones y luego relataron toda su vivencia ante las autoridades judiciales, pues son ellos quienes pueden dar fe de las actividades emprendidas, la forma de operar, las relaciones que tenían con las autoridades militares y administrativas, los aportes que recibían y la forma en que dichos beneficios se traducían para apoyar a los miembros de la clase política¹¹⁹.

En el caso del paramilitar Gean Carlo Gutiérrez Suárez, igualmente la Corte Suprema de Justicia, determinó, entre otros elementos para tener en cuenta en este tipo de investigaciones: (i) que debe evitarse la atomización de las mismas y la dispersión de esfuerzos, procurándose determinar, de manera inicial, la estructura piramidal de estos grupos; (ii) debe contarse con un banco de datos e información actualizada sobre -para el caso- cada bloque paramilitar, las personas que lo integran y quienes se han desmovilizado hasta el momento; (iii) es preciso permitir la participación activa de las víctimas, a fin de construir una verdad que pueda y sea verificada; (iv) se debe salvar la memoria "de lo que se está conociendo y está por conocerse", pues por la multiplicidad de los crímenes cometidos por el paramilitarismo en Colombia, se ha afirmado que "su investigación y juzgamiento demandaría años"¹²⁰.

Como ya se advierte, los casos latinoamericanos que cimentaron la autoría mediata, se caracterizaron por el destacado lugar que se le dio al análisis de la estructura. Así, en el Juicio a las Juntas, se acreditó la existencia de las órdenes y la determinación del dominio, desde el análisis de la estructura militar¹²¹. En el caso Videla y otros, se determinó la causalidad a partir de la estructura militar organizada, donde el procesado tuvo la

118 ARGENTINA. Juzgado Federal del Departamento Judicial de San Isidro. Causa 1.285/85, sentencia del 13 de julio de 1998. Citado en : ICTJ; Amicus Curiae del Centro Internacional Para La Justicia Transicional. Caso contra Alberto Fujimori; New York. [en línea]; [consultado 7 may. 2011]. Disponible en <http://es.ictj.org/static/News/ICTJMendez_FujimoriAmicus_pa2008_spa.pdf>

119 COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Decisión del 14 de diciembre de 2009. Proceso No. 27.941.

120 COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 32.022, Sent. cit.

121 ARGENTINA. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal. Causa 13/84, sentencia del 9 de diciembre/85; y Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sentencia del 30 de diciembre de 1986. [en línea]; [consultado 15 may. 2011]. Disponible en <www.pensamientopenal.com.ar/01122008/historicos02.pdf>

oportunidad de revertir la suerte de las víctimas¹²². En el proceso contra el dictador Luis García Meza, se reconstruyó el organigrama de la estructura y el plan de tareas, con fundamento en lo cual se enfatizó por la Corte Suprema de Bolivia, el vínculo directo y estrecho entre los diversos componentes de la estructura criminal¹²³.

En suma, el derecho internacional ha reiterado la necesidad de hacer un análisis de la misma composición de la estructura jerárquica, pues ello permite determinar, elementos como el propio dominio de hecho, evidenciar la relación superior-subordinado, el nivel y tipo de control sobre el autor inmediato y dentro de la estructura misma, el conocimiento del acusado sobre los elementos de los delitos y su intervención¹²⁴.

Sin duda, la utilidad tanto de la autoría como de la coautoría mediata, es manifiesta y más que ajustada a la juridicidad colombiana y a las características propias del contexto de violencia. Resulta claro, además, la utilidad de la teoría aplicada al intentar desentrañar las complejas estructuras del paramilitarismo en Colombia, que de conformidad con la jurisprudencia -pacífica- de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituye, igualmente, expresión de criminalidad estatal.

Lista de referencias

AMBOS, Kai, y GRAMMER, Christoph. Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käseman. (Eugenio Sarra Bayrouse, Trad.). Friburgo : Max Planck- Institute for Foreign and International Criminal Law, 2002.

ARGENTINA. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal. Causa 13/84, sentencia del 9 de diciembre/85. [en línea]; [consultado 10 may. 2011]. Disponible en <<http://www.derechos.org/nizkor/arg/causa13/>>

BINDER, Alberto. Tensiones político criminales en el proceso penal. Ponencia presentada en el XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. En : Revista Jueces para la Democracia. No. 60 (2007); p. 21-36.

BOLIVIA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sentencia contra Luis García Meza, 21 de abril de 1993. [en línea]; [consultado 12 abr. 2011]. Disponible en <<http://www.derechos.org/nizkor/bolivia/doc/meza.html>>

122 ARGENTINA. Juzgado Federal del Departamento Judicial de San Isidro, Sent. cit. Más detalladamente se anotó: "En el hecho que nos ocupa, resulta claro que Videla no ha realizado personalmente las acciones descritas en los tipos [...]. Pero lo que sí puede afirmarse es que ha tenido dominio del hecho [...], a través de la fuerza que comandaba -aparato organizado de poder- al momento de los sucesos investigados; lo que le permitió sobre determinar la causalidad a través de la fungibilidad de los ejecutores y asegurar así la consumación de los delitos[...]". (Considerando VI, párrafo 10).

123 BOLIVIA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sentencia contra Luis García Meza, 21 de abril de 1993. [en línea]; [consultado 12 abr. 2011]. Disponible en <<http://www.derechos.org/nizkor/bolivia/doc/meza.html>>

124 ICTY. The Prosecutor vs. Radislav Krstić; Case No. IT-98-33. Sentencia de 2 de agosto de 2001. [en línea]; [consultado 12 feb. 2010]. Disponible en <www.un.org/icty/pressreal/p609-e.htm>

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 21 de agosto de 2003. Radicado 19.213. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

_____. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 10 de noviembre de 2004. M. P. Edgar Lombana Trujillo; Proceso No. 18.428.

_____. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 7 de marzo de 2007. M. P. Javier Zapata Ortiz; Proceso No. 23.825.

_____. Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia de 9 de marzo de 2009. M. P. Sigifredo Espinosa Pérez; Proceso No. 22.327.

_____. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 1 de septiembre de 2009; Proceso No. 31.653.

_____. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de casación de 2 de septiembre de 2009. M.P. Yesid Ramírez Bastidas; Proceso No. 29.221.

_____. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Decisión del 14 de diciembre de 2009; Proceso No. 27.941.

_____. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Decisión del 21 de septiembre de 2009. M. P. Sigifredo Espinosa; Proceso No. 32.022.

_____. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del diciembre 3 de 2009. Procesado Salvador Arana Sus; Proceso No. 32.672.

_____. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Decisión del 9 de diciembre de 2009; Proceso No. 28.779

_____. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Decisión del 14 de diciembre de 2009; Proceso No. 27.941.

_____. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 16 de diciembre de 2009, Proceso No. 29.640.

_____. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Decisión del 23 de febrero de 2010; Proceso No. 32.805.

_____. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Decisión del 9 de marzo de 2011. M. P. Jorge Luís Quintero Milanés; Proceso No. 30.690.

HESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de derecho penal. Parte general. s.l. : Bosch, 1981, p. 611.

HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Jorge Alberto. Evolución doctrinal y jurisprudencial de la teoría del dominio del hecho. Derecho Penal y Criminología. Universidad Externado de Colombia. Vol. 29, No. 86-87 (2008); p. 13-27.

HUMAN RIGHTS WATCH. Genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Compendio temático sobre jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la

antigua Yugoslavia. México : Universidad Iberoamericana, 2010.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Pre Trial Chamber I. Case The Prosecutor vs. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui. Situation in the Democratic Republic of the Congo. Decision on the confirmation of the charges. No. ICC-01/04-01/07-717; 30 September 2008. Disponible en <<http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-07-717-ENG.pdf>>

_____. Pre Trial Chamber I. Case The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo. Situation in the Democratic Republic of the Congo; Decision on the confirmation of the charges; No. ICC-01/04-01/06-803-T; 29 January 2007. [en línea]; [consultado 15 dic. 2009]. Disponible en <http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-06-803-tEN_English.pdf>

_____. Pre Trial Chamber I. Case The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo. Situation in the Democratic Republic of the Congo; Decision on the Prosecutor's Application for Arrest, of Article 58; No. ICC-01/04-01/06; 10 February 2006. [en línea]; [consultado 10 may. 2011]. Disponible en <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc191959.PDF>>

_____. Pre Trial Chamber I. Case The Prosecutor vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Situation in Darfur, Sudan; Decision on the confirmation of the charges; No. ICC-02/05-01/09; 12 July 2010. [en línea]; [consultado 15 may. 2011]. Disponible en <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc919014.pdf>>

_____. The Office of The Prosecutor; Draft paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, for discussion at the public hearing in The Hague on 17 and 18 June 2003' 6. [en línea]; [consultado 12 dic. 2009]. Disponible en <http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/draft_policy_paper.pdf>

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. The Prosecutor vs. Radislav Krstić; Case No. IT-98-33, Sentencia de 2 de agosto de 2001. [en línea]; [consultado 12 feb. 2010]. Disponible en <www.un.org/icty/pressreal/p609-e.htm>

_____. Trial Chamber II; The Prosecutor vs. Milomir Stakic, Case No. IT-97-24-T; Judgement of 31 July 2003. [en línea]; [consultado 17 feb. 2010]. Disponible en <<http://www.icty.org/case/stakic/4>>

_____. Appeals Chamber. The Prosecutor vs. Milomir Stakic, Case No. IT-97-24-A; Appeal Judgement of 22 March 2006.

ICTJ. Amicus Curiae del Centro Internacional para la Justicia Transicional; Caso contra Alberto Fujimori; New York. [en línea]; [consultado 7 may. 2011]. Disponible en <http://es.ictj.org/static/News/ICTJMendez_FujimoriAmicus_pa2008_spa.pdf>

MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro E. Fundamento dogmático de la coautoría frente a la teoría del dominio del hecho. En : Diálogo de Saberes. Investigaciones en Derecho y Ciencias Sociales. No. 22 (2005); p. 95-116.

MIR PUIG, Santiago. El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho. Barcelona : Ariel, 1994.

_____. Derecho Penal. Parte General. Barcelona :Reppertor, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes. Derecho penal. Parte general. Valencia : s.n., 2002.

NINO, Carlos Santiago. Consideraciones sobre la dogmática jurídica. Con especial referencia a la dogmática penal. 1ª reimp. México : Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución No. 1/03. Sobre juzgamiento de crímenes internacionales. [en línea], [consultado 5 may. 2011]. Disponible en <<http://www.cidh.oas.org/reso.1.03.htm>>

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Goiburú et al. vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153. Voto Razonado CançadoTrindade

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

OLÁSULO, Héctor. El desarrollo de la coautoría mediata en el derecho penal internacional. En :IterCriminis Revista de Ciencias Penales. No. 7, Cuarta Época (ene.-feb. 2009); p. 121-159.

_____. El impacto de la primera jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en la distinción entre autoría y participación en la comisión de crímenes de guerra conforme al derecho penal internacional. En : Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Año LIV, No. 132 (2008); p. 83-129.

ONU. Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nürnberg.

_____. Nürnberg International Military Tribunal. Opinion and Judgment of the Nürnberg International Military Tribunal; Violations of International Treaties; [en línea]; [consultado 15 may. 2011]. Disponible en <<http://www.derechos.org/nizkor/nuremberg/judgment/>>

REED, Michael (editor). Judicialización de crímenes de sistema. Estudios de caso y análisis comparado. Serie Justicia Transicional. Centro Internacional para la Justicia Internacional, Fondo Global para la Paz y la Seguridad del Ministerio de Relaciones Exteriores y Comercio Internacional de Canadá. Bogotá, 2008.

ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en el derecho penal. (Joaquín Cuello Contreras, Trad.). Madrid : Marcial Pons, 1998.

_____. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. En : REJ Revista de estudios de la justicia. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. No.7 (2006); p. 11-22.

_____. La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal. (Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, Trad.). Valencia, España : Tirant lo Blanch Alternativa, 2000.

_____. Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión. En : Sobre el estado de la teoría del delito. Seminario en la Universitat Pompeu Fabra. Madrid : Cuadernos Civitas, 2000, p. 155-178.

_____. Problemas básicos del derecho penal. (Luzón Peña, trad.). s.l. : Reus, 1976.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites. En : ROXIN, Claus. La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal. (Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, Trad.). Valencia, España : Tirant lo Blanch Alternativa, 2000.

TAKEMURA, Hitomi. A Critical Analysis of Positive Complementarity. [en línea]; [consultado 10 may. 2011]. Disponible en <http://www.defensesociale.org/xvcongreso/pdf/cfp/16_A_critical_analysis_of_positive_complementarity_Takemura.pdf>

WELZEL, Hans. Derecho penal alemán. Parte general. (Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Trad.). Santiago de Chile : Jurídica de Chile, 1970.