huellas Número 72 • julio 2011 ISSN 1657 - 6829

Reflexiones sobre el Derecho Penal



Reflexiones sobre el Derecho Penal

Es ocioso especular sobre lo justo o injusto, lo acertado o erróneo de los hechos pasados, lo útil es analizarlos y, de ser posible, extraer una lección para el futuro

Ghandi

El contenido de esta edición reúne artículos de destacados catedráticos españoles y nacionales, entre ellos el del Director Nacional de Fiscalías de Colombia, quienes compartirán con nuestros lectores sus amplios conocimientos y experiencias académicas sobre el derecho penal. El aporte ofrecido establece similitudes y diferencias en la aplicación del derecho foráneo con relación al derecho penal colombiano.

Los artículos publicados son, entre otros, Aproximación a la problemática de la responsabilidad penal de los jefes de las organizaciones criminales, considerada como una de las mayores problemáticas a las cuales se enfrenta la dogmática jurídico-penal.

De igual manera, se destaca el principio de oportunidad como una facultad constitucional exclusiva y excluyente, que le permite a la Fiscalía General de la Nación suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal dentro del marco de la política criminal del Estado.

Otro de los artículos de gran interés de esta edición es Autoría y libertad religiosa, que explica que la respuesta frente a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento es complicada y puede alcanzar límites insospechados, cuando la contravención de los intereses tutelados tiene su origen en una fuente de deber moral como es la conciencia del individuo.

Además, se hace referencia al delito imprudente y a los delitos de infracción de un deber, que analiza la autoría tanto en los casos de delitos comisivos imprudentes como en los omisivos imprudentes, teniendo en cuenta que lo esencial es que no se tuvo el debido cuidado infringiendo un deber.

De otra parte, uno de los autores explica de manera detallada la autoría en los aparatos organizados de poder y la situación en la jurisprudencia nacional, como una situación a las que se enfrenta la dogmática actual al resolver de forma coherente la imputación de responsabilidad a quienes haciendo parte de una organización de poder estructurada jerárquicamente mediante sus miembros ejecutores, cometen diversos actos delictivos.

Igualmente, en el artículo sobre la coautoría en el Código Penal colombiano, se resume que dentro de una regulación razonable de la autoría y la participación se establece una discutible definición que permite ampliaciones que contribuyen a la evolución de los conceptos o teorías manejadas, descubriendo que hay acciones que tienen una serie de cualidades intrínsecas que las hacen capaces de convertirse y convertir a quien las ejecuta en autor, prescindiendo en este momento de la actitud subjetiva de quien elige de modo consciente o inconsciente el llevarlas a cabo.

Otra temática de reflexión para los operadores judiciales tratada en esta revista es la mirada de la obsolescencia de la determinación objetiva y positiva del hecho con un criterio de tipo objetivo común de autoría en el delito doloso y en el delito imprudente.

Finalmente, el cierre de la edición de la revista se refiere a las tendencias jurisprudenciales en la exigencia de responsabilidad a los superiores por hechos de los subordinados, partiendo del presupuesto del conocimiento de las diversas opiniones que se sostienen respecto de la atribución de responsabilidad penal en organizaciones, especialmente en "aparatos de poder" que actúan fuera de la legalidad.

Nuestro objetivo con este número de la revista es fortalecer y actualizar el conocimiento de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación en temas referentes a la tutela de los derechos que debe garantizar el Estado, que no puede resultar ajeno al desarrollo del ejercicio de su función, para proporcionar herramientas que fortalecen la actividad investigativa, el desarrollo, la actitud de disposición y la plena identificación de los objetivos y políticas de la entidad.



Viviane Morales Hoyos Fiscal General de la Nación

Coordinación Editorial

Eduardo Rodríguez Garzón Jefe Oficina de Divulgación y Prensa

Cristina Díaz Vásquez Mauricio Lombo Nieto Oficina de Divulgación y Prensa

Agradecimiento

Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses

Fotografía

José Luis Cubillos Delgado Oficina de Divulgación y Prensa

José Luis Rodríguez Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos Naciones Unidas

> Kiko Rodríguez Pintor

Oficina de Divulgación y Prensa

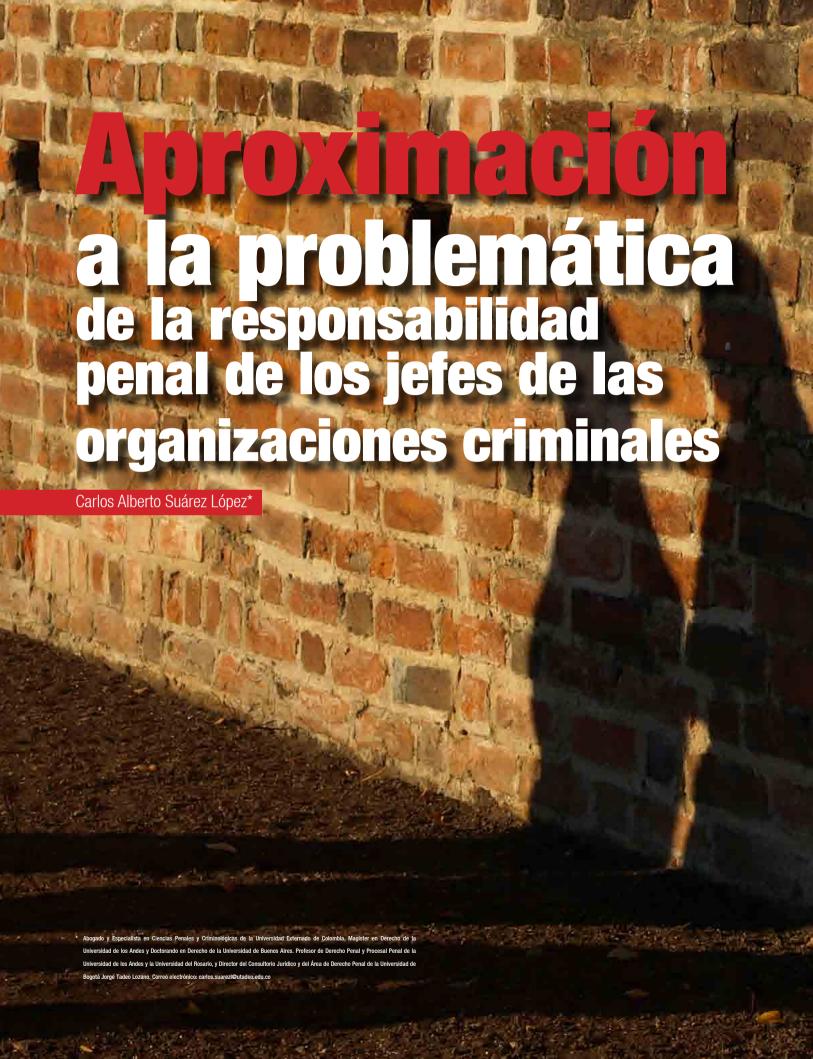
Diag. 22B No. 52-01 Plataforma Conmutador 5702000 Ext. 1581 www.fiscalia.gov.co prefisnic@fiscalia.gov.co Bogotá D. C. , Colombia.

Diseño e impresión

Imprenta Nacional de Colombia Julio 2011

Las afirmaciones y opiniones expresadas en los artículos firmados son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no comprometen el pensamiento institucional de la Fiscalía General de la Nación.







... No se hace referencia a los delitos que supone la pertenencia a una organización criminal de esta indole per se, como, por ejemplo, los delitos de concierto para delinguir (C.P., art. 340), rebelión (C.P., art. 467), sedición (C.P., art. 468) o tráfico de estupefacientes (C.P., art. 376).

- 1 Sostiene en ese sentido Alberto Suárez Sánchez (Autoría 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 320) que estas estructuras de poder organizadas "pueden ser creadas bajo el ropaje del poder estatal, como las del régimen nacionalsocialista alemán con relación al exterminio de la raza judía, o constituidas como bandas de terroristas o grupos guerrilleros o paramilitares, etc., con estructuras jerarquizadas". Carolina Bolea Bardon (Autoría mediata en derecho penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 337 v 338), por su parte, anota que: "Entre las organizaciones criminales cabe distinguir: las desarrolladas al amparo del poder político de un determinado Estado. como la del régimen nacional-socialista alemán del III Reich; y las organizaciones criminales que operan en contra del noder del Estado, enfrentándose al ordenamiento jurídico como bandas mafiosas, grupos terroristas, etc.". Claus Roxin (cfr. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, 7ª ed., Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (trad.), Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 270) señala incluso que estos aparatos de poder organizados casi siempre son de naturaleza estatal, teniendo en mente seguramente a los regímenes nacional-socialista del III Reich y comunista de la Alemania Oriental, que siempre han sido considerados como prototipos de aquellos.
- 2 Cfr. Suárez Sánchez, Autoría, op. cit., p. 320.
- 3 Bolea Bardon (Autoría mediata en derecho penal, op. cit., p. 337) caracteriza de la siguiente manera a los aparatos de poder organizados: "nos referimos a toda clase de organización que utiliza para la comisión de delitos un aparato de poder que cuenta con una estructura jerárquica. a partir de la cual la relación que se establece entre los miembros de la organización es vertical y piramidal. En la cúspide de la pirámide se sitúan los órganos o mandos directivos, desde donde se toman las decisiones y se imparten órdenes. Los encargados de cumplirlas, los ejecutores, no toman parte en la decisión original de realizar el hecho ni tampoco en la planificación del mismo, aunque decidan llevar a cabo el encargo. En muchas ocasiones los subordinados ni siguiera conocen el plan en su globalidad. siendo conscientes únicamente de la parte del plan que les toca eiecutar".

Introducción

Una constelación de ca-

sos que ha despertado muchas polémicas en la doctrina y en la jurisprudencia penal, especialmente en los últimos años, es la de aquellos en los que nos hallamos ante un delito que se comete a través de una organización criminal que puede catalogarse de estructura, aparato o maquinaria de poder organizado, v. gr., una organización criminal terrorista, querrillera, paramilitar, mafiosa o, incluso, una organización criminal estatal¹. Vale la pena aclarar que no se hace referencia a los delitos que supone la pertenencia a una organización criminal de esta índole per se, como, por ejemplo, los delitos de concierto para delinquir (C.P., art. 340), rebelión (C.P., art. 467), sedición (C.P., art. 468) o tráfico de estupefacientes (C.P., art. 376), sino a otros delitos que podrían ser cometidos eventualmente sin la intervención de una estructura criminal de estas características, pero que son realizados a través de ellas en el caso concreto y que suelen ir de la mano de facto con estas organizaciones delincuenciales, como, por ejemplo, genocidios (C.P., art. 101), homicidios (C.P., arts. 103 y 104), secuestros (C.P., arts. 168 y ss), desapariciones

forzadas (C.P., arts. 165 y ss), desplazamientos forzados (C.P., arts. 180 y 181), reclutamientos ilícitos (C.P., art. 162), torturas (C.P., arts. 178 y 179), violaciones (C.P., arts. 205 y ss), hurtos (C.P., arts. 239 y ss) o extorsiones (C.P., arts. 244 y 245).

Estas estructuras de poder organizadas difieren de las bandas criminales comunes y corrientes, mientras en estas hay una estructura horizontal, más allá de que pueda existir un "jefe de la banda" y una cierta jerarquía, en aquellas la estructura es vertical². En otras palabras, en los aparatos de poder organizados, a diferencia de otras organizaciones criminales, existe una relación jerárquica -lineal o piramidal- supremamente estricta que genera que las órdenes o directrices que emanan de la cúpula o el vértice de la misma no se van a discutir y van a ser cumplidas de forma prácticamente segura, casi automática, por las personas que están en la base, y en ello pueden confiar los miembros de aquella3.

Esta estructura vertical y jerarquizada genera una dinámica criminal muy particular: "En estas organizaciones el delito se va forjando en varios estadios, cuyo origen está en la cúpula de la organización, en donde se gesta, decide y ordena, cuya orden va descendiendo en la

cadena criminal hasta llegar al último eslabón, quien se encargará de ejecutarlo"⁴.

Ahora bien, la cuestión dogmática más problemática que suponen los delitos que se cometen a través estas organizaciones criminales a las cuales me he referido es la relativa a la responsabilidad penal individual que les compete a los miembros de la misma. No cabe duda de que el ejecutor o los ejecutores materiales del ilícito deben responder penalmente en calidad de autores directos o de coautores, según el caso, y de que para ello son suficientes las teorías o doctrinas tradicionales de la autoría⁵. Sin embargo, la inquietud surge en relación con la responsabilidad penal que le corresponde a los jefes o dirigentes de la estructura de poder organizada y a sus intermediarios con cierta autoridad en la organización que han dado la orden de cometer el delito, lo han diseñado o planificado, o han asumido el control y la dirección de su realización, pero que no han intervenido en su ejecución material. La cuestión es la siguiente: ¿Deben responder estas personas sólo en calidad de partícipes (determinadores o cómplices) o, por el contrario, debe imputárseles responsabilidad penal en calidad de autores (coautores, autores mediatos o autores accesorios)?

La primera solución, es decir, responsabilizar a los jefes de estas organizaciones criminales y a sus intermediarios con mando sólo como partícipes (determinadores o cómplices) es más sostenible a la luz de las teorías tradicionales de la autoría —especialmente si se asume un concepto restrictivo de autor que implica que, por regla general, los intervinientes en el delito son partícipes y por excepción son autores⁶— pero se antoja políticocriminalmente insatisfactoria e, incluso, injusta. Por ejemplo, parecería político-criminalmente insatisfactorio e injusto que los jefes de las organizaciones terroristas, paramilitares, querrilleras o narcotraficantes que operan en el país, que han dado la orden de cometer crímenes de lesa humanidad, que diseñan el plan para ejecutar tales delitos y que controlaron su ejecución, sólo vayan a responder en calidad de cómplices de los mismos. Parecería claro que normativamente su intervención es aún más determinante que la de los mismos ejecutores materiales, pues, al fin y al cabo, estos pudieron haber sido casi cualesquiera otros miembros de la organización criminal, mientras que sin la

orden, planificación y control de los dirigentes de la misma seguramente el delito no se hubiese realizado.

Por el contrario, la segunda solución, esto es, sancionar a los dirigentes de estas organizaciones criminales y a sus intermediarios con poder como autores (coautores, autores mediatos o autores accesorios), pese a ser políticocriminalmente más satisfactoria y, si se quiere, justa, resulta ser muy difícil de fundamentar dogmáticamente. En efecto, dado que el autor es quien realiza la conducta punible (C.P., art. 29), resulta muy difícil poder afirmar que estos "intervinientes de escritorio" lo han hecho. Podría pensarse, en principio, en acudir a figuras que extienden el ámbito de la autoría a intervinientes que, en estricto sentido, no han realizado la acción típica, tales como la autoría mediata. No obstante, esta modalidad de autoría, que se configura cuando una persona realiza la conducta punible utilizando a otro como instrumento (C.P., art. 29, inc. 1.), supone, de acuerdo a los criterios comúnmente aceptados, que este obre con un conocimiento, una voluntad o una libertad viciados y, por ende, que no responda penalmente, mientras sí lo

- 4 Suárez Sánchez. Autoría, op. cit., p. 319.
- 5 Salvo que se acogiese una teoría subjetiva de la autoría, totalmente anacrónica, como la teoría del interés o la teoría del dolo, pues a la luz de ellas podría llegarse perfectamente a realizar afirmaciones tales como que el ejecutor material actúa en interés ajeno y por ello es partícipe del delito, mientras que el jefe de la organización criminal lo hace en interés propio y por lo tanto es autor, o que el dolo del ejecutor material depende del dolo del jefe de la organización criminal, motivo por el cual es predicable la autoría de este y la participación de aquel (sobre las teorías subjetivas de la autoría cfr., entre otros, Roxin. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, op. cit., pp. 71 v ss: Díaz y García Conlledo, Miguel. La autoría en derecho penal, Bogotá, Leyer, 2009 (reimp.), pp. 272 y ss; Suárez Sánchez. Autoría, op. cit., pp. 113 y ss; Hernández Esquivel, Alberto. "Autoría y participación", en: AA.W. Lecciones de derecho penal. Parte general. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 265 a 267). La muy cuestionable forma como se decidió en Alemania el "caso Statschinsky" (al cual me referiré adelante), siguiendo la teoría del interés, es una buena prueba de ello. Otro de los resultados absurdos a los cuales ha conducido la teoría del interés es descrito por Roxin ("Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión", en: Roxin, Claus, Jakobs, Günther, Schünemann, Bernd, Frisch, Wolfgang y Köhler, Michael. Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra), Jesús María Silva Sánchez (ed.), Madrid, Civitas, 2000, pp. 158 v 159); "los delincuentes nazis que con sus propias manos habían matado a otras personas, fueron castigados por lo general como cómplices, si al actuar lo hacían en interés de la dirección del Estado de aquel
- 6 Como bien lo anota Díaz y García Coniledo (La autoría en derecho penal, op. cit., p. 373): "Lo que sí es claro que caracteriza al concepto restrictivo de autor, frente al unitario y al extensivo, es que, mientras los últimos parten de la idea de que, en principio, todos los intervinientes en un hecho delictivo a los que les sea objetivamente imputable el resultado (en sentido amplio) del mismos son autores, el primero parte de una idea contraria: no todos los intervinientes en un hecho delictivo son autores, sino solo alugunos de ellos".



- 7 Roxin, Claus. Política criminal y sistema del derecho penal, Francisco Muñoz Conde (trad. e introd.), Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1972, p. 30.
- 8 Cfr. Roxin. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, op.
- 9 Aunque el mismo Roxin ("Dominio de la organización y resolución al hecho", en: Roxin. La teoría del delito en la discusión actual, Manuel A. Abanto Vásquez (trad.), Lima, Editora Jurídica Grijley, 2007, pp. 513 y ss) ha compartido recientemente los créditos por la postulación de esta tesis con Friedrich-Christian Schroeder.
- 10 Recordemos que el "dominio de la voluntad" es la forma de dominio del hecho propia de la autoría mediata en la teoría penal roxiniana (cfr. Roxin. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, op. cit., pp. 165 y ss).
- 11 Cfr. Ambos, Kai. La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática, Ezequiel Malarino (trad.), Montevideo, Duncker & Humblot – Konrad Adenauer Stiftung – Temis, 2005, pp. 216 y ss.
- 12 Así, por ejemplo, Enrique Gimbernat Ordeig (cfr. Autor y cómplice en derecho penal, Montevideo Buenos Aires, B de F, 2007 (reimp.), pp. 287 y ss) en España. También se decantan por esta tesis en Alemania Rolf Dietrich Herzberg y Michael Köhler (cfr. Roxin. Autoria y dominio del hecho en derecho penal, op. cit., pp. 727 y 728; Ambos, Kai. "El caso alemán", en: AA.W. Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado, Bogotá, GTZ Fiscalia General de la Nación Embajada de la

- República Federal de Alemania Bogotá Temis Georg-August-Universität Göttingen, 2008, p. 24).
- 13 Así, por ejemplo, José Ulises Hernández Plasencia (cfr. Bolea Bardon. Autoría mediata en derecho penal, op. cit., pp. 365 y 366).
- 14 Así, por ejemplo, Hans-Heinrich Jescheck y Thomas Weigend (Tratado de derecho penal. Parte general, 5° ed., Milguel Olmedo Cardenete (trad.), Granada, Comares, 2002, p. 722); Günther Jakobs (Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, 2° ed., Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (trad.), Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 753). Son también partidarios de esta postura en Alemania: Jürgen Baumann, Ulrich Weber y Wolfgang Mitsch, Urs Kindhäuser (cfr. Ambos. "El caso alemán", op. cit., p. 25), así como Harro Otto (cfr. Roxin. "Dominio de la organización y resolución al hecho", op. cit., pp. 518 y 519).
- 15 Así, por ejemplo, Paul Bockelmann y Klaus Volk (cfr. Ambos, Kal. Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, Manuel Cancio Meliá (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998, p. 29); y Uwe Murmann (cfr. Bolea Bardon. Autoría mediata en derecho penal, op. cit., p. 362).
- 16 Señala Ambos ("El caso alemán", op. cit., p. 24) que: "la jurisprudencia y la doctrina dominantes fundan en este tipo de casos la imputación en una autoría mediata basada en la teoría roxiniana del dominio del hecho en virtud de aparatos de poder organizados".

hace aguel que domina la voluntad del ejecutor material, valga decir, el autor mediato. Ello no ocurre en estos supuestos que estudiamos, pues el ejecutor material, v. qr., el sicario que trabaja para la organización criminal, obra con plena conciencia, voluntad y libertad y, por ende, debe responder penalmente en calidad de autor directo o coautor, dependiendo de si ha ejecutado el delito solo o acompañado. Por lo anterior, salvo que se recurra a alguna complementación teórica que admita la posibilidad de "un autor tras el autor", la autoría mediata parecería descartada.

Por ello, frente a esta constelación de casos resulta supremamente adecuada, al menos en principio, la famosa frase del profesor Roxin⁷, según la cual "puede ser dogmáticamente cierto lo que desde el punto de vista político criminal es equivocado, y a la inversa".

Ahora bien, en los últimos años viene haciendo carrera en la doctrina y en la jurisprudencia penal la solución que, precisamente, el mismo profesor Roxin⁸ propuso para esta antinomia que suponen estos casos hace ya varios años (1963)⁹, consistente en fundamentar la autoría mediata de los jefes de la organización

criminal y de sus intermediarios con mando en la existencia de un dominio de la voluntad¹⁰ en virtud de la comisión del delito a través de personas que pertenecen a una estructura, un aparato o una maquinaria de poder organizado (organisatorischer Machtapparate).

Esta teoría ha sido objeto de varias críticas por parte de un importante sector de la doctrina penal¹¹ y no es, ni mucho menos, una tesis pacífica, pues para algunos teóricos en esta constelación de casos los jefes de la organización criminal sólo podrían responder en calidad de determinadores12 o de cómplices13, mientras que para otros podrían hacerlo en calidad de autores, pero no de autores mediatos, sino de coautores14 o autores accesorios, simultáneos o paralelos15. Sin embargo, pese a las críticas de parte de este sector de la doctrina, la teoría de Roxin de la autoría mediata en virtud de aparatos de poder organizados se ha venido convirtiendo en doctrina dominante y en los últimos años la jurisprudencia de algunos países viene acogiéndola de forma cada vez más amplia16. Así ha ocurrido, por ejemplo, en Alemania, donde esta tesis ha sido adoptada por el Tribunal Supremo Federal (BGH) para juzgar, entre otros casos, la



responsabilidad penal de los dirigentes de la antiqua República Democrática Alemana por los disparos mortales en el muro de Berlín17. De iqual forma, la tesis de Roxin ha sido recepcionada por la administración de justicia en Argentina¹⁸ y Chile¹⁹ para juzgar la responsabilidad penal de los dirigentes de las dictaduras militares padecidas por dichos países por los crímenes de lesa humanidad cometidos por fuerzas estatales durante ellas.

En Colombia el debate sobre la posibilidad de implementar tal teoría para fundamentar la autoría mediata de los jefes de las organizaciones narcotraficantes, guerrilleras y paramilitares por los crímenes cometidos a través de estas apenas está en sus albores. No obstante,

se puede observar que dicha tesis está siendo acogida o, al menos, debatida cada vez más por la jurisprudencia²⁰, en algunos casos de forma más bien poco afortunada. Este trabajo persigue la modesta finalidad de contribuir a ilustrar y fomentar dicho debate.

El plan a seguir será el siquiente: en primer término, se analizará la tesis que hoy goza de mayor aceptación en la dogmática jurídico-penal en relación con la responsabilidad penal de los dirigentes de las organizaciones criminales por los crímenes cometidos por sus subordinados, esto es, la ya mencionada teoría de la autoría mediata en virtud de estructuras, aparatos o maquinarias de poder organizados esbozada por

Roxin. En segundo lugar, se analizarán otras tesis que pretenden solucionar esta problemática, las cuales van desde la coautoría hasta la complicidad. En tercer lugar, se comprobará la acogida que ha recibido la tesis de Roxin en el derecho penal comparado, particularmente en Alemania para juzgar la responsabilidad penal por los homicidios cometidos en el muro de Berlín, y en Argentina y Chile para juzgar la responsabilidad penal por los crímenes de las dictaduras militares. En cuarto lugar, se expondrán las tesis que han venido siendo adoptadas en el derecho penal internacional cuando de juzgar la responsabilidad de los jefes de las organizaciones criminales se trata, tales

17 Cfr. Ambos. "El caso alemán", op. cit., pp. 18 y ss.

18 Cfr. Malarino, Ezequiel. "El caso argentino", en: AA.W. Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado, Bogotá, GTZ – Fiscalía General de la Nación – Embajada de la República Federal de Alemania, Bogotá – Temis – Georg-August-Universität Göttingen, 2008, pp. 40 y ss.

19 Cfr. Guzmán, José Luis. "El caso chileno", en: AA.W. Imputación de crimenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado, Bogotá, GTZ – Fiscalía General de la Nación – Embajada de la República Federal de Alemania, Bogotá – Temis – Georro-August-Universitát Göttingen. 2008. do. 74 y ss.

20 Cfr. Aponte Cardona, Alejandro. "Análisis crítico de la jurisprudencia penal nacional de crimenes internacionales: el caso colombiano", en: AA.W. Temas de derecho penal, Ricardo Posada Maya (coord.), Bogotá, Temis – Universidad de los Andes, 2008, pp. 154 a 157.







como las tesis de la responsabilidad del superior y de la joint criminal enterprise. Ello resulta relevante dado que -como se verá- la jurisprudencia penal colombiana viene adoptando recientemente tesis muy parecidas a estas del derecho penal internacional, al menos en sus efectos político-criminales. En quinto y último lugar, se analizará y valorará la forma como se viene solucionando esta problemática en el derecho penal colombiano, particularmente en los casos de la masacre de Machuca, de la Ley de Justicia y Paz y de la denominada "Parapolítica".

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

A. Fundamentos

Tal como se ha señalado, probablemente la teoría más influyente en la actualidad para solucionar la problemática de la responsabilidad penal de los dirigentes de las organizaciones criminales y sus intermediarios con mando por los delitos cometidos a través de estas es la de Roxin, según la cual los mismos deben responder en calidad de *autores mediatos* por estos crímenes, aun cuando no los hayan realizado de manera directa²¹.

Para Roxin²² es claro que esta es la solución políticocriminalmente más acertada para esta problemática, pero hasta los años 6o no se había planteado en Alemania la cuestión dogmática de cómo fundamentar la autoría mediata del "sujeto de atrás" porque con ayuda de la teoría subjetiva del animus auctoris se podía atribuir fácilmente la voluntad de autor a este, salvando así las dificultades. Sin embargo, para el autor germano²³ "esa es una solución sólo aparente, pues ciertamente quienes mueven los hilos de tales organizaciones tienen

²¹ Esta teoría fue desarrollada por Roxin teniendo en mente especialmente la problemática de los crímenes contra la humanidad cometidos por los miembros del aparato de poder del gobierno nacional -socialista alemán durante el Suárez Sánchez. Autoría, op. cit., p. 320; Cerezo Mir, José. Derecho Penal. Parte general, Montevideo - Buenos Aires, B de F, 2008, p. 938). Especial preocupación despertaba en Roxin el hecho de que delitos como el genocidio resultan impensables como hechos individuales y, por lo tanto, las formas tradicionales de autoría y participación, elaboradas para ellos, resultan insatisfactorias dogmáticamente (cfr. Roxin. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, op. cit., p. 270; Reyes Cuartas, José Fernando. "La autoría mediata con aparatos organizados de poder", en: Derecho Penal y Criminología, Vol. XXV, No. 75, enero a junio de 2004, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 141).

²² Cfr. Roxin. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, op.

²³ Cfr. Roxin. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, op. cit., p. 271.

un interés relevante en el éxito del delito, en el sentido de la teoría subjetiva. Pero eso ocurre también normalmente en los inductores y, por tanto, no puede ser un criterio útil para distinguir inducción y autoría mediata".

Bajo ese entendido, considera Roxin²⁴ que la autoría mediata del "sujeto de atrás" (Hintermann) se puede fundamentar en estos casos acudiendo a la teoría del dominio del hecho (que es el criterio esencial para determinar quién es autor en su teoría de la autoría y la participación, con excepción de los supuestos de delitos de infracción de deber y delitos de propia mano). Señala el catedrático de Múnich que el dominio de la voluntad -forma de dominio del hecho propia de la autoría mediata en su teoría²⁵— no sólo se configura cuando el "sujeto de adelante" (Vordermann), es decir, el ejecutor material, obra bajo error o coacción²⁶, sino también cuando se trata de un miembro de una estructura o aparato de poder organizado, que actúa cumpliendo la orden de uno de los jefes de dicha maquinaria, que le ha sido transmitida directamente por él o por un intermediario. En esos casos —dice Roxin también puede decirse que el "sujeto de atrás" domina la voluntad del "sujeto de adelante", en virtud de su pertenencia a la organización sobre la cual ejerce poder²⁷.

Naturalmente, en estos casos no debe mediar ni error ni coacción en el instrumento, pues de lo contrario se configuraría la autoría mediata según los criterios tradicionales²⁸. En estos supuestos el ejecutor material debe obrar con plena conciencia, voluntad y libertad. Por ejemplo, si el ejecutor material fuese coaccionado en el sentido de que si no realiza el delito que se le ordena va a ser asesinado él o algún miembro de su familia^{29,} no habría que acudir a esta teoría para fundamentar la autoría mediata, pues bastaría para ello con el auxilio del tradicional criterio según el cual en los casos de insuperable coacción ajena quien coacciona domina la voluntad del coaccionado y, por ende, es autor mediato.

Roxin³º brinda como ejemplos dos casos reales en los cuales se configuraría esta clase de autoría mediata en virtud de la pertenencia a una estructura o a un aparato de poder organizado:

El primero de ellos es el "caso Statschinsky", en el cual el servicio secreto de la Unión Soviética encargó a un agente con ese apellido el asesinato de dos exiliados políticos en la República Federal Alemana. El agen-

... El "sujeto de atrás" domina la voluntad del "sujeto de adelante".

- 24 Cfr. Roxin. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, op. cit., pp. 269 y ss.
- 25 Recordemos que Roxin (cfr. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, op. cit., pp. 151 y ss) considera que existen tres variedades de dominio del hecho característicos, cada uno de ellos, de las tres formas de autoría: (a) el "dominio de la acción" que fundamenta la autoría directa individual; (b) el "dominio de la voluntad" que funda la autoría mediata; y (c) el "dominio funcional" que constituye la esencia de la coautoría.
- 26 Los supuestos de error y coacción, junto a los casos en los cuales se instrumentaliza a un inimputable o a un niño, son los eventos en los cuales la doctrina acepta de forma mayoritaria la posibilidad de la autoría mediata. Para Roxin (cfr. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, op. cit., pp. 259 v ss) la cuestión del dominio del hecho en resolverse con avuda de los mismos criterios que se usan en las situaciones de error o de coacción, dependiendo del caso concreto, motivo por el cual no los distingue como supuestos de autoría mediata autónomos. En contra de estos supuestos tradicionales de autoría mediata se pronuncian Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro W. Slokar (Manual de derecho penal. Parte general, Buenos Aires, Ediar - Temis, 2005, p. 609), para quienes: "Suele decirse que hay autoría mediata también cuando el agente se vale de otro que actúa inculpablemente, es decir, de otro que comete un injusto inculpable, o sea, que es inimputable, se halla en error de prohibición o en una situación de necesidad exculpante. Por nuestra parte, no creemos que este supuesto configure autoría mediata en todos los casos, por entender que la falta de reprochabilidad de la acción del interpuesto no siempre
- 27 Cfr. Roxin. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, op.
 cit., pp. 272 y 273. En realidad resulta dudoso que en estos
 casos pueda hablarse de un "dominio de la voluntad" por
 parte del "hombre de atrás", pues el ejecutor directo obra
 con plena conciencia, voluntad y libertad. Sin embargo, si
 parece acertado hablar de un "dominio de la organización"
 (Organisationsherrschaft) por parte de los miembros
 del vértice de la misma. Es por ello que la doctrina
 contemporánea (y el mismo Roxin por momentos) suelen
 denominar así a esta modalidad de dominio del hecho (cfr.
 Ambos. Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud
 de aparatos organizados de poder, op. cit., p. 14).
- 28 Cfr. Roxin. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, op. cit., pp. 270 y 271.
- 29 Así ocurrió, por ejemplo, en el caso Erdemovic, resuelto por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en el cual un simple soldado es obligado a matar civiles porque en caso contrario él mismo y su familia serian asesinados. No obstante la coacción de la cual fue objeto, el Tribunal condenó a este soldado argumentando que privar de la vida a civiles inocentes es inadmisible cualesquiera sean las circunstancias (ofr. Ambos, Kai. "Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible", en: Política criminal (Revista Electrónica), No. 5, 2008, pp. 14 y 15, disponible en: http://www.politicacriminal.c/in_05/A.6.5.pdf [consultado el 11 de septiembre de 2010].
- 30 Cfr. Roxin. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, op. cit., pp. 270 y ss.



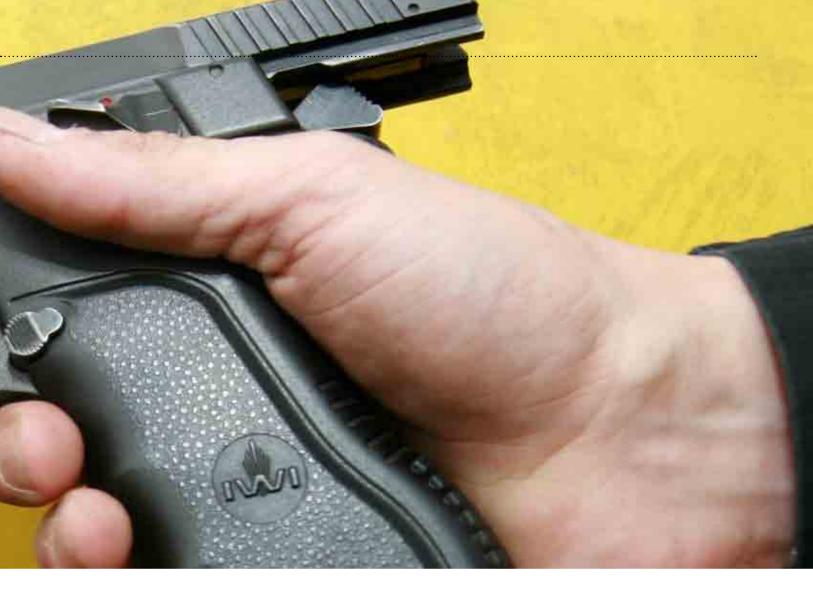
31 Sobre la sentencia del BGH en el "caso Statschinsky" señala Roxin (Autoría y dominio del hecho en derecho penal, op. cit., pp. 152 y 153) que: "No es imaginable en absoluto un dominio más amplio sobre el suceder de la acción. Cuando el BGH trasmuta mediante interpretación el comportamiento de autor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

te cumplió con su misión al matar de propia mano a las víctimas seleccionadas en plena calle de Múnich utilizando una pistola con munición envenenada. Este caso siempre ha sido citado en la doctrina como un argumento en contra de las teorías subjetivas de la autoría y, específicamente, contra la teoría del interés, pues el BGH de la Alemania Occidental, al parecer por motivaciones políticas, consideró que en este caso el agente era simplemente un cómplice, con el argumento de que él no era el interesado en el hecho, sino los que

le encomendaron las muertes. En otras palabras, según el Tribunal Supremo Federal alemán, Statschinsky obraba en interés ajeno, con animus socii, y, por ende, no podía ser considerado autor, sino apenas un cómplice.

Por supuesto que esta solución es rechazada por Roxin —y por la mayor parte de la doctrina— pues está claro que el agente soviético dominaba la acción y, por ende, no puede decirse que sea un simple cómplice, sino un autor directo³². Pero lo novedoso del planteamiento de Roxin es que él considera que en este caso

los miembros del servicio secreto de la Unión Soviética que le dieron la orden a Statschinsky de matar a los exiliados políticos en la Alemania Occidental, también deben ser considerados autores, concretamente autores mediatos, pues ellos dominaban un aparato de poder organizado como lo era dicho servicio secreto. Statschinsky era un mero ejecutor instrumental totalmente fungible o intercambiable, pues si él se hubiese negado a ejecutar el delito, seguramente otro agente del servicio secreto soviético lo habría hecho.



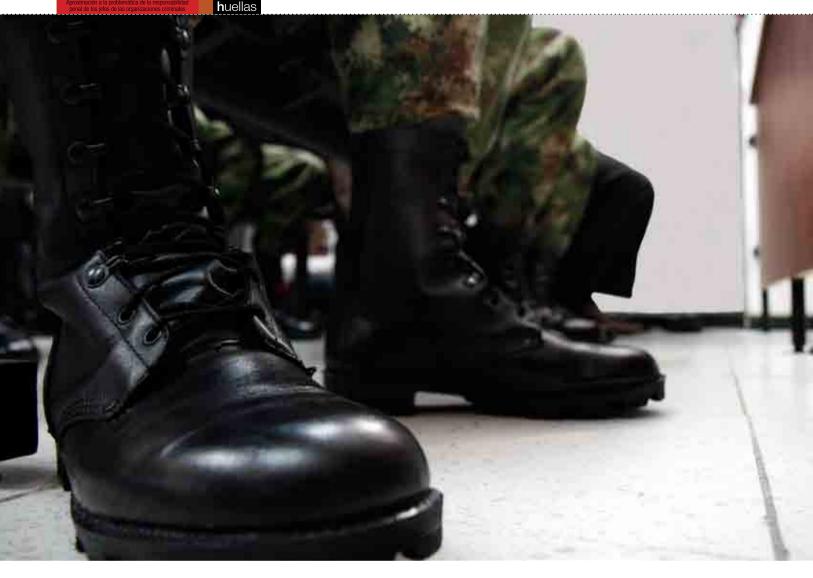
El segundo es el "caso Eichmann". Adolf Eichmann fue uno de los principales responsables de la denominada "solución final" del régimen nazi, es decir, del genocidio de los judíos. Era el encargado de localizar a los judíos en los países invadidos, en especial en Polonia, y coordinar su transporte hacia los campos de concentración alemanes durante la Segunda Guerra Mundial, en los cuales eran ejecutados. Después de la caída del régimen nazi, se refugió en Argentina, donde fue secuestrado años después por miembros del servicio secreto israelí y llevado a este país para ser juzgado. Después de un largo y polémico juicio, fue condenado por un tribunal en Jerusalén, que se organizó siguiendo el modelo de los tribunales de Nüremberg, a morir en la horca; pena que se hizo efectiva. La defensa de Eichmann argumentó que la intervención de su cliente resultaba irrelevante, pues de haberse negado a obedecer las órdenes que se le dieron, ello no habría surtido efecto alguno en la ejecución de los judíos, pues otro lo habría reemplazado. Habría sido un "sacrificio gratuito"32.

Para Roxin³³ la excusa de la defensa de Eichmann resulta inaceptable "quien comete un delito no se ve exonerado de responsabilidad porque de no haberlo hecho él, otro lo habría cometido". Se trata de una objeción de "causalidad adelantada" que carece de significado dogmático, dice el autor germano. Pero además, el catedrático de Múnich³⁴ considera que en este caso también debe aplicarse su teoría para fundamentar la autoría mediata de Eichmann y de los superiores en la jerarquía nazi que le daban órdenes por estos crímenes.

³² Cfr. Roxin. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, op

³³ Roxin. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, op. cit., p. 274.

³⁴ Cfr. Roxin. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, op cit., pp. 273 a 275.



B. Excepción al "principio de responsabilidad"

Ahora bien, a diferencia de los demás supuestos de autoría mediata (error, coacción y utilización de niños e inimputables), en los cuales el ejecutor instrumental, el "hombre de adelante", debe quedar impune al no obrar con plena conciencia, voluntad o libertad, recayendo la autoría (mediata) y la responsabilidad penal exclusivamente en el "hombre de atrás", en estos

supuestos el ejecutor instrumental obra con plena conciencia, voluntad y libertad y por ello también responde penalmente de forma plena en calidad de autor directo (o de coautor en caso de que fueren varios los ejecutores materiales). Por ende, es posible decir que en estos casos existen dos niveles de autores: (1) el nivel de los autores directos o coautores, que son los que ejecutan materialmente el hecho punible; y (2) el nivel de los autores mediatos, constituido por el vértice de la estructura de poder organizada que da la orden de cometerlo y sus intermediarios con autoridad en la organización que la trasmiten.

Se trata de un auténtico supuesto de "un autor tras el autor" y, por ende, de una excepción al denominado "principio de responsabilidad" que tradicionalmente ha regido a la autoría mediata³⁵. Según este principio "el hombre de adelante por eso y solo eso es instrumento del hombre de atrás, ya que el mismo o no cumple los presupuestos objetivos y subjetivos del tipo

35 Cfr. Schünemann, Bernd. "El tempestuoso desarrollo de la figura de la autoria mediata", en: Derecho Penal y Criminologia, Vol. XXV, No. 75, enero a junio de 2004, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 34 y 35; Bolea Bardon. Autoria mediata en derecho penal, op. cit., pp. 336 y 351. Tal como lo anota Suárez Sánchez (Autoria, op. cit., p. 339; "Se produce una clara ruptura con el denomiado 'principio de responsabilidad', porque se da la plena responsabilidad penal del ejecutor material, quien a pesar de ser considerado como instrumento del hombre de atrás es calificado autor inmediato del delito ordenado desde la cúspide de la organización".

14

penal, o no ha actuado ilegalmente, o no se ha comportado culpablemente y en cualquier caso para el hecho no es responsable penalmente, de forma que la responsabilidad que le falta es derivada al hombre de atrás"36. Contrario sensu, "cuando el hombre de adelante es responsable penalmente, el hombre de atrás responde solo como partícipe, de forma que según este principio no existe ninguna figura jurídica del 'autor detrás del autor‴37. En otras palabras, cuando se configura la plena responsabilidad penal del ejecutor material se descarta la autoría mediata. Toda vez que esta modalidad de autoría mediata que se comenta supone admitir la posibilidad de un "autor tras el autor", constituye una excepción a dicho principio38, y -como se verá- es esta la principal objeción que se le suele hacer a esta doctrina.

C. Requisitos

De la lectura de la obra de Roxin puede concluirse que para él son tres los requisitos o elementos que deben estar presentes para que se configure la autoría mediata en virtud de estructuras o aparatos de poder organizados: (1) el dominio de la organización por los autores mediatos; (2) la fungibilidad de los ejecutores materiales; y (3) la desvinculación

del derecho del aparato de poder organizado³⁹. Examinaré a continuación cada uno de estos requisitos:

1. El dominio de la organización por los autores mediatos

Para Roxin el dominio de la voluntad propio de la autoría mediata se configura en esta constelación de casos en quienes actúan en la cúpula de una estructura de poder organizada y en sus intermediarios que ejercen autoridad en la misma⁴⁰, en primer término, porque los mismos dominan la organización y, por ende, tienen el control superior sobre el hecho realizado a través de ella⁴¹.

El dominio del hecho de estas personas radica en que tienen a su disposición una auténtica "maquinaria de personal" con cuya ayuda pueden cometer sus crímenes, sin que su realización dependa de la decisión autónoma del ejecutor. En virtud de la estructura jerárquica, vertical de estas organizaciones criminales —estatales o no estatales—, que supone la obediencia casi automática de aquellos que están en la base, los jefes de las mismas pueden confiar en que sus órdenes van a ser ejecutadas casi con plena seguridad. Si el miembro de la organización criminal en el cual recae la

orden se niega a ejecutarla, el vértice de la misma puede confiar en que va a ser reemplazado por otro, pero de igual forma, sus órdenes van a ser cumplidas. En otras palabras, el dominio del hecho lo hace descansar Roxin en el funcionamiento peculiar del "aparato" que está a disposición del "sujeto de atrás", el cual opera casi "automáticamente", sin importar la persona individual del ejecutor⁴².

Roxin⁴³ ilustra esta modalidad de dominio del hecho con un ejemplo bastante simbólico:

Basta con tener presente el caso, en absoluto de laboratorio, del gobierno, en un régimen dictatorial, que implanta una maquinaria para eliminar a los desafectos o a grupos de personas. Si dada esa situación (por expresarlo gráficamente) el sujeto de detrás que se sienta a los mandos de la estructura organizativa aprieta el botón dando la orden de matar, puede confiar en que la orden se va a cumplir sin que tenga que conocer al ejecutor.

Ahora bien, esta modalidad de dominio del hecho posee una muy interesante particularidad: "mientras normalmente ocurre que un interviniente, cuanto más alejado está de la víctima y

- 36 Schünemann. "El tempestuoso desarrollo de la figura de la autoría mediata", op. cit., p. 29.
- 37 Schünemann. "El tempestuoso desarrollo de la figura de la autoría mediata", op. cit., p. 29.
- 38 De allí que Schünemann (cfr. "El tempestuoso desarrollo de la figura de la autoría mediata", op. cit., pp. 27 y ss) considere que la adopción de esta tesis por parte de la jurisprudencia alemana y su aplicación incluso a casos de criminalidad empresarial, constituya una de las razones para sostener que en la actualidad se presenta "un tormentoso desarrollo y expansión de la figura de la autoría mediata".
- 39 Cfr. Suárez Sánchez. Autoría, op. cit., p. 320. Sin embargo, en un texto reciente, Roxin (cfr. "Dominio de la organización y resolución al hecho", op. cit., pp. 530 y 531), incorporando en su teoría la tesis de Schroeder, considera que a estos elementos se debe agregar la "resolución al hecho" o la "inclinación típicamente organizativa al hecho" por parte del ejecutor material, que consiste en que este está dispuesto, condicional o incondicionalmente, a realizar el hecho delictivo desde un momento previo a la orden. Señala Roxin ("Dominio de la organización y resolución al hecho". op. cit., p. 530) que en esta constelación de casos el ejecutor material "está sometido a una serie de influios que son específicos de la organización y que, si bien no excluyen de ninguna manera su responsabilidad, sí hacen que esté 'más dispuesto al hecho' que cualquier delincuente potencial v que, visto en su totalidad, incrementan la probabilidad de éxito de una orden y contribuyen al dominio del hecho por parte de los hombres de atrás".
- 40 Como bien lo anota Suárez Sánchez (Autoría, op. cit., pp. 338 y 339), de acuerdo con la teoría roxiniana que se está analizando: "No sólo responde como autor mediato el superior jerárquico que da la orden en el seno de la estructura de poder organizada, sino todos los intermediarios de la misma, siempre y cuando tengan capacidad para imponer la decisión ante los subordinados, de acuerdo con la posición que ostenten dentro de la jerarquia de la organización".
- 41 Señala Roxin (Autoría y dominio del hecho en derecho penal, op. cit., p. 272) en ese sentido que: "es evidente que una autoridad superior competente para organizar el exterminio masivo de los judios o la dirección de un servicio secreto encargada de perpetrar atentados políticos dominan la realización del resultado de manera distinta a un indirector común. Nadie vacilaría en atribuir a quien da las órdenes una posición clave en el acontecer global, posición que no les corresponde a los meros instigadores en los casos de criminalidad 'común'".
- 42 En palabras de Roxin (Autoría y dominio del hecho en derecho penal, op. cit., p. 272) el dominio del hecho radica "en el funcionamiento peculiar del aparato, que en nuestros ejemplos está a disposición del sujeto de detrás. Una organización así despliega una vida independiente de la identidad variable de sus miembros. Funciona 'automáticamente', sin que importe la persona individual del ejecutor".
- 43 Roxin. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, op. cit., p. 272.



- 44 Roxin. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, op. cit., p. 274.
- 45 Zaffaroni, Alagia y Slokar (Manual de derecho penal. Parte general, op. cit., p. 6111) apuntan al respecto que: "La regla que establece que un sujeto que se encuentra más alejado de la víctima y de la conducta homicida, tiene menor dominio del hecho, en los casos de aparato organizado de poder sufre una inversión, pues cuanto más alejado el ejecutor está de las víctimas más cerca se encuentra de los órganos ejecutivos de poder, to que le proporciona mayor dominio del hecho".
- 46 Roxin. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, op. cit.,
- 47 Ahora bien, como quiera que fungible es lo que se consume por el uso, es quizás preferible hablar de la "intercambiabilidad" del ejecutor en lugar de su "fungibilidad" como fundamento de la autoría mediata en esta constelación de casos (cfr. Suárez Sánchez. Autoría, op. cit., p. 335).
- 48 Vale la pena anotar que se han realizado algunos intentos por fundamentar materialmente de forma diversa el dominio de la organización (cfr. Ambos. Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, op. cit., pp. 16 y ss). Por ejemplo, Schroeder ha pretendido fundamentar el dominio del hecho del "sujeto de atrás" y, por ende, su autoría mediata en la decisión incondicional de cometer el hecho en la persona del ejecutor (cfr. Ambos. Dominio del hecho por dominio de

voluntad en virtud de aparatos organizados de poder op. cit., pp. 19 y ss; Roxin. "Dominio de la organización y resolución al hecho", op. cit., p. 514). Según Schroeder: "Se presenta tal aprovechamiento cuando la ejecución lleva a cabo el hombre de atrás... Con el conocimiento de la resolución segura del otro hacia el hecho, desaparece para el hombre de atrás la inseguridad del resultado que es típica en el partícipe, desaparece el sometimiento a la resolución hacia el hecho que deba tener un tercero" (cfr. Roxin. "Dominio de la organización y resolución al hecho", op. cit., p. 514). Sin embargo, esta tesis de Schroeder no ha convencido demasiado, entre otras cosas, "porque en la realidad jurídica --prescindiendo de los escasos casos de omnimodo facturus- no concurren frecuentemente ejecutores 'incondicionalmente dispuestos'" (Ambos. Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, op. cit., p. 22).

- 49 Roxin (Autoria y dominio del hecho en derecho penal, op. cit., p. 275) describe esta dinámica criminal propia de estos casos en estos términos: "Si uno fracasa, otro le va a suplir, y precisamente esta circunstancia convierte al respectivo ejecutor, sin perjuicio de su propio dominio de la acción, al mismo tiempo en instrumento del sujeto de atrás".
- 50 Roxin. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, op. cit., p. 273.
- 51 Cfr. Roxin. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, op. cit., p. 277.

de la acción típica directa, más queda relegado a la zona periférica del suceso y excluido del dominio del hecho, en estos casos ocurre, a la inversa, que la pérdida de proximidad al hecho se compensa por la medida de dominio organizativo que va aumentando según se asciende en la escala jerárquica del aparato" 44 (énfasis suplido). Se trata de una auténtica paradoja de esta modalidad de dominio del hecho 45.

2. La fungibilidad de los ejecutores materiales

Tal como lo anota el propio Roxin⁴⁶: "El factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en tales casos [...] reside, pues, en la fungibilidad del ejecutor"47/48. Esta fungibilidad radica en que si el miembro de la organización al cual se le da la orden decide no cumplir con ella, puede ser reemplazado oportunamente por otro que de todas formas la va a ejecutar y en ello puede confiar el jefe o vértice de la organización que da la orden por la estructura jerárquica, vertical de la misma⁴⁹.

Señala Roxin⁵⁰ que en estos casos, desde la atalaya del "sujeto de atrás"

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

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

La desvinculación del derecho del aparato de poder organizado

Finalmente, Roxin⁵¹ sostiene que esta forma de dominio de la voluntad sólo es posible cuando se trate de estructuras de poder organizadas que actúan por principio al margen de la ley o desvinculadas del derecho. Ello por cuanto sólo en ellas los miembros de la organización saben que, por regla gene-

ral, las órdenes que les van a llegar y que deben acatar al pertenecer a la misma van a ser de carácter criminal⁵².

Según el catedrático de Múnich⁵³:

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

Este requisito, que es muy discutido en la doctrina⁵⁴, conlleva dos importantes consecuencias:

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

La primera consecuencia de este requisito consiste en que la teoría de la autoría mediata en virtud de aparatos de poder organizados de Roxin sólo es aplicable frente a los críme-

nes cometidos por fuerzas estatales cuando estas se hallen en un contexto en el cual ya no estén vigentes las garantías del Estado de derecho (una dictadura totalitarista, por ejemplo) y en el que, en consecuencia, los miembros de los poderes estatales puedan partir de la premisa de que las órdenes que sus superiores les van a impartir van a ser, por principio, antijurídicas55. En caso contrario, es decir, si una autoridad estatal en el marco de un Estado de derecho determina a sus subordinados a cometer delitos, su intervención debe considerarse como de determinación, inducción o instigación, salvo que medie coacción o error⁵⁶. Esto limita notablemente la aplicabilidad de esta teoría frente a las estructuras de poder organizadas de carácter estatal, pues no van a ser muchos los casos, por lo menos en la actualidad, en los cuales podamos afirmar de forma categórica que en un Estado no se encuentran vigentes definitivamente las garantías propias del Estado de derecho.

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

Por otra parte, una segunda consecuencia radica en que esta teoría *no es*, por principio, aplicable en el ámbito de la delincuencia empresarial⁵⁷. Cuando los directivos de una empresa deciden excepcionalmente cometer un delito a través de ella y con la participación de los miembros de la misma, no puede hablarse de autoría mediata en virtud de aparatos de poder organizados, pues el sólo hecho de pertenecer a una de estas organizaciones no supone una disposición global a delinquir58. El mismo Roxin59 reconoce expresamente la inaplicabilidad de esta doctrina en los casos de criminalidad empresarial:

Cuando una gran empresa moderna que participa en la vida económica dentro del ordenamiento jurídico, un jefe de departamento exhorta a un empleado a cometer falsedad documental [...], de llegarse a la comisión, es sólo inductor del delito cometido en concepto de autor por el empleado (aun cuando el empleado sea fungible), puesto que de una organización que trabaja en el marco de la legalidad debe esperarse que no hay que obedecer las órdenes antijurídicas $[...]^{60}$.

Aun cuando el tema resulta bastante polémico, ante la inaplicabilidad de la tesis del dominio de

- 52 Tal como lo explica Suárez Sánchez (Autoría, op. cit., p. 342): los sujetos que pertenecen a estas organizaciones criminales están "en su conjunto (sin perjuicio de que se den excepciones) dispuestos a ejecutar el delito, porque saben que forman parte de la organización criminal y que la mayoría de las órdenes son para delinquir, dado que esta es la función de la empresa".
- 53 Roxin. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, op. cit., p. 277.
- 54 Ambos. La parte general del derecho penal internacional.

 Bases para una elaboración dogmática, op. cit., pp. 234 y ss.
- 55 Cfr. Roxin. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, op. cit., p. 277.
- 56 Cfr. Roxin. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, op. cit., p. 277. Sostiene Roxin (Autoría y dominio del hecho en derecho penal, op. cit., p. 277) que: "cuando en un Estado de derecho una autoridad determina a sus subordinados a cometer delitos o cuando en las Fuerzas Armadas un mando imparte órdenes antijurídicas, ello ha de valorarse siempre, salvo que haya que afirmar la autoría mediata por otras razones, sólo como inducción, pues si todo el aparato se mueve por los cauces del derecho, "funciona" de la manera requerida por la estructura de dominio descrita únicamente al utilizar las váss preestablecidas por el ordenamiento jurídico".
- 57 Cfr. Roxin. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, op. cit., p. 729; Suárez Sánchez. Autoría, op. cit., pp. 341 y ss.
- 58 A este argumento en contra de la aplicabilidad de la teoria roxiniana en estudio en el ámbito empresarial debe sumarse que el requisito de la fungibilidad o intercambiabilidad del instrumento tampoco se da en las empresas ilamadas en principio a no delinquir, pues en ellas las distintas labores suelen ser realizadas por personas muy especializadas. En ese sentido precisa Suárez Sánchez (Autoría, op. cit., p. 343) que: "en un grupo empresarial no es fácil reemplazar a un funcionario de bajo rango que habrá de ejecutar el delito planeado y ordenado por los integrantes de la cúspide de la organización, porque sus especializados conocimientos no permiten su fácil sustitución, como sí se permite en las organizaciones criminales al margen de la ley, en las cuales cualquier hombre de la base de la pirámide de la organización puede ser reemplazado por otro que está dispuesto a ejecutar el crimen".
- 59 Roxin. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, op. cit., p. 729.
- 60 Sin embargo, el BGH, en contra de la voluntad de su creador, ha aplicado la tesis de la autoría mediata en virtud de un aparato de poder organizado o al menos la ha empleado como obiter dictum en algunos casos de delincuencia empresarial (cfr. Schünemann. "El tempestuoso desarrollo de la figura de la autoría mediata", op. cit., p. 35; Roxin. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, op. cit., p. 677).

61 La mayor parte de la doctrina española se manifiesta contraria a la nosibilidad de la "inducción en cadena" (cfr. Mir Puig, Santiago. Derecho penal. Parte general, 7ª ed., Montevideo - Buenos Aires, B de F, 2004, p. 405). En contra de esta posibilidad se pronuncia, por ejemplo. Gimbernat Ordeig (cfr. Autor v cómplice en derecho penal. op. cit., pp. 293 y 294), para quien calificar de inductor del hecho principal al inductor del inductor no convence: "En primer lugar, porque se pone en contradicción con toda la doctrina de la autoría mediata, admitiendo supuestos de inducción mediata cuando el inductor directo es plenamente responsable [una excepción a este postulado es precisamente la tesis de la autoría mediata en virtud de aparatos de poder organizados de Roxin]. En segundo lugar, porque desconoce la simple verdad de que el inductor en cadena no ha inducido al hecho principal (como se le suele calificar), sino que ha inducido a otro a que induiese al hecho principal. Lo que no es lo mismo".

Por el contrario, en la doctrina alemana se suele aceptar esta posibilidad (cfr. Jescheck y Weigend. Tratado de derecho penal. Parte general, op. cit., p. 739).

- 62 En igual sentido Suárez Sánchez. Autoría, op. cit., p. 345.
- 63 Cfr. Roxin. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, op. cit., pp. 275 y 276.
- 64 Suárez Sánchez. Autoría, op. cit., p. 339.
- 65 Roxin. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, op. cit.,
- 66 Cfr. Suárez Sánchez. Autoría, op. cit., p. 339.
- 67 Cfr. Suárez Sánchez. Autoría, op. cit., p. 339.
- 68 Cfr. Ambos. "El caso alemán", op. cit., p. 24.
- 69 Tal como lo reconoce el propio Roxin ("Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión", op. cit., p. 171): "El dominio de organizaciones como caso de autoría mediata se ha impuesto en la jurisprudencia alemana, pero en la doctrina, si bien encuentra fuertes defensores, tiene también considerables adversarios".

70 Suárez Sánchez. Autoría, op. cit., p. 334

la organización, considero que se deben seguir en esos casos los criterios generales de la teoría de la autoría y la participación, es decir, que quien induce directamente al ejecutor material (autor directo) debe ser considerado determinador y los superiores que inducen a aquel meros cómplices o a lo sumo determinadores (esto último sólo si se admite la discutida posibilidad de la "inducción o determinación en cadena"61), pues no inducen directamente al autor inmediato⁶²

D. Una aclaración

Finalmente, cabe advertir que Roxin⁶³ no descarta que en los delitos cometidos a través de estructuras de poder organizadas pueda configurarse la participación (la determinación o la complicidad), es decir, que no necesariamente todos los intervinientes en estos casos son autores. No obstante, ello sólo es predicable de "quienes no integran el engranaje de la maquinaria, es decir de quienes están en la periferia de la misma"64.

En palabras del penalista alemán⁶⁵:

Cabe afirmar, pues, en general, que quien es empleado en una maquinaria organizativa en cualquier lugar, de una manera tal que puede impartir órdenes a subordinados, es

autor mediato en virtud del dominio de la voluntad que le corresponde si utiliza sus competencias para que se cometan acciones punibles. [...] Naturalmente, no se guiere decir que en los delitos cometidos en el marco de maquinarias de poder organizadas no quepa la complicidad. Cualquier actividad que no impulse autónomamente el movimiento de la maquinaria más bien sólo puede fundamentar participación.

Podría darse la complicidad, por ejemplo, cuando un extraño a la organización le presta ayuda al ejecutor material para que realice el delito o le colabora a quien da la orden de realizar el delito llevándole el mensaje a otro miembro de la organización, que habrá de continuar con la cadena de órdenes hasta llegar al ejecutor⁶⁶. Podría configurarse la determinación, por ejemplo, cuando una persona que no forma parte de la organización criminal convence a uno de los jefes de la misma para que disponga un delito a través de sus subordinados, como, por ejemplo, el homicidio o el secuestro de una persona⁶⁷.

Pese a que la teoría de Roxin de la autoría mediata en virtud de estructuras o aparatos de poder organizados se ha venido convirtiendo prácticamente en la doctrina dominante sobre esta problemática68 y a que -como se verá- ha sido acogida por la jurisprudencia de algunos países para juzgar casos de gran trascendencia nacional e internacional, la misma ha sido sometida a importantes críticas, pues existen posiciones doctrinales diversas sobre la forma como debe ser valorada en estos casos la responsabilidad penal de los superiores de las organizaciones criminales⁶⁹. A continuación se expondrán las principales críticas que se han dirigido contra esta tesis de Roxin.

E. Críticas

1. Parecería existir una contradicción o antinomia difícil de solucionar en la tesis de Roxin: "si los ejecutores no son libres no debieran ser responsables, o si son libres no debieran ser tenidos como autores mediatos guienes dan las órdenes desde arriba"70. En otras palabras, la objeción radica en el ya mencionado "principio de responsabilidad", según el cual la plena responsabilidad penal del ejecutor material excluye la posibilidad de la autoría mediata.

Para obviar esta aparente contradicción, Roxin le da en su teoría una interpretación más amplia a la noción de instrumento, al no supo-



ner esta figura un defecto que anule la conciencia, la voluntad o la libertad necesariamente⁷¹. De igual forma, "[l]a teoría del dominio por organización supera la libertad ajena del hombre de adelante con el criterio de la fungibilidad"⁷².

2. Como lo ha reconocido el propio Roxin⁷³, la fuerza persuasiva de la

teoría del dominio por organización se encuentra en la validez del criterio de la fungibilidad o intercambiabilidad del instrumento y ello resulta muy dificil de verificar en el caso concreto⁷⁴. En efecto, en la teoría de Roxin la libertad ajena del "hombre" o de los "hombres de adelante" no es un obstáculo para argumen-

tar la autoría mediata del "hombre de atrás", "puesto que quienes ejecutan directamente el hecho son solamente ruedecillas intercambiables en el engranaje del aparato de poder", de modo que "al hombre de atrás no le interesa quién cumple sus órdenes"75. En todo caso, bien sea a través de este o de otro miembro

71 Cfr. Suárez Sánchez. Autoría, op. cit., p. 334.

72 Ambos. La parte general del derecho penal internacional.

Bases para una elaboración dogmática, op. cit., p. 220.

73 Cfr. Roxin. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, op. cit., p. 272.

74 Ambos. La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática, op. cit., pp. 220 y ss.

75 Ambos. La parte general del derecho penal internacional.

Bases para una elaboración dogmática, op. cit., p. 220.

de la organización, la orden del hombre de atrás va a ser cumplida y en ello puede confiar este⁷⁶.

Por el contrario, "si se parte de que el hombre de atrás que domina la organización no puede confiar más en que sus órdenes serán cumplidas por quien quiera que fuese, fracasaría su dominio del hecho por esa inseguridad concretada en la libertad del hombre de adelante"77. En otras palabras, el dominio del hecho por dominio de la organización "no existe sólo si se puede contradecir en el caso concreto la intercambiabilidad del ejecutor"78. Se trata de un problema netamente empírico, es decir, "de si realmente en todos los casos de comisión de un hecho por medio de un aparato organizado de poder se puede partir de la fungibilidad del ejecutor directo"79. Ahora bien, existen dos inconvenientes para aceptar esta fungibilidad del instrumento de forma general:

a) El primero consiste en la posible especialización del ejecutor, que generaría que no fuese sin más un sujeto fungible o intercambiable80. En efecto, la experiencia parece indicar que un aparato de represión moderno no puede funcionar sin "especialistas"81. Se podría argüir que en dichas estructuras de poder organizadas modernas "las reservas de especialistas son lo suficientemente grandes como para permitir intercambiar sin demora el ejecutor que se niega a realizar el hecho"82. Abstractamente ello no se puede rebatir, como tampoco se puede probar lo contrario.

No obstante, "la pretensión de validez general del criterio de la fungibilidad se refuta ya por la existencia de un caso contrario" en el cual no pudiera reemplazarse, sin más, al ejecutor material⁸³.

b) El segundo radica en que la fungibilidad del ejecutor puede fundamentar un dominio del hecho a lo sumo en sentido general, pero no en la situación concreta del hecho84. Como bien lo anota Ambos85: "Por más que el hombre de atrás pueda dominar la organización, no domina directamente a aquellos que ejecutan el hecho concreto". Por ejemplo, si en el caso de los disparos mortales en el muro de Berlín —caso en el cual se aplicó la tesis de Roxin, como se verá— "un quardia de frontera o una entera patrulla se hubiese negado a disparar a un fugitivo (y no hubiera ningún otro quardia en el lugar), nadie podría impedir la fuga de ese fugitivo. Si esta fuga tuviera éxito, entonces se negaría el dominio del hecho del vértice de la organización"86.

Por ende, es posible afirmar que la fungibilidad del instrumento en la situación concreta sólo rara vez está presente y existen buenas razones para negarla desde el punto de vista empírico⁸⁷. En últimas, "el vértice de la organización sólo podrá

76 Anota Ambos (La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática, op. cit., p. 221) en ese sentido que: "No interesa por consiguiente tanto el 'cómo' de la ejecución de la orden cuando el 'sí está asegurado. En todo caso, el hombre de atrás podrá conflar en que alguna persona cumplirá sus órdenes criminales. La automaticidad del aparato fundamenta el dominio sobre la ejecución directa del hecho y, así parece, también sobre los elecutores directos".

77 Ambos. La parte general del derecho penal internacional.

Bases para una elaboración dogmática, op. cit., p. 221.

78 Ambos. La parte general del derecho penal internacional.

Bases para una elaboración dogmática, op. cit., p. 222.

79 Ambos. La parte general del derecho penal internacional.

Bases para una elaboración dogmática, op. cit., p. 222.

80 Cfr. Ambos. La parte general del derecho penal internacional Bases para una elaboración dogmática, op. cit., p. 222.

81 Cfr. Ambos. La parte general del derecho penal internacional.

Bases para una elaboración dogmática, op. cit., p. 222.

82 Ambos. La parte general del derecho penal internacional.

Bases para una elaboración dogmática, op. cit., p. 222.

83 Cfr. Ambos. La parte general del derecho penal internacional Bases para una elaboración dogmática, op. cit., p. 222.

84 Cfr. Ambos. La parte general del derecho penal internacional.

Bases para una elaboración dogmática, op. cit., p. 222.

85 Ambos. La parte general del derecho penal internacional.

Bases para una elaboración dogmática, op. cit., p. 222.

86 Ambos. La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática, op. cit., p. 222.

87 Cfr. Ambos. La parte general del derecho penal internacional.

Bases para una elaboración dogmática, op. cit., p. 223.



estar seguro de que el aparato como tal continuará trabajando (de alguna forma) y que la próxima orden será ejecutada sin vacilar por un ejecutor entretanto intercambiado"88. De esta forma, el dominio de la organización se convierte así sólo en "un dominio de las causas de reemplazo"89.

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

3. El criterio de la fungibilidad puede constituirse en un argumento en contra de la consideración de los jefes de las organizaciones criminales como autores mediatos. Así, por ejemplo, Hernández Plasencia⁹⁰ señala que:

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

Ahora bien, no considero de recibo esta crítica, pues si se acepta que el hecho de que exista una posibilidad de que el ejecutor material no cumpla con el designio del "hombre de atrás" es suficiente argumento para negar la autoría mediata y desembocar, por ende, en la inducción, muchos de los supuestos tradicionalmente aceptados de autoría mediata no podrían ser considerados talesº¹.

4. No existe acuerdo sobre hasta qué nivel de jerarquía es posible partir de un dominio por organización del provocador del hecho92. Como lo evidencia Ambos93: "La jurisprudencia alemana acepta una autoría mediata en virtud del dominio de la organización, apoyándose en la teoría de Roxin, también respecto de acusados situados por debajo del vértice de la organización o del Estado", lo cual, en mi opinión, parece en principio correcto. Pero la jurisprudencia alemana ha llegado a imputar, por ejemplo, dominio de la organización en casos como el de un ciudadano alemán occidental que con

El criterio de la fungibilidad puede constituirse en un argumento en contra de la consideración de los jefes de las organizaciones criminales como autores mediatos.

88 Ambos. La parte general del derecho penal internacional.

Bases para una elaboración dogmática, op. cit., p. 224.

89 Ambos. La parte general del derecho penal internacional.

Bases para una elaboración dogmática, op. cit., p. 224.

90 Hemández Plasencia. La autoría mediata en derecho penal, pp. 274 y 275, citado por: Cerezo Mir. Derecho Penal. Parte general, op. cit., p. 938.

91 Es por ello que, por ejemplo, Zaffaroni, Alagia y Slokar (Manual de derecho penal. Parte general, op. cit., pp. 609 a 611) consideran que cuando se instrumentaliza a un sujeto inculpable no existe generalmente dominio del hecho del "hombre de atrás": "Quilen le dice a un inimputable con delirio persecutorio que su vecino es el autor de todos sus males, no tiene el dominio del hecho, porque no puede controlar preponderantemente el curso de los acontecimientos, ya que no saben il tiene motivos para creer más que en una probabilidad, pues la decisión al hecho la conserva el inimputable".

92 Cfr. Ambos. La parte general del derecho penal internacional.

Bases para una elaboración dogmática, op. cit., pp. 229 y ss.

93 Ambos. La parte general del derecho penal internacional.

Bases para una elaboración dogmática, op. cit., pp. 229 y 230.

su denuncia de los planes de fuga de un ciudadano de la antiqua República Democrática Alemana causa la detención antijurídica de este. Parecería exagerado decir que un simple ciudadano puede dominar un aparato estatal y además extranjero94.

5. El requisito de la desvinculación del derecho de la estructura organizada de poder ha sido objeto de críticas. Ello por cuanto se ha señalado que también existen, al menos en el ámbito de la criminalidad de Estado, aparatos de poder organizados que actúan criminalmente sin desvincularse del derecho, por lo menos sin desvincularse del derecho positivo95. Tal fue lo que ocurrió, por ejemplo, en muchos de los crímenes cometidos durante el Tercer Reich por los nazis, pues en su momento dicho genocidio estaba globalmente avalado por el derecho vigente en Alemania.

Ambos⁹⁶ propone entonces diferenciar dos formas de desvinculación del derecho:

Por un lado, una desvinculación del derecho escrito, positivo, que representaría el caso normal, pudiéndosela designar como desvinculación del derecho "positivo". Por otro lado, una desvinculación del derecho no escrito, suprapositivo, que sólo podría existir de

modo excepcional en determinados aparatos de poder estatales y que se le puede nombrar como desvinculación del derecho "suprapositivo".

Pero además, como Ambos97 lo pone de presente, el mismo Roxin no es muy claro sobre lo que entiende por desvinculación del derecho. Parece posible distinguir en la teoría roxiniana dos clases de desvinculación del derecho98: (a) una desvinculación del derecho en sentido amplio, consistente en que "el aparato en su conjunto actúa fuera del ordenamiento jurídico"99; y (b) una desvinculación del derecho en sentido estricto, que radica en "una desvinculación del derecho específica del delito [...] como mero actuar injusto punible", o, en otros términos, una desvinculación del derecho referida "sólo a los hechos incriminados cometidos en autoría mediata y no a todo el ámbito de acción de la organización" 100.

6. Acoger la teoría de la autoría mediata en virtud de estructuras de poder organizadas supone algunas dificultades dogmáticas. Por ejemplo, Zaffaroni, Alagia y Slokar¹⁰¹ señalan en ese sentido que receptar la tesis de Roxin implicaría, en estricto rigor dogmático, que "habrá tentativa desde que [el autor mediato] comienza a dar la orden, en tanto si se le considera instigador, recién será punible cuando el ejecutor final comience su conducta".

7. Finalmente, se ha dicho que la tesis de Roxin supone "el riesgo de devaluar la intervención de los ejecutores y facilitar ciertas soluciones políticas poco deseables"102. No obstante, la verdad es que esta opinión no se puede compartir, pues pese a que Roxin considera a los ejecutores materiales en estos casos como meras ruedecillas del engranaje de la organización, y en ello radica el dominio del hecho del "hombre de atrás", nunca ha dudado en responsabilizar a aquellos a título de autores directos o inmediatos de las conductas punibles realizadas.

Pese a estas críticas, la tesis de la autoría mediata en virtud de estructuras o aparatos de poder organizados de Roxin es, en mi opinión, la más convincente dogmáticamente, a la vez que político-criminalmente más satisfactoria. Obsérvese que la mayor parte de las críticas anteriormente relacionadas apuntan a detalles de esta teoría que aún no han sido suficientemente dilucidados o a la dificultad de la constatación empírica de sus presupuestos, pero no son

- 94 Cfr. Ambos. La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática, op. cit., p. 230.
- 95 Cfr. Ambos. La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática, op. cit., p. 235.
- 96 . La parte general del derecho penal internacional, Bases para una elaboración dogmática, op. cit., p. 235.
- 97 Cfr. Ambos. La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática, op. cit., pp. 234 a
- 98 Cfr. Ambos. La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática, op. cit., pp. 234 a
- 99 Tal es la exigencia que hace Roxin en su obra Autoría y dominio del hecho en derecho penal (Täterschaft und Tatherrschaft) (Autoría y dominio del hecho en derecho penal. op. cit., pp. 276 v 277); "De la estructura del dominio de la organización se deduce que este sólo puede existir allí donde la estructura en su conjunto se encuentra al margen del ordenamiento jurídico".
- 100 Así, en un escrito reciente considera Roxin ("Dominio de la organización y resolución al hecho", op. cit., p. 528) que "el aparato de poder, naturalmente, no tiene que haberse separado del derecho en todos los aspectos, sino solamente de una matización de la exigencia que hace en Täterschaft
- 101 Zaffaroni, Alagia y Slokar. Manual de derecho penal. Parte general, op. cit., p. 611.
- 102 Zaffaroni, Alagia y Slokar. Manual de derecho penal. Parte general, op. cit., p. 611.

críticas que anulen de raíz la fundamentación de esta tesis. Por el contrario, a las otras tesis que se han esbozado en la doctrina para solucionar la problemática de la responsabilidad penal de los superiores de las organizaciones criminales —que se expondrán a continuación— se les pueden hacer contundentes críticas desde el punto de vista dogmático-jurídico o político-criminal, que las hacen casi inadmisibles.

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



1. Fundamentos

Para algunos autores de mucho peso en la dogmática jurídico-penal como Jescheck y Weigend¹⁰³ y Jakobs¹⁰⁴ en la tipología de casos descrita los jefes de la organización criminal y sus intermedia-

rios deben ser considerados coautores y rechazan la posibilidad de que sean autores mediatos¹⁰⁵. Para estos autores la premisa según la cual no puede haber autoría mediata cuando el ejecutor material responde penalmente de forma plena (el "principio de responsabilidad") es irrenunciable y, por ello, descartan esta modalidad de autoría. No obstante, consideran que sí se estructura la coautoría.



104 Cfr. Jakobs. Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, op. cit., pp. 753, 783 y 784.

105 También se decanta por esta tesis en el derecho penal colombiano Fernando Velásquez Velásquez (cfr. Derecho penal. Parte general, 4º ed., Bogotá, Librería Jurídica Comilibros, 2009, pp. 893 a 895). Por el contrario, Suárez Sánchez (cfr. Autoría, op. cit., pp. 319 y ss), Márquez Cárdenas (cfr. La autoría mediata en el derecho penal. Formas de instrumentalización, 2º ed., Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004, pp. 225 y ss), Reyes Cuartas (cfr. "La autoría mediata con aparatos organizados de poder", op. cit., pp. 135 y ss) y Rivera Llano (cfr. Derecho penal posmoderno, Bogotá, Temis, 2005, pp. 471 y ss), entre otros en nuestro país, se muestran partidarios de la tesis de la autoría mediata.





"la persona que ocupa la posición central de la organización es coautor precisamente porque domina la organización".

106 Jescheck y Weigend. Tratado de derecho penal. Parte general, op. cit., p. 722.

107 Jakobs. Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, op. cit., pp. 753, 783 y 784.

108 Para Jakobs (Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, op. cit., p. 784): "La construcción de la autoría mediata es nociva, porque, en los hechos de la época del régimen nacional-socialista, encubre la vinculación organizativa de todos los intervinientes, ni mucho menos siempre forzada, hasta convertirla en un hacer común: Sóio mediante la conjunción de quien imparte la orden y quien la ejecuta se puede interpretar un hecho singular del ejecutor como aportación a una unidad que abarque diversas acciones ejecutivas".

109 Cfr. Roxin. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, op. cit., pp. 725 a 727; Roxin. "Dominio de la organización y resolución al hecho", op. cit., pp. 518 a 520. Roxin ("Dominio de la organización y resolución al hecho". op. cit., p. 518) sostiene de forma contundente que: "no se da ninguno de los presupuestos para admitir una coautoría entre el dador de la orden que se encuentra en la central de un aparato de poder y el ejecutante situado 'en el lugar de los hechos' (p. ej., en los casos de asesinatos en campos de concentración o los tiradores del Muro)".

110 Cfr. Roxin. Autoria y dominio del hecho en derecho penal, op. cit., pp. 725 y 726; Roxin. "Dominio de la organización y resolución al hecho"; op. cit., p. 519. Vale la pena recordar que en la teoria de la autoria de Roxin se exigen tres requisitos para que se configure la coautoria: (1) el plan común o la resolución conjunta del hecho; (2) la esencialidad de la contribución; y (3) la contribución en fase ejecutiva (cfr. Díaz y García Conlledo. La autoría en derecho penal, op. cit., pp. 586 y ss).

111 Roxin. "Dominio de la organización y resolución al hecho", on. cit., p. 519.

112 Roxin. "Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión", op. cit., p. 171.

Según Jesckeck v Weigend106: "la persona que ocupa la posición central de la organización es coautor precisamente porque domina la organización". Por su parte, Jakobs¹⁰⁷ estima que considerar al "autor de despacho" (Schreibtischtäter) como autor mediato es superfluo y nocivo, motivo por el cual —haciendo abstracción del hecho de que este "hombre de atrás" no participa en la ejecución del hecho— opta por considerarlo coautor108.

2. Críticas

La tesis de la coautoría, después de la tesis de la autoría mediata, es la que goza de mayor aceptación en la doctrina. Sin embargo, a esta tesis se le han realizado importantes objeciones, especialmente por parte del mismo Roxin¹⁰⁹:

1. En estos casos no se estructuraría el plan común

o la resolución conjunta del hecho propios de la coautoríα^{110.} Por un lado, para que exista el acuerdo común o la decisión común propia de la coautoría es necesario que no exista subordinación a la voluntad de uno o varios que mantengan en sus manos la decisión sobre la consumación del delito, que es precisamente lo que ocurre en los aparatos de poder organizados, en los cuales existe subordinación entre los jefes de la organización y los ejecutores materiales. En palabras de Roxin¹¹¹: "El cumplimiento de una orden es lo contrario a una decisión común, acordada entre los coautores".

Por otro lado, el acuerdo común o la decisión común propia de la coautoría no se puede configurar allí donde los supuestos coautores ni siquiera se conocen. En ese sentido señala Roxin¹¹² que: "no puede existir coautoría porque

24

los que dan las órdenes y el ejecutor ni se conocen y en modo alguno se hallan entrelazadas sus acciones"113. En igual sentido, Ambos114 manifiesta que: "el alejamiento del hecho y el desconocimiento del hombre de atrás del concreto devenir del hecho y del ejecutor del hecho excluyen una cointervención en régimen de reparto de tareas [propia de la coautoría]".

2) En estos casos no se configura el requisito de la coautoría —al menos en la teoría de Roxin— consistente en que el aporte causal se brinde en la fase ejecutiva de la conducta punible, pues generalmente en estos supuestos quienes se encuentran en la cúpula de la organización no intervienen en la ejecución del hecho¹²⁵. Al respecto afirma Roxin¹¹⁶ que:

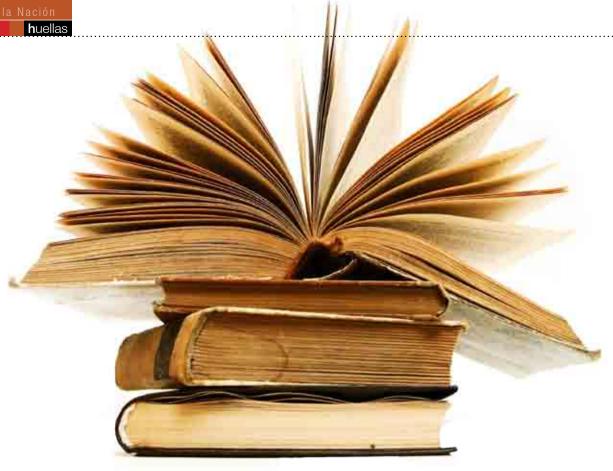
Falta, además de la resolución conjunta del hecho, también la ejecución conjunta, que igualmente representa un elemento constitutivo de la coautoría, según una posición discutida, pero correcta. El autor de despacho no ejecuta por sí mismo, 'no se ensucia las manos', sino que se sirve de órganos ejecutores.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

La exigencia según la cual la contribución del coautor debe realizarse en la fase ejecutiva del delito es uno de los puntos "más discutidos entre los defensores alemanes de la teoría del dominio del hecho, siendo mayoritaria la postura de quienes no exigen este requisito"117. Sin embargo, aun cuando el artículo 29 del Código Penal no lo exige expresamente como uno de los elementos de la coautoría (tampoco lo descarta, valga la salvedad), la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia¹¹⁸ ha expresado que uno de los requisitos de la coautoría en nuestro ordenamiento jurídico es el "aporte significativo durante la ejecución del ilícito". La Corte¹¹⁹ ha explicado en estos términos esta exigencia de la coautoría:

Y el aporte durante la ejecución del hecho quiere decir que la prestación que hace la persona debe ocurrir, total o parcialmente, entre el momento en que se inicia la realización del verbo rector que guía la conducta criminal y el logro de la consumación. De esta manera, el comportamiento frente a la pura ideación delictiva o



- 113 En otro texto acota Roxin ("Dominio de la organización y resolución al hecho", op. cit, p. 519) que: "El que el dador de la orden y el ejecutante, por regla general, ni siquiera se conozcan, y que tampoco se vayan a conocer alguna vez, hace que la admisión de una resolución conjunta aparezca como una ficción".
- 114 Ambos. Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, op. cit., p. 29.
- 115 Cfr. Roxin. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, op. cit., p. 726; Roxin. "Dominio de la organización y resolución al hecho", op. cit., pp. 519 y 520.
- 116 Roxin. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, op cit., p. 726.
- 117 Díaz y García Conlledo. La autoría en derecho penal, op. cit., p. 614. Roxin ("Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión", op. cit., p. 175) defiende la necesidad de este requisito de la coautoría en estos términos: "Fuera de los casos de autoría mediata [...] no es posible dominar un proceso de ejecución, cuando ni siquiera se está alli".
- 118 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 21 de agosto de 2003, Rad. 19.213, M. P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.
- 119 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 21 de agosto de 2003, op. cit.



- 120 Roxin. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, op. cit., pp. 726 y 727.
- 121 Roxin. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, op. cit., pp. 726 y 727.
- 122 Recordemos que la autoría accesoria, simultánea, paralela o concomitante (también denominada coautoría impropia en la doctrina alemana), que se discute si constituye o no una modalidad autónoma de autoría, se caracteriza "por el hecho de representar, desde el punto de vista material, una autoría individual, con un resultado provocado en forma casualmente coincidente dada la fortuita convergencia de las actuaciones de voluntad" (Maurach, Reinhart, Gössel, Karl-Heinz y Zipf, Heinz. Derecho penal. Parte general, Vol. II, 7ª ed., Jorge Bofill Genzsch (trad.), Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 388), Según Jescheck v Weigend (Tratado de derecho penal, Parte general, op. cit., p. 731): "Concurre la autoría accesoria cuando varias personas provocan conjuntamente el resultado típico sin estar vinculadas por una resolución delictiva común". Esta modalidad de autoría se puede presentar, aunque en escasas situaciones, cuando todos los sujetos actúan dolosamente. pero sin conocimiento del propósito criminal paralelo de los demás. Por ejemplo, cuando dos personas, sin saber uno de la existencia del otro, le proporcionan simultáneamente a un tercero veneno, ocasionándole la muerte el efecto conjunto de las dosis que, individualmente consideradas, no hubieran provocado dicho efecto (cfr. Maurach, Gössel y Zipf. Derecho penal. Parte general, Vol. II, op. cit., p. 389). Pero esta modalidad de autoría es mucho más frecuente en los delitos culposos (cfr. Maurach, Gössel y Zipf, Derecho penal. Parte general, Vol. II. op. cit., p. 389; Jescheck v Weigend, Tratado de derecho penal. Parte general, op. cit., p. 731).
- 123 Cfr. Bolea Bardon. Autoria mediata en derecho penal, op. cit., pp. 361 y 362; Ambos. Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, op. cit., p. 29.
- 124 Roxin. "Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión", op. cit., p. 166.

a los actos preparatorios, no constituye coautoría, como tampoco aquel subsiguiente a la consumación o al último acto en materia de tentativa de delito.

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

al menos en principio, vinculante para todos los operadores jurídicos.

3. La coautoría supone una estructura horizontal y en los aparatos de poder organizados existe, por el contrario, una estructura vertical, es decir, jerárquica, que es más compatible con la autoría mediata¹²⁰. Sostiene Roxin¹²¹ en ese sentido que: "la tesis de la coautoría sortea la diferencia estructural determinante entre autoría mediata y coautoría, que reside en que la autoría mediata está estructurada verticalmente (en el sentido de un proceso de arriba hacia abajo, del que ocasiona al ejecutor) y la coautoría horizontalmente (en el sentido de actividad pareja y simultánea, 'fundamentadora de comunidad')".

B. Tesis de la autoría accesoria, simultánea o paralela

1. Fundamentos

Para otros autores como Bockelman y Volk y Murmann la autoría accesoria, simultánea, paralela o concomitante122 sería la vía dogmática para resolver estos casos123. Según Murmann —quien ha escrito una de las obras sobre autoría y participación más relevantes de los últimos años en la ciencia penal alemana124— en estos supuestos, al menos cuando se trata de aparatos de poder organizados estatales, se configuraría la autoría accesoria por cuanto se lesiona

a la víctima dos veces: una lesión "a través del que actúa de forma inmediata que transforma su propia relación con la víctima en injusto" y otra por la "lesión de las relaciones del portador de la decisión del Estado hacia los ciudadanos"125. En otras palabras, según Murmann, en el caso de una orden antijurídica de parte del Estado consistente en que un ciudadano lesione a otro ciudadano "se encuentran afectadas dos relaciones jurídicas: la relación de reconocimiento entre Estado v ciudadano caracterizada por deberes especiales, así como la relación de reconocimiento general de los ciudadanos entre sí"126.

2. Críticas

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

- 1) No siempre las estructuras o aparatos de poder organizados son de naturaleza estatal, pues también pueden tratarse de organizaciones terroristas, guerrilleras, paramilitares o mafiosas al margen del Estado, y en ese caso no cabría el argumento de la doble lesión a la víctima.
- 2) En realidad no se dan en estos casos las notas características de la autoría accesoria o paralela. No es posible decir que el que da la orden lesione

de manera directa a la víctima y, menos aún, que exista una co-ejecución paralela entre él y el que recibe la orden, pues sólo lo hace este¹²⁷. Además de ello, como bien lo anota Roxin¹²⁸: "la imbricación de las acciones individuales en el seno de una maquinaria de poder organizada excluye el discurrir simultáneo inconexo de distintos cursos causales que caracteriza a la autoría simultánea".

C. Tesis de la determinación o inducción

1. Fundamentos

Otro sector de la doctrina pretende solucionar estos casos atribuyendo responsabilidad penal a los dirigentes de la estructura de poder organizada en calidad de partícipes y, particularmente, a título de determinadores, inductores o instigadores. Esta tesis es sostenida, por ejemplo, por Herzberg y Köhler en Alemania¹²⁹, por Gimbernat Ordeig en España¹³⁰ y por Donna en Argentina¹³¹.

El destacado penalista español Gimbernat Ordeig, por ejemplo, sostiene que en los delitos cometidos a través de aparatos de poder organizados, el comportamiento de los mandos medios (tipo Eichmann), que simplemente van transmitiendo la orden del jefe de No es posible decir que el que da la orden lesione de manera directa a la víctima y, menos aún, que exista una coejecución paralela entre él y el que recibe la orden, pues solo lo hace éste.

125 Cfr. Bolea Bardon. Autoría mediata en derecho penal, op. cit., p. 362.

126 Ambos. La parte general del derecho penal internacional.

Bases para una elaboración dogmática, op. cit., p. 225.

127 Cfr. Suárez Sánchez. Autoría, op. cit., p. 331. A esto habría que añadir que el modelo que Murmann propone "parece innecesariamente complicado y abstracto" (Ambos. Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, op. cit., p. 24).

128 Roxin. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, op cit., p. 725.

129 Cfr. Roxin. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, op. cit., pp. 727 y 728.

130 Cfr. Gimbernat Ordeig. Autor y cómplice en derecho penal, op. cit., pp. 161 y ss.

131 Cfr. Donna, Edgardo Alberto. La autoría y la participación criminal, 2ª ed., Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005, pp. 60 y ss. la organización, es propio de *complicidad*, descartando la posibilidad de una inducción en cadena o de una autoría mediata. Gimbernat Ordeig¹³² rechaza en estos términos que estos intermediarios puedan ser considerados autores mediatos, como lo sostiene Roxin:

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

Por el contrario, Gimbernat Ordeig¹³³ defiende la idea de que los sujetos que están en la cúspide de la organización, que dirigen el aparato y dan las órdenes, aun cuando no deben responder en calidad de autores mediatos, como lo asevera Roxin, sí deben hacerlo en calidad de determinadores o inductores:

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

Finalmente, para Gimbernat Ordeig¹³⁴ quienes realizan los actos ejecutivos deben responder como *autores inmediatos o directos*, puesto que la energía criminal en ellos es mayor que quien sólo transmite la orden que ha recibido de su superior:

Me parece evidente, y, además, justo, que todos los que realizaron actos ejecutivos respondan como autores. Evidente, porque esos actos son los que, en efecto, cumplen el supuesto del art. 14, núm. 1 [del antiquo Código Penal español]. Justo, porque el hecho de tomar parte directa en la ejecución de una muerte, exige una energía criminal mucho mayor que la que existe en el que se presta a ser un eslabón de la cadena que transmite la orden.

En resumen, para Gimbernat Ordeig "el dirigente del aparato que decide y ordena el delito es inductor; los intermediarios que convencen a los ejecutores son cómplices; y, los ejecutores son autores inmediatos"135.

Quienes realizan los actos ejecutivos deben responder como autores inmediatos o directos.

132 Gimbernat Ordeig. Autor y cómplice en derecho penal, op. cit., p. 161.

133 Gimbernat Ordeig. Autor y cómplice en derecho penal, o cit., p. 166. 134 Gimbernat Ordeig. Autor y cómplice en derecho penal, o cit., p. 162.

2. Críticas

Pese a lo persuasivo de los argumentos de Gimbernat Ordeig, la tesis de la determinación o inducción encuentra también serias dificultades¹³⁶:

1. Según un importante sector de la doctrina, la figura de la determinación exige inducción directa del determinador al autor137 y en estas estructuras organizadas de poder —tal como se ha explicado— la orden se imparte generalmente a través de intermediarios que tienen la capacidad de imponer la instrucción dada por el superior138. Por ende, a lo sumo quien da la orden directa al ejecutor material podría ser inductor, pero no podría serlo quien se encuentra en la cúspide de la organización, salvo que se admitiera la discutida tesis de la "determinación o instigación en cadena" 139. Así las cosas, si no se acudiera a la tesis de la autoría mediata en virtud de aparatos de poder organizados, el directivo que está en la cúspide de la organización a lo sumo podría ser cómplice y ello no parece satisfactorio desde la perspectiva político-criminal.

Este argumento que la doctrina suele dar en contra de la tesis de la determinación o inducción, en el derecho penal colombiano encuentra aún más fuerza, pues el artículo 30, inciso 2, del Código Penal seña-la que: "Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción". Al tenor de este texto legal, slo podría ser considerado determinador el que instiga directamente al que realiza la conducta antijurídica, valga decir, al autor¹⁴⁰.

2. La dinámica de esta constelación de casos es diferente a los típicos casos que se suelen cobijar bajo la figura de la determinación o inducción. Por una parte, tal como lo señala Ambos¹⁴¹, citando a Schroeder:

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

En otras palabras, en estos casos el que transmi-

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

Por otra parte, como bien lo anota Roxin¹⁴²:

Un inductor no está en el centro de la decisión. Él produce la resolución hacia el hecho pero tiene que dejar en manos del inducido el ulterior desarrollo de los hechos, quien es el único que tiene el dominio del hecho que determina los acontecimientos. En el dominio de la organización esto es precisamente al revés: el hombre de atrás que está ubicado en la palanca del poder es quien decide sobre el "si" del hecho, mientras que el ejecutor inmediato, mayormente, solo de manera casual cae en la situación concreta de la acción. Este ya no puede cambiar nada que sea esencial en el curso de los acontecimientos predeterminado por el aparato; en todo caso, solamente podría modificarlo. Incluso el negarse a ejecutar la orden, por regla general, no ayudaría en nada a la víc-

- 135 Suárez Sánchez. Autoría, op. cit., p. 332. Donna (La autoría y la participación criminal, op. cit., p. 80), en el ámbito del derecho penal argentino, también se decanta por la tesis de la inducción y desecha la tesis de la autoría mediata de Roxin en estos términos: "Pues blen, esta persona situada detrás de un autor libre tiene a nuestro juicio nombre y apellido, esto es, un inductor. Decirie a este sujeto autor es ampliar desmedida y peligrosamente el campo de la autoría, en desmedro de conceptos que están firmes y legalmente reconocidos".
- 136 No obstante, Roxin (cfr. "Dominio de la organización y resolución al hecho", op. cit., p. 520) considera que esta solución es más lógica que la de la coautoría.
- 137 Cfr. Cerezo Mir. Derecho Penal. Parte general, op. cit., p. 963; Mir Puig. Derecho penal. Parte general, op. cit., pp. 404 y 405.
- 138 Cfr. Suárez Sánchez. Autoría, op. cit., p. 332.
- 139 Como ya se ha señalado, en contra de la posibilidad de que pueda estructurarse una "inducción en cadena" se pronuncia, precisamente, el mismo Gimbernat Ordeig (cfr. Autor y cómplice en derecho penal, op. cit., pp. 293 y 294).
- 140 En todo caso, nuestra normativa no le cierra las puertas de forma tan tajante a la posibilidad de la "inducción en cadena", como sí lo hace la legislación española, pues según el artículo 28, literal a) del Código Penal de aquel país también serán considerados autores: "los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo [el hecho]".
- 141 Ambos. Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, op. cit., p. 28.
- 142 Roxin. "Dominio de la organización y resolución al hecho", op. cit., p. 521.

tima porque, en ese caso, las bases de la organización, usualmente, van a asegurar que la orden sea ejecutada de todos modos (énfasis suplido).

D. Tesis de la complicidad (necesaria)

1. Fundamentos

Un sector más bien minoritario de la doctrina, como, por ejemplo, el español Hernández Plasencia, considera que "el hecho de que un sujeto domine y ponga en marcha la máquina de matar valiéndose de medios materiales y personales pertenecientes a la organización no condiciona automáticamente su autoría"143. Para este autor sí es posible en estos casos que se confiqure la inducción y no es de recibo en contra de esta tesis el argumento ya reseñado, según el cual los ejecutores materiales estaban ya antes de la orden resueltos a cometer el hecho. Señala que si los ejecutores materiales están dispuestos a cumplir las órdenes no significa que desde antes de recibirlas estuvieran decididos a cometer el delito, por lo cual la previa disposición a cumplir órdenes no es óbice para deducir inducción de quien determina al ejecutor144.

No obstante, Hernández Plasencia admite la tesis de la inducción solo

respecto del último de la cadena que trasmite la orden al ejecutor, pues en relación con los demás intermediarios que van comunicando la orden y los mismos jefes de la organización, los califica como meros cómplices o cooperadores necesarios¹⁴⁵.

2. Críticas

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

No obstante, las objeciones que se le pueden hacer a la misma son de carácter político-criminal: no parepolítico-criminalmente satisfactorio y, en últimas, justo, que quienes han decidido cometer el delito y han dado la orden para que así se haga, quienes han diseñado el plan para ejecutarlo, sin cuya intervención seguramente el delito no se hubiera realizado, respondan solo en calidad de cómplices. Parecería que, desde un punto de vista normativo-valorativo, a ellos les pertenece el hecho antes que a ningún otro de los miembros de la organización que han intervenido en su realización; si ellos no hubiesen dado la orden seguramente el delito no se hubiese escenificado. En fin, como bien lo anota Ambos¹⁴⁶: "La 'convicción intuitiva' de que los organiintelectualmente zadores responsables de tales crímenes son autores y no meros inductores no puede ser deiada de lado, sin más"147.

III. Solución a la problemática de la responsabilidad penal de los jefes de las organizaciones criminales en el derecho penal comparado: adopción de la teoría de la autoría mediata en virtud de aparatos de poder organizados

La teoría de Roxin de la autoría mediata por dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados ha sido acogida por importantes tribunales nacionales europeos y latinoamericanos148. En ellos la tesis de Roxin ha sido invocada para solucionar problemas de coparticipación no solo en el ámbito de la criminalidad estatal o paraestatal, sino también en el marco de organizaciones criminales ilegales no estatales, que funcionan basadas en el principio de jerarquía y obediencia ciega, como los grandes grupos mafiosos u organizaciones querrilleras o paramilitares149.

- 143 Bolea Bardon. Autoría mediata en derecho penal, op. cit., p. 365.
- 144 Cfr. Bolea Bardon. Autoría mediata en derecho penal, op. cit., pp. 365 v 366.
- 145 Cfr. Bolea Bardon, Autoría mediata en derecho penal, op. cit., p. 365. Recordemos que en el derecho penal español existe la figura de la complicidad necesaria. Según el artículo 28, literal b) del Código Penal español, son cómplices necesarios: "Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se habría efectuado".
- 146 Ambos. La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática, op. cit., p. 219.
- 147 Vale la pena anotar que este reparo político-criminal no es tan decisivo en el marco del derecho penal español, pues en él, el cooperador necesario responde con la misma pena del autor (C.P. español, art. 28, b)). En cambio, en el derecho penal colombiano esta objeción político-criminal cobra mucha fuerza, toda vez que no existe la figura de la complicidad necesaria y el artículo 30, inciso 3,, del Código Penal patrio establece que el cómplice "incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad".
- 148 Cfr. Roxin. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. op. cit., pp. 723 y 724; Roxin. "Dominio de la organización y resolución al hecho", op. cit., pp. 514 a 516; Ambos. Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, op. cit., pp. 32 y ss; Ambos. "El caso alemán", op. cit., pp. 18 y ss; Malarino. "El caso argentino", op. cit., pp. 40 y ss; Guzmán. "El caso chileno", op. cit., pp.

149 Cfr. Suárez Sánchez, Autoría, op. cit., p. 321.



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

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

La tesis de Roxin ha sido acogida ya en reiteradas oportunidades en la jurisprudencia penal alemana, incluso para juzgar casos de criminalidad económica¹⁵⁰. Ambos¹⁵¹ señala en ese sentido que:

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

No obstante, quizás el caso más trascendental en el cual la jurisprudencia alemana se ha valido de la tesis roxiniana de la autoría mediata en virtud de aparatos de poder organizados ha sido el de "los disparos en el muro de Berlín", también conocido como caso del "Consejo Nacional de Defensa"152. En efecto, el BGH, en una sentencia de 26 de julio de 1994, se sir-

150 Cfr. Roxin. Autoria y dominio del hecho en derecho penal, op. cit., p. 677; Schünemann. "El tempestuoso desarrollo de la figura de la autoria mediata", op. cit., pp. 34 y 35. Schünemann ("El tempestuoso desarrollo de la figura de la autoria mediata", op. cit., p. 35) se muestra bastante critico frente a la adopción de esta teoría en el ámbito de la criminalidad empresarial: "En el caso de que esta teoría siga aflanzándose y lleve a suponer o calificar de autoria mediata de la gerencia de las compañías en los delitos penales premeditados cometidos por personas subordinadas a estas, creo que ha llegado el momento de enterrar de una vez y para siempre el "principio de responsabilidad" como regla dogmática".

151 Ambos. Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, op. cit., pp. 11 y 12.

152 Cfr. Roxin. "Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión", op. cit., p. 161; Ambos. "El caso alemán", op. cit., pp. 18 y ss.



vió de la tesis de Roxin para declarar la responsabilidad penal a título de autoría mediata de los integrantes del Consejo Nacional de Defensa de la antiqua República Democrática Alemana por los disparos realizados en el muro de Berlín por quardias fronterizos contra guienes intentaron cruzar la frontera hacia Alemania Occidental¹⁵³. Estos soldados cumplían la orden de evitar de cualquier manera (aun con disparos o minas antipersonales) la huida de personas del país y el cruce del muro que separaba a las dos Alemanias; órdenes que eran impartidas por el Consejo Nacional de Defensa, organismo encargado de fijar la política de la frontera¹⁵⁴. El tribunal del Land, en primera instancia, había calificado de inducción la conducta de los miembros del Consejo Nacional de Defensa, pero el BGH, acudiendo a la tesis de Roxin, consideró que la conducta de los mismos era propia de la autoría mediata. En esta sentencia el BGH²⁵⁵ manifestó que:

Empero, hay grupos de casos en los que, pese a que el ejecutor actúa con responsabilidad plena, el aporte del hombre de atrás conduce casi automáticamente a la realización del tipo buscada por él. Lo anterior puede darse cuando el hombre de atrás se sirve de determinadas condiciones previas a través de estructuras de organización, dentro de las cuales su aporte al hecho desencadena cursos requlares. Semejantes condiciones previas asociadas a cursos regulares entran en consideración particularmente en estructuras de organización estatal, empresarial o de tipo comercial y en jerarquías de mando. Si en un caso tal el hombre de atrás actúa conociendo estas circunstancias, si se sirve en particular también de la predisposición incondicionada del que actúa de modo inmediato para cumplir el tipo y si quiere el resultado como consecuencia de su propio actuar, entonces es autor en forma de autoría mediatα (énfasis suplido)¹⁵⁶.

155 Ambos. "El caso alemán", op. cit., p. 22.

¹⁵³ Naturalmente, los guardias tiradores del muro (Mauerschützen) también fueron condenados como autores, pero a titulo de autoría directa o inmediata (cfr. Roxin. "Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión", op. cit., p. 159).

¹⁵⁴ Por lo demás, se ha discutido bastante que dichos disparos en el muro de Berlín puedan ser catalogados como conductas penalmente antijurídicas, pues los mismos fueron realizados al amparo del derecho positivo vigente en ese momento en la República Democriba. Alemana. Una visión estrictamente luspositivista podría llevar entonces a concluir que dichos comportamientos estaban al menos justificados en la Alemania Oriental. Por supuesto, acudiendo a fundamentos iusnaturalistas el panorama cambia radicalmente (cfr. Ambos, Kal. Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales en el muro, Claudia López Díaz (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia — Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1999).

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

Pero la influencia de la tesis de Roxin no se ha limitado a la jurisprudencia alemana, sino que también ha sido acogida por tribunales extranjeros. El caso más representativo probablemente es el de Argentina, país en el cual las autoridades judiciales adoptaron la tesis roxiniana para condenar en calidad de autores mediatos a los generales de la dictadura que ocupó de facto el poder en dicho país entre 1976 y 1983, los cuales organizaron y ordenaron las muertes y desapariciones de miles de personas opositoras al régimen durante los años 70, sin llevar a cabo de manera personal y directa los secuestros y asesinatos, que fueron ejecutados por otros¹⁵⁷.

Anota en ese sentido Malarino¹⁵⁸ que en el juzgamiento de estos casos: "La posición ampliamente mayoritaria en la jurisprudencia considera al superior como autor mediato, recurriendo a la teoría del dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados elaborada por el profesor de Múnich, Claus Roxin"159. Por ejemplo, en fallo de 9 de diciembre de 1985, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal¹⁶⁰ manifestó que:

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

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

En este contexto, el ejecutor concreto de los hechos pierde relevancia.

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

La tesis de Roxin también ha sido adoptada en Chile para juzgar algunos crímenes de la dictadura bajo la cual estuvo sometido dicho país entre 1973 y 1990161. Por ejemplo, en el fallo de la Corte Suprema de Chile de 12 de noviembre de 1993, en el marco del proceso sequido por el asesinato de Orlando Letelier del Solar y de su secretaria, ocurrido en Washington el 21 de septiembre de 1976, pero con un iter criminis iniciado en Chile y desencadenado por las decisiones de los militares Contreras y Espinoza, se mencionó expresamente la tesis del profesor de Múnich para fundamentar la responsabilidad penal a título de coautores mediatos de estos "autores de escritorio" que no tomaron parte en la ejecución del crimen. No obstante dicho

156 Obsérvese, en todo caso, que en esta sentencia el BGH utiliza una doctrina que es una mezcla de la tesis de Roxin y la tesis de Schroeder, dado que fundamenta la autoría mediata también en el criterio de la "resolución al hecho" del ejecutor material esbozado por este último. Así lo reconoce el propio Roxin (cfr. "Dominio de la organización y resolución al hecho", op. cit., pp. 515 y 516).

157 Cfr. Suárez Sánchez. Autoría, op. cit., p. 321.

158 Malarino. "El caso argentino", op. cit., p. 58.

159 Sin embargo, Zaffaroni, Alagia y Slokar (Derecho penal. Parte general, 2º ed., Buenos Aires, Ediar – Temis, 2002, pp. 779 y 780) señalan que, si bien esta tesis fue aplicada en la jurisprudencia argentina en la sentencia que condenó a los miembros de la juntas militares durante la dictadura de 1976 a 1983, la misma no fue finalmente acogida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, prevaleciendo en ella la tesis de la participación primaria o cooperación necesaria (cfr. en igual sentido Ambos. Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, op. cit., pp. 39 y ss).

160 Cfr. Malarino. "El caso argentino", op. cit., pp. 49 y 50.

161 Cfr. Guzmán. "El caso chileno", op. cit., pp. 74 y ss.

fallo resulta bastante cuestionable dogmáticamente, pues, a pesar de citar la tesis de Roxin, se termina fundamentando la autoría mediata en la coacción¹⁶².

IV. Soluciones
a la problemática de la
responsabilidad penal de
los jefes de las
organizaciones
criminales en el
derecho penal
internacional

Aun cuando es verdad que el contexto del derecho penal internacional es muy diferente al de los derechos penales nacionales y, por ende, resulta errado pretender trasladar sin más las categorías conceptuales de estos a aquel¹⁶³, resulta factible examinar comparativamente la forma como

la problemática de la responsabilidad penal de los jefes de las organizaciones criminales ha sido solucionada en el ámbito del derecho penal internacional. Al respecto es posible distinguir tres soluciones distintas: (A) la teoría del dominio del hecho en virtud de aparatos de poder organizados; (B) la teoría de la responsabilidad del superior o command responsibility; y (C) la teoría de la joint criminal enterprise o empresa criminal conjunta¹⁶⁴. Estas tres teorías tienen como común denominador el objetivo de tratar de vincular a los superiores con los crímenes internacionales que han sido cometidos por sus subordinados¹⁶⁵. También es viable afirmar, siguiendo a Ambos¹⁶⁶, que estas tres teorías confirman que:

El sistema tradicional de atribución de responsabilidad que se aplica a la criminalidad ordinaria (caracterizada por la comisión individual de los crímenes) debe ser adaptado a las necesidades del Derecho penal internacional, apostando por el desarrollo de un sistema mixto de responsabilidad

individual-colectiva, en el que la empresa u organización criminal sirvan como objetos de referencia de la imputación.

A continuación explicaré sucintamente estas tres tesis, no solo por su interés teórico, sino porque—como se verá— la Corte Suprema de Justicia colombiana viene aplicando recientemente estructuras conceptuales muy similares para el juzgamiento de algunos de los casos de la denominada "Parapolítica".

A. La teoría del dominio del hecho en virtud de aparatos de poder organizados

Pese a que el Estatuto de la Corte Penal Internacional "no determina la cuestión del 'sistema'"167, es decir, no establece un concepto de delito, cabe decir, para nuestros efectos, que el mismo admite la posibilidad de un "autor tras el autor" y, por ende, le abre las puertas a la tesis de Roxin de la autoría mediata en virtud de aparatos de poder organizados¹⁶⁸. Ello por cuanto el artículo 25, numeral 3, de dicho Estatuto dispone que: "3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión

162 Cfr. Guzmán. "El caso chileno", op. cit., p. 83

164 Cfr. Ambos. "'Joint criminal enterprise' y la responsabilidad del superior", op. cit., pp. 135 y ss.

¹⁶³ Señala en ese sentido Kai Ambos (""Joint criminal enterprise" y la responsabilidad del superior", en: Ambos. ¿Cómo Imputar a los superiores crimenes de los subordinados en el derecho penal Internacional? Fundamentos y formas, Ana Maria Garrocho Salcedo (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombila - Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2008, p. 153), refiriéndose a las categorías conceptuales de la autoría y la participación, que: "Como es evidente, la doctrina jurídico-penal tradicional no puede trasladarse sin más al ámbito del Derecho penal internacional, puesto que este se centra, fundamentalmente, en el rol y en la contribución de los autores dentro de un contexto individual, más que en un contexto colectivo o sistémico".

¹⁶⁵ Cfr. Ambos. "'Joint criminal enterprise' y la responsabilidad del superior", op. cit., p. 181.

¹⁶⁶ Ambos. "'Joint criminal enterprise' y la responsabilidad del superior", op. cit., p. 184.

¹⁶⁷ Ambos. "Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible", op. cit., p. 25.

¹⁶⁸ Cfr. Ambos. "'Joint criminal enterprise' y la responsabilidad del superior", op. cit., pp. 181 y 182.

de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea este o no penalmente responsable [...]". Obsérvese que este literal a), al establecer que el delito puede ser cometido por conducto de otro, sea este o no penalmente responsable, admite la posibilidad de que en los eventos de autoría mediata pueda existir un "autor tras el autor", presupuesto ineludible de la tesis de Roxin, tal como se ha explicado. De esta forma es posible, en el escenario del derecho penal internacional, considerar como autores mediatos a los jefes de las estructuras de poder organizadas que hayan ordenado la realización a través de estas de crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra o el delito de agresión, esto es, los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional¹⁶⁹.

Sin embargo, en el devenir del derecho penal internacional se ha hecho uso de forma más asidua de las otras dos estructuras de imputación señaladas, es decir, de la responsabilidad penal del superior y de la joint criminal enterprise, cuando de juzgar la responsabilidad de los altos mandos de las organizaciones criminales se trata¹⁷⁰.

B. La teoría de la responsabilidad del superior o command responsibility

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

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

- 1. El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:
- a) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

El Estatuto de Roma contiene una disposición (art. 28) que regula de forma expresa la responsabilidad de los iefes militares v otros superiores y que tiene por finalidad facilitar "la persecución de un comandante cuando sus subordinados han cometido efectivamente crímenes y cuando es imposible establecer que ello obedeció a órdenes dadas por el comandante".

169 Recordemos que, como bien lo anota William A. Schabas
("Principios generales del derecho penal", en: AA.W. El
Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kal
Ambos y Óscar Julián Guerrero (comp.), Bogotá, Universidad
Externado de Colombia, 2003 (reimp.), p. 285): "A la Corte
Penal Internacional le incumbe el juzgamiento y castigo de
individuos, no de Estados".

170 En algunos casos la jurisprudencia penal internacional ha aplicado simultáneamente las teorías de la joint criminal enterprise y la responsabilidad del superior. Como estas dos modalidades de imputación poseen una estructura conceptual diversa, el conflicto entre las mismas ha sido resuelto por la jurisprudencia internacional aplicando de forma analógica las reglas del concurso de leyes, concretamente el principio de consunción. Según la jurisprudencia internacional, en caso de concurrir la joint criminal enterprise y la responsabilidad del superior, la norma más amplia (la joint criminal enterprise) absorbería a la norma más restringida (la responsabilidad del superior) (cfr Amhos "'.loint criminal enterprise' y la responsabilidad del superior", op. cit., pp. 144 y 145). El caso más representativo de aplicación simultánea de la joint criminal enterprise y la responsabilidad del superior es el de Slobodan Miloševié (cfr. Ambos, "'Joint criminal enterprise y la responsabilidad del superior", op. cit., pp. 148 a 150).

171 Schabas. "Principios generales del derecho penal", op cit., p. 298.

- 172 Cfr. Ambos. "'Joint criminal enterprise' v la responsabilidad del superior", op. cit., pp. 141 y ss; Marston Danne, Allison y Martinez, Jenny S. "Guilty associations: joint criminal enterprise, command responsibility, and the development of international criminal law", en: California Law Review, Vol. 93, No. 1 (January 2005), pp. 75 y ss
- 173 Este requisito supone "la capacidad real del superior de ejercitar un control efectivo sobre los subordinados. así como la capacidad del superior de prevenir o impedia su comisión" (Ambos, "'Joint criminal enterprise' v la responsabilidad del superior", op. cit., p. 142). En otros términos: "El control (mando, autoridad) debe ser efectivo: un mero control de jure es insuficiente" (Ambos. "'loint criminal enterprise' y la responsabilidad del superior", op. cit., p. 173).
- 174 Cfr. Ambos. "'Joint criminal enterprise' y la responsabilidad del superior", op. cit., pp. 141 v 142.
- 175 A diferencia de Ambos (cfr. "Joint criminal enterprise" y la responsabilidad del superior", op. cit., p. 170) quien considera que se trata de un delito de omisión propia o pura, estimo que esta norma establece un delito de omisión impropia o comisión por omisión, toda vez que -como se verá- es un delito de resultado y no de mera conducta (recordemos que la doctrina penal contemporánea se decanta por considerar que la diferencia entre los delitos de omisión propia y de omisión impropia radica, principalmente, en que los primeros son de mera actividad, mientras que los segundos son de resultado (cfr. Jescheck v Weigend, Tratado de derecho penal, Parte general, op. cit., pp. 651 a 654).
- 176 Como lo apunta Ambos ("Joint criminal enterprise' y la responsabilidad del superior", op. cit., p. 172): "El superior posee una posición de garante de supervisión con deberes de observación y control frente a sus subordinados, que constituyen, a su vez, una fuente potencial de peligro o riesgo".
- 177 Ambos, "'Joint criminal enterprise' y la responsabilidad del superior", op. cit., p. 174. La existencia de una relación de causalidad en la omisión y, particularmente, en la omisión impropia, ha sido muy discutida. Jescheck y Weigend (Tratado de derecho penal. Parte general, op. cit., pp. 665 a 668) señalan que: "Actualmente, la causalidad de la omisión en el sentido de una producción real del resultado es objeto de un rechazo mayoritario". No obstante, se acepta mayoritariamente que en la omisión sí existe la causalidad, pero la misma es de carácter hipotético y consiste en que de haberse realizado la acción esperada se hubiera podido evitar el resultado típico con una probabilidad ravana en la seguridad.

- b) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.
- 2. En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados, bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:
- a) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;
- b) Los crímenes quardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y
- c) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

Esta norma regula la fiqura de la responsabilidad del superior o command responsibility, que ha sido desarrollada por la jurisprudencia penal internacional¹⁷². Según dicha jurisprudencia son necesarios tres requisitos para apreciar este tipo de responsabilidad dentro de una organización: (1) la existencia de una relación superior – subordinado¹⁷³; (2) la omisión del superior de tomar las medidas necesarias y razonables para impedir los crímenes de sus subordinados o para castigarlos una vez que los han cometido; y (3) el conocimiento del superior o que este tuviera razones para saber que los crímenes se iban a cometer o que ya se habían cometido¹⁷⁴. Los dos primeros son elementos objetivos, mientras que el tercero es un elemento subjetivo.

En cuanto al elemento objetivo, la doctrina de la responsabilidad del superior y el mismo artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional que la tipifica, establecen un auténtico delito de omisión impropia o comisión por omisión175, toda vez que sanciona penalmente a los superiores cuando, teniendo conocimiento de que sus subalternos iban a cometer, estaban cometiendo o ya habían cometido alguno de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, no adopten las medidas necesarias y razonables para evitarlos o sancionarlos. Este delito de omisión impropia se fundamenta en la posición de garante que supone para el superior su condición de tal¹⁷⁶. No obstante, al tenor del artículo 28 del Estatuto de Roma, no basta para la configuración de la responsabilidad del superior con que el mismo no actúe, es decir, no es suficiente con que defraude su posición de garante, sino que es menester que el resultado se produzca, es decir, que los subordinados cometan los crímenes, así como que exista una relación de causalidad entre la omisión y el resultado, esto es, "que los crímenes de los subordinados sean 'resultado' de 'no haber ejercido un control adecuado"177. Es por ello que se afirma que se trata de un delito de omisión impropia o comisión por omisión.

Con relación al elemento subjetivo, la doctrina de la responsabilidad del superior, seguida por el artículo 28 del Estatuto de Roma, diferencia dos umbrales subjetivos: "el superior, o bien posee conocimiento real de la comisión de los crímenes, o bien posee información que le indique el riesgo de que estos se produzcan, y la necesidad de realizar una investigación adicional para determinar si los crí-



menes ya han sido cometidos o se van a cometer"178. En otras palabras, el grado de imputación subjetiva requerido "va desde la conciencia del control efectivo y el conocimiento [...] hasta la imprudencia consciente o recklessness"179. Por lo tanto, cabe decir que lo que se pretende castigar a través de esta norma no es tanto el comportamiento doloso del comandante respectivo, sino su negligencia o imprudencia¹⁸⁰.

Ahora bien, si en el derecho penal internacional —de acuerdo con la teoría de la responsabilidad del superior— los jefes militares y otros superiores deben responder en calidad de autores cuando omiten imprudentemente evitar que sus subordinados delincan, con

mayor razón deben hacerlo en tal calidad cuando instigan o inducen dolosamente a los mismos a hacerlo. Ello le otorga aun mayor sentido al literal a) del numeral 3 del artículo 25, que —como ya se ha señalado— autoriza responsabilizar a título de autores mediatos a quienes cometen un crimen de competencia de la Corte Penal Internacional a través de otro, aun cuando este otro sea plenamente responsable.

C. La teoría de la *joint* criminal enterprise o empresa criminal conjunta

Finalmente, encontramos la teoría de la joint criminal enterprise o empresa criminal conjunta, que fue esbozada por primera vez en el derecho penal internacional por la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en el caso Tadic181. Desde entonces se ha convertido en un auténtico "instrumento mágico" para perseguir y enjuiciar crímenes internacionales182, dado que, en términos generales, permite castigar como autores (o al menos como partícipes) a las personas que apoyaron a un Estado o a una organización que cometió crímenes internacionales, sin tener que demostrar su concreto aporte significativo a cada uno de los mismos.

El fundamento de esta tesis radica en tener en consideración el contexto colectivo, generalizado y sistemático (collective, widespread and systematic context) de estos crímenes, que escaparía a la comprensión de las categorías dogmáticas tradiciona-

178 Ambos. "'Joint criminal enterprise' y la responsabilidad del superior", op. cit., p. 142.

179 Ambos. "'Joint criminal enterprise' y la responsabilidad del superior", op. cit., p. 176. La recklessness es una de las cuatro clases de estado mental que pueden constitui la mens rea, es decir, el aspecto subjetivo del delito, en el derecho penal destadounidense. Es más o menos equivalente a lo que en el derecho penal del civil law se conoce como culpa con representación o imprudencia consciente (cfr. Hendler, Edmundo S. Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos, Buenos Aires, Ad-hoc, 1996, p. 63).

180 Cfr. Schabas. "Principios generales del derecho penal", op. cit., p. 298. Este mismo autor (Schabas. "Principios generales del derecho penal", op. cit., p. 298) señala que: "Desde un punto de vista político, es también harto cuestionable si la justicia internacional debería preocuparse del comportamiento negligente. Sin embargo, en la actualidad el concepto está bien aceptado".

181 Cfr. Ambos. "'Joint criminal enterprise' y la responsabilidad del superior", op. cit., p. 136.

182 Cfr. Ambos. "'Joint criminal enterprise' y la responsabilidad del superior", op. cit., p. 135.

183 Cfr. Ambos. "'Joint criminal enterprise' y la responsabilidad

184 Ambos, "'Joint criminal enterprise' y la responsabilidad del superior", op. cit., p. 136.

del superior", op. cit., p. 136.

185 Ambos. "'Joint criminal enterprise' y la responsabilidad del superior", op. cit., p. 151.

186 Cfr. Ambos. "'Joint criminal enterprise' y la responsabilidad del superior", op. cit., p. 137.

187 Cfr. Ambos. "'Joint criminal enterprise' v la responsabilidad del superior", op. cit., p. 138. Una importante diferencia, en lo relativo a los elementos objetivos, entre la teoría de la responsabilidad del superior y la teoría de la joint criminal enterprise, radica en que esta "presupone un comportamiento o una contribución activa", mientras que aquella "se fundamenta en un comportamiento omisivo" (Ambos, "'Joint criminal enterprise' y la responsabilidad del superior", op. cit., p. 177).

188 Cfr. Ambos. "'Joint criminal enterprise' y la responsabilidad del superior", op. cit., pp. 139 y 140.

les del derecho penal¹⁸³. Según la Sala de Apelaciones: "la mayoría de estos crímenes [...] constituyen manifestaciones de criminalidad colectiva: son cometidos con frecuencia por grupos o por individuos que actúan en cumplimiento de un designio común criminal "(common criminal design)"184.

Una empresa criminal conjunta puede definirse "como un acuerdo común, expreso o tácito, para cometer ciertos actos criminales con un objetivo o finalidad criminal trascendente"185. Como bien lo expone Am-

bos¹⁸⁶, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, basándose principalmente en la jurisprudencia relativa a los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, distinguió tres formas o categorías de criminalidad colectiva a través de una joint criminal enterprise:

i) La forma básica, en la que los intervinientes en el crimen actúan sobre la base de un "designio común" o una "iniciativa común" y con una misma intención [...].

ii) La forma sistémica, que abarca los conocidos casos de los campos de concentración donde los crímenes son cometidos por miembros de cuerpos militares o administrativos, sobre la base de un plan o propósito común ("common purpose") [...].

iii) Y la llamada "extended joint criminal enterprise" o forma extensiva, en la que alguno de los autores materiales toma parte en actos que, en realidad, van más allá o que exceden del plan común, pero que siquen constituyendo una "consecuencia natural y previsible" de la realización del plan [...].

Los elementos objetivos comunes a toda empresa criminal conjunta son tres: 1. la pluralidad de personas; 2. la existencia de un plan, designio o propósito común; y 3. la participación del acusado en la joint criminal enterprise a través de "cualquier forma de asistencia, contribución o ejecución en el propósito común"187. Mientras que los elementos objetivos son predicables, en principio, de las tres categorías de joint criminal enterprise, el elemento subjetivo varía en cada una de ellas: la forma básica requiere la intención de todos los coautores; la forma sistémica exige el conocimiento personal de todo el sistema o entramado criminal; mientras que la forma extensiva requiere la intención del autor de participar en el propósito criminal y contribuir a la comisión del crimen del grupo¹⁸⁸.

Ahora bien, la teoría de la joint criminal enterprise, especialmente en sus modalidades sistémica y extensiva, ha sido objeto de importantes críticas en el ámbito del derecho penal internacional, por considerarla contraria a algunos principios del mismo. La forma básica no supone tantos problemas, pues, según la ha delineado la jurisprudencia internacional, corresponde aproximadamente a la tradicional figura de la coautoría de los derechos penales nacionales del civil

law¹⁸⁹. En cambio a las formas sistémica y extensiva sí se les han hecho varios reparos:

En primer término, aun cuando es discutible si es posible o no apreciar formas de participación en una joint criminal enterprise y la jurisprudencia penal internacional ha adoptado diversas posiciones al respecto190, los postulados de esta teoría parecen conllevar a un concepto unitario de autor (o, al menos, a un concepto extensivo de autor)191. Por ende puede decirse que la teoría de la joint criminal enterprise, al menos en sus modalidades sistémica y extensiva, puede resultar contraria al principio de culpabilidad, que supone que la pena debe ser proporcional al hecho individual192.

En segundo lugar, la teoría de la joint criminal enterprise, por lo menos en sus modalidades II y III, parece no encontrar un fundamento normativo en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Se ha querido ver en el artículo 25, numeral 3), literal d)193 una figura equivalente a las formas sistémica y extensiva de la empresa criminal conjunta, pero ello constituye en realidad una interpretación bastante reforzada de esta norma. Además, como lo pone en evidencia Ambos¹⁹⁴, la joint criminal enterprise quarda una estrecha relación con la figura de la conspirαcy del derecho penal anglosajón¹⁹⁵ y la voluntad de los codificadores del Estatuto de Roma fue expresamente la de excluir esta forma de responsabilidad. Por ende,

con la teoría de la joint criminal enterprise se estaría introduciendo por la puerta de atrás esta figura en el derecho penal internacional y, por ende, se estaría vulnerando el principio de legalidad¹⁹⁶.

Finalmente, la teoría de la joint criminal enterprise, de nuevo al menos en lo relativo a sus modalidades sistémica y extensiva, afecta principios procesales tales como la presunción de inocencia y el derecho de defensa. El principio de la presunción de inocencia supone —entre otras cosas que la carga de la prueba en el juicio le compete al ente acusador197, y parece claro que las ventajas probatorias que ofrece la aplicación de la categoría de la joint criminal enterprise extensiva parecen ser la razón fundamental para que la Fiscalía del Tribu189 Cfr. Ambos. ""Joint criminal enterprise' y la responsabilidad del superior", op. cit., pp. 158 y 159. De todas formas, no existe una equivalencia exacta, pues la joint criminal enterprise básica (y la joint criminal enterprise en términos generales) "es un concepto sui generis del derecho penal internacional basado tanto en el common law como en el civil law" (Ambos. "Joint criminal enterprise' y la responsabilidad del superior", op. cit., pp. 158 y 159).

190 Cfr. Ambos. "'Joint criminal enterprise' y la responsabilidad del superior", op. cit., pp. 153 y ss.

191 Según Ambos ("'Joint criminal enterprise' y la responsabilidad del superior", op. cit., p. 164): "A pesar de que una parte de la jurisprudencia [...] trata de tener en cuenta el rol y la función de los intervinientes en la empresa criminal, todavía existe una tendencia jurisprudencial que considera a todos los intervinientes en un mismo nivel de atribución de responsabilidad. Esta tendencia, que entronca con el concepto unitario de autor, no diferencia convenientemente las distintas contribuciones de los intervinientes en el hecho tal y como la propia Sala de Apelaciones reconoce".

192 Cfr. Ambos. ""Joint criminal enterprise' y la responsabilidad del superior", op. cit., pp. 164 y ss. Por esta misma razón, la teoria de la joint criminal enterprise resultaría —all menos en mi opinión— contraria o, opr lo menos problemática, frente a la categoría ontológica del lenguaje que distingue entre autores y participes, pues es claro que en el lenguaje común no es lo mismo ser el autor de una obra que participar en ella (cfr. Zaffaroni, Alagia y Slokar. Derecho penal. Parte general, op. cit., op. 767 y 768).

193 El artículo 25 (3) (d) del Estatuto de Roma dispone que: "3.

De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: [...] d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o prosión delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o il) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen".

194 Cfr. Ambos. "'Joint criminal enterprise' y la responsabilidad del superior", op. cit., pp. 163 y 164.

195 De acuerdo con Hendler (Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos, op. cit., pp. 91 y 92) la conspiracy del derecho penal anglosajón "es el acuerdo de dos o más personas con la intención de cometer un acto llegitimo o un acto legitimo por medios llegitimos".

196 Cfr. Ambos. "'Joint criminal enterprise' y la responsabilidad del superior", op. cit., pp. 163 y 164.

197 Como bien lo anota Luigi Ferrajoli (Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, 5ª ed. española, Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocio Cantareo Bandrés (trad.), Madrid, Trotta, 2001, p. 551) la presunción de inocencia admite dos significados garantistas: como "regla de tratamiento del imputado" excluye o al menos restringe al máximo la limitación de la libertad personal, mientras que como "regla de juicio" impone a la acusación la carga de la prueba hasta la absolución en caso de duda.



nal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, por ejemplo, recurra con frecuencia a ella como criterio de imputación, sobre todo en aquellos supuestos en los que faltan pruebas directas de intervención en el delito¹⁹⁸. El derecho de defensa también se ve perturbado, pues la aplicación de esta categoría dificulta en buena medida la defensa de los acusados¹⁹⁹.

V. Soluciones a la problemática de la responsabilidad penal de los jefes de las organizaciones criminales en el derecho penal colombiano

En Colombia, en realidad, apenas se está gestando el debate en torno a la responsabilidad penal de los jefes de las organizaciones criminales que pueden ser catalogadas de estructuras, aparatos o maquinarias de poder organizados, por los crímenes cometidos a través de ellas y, particularmente, la discusión sobre la tesis de la autoría mediata por el dominio de la organización postulada por Roxin. Sin embargo, ya se han fallado o al menos investigado

algunos casos importantes en los cuales se ha adoptado o, por lo menos, debatido esta tesis. De igual manera -como se verá- en algunos casos de la denominada "Parapolítica" se vienen aplicando recientemente tesis que están muy cercanas, al menos en sus resultados político-criminales, a las que se manejan en el derecho penal internacional para solucionar esta problemática, las cuales ya se han reseñado, particularmente a la tesis de la joint criminal enterprise. A continuación vamos a mencionar los que probablemente son los casos más significativos en el contexto nacional en un orden cronológico.

A. El caso de la masacre de Machuca: la primigenia tesis de la coautoría impropia

Hasta hace poco en Colombia solo tres sentencias de la Sala de Penal de la Corte Suprema de Justicia habían tratado expresamente el tema de la responsabilidad penal del superior y, específicamente, la tesis de la autoría mediata en virtud de aparatos de poder organizados, pero en ninguna de ellas se había acogido la misma²⁰⁰. Probablemente la más importante de ellas es la del caso de "la masacre de Machuca"201 que fue la primera y la que sirvió de precedente jurisprudencial a las otras dos.

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

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

198 Cfr. Ambos. "'Joint criminal enterprise' y la responsabilidad del superior", op. cit., p. 167.

199 Cfr. Ambos. "'Joint criminal enterprise' y la responsabilidad del superior", op. cit., p. 167.

200 Cfr. López Díaz, Claudia. "El caso colombiano", en: AA.W. Imputación de crimenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado, Bogotá, GTZ – Fiscalía General de la Nación – Embajada de la República Federal de Alemania Bogotá – Temis – Georg-August-Universitát Göttingen, 2008, p. 157. Estas tres sentencias son: Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 7 de marzo de 2007, Rad. 23.825, M.P. Javier Zapata Ortz ("caso Machuca"); Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 8 de agosto de 2007, Rad. 25.974, M.P. María del Rosario González de Lemos ("caso Yamid Amat"); y Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 12 de septiembre de 2007, Rad. 24.448, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán caso, ("La Gabarra").

201 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 7 de marzo de 2007, op. cit.



una tragedia humana de incalculables proporciones, casi un centenar de muertos —entre niños, adultos y ancianos— y graves heridas por quemaduras a un número de aproximadamente treinta personas.

Aunque la investigación no pudo descubrir a los autores materiales del atentado criminal, el fiscal instructor decidió empero vincular a ella, mediante emplazamiento y declaratoria en contumacia, a los tres jefes de la compañía "Cimarrones", lo mismo que a los siete cabecillas o comandantes de la cúpula del denominado Ejército de Liberación Nacional²⁰².

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

La Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación, mediante Resolución de 12 de agosto de 2002, les formuló cargos a los tres dirigentes del Frente José Antonio Galán y a siete miembros del Comando Central (COCE) del ELN por los delitos de terrorismo, rebelión, homicidio y lesiones personales, asignándoles a estos la calidad de "coautores determinadores"203. El Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, a quien le correspondió juzgar este caso en primera instancia, mediante sentencia de 25 de mayo de 2000 condenó a los acusados como coautores por todos los delitos imputados, extendiendo la responsabilidad por las muertes y lesiones a la cúpula de esa organización subversiva a título de dolo eventual²⁰⁴.

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

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

203 Cfr. López Díaz. "El caso colombiano", op. cit., pp. 159
y 159. Sobra decir que esta calificación no fue la más
afortunada, pues no existe una categoría dogmática que se
pueda denominar así. O se es coautor, que es una modalidad
de autoría, o se es determinador, que es una modalidad de
participación, pero no se puede ostentar simultáneamente
la doble calificación

204 Cfr. Aponte Cardona. "Análisis crítico de la jurisprudencia penal nacional de crímenes internacionales: el caso colombiano", op. cit., p. 156; López Díaz. "El caso colombiano", op. cit., pp. 159 a 161.

- 205 Cfr. Aponte Cardona. "Análisis crítico de la jurisprudencia penal nacional de crímenes internacionales: el caso colombiano", op. cit., p. 156; López Díaz. "El caso colombiano", on. cit., pn. 161 a 162.
- 206 Cfr. Aponte Cardona. "Análisis crítico de la jurisprudencia penal nacional de crimenes internacionales: el caso colombiano", op. cit., p. 156; López Díaz. "El caso colombiano", op. cit., pp. 162 a 164.
- 207 Cfr. Aponte Cardona. "Análisis crítico de la jurisprudencia penal nacional de crímenes internacionales: el caso colombiano", op. cit., pp. 156 v 157. Según el Procurador Delegado (cfr. Farfán Molina, Francisco Javier, La masacre de Machuca, Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, Bogotá, Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2006, p. 46), más allá de las incoherencias terminológicas en las cuales se incurre en estas providencias: "Ni en la acusación, ni en la sentencia de segunda instancia se atribuyó a los procesados responsabilidad en calidad de determinadores, es decir, como instigadores u ordenadores de un acto terrorista aislado, sino como mandantes en la condición de líderes de un aparato organizado de poder que entre sus consignas o acciones criminales preordenadas había dispuesto, de manera general atentar contra la estructura petrolera y energética del Estado que combaten, asumiendo las perniciosas consecuencias que ello genera, en lo cual intervienen como autores mediatos de los atentados que en cumplimiento de esa política realmente ejecutan los operarios que son instrumentalizados como piezas fungibles o intercambiables de la organización criminal".
- 208 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 7 de marzo de 2007, op. cit.
- 209 Vale la pena anotar que la noción de coautoría propia v coautoría impropia no es para nada uniforme en la doctrina penal. Alfonso Reves Echandía ("Tipicidad", en: Reves Echandía. Obras completas, Vol. I, Bogotá, Temis, 1998, p. 489) señala que: "Hay coautoría propia cuando cada uno de los copartícipes realiza integral y simultáneamente la misma conducta típica acordada por ellos", mientras que "Ihlav coautoría impropia cuando un mismo hecho punible es realizado comunitariamente y con división de trabajo por varias personas que lo asumen como suyo". Esta parece ser la noción de coautoría impropia que ha acogido la Corte Suprema de Justicia, entre otros, en el fallo del "caso Machuca". No obstante, en la doctrina alemana lo que se entiende por coautoría impropia es algo bastante diferente. Maurach, Gössel y Zipf (Derecho penal. Parte general, Vol. II. op. cit., p. 320) identifican la coautoría impropia con la denominada autoría accesoria, simultánea o paralela ---ya explicada arriba- en la cual falta el elemento subjetivo característico de la coautoría, es decir, el plan común o la resolución conjunta del hecho.
- 210 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 7 de marzo de 2007. op. cit.

mente en los hechos solo como autores del delito de rebelión²⁰⁵.

El fiscal adscrito a la Unidad de Derechos Humanos y la procuradora judicial del caso interpusieron el recurso extraordinario de casación contra la sentencia del Tribunal y solicitaron a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia aplicar las sanciones contra la cúpula del ELN por los delitos cometidos a título de dolo eventual, tal como lo había hecho el a quo. Para la agente del Ministerio Público los miembros del COCE debían ser considerados autores mediatos en virtud del aparato organizado de poder que dirigían²⁰⁶.

El Procurador Delegado para la Casación Penal al cual le correspondió el caso acogió parcialmente la demanda de casación instaurada por la agente del Ministerio Público, al considerar que a la cúpula del grupo guerrillero le correspondía responsabilidad penal a título de dolo eventual y en calidad de autores mediatos por los delitos de terrorismo, homicidios y lesiones personales, acudiendo para ello a la teoría de Roxin. En consecuencia, le solicitó a la Corte casar la sentencia de segunda instancia, actualizando de paso su jurisprudencia al respecto aplicando dicha tesis207.

No obstante, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia que decide el recurso de casación interpuesto, pese a citar la tesis de Roxin y de manifestar que el artículo 29 del Código Penal sí permitiría su aplicación, consideró que no era necesario acudir a ella, pues los miembros de la cúpula del ELN podían ser considerados coautores bajo la figura de la coautoría impropia^{208/209}. Según la Sala, no existe autoría mediata ni hay "sujeto de atrás", ya que todos, incluyendo a los miembros de la cúpula de la organización criminal, contribuyeron a la ocurrencia del hecho, con división del trabajo. En palabras de la Alta Corporación²¹⁰:

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

Sin embargo, ya se han mencionado las serias objeciones que la tesis de la coautoría (aun la denominada "coautoría impropia", que es igual una modalidad de coautoría) supone en estos casos. Una de ellas es que en estos supuestos fácticos resulta muy cuestionable que se pueda configurar el elemento subjetivo de la coautoría, consistente en la resolución conjunta del hecho. Otra de ellas es que en estos casos falta el requisito de la coautoría, reconocido por la misma Corte en otros pronunciamientos211, consistente en que el aporte esencial o al menos relevante del coautor debe darse durante la ejecución del ilícito.

B. Los casos de la Ley de Justicia y Paz: de la tesis de la coautoría impropia a la tesis de la autoría mediata

Según el Segundo Informe del Observatorio Internacional sobre DDR y la Ley de Justicia y Paz del Centro Internacional de Toledo para la Paz (CITPax)212 en los procesos de la "Ley de Justicia y Paz" (Ley 975 de 2005) seguidos en contra de los jefes de las organizaciones paramilitares desmovilizados se han barajado diversas tesis en torno a la responsabilidad que a los mismos les compete por los delitos de lesa humanidad cometidos a través de estas organizaciones criminales y por órdenes suyas. Según este informe²¹³, puede hablarse básicamente de tres tesis que han calado entre los fiscales de Justicia y Paz: (1) la tesis de la coautoría (impropia); (2) la tesis de la determinación; y (3) la tesis de la autoría mediata.

1. Tesis de la coautoría (impropia)

Según el informe²¹⁴ en los procesos de la "Ley de Justicia y Paz" a los jefes de las organizaciones paramilitares desmovilizados generalmente se les ha imputado por parte de los fiscales responsabilidad penal en calidad de coautores, acudiendo a la figura de la coautoría impropia. En otras palabras, la Fiscalía General de la Nación ha asumido una postura muy similar a la de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en los casos de "Machuca", de "La Gabarra" y de "Yamid Amat".

Se reitera que esta solución encuentra serios inconvenientes, entre ellos, que un importante sector de la doctrina y la misma jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia han reconocido que el aporte esencial propio de la coautoría debe darse en la fase ejecutiva del delito, lo cual

Según el Segundo Informe del Observatorio Internacional sobre DDR v la Lev de Justicia v Paz del Centro Internacional de Toledo para la Paz (CITPax) en los procesos de la "Lev de Justicia v Paz" (Lev 975 de 2005) seguidos en contra de los iefes de las organizaciones paramilitares desmovilizados se han baraiado diversas tesis en torno a la responsabilidad.

²¹¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 21 de agosto de 2003, op. cit.

²¹² Cfr. Observatorio Internacional sobre DDR y Ley de Justicia y Paz. Segundo Informe, Bogotá, Centro Internacional de Toledo para la Paz (CITPax), 2009, pp. 73 y ss.

²¹³ Cfr. Observatorio Internacional sobre DDR y Ley de Justicia y Paz. Segundo Informe, op. cit., pp. 73 y ss.

²¹⁴ Cfr. Observatorio Internacional sobre DDR y Ley de Justicia y Paz. Segundo Informe, op. cit., pp. 75 y 76.



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

2. Tesis de la determinación

En otros procesos, como por ejemplo en el seguido en contra de Ramón Isaza, comandante general de las Autodefensas Unidas del Magdalena Medio, el fiscal le imputó los delitos cometidos por sus subalternos a título de determinación²¹⁵. Ello sería dogmáticamente correcto en

caso tal que Isaza le hubiese dado directamente la orden a los ejecutores materiales de los crímenes, pero en todo caso sería probablemente políticocriminalmente insatisfactorio, pues se le estaría tratando como un simple partícipe y no como un autor. Por el contrario, en caso de que Isaza no le hubiese dado directamente la orden a los ejecutores materiales, sino que estos la hubieren recibido de un intermediario de este jefe paramilitar, dicha solución podría consi-

215 Cfr. Observatorio Internacional sobre DDR y Ley de Justicia y Paz. Segundo Informe, op. cit., pp. 76 y 77. derarse bastante cuestionable desde el punto de vista dogmático-jurídico, pues como ya se ha dicho— es muy discutible que sea de recibo la "inducción o determinación en cadena", además de que la determinación, al tenor literal del artículo 30 del Código Penal, solo se configuraría cuando se determina, induce o instiga directamente al autor.

3. Tesis de la autoría mediata

Finalmente, según el mencionado informe216, en un par de casos se habría adoptado la solución que considero más plausible, por ser dogmáticamente correcta a la vez que políticocriminalmente satisfactoria, es decir, considerar a los jefes de la organización paramilitar como autores mediatos en virtud del dominio de la organización que poseían, la cual puede ser estimada como un auténtico aparato de poder organizado, esto es, aplicar la tesis de Roxin que ya se ha explicado.

Así ocurrió, por ejemplo, en la audiencia de imputación de Salvatore Mancuso, comandante general de las Autodefensas. En esta audiencia —según el informe— se le imputaron a este jefe paramilitar desmovilizado en calidad de autor mediato los diversos crímenes de lesa humanidad cometidos, por orden suya,

por la organización criminal que dirigía. Es de destacar que, de acuerdo con el informe, el fiscal fue muy cuidadoso al argumentar por qué se configuraban en ese caso los diversos requisitos de la autoría mediata en virtud de aparatos de poder organizados según la teoría roxiniana.

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

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

C. Los casos de la denominada "Parapolítica": entre la tesis de la autoría mediata y la tesis de la *joint* criminal enterprise

Hemos reseñado que

la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sido reacia a aceptar la teoría de Roxin de la autoría mediata en virtud de estructuras de poder organizadas en relación con la responsabilidad que les corresponde a los directivos de las organizaciones criminales. En su lugar, la Corte ha considerado que estos sujetos deben responder en calidad de coautores (impropios) por los delitos cometidos por las organizaciones delincuenciales bajo su mando, aun cuando no hayan intervenido en la ejecución de aquellos. No obstante, recientemente, en algunos de los procesos de la denominada "Parapolítica"²¹⁷, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha venido aceptando otra tesis en relación con la responsabilidad penal que les compete a los dirigentes políticos vinculados con los grupos paramilitares, por los delitos cometidos por estos²¹⁸. Como se verá a continuación, se trata de una tesis bastante ambigua, que —en mi opinión— se encuentra a caballo entre la tesis de Roxin de la autoría mediata en virtud de aparatos de poder organizados y la tesis de la joint criminal

216 Cfr. Observatorio Internacional sobre DDR y Ley de Justicia y Paz. Segundo Informe, op. cit., p. 76.

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

218 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 16 de septiembre de 2009, Rad. 29.640, caso "Ricardo Elcure Chacón", adición de voto de los magistrados Alfredo Gómez Quintero, María del Rosario González de Lemos, Augusto Ibáñez Guzmán y Yesid Ramírez Bastidas; Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 3 de diciembre de 2009, Rad. 32.672, caso "Salvador Arana". Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 23 de febrero de 2010, Rad. 32.805, caso ("Álvaro García Romero").

huellas

enterprise o de la empresa criminal conjunta del derecho penal internacional.

En el caso "Ricardo Elcure Chacón"²¹⁹ esta tesis comenzó a sentarse por una minoría de la Sala Penal a través de una adición de voto en estos términos:

1. Compartimos plenamente los razonamientos y la decisión de la Sala porque corresponden a las pruebas aportadas, la apreciación de las mismas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la mejor hermenéutica sobre el contenido y alcance del delito de concierto para delinquir con fines de paramilitarismo.

Pero concluido el presente proceso observamos que el 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 lo apoyara en sus proyectos políticos y dicho aparato organizado fue puesto al servicio de esa causa, con el evidente propósito de que el político ejerciera el poder que aspiraba obtener al servicio del proyecto paramilitar, que es precisamente como se manifiesta el concierto para promover aparatos organizados de poder ilegales.

219 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 16 de septiembre de 2009, op. cit. la que ingresó el condenado diseñó y ejecutó un proinstituciones nacionales, departamentales y municipales, que se refleja en el apoyo brindado a algunos de sus miembros para que alcanzaran por medio del voto ciudadano o mediante nombramiento la calidad de servidores públicos, y en el momento en que accedieron a las diferentes dignidades tenían la oblide la perversa empresa, de enderezar todos sus movimientos oficiales en busca del favorecimiento directo e inmediato de la asociación criminal.

En el Congreso de la República constituyó tarea esencial de los parlamentarios elegidos por los grupos paramilitares impulsar estatutos legales que favorecieran el quehacer de su compañía delictiva, hecho que, por ejemplo, explica el apoyo incondicional de algunos legisladores a los proyectos de ley de alternatividad penal que buscaban un altísimo grado de impunidad para los crímenes cometidos por las bandas a las que debían fidelidad, tarea en la que finalmente se consensuó una alta porción de verdad y reparación con unos niveles de justicia mutilados e insuficientes que hacen clamar al cielo por el resultado final: impunidad.

IV. Los grupos paramilitares, entre cuyos miembros existían servidores 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 y secuestro, etc.hacían parte de sus diligencias ordinarias.

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

VI. Quienes tenían la calidad de congresistas y pertenecían a la organización criminal, como ocurrió con Ricardo Elcure Chacón, si bien fungían como voceros de partidos u organizaciones políticas legalmente reconocidas, realmente hacían parte de la cúpula de los grupos paramilitares

y en tal condición hacían parte de la caterva líder o directorio de mando —comandancia suprema— 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 no se conformaba con ver triunfante su aspiración personal porque su condición de miembro de la organización criminal lo catapultaba para alcanzar más y nuevas dignidades que resultaran funcionales a la empresa delictiva, porque dentro de la estrategia del crimen su éxito era un paso más en el proceso de la toma mafiosa de todos los poderes e instancias de decisión del Estado.

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

En este instrumento el que se constituye en un todo enlazado, los protagonistas que transmiten el mandato de principio a fin se relacionan a la manera de los eslabones de aquella. En esa medida, puede ocurrir que entre el dirigente máximo, quien dio la orden inicial y quien finalmente la ejecuta no se conozcan.

Así como se presenta en la cadeneta, el primer anillo o cabeza de mando principal se constituye en el hombre de atrás, y su designio delictuoso lo termina realizando a través de un autor material que se halla articulado como subordinado (con jerarquía media o sin ella) a la organización que aquél dirige.

Dada la ausencia de contacto físico, verbal y de conocimiento entre el primer cabo ordenador y el último que consuma la conducta punible, sucede que el mandato o propósito se traslada de manera secuencial y descendente a través de otros dependientes. Estos como eslabones articulados conocen de manera inmediata a la persona antecedente de quien escucharon la orden y de forma subsiquiente a quien se la trasmiten. Todos se convierten en anillos de una cadena en condiciones de plural coautoría.

Esta forma de intervención y concurrencia colectiva en conductas punibles es característica en organizaciones criminales claramente identificadas que consuman el delito de concierto para delinquir con fines especiales de que trata el artículo 340 inciso 2 de la Ley 599 de 2000, o como puede ocurrir en grupos armados ilegales, independientemente de los postulados ideológicos que los convoquen, pues en eventos incluso pueden carecer de ellos.

> ... Y

Y para el caso colombiano esta teoría de "la concurrencia de personas en el delito y los aparatos organizados de poder", "autoría mediata en aparatos organizados de poder con instrumento fungible pero responsable" o "autor tras el autor", la doctrina más atendible la viabilizó:

En primer lugar, para garantizar la prevención general como función de la pena, pues la sociedad reprochará en mayor medida a los autores y no a los partícipes de las conductas punibles; segundo, porque al reprochar socialmente a la organización delictiva y a las diversas formas de participación que en ella se presenten, se desestimula la delincuencia y el dirigente se torna visible ante la sociedad; tercero,

huella:

porque las diferentes formas de responsabilidad se justifican en razón al principio de proporcionalidad y a la función de retribución justa que significa reconocer el principio de accesoriedad, porque no es posible reprocharle a una persona su calidad de partícipe bien como instigador, determinador, cómplice o interviniente, sin haber reconocido previamente la identidad del autor; y, en cuarto lugar, porque en aras de garantizar el derecho a la verdad, solo es posible establecer las cadenas de mando bajo las cuales opera una organización delictiva, su estructura y su funcionamiento si se sabe quiénes conforman la cúpula, los mandos medios y los miembros rasos de esos aparatos o grupos organizados al margen de la ley. Además, de contera, se garantiza el derecho a la no repetición y se podrá aplicar a los miembros rasos, muy seguramente, el principio de oportunidad condicionado, siempre y cuando sus conductas delictivas no estén dentro del marco de los delitos de lesa humanidad o contra el DIH y colaboren efectivamente, en el desmantelamiento de dichos grupos, lo cual permite avizorar que el congresista-paramilitar 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 (énfasis suplido).

En el caso "Salvador Arana"²²⁰, ex Gobernador del departamento de Sucre, esta tesis se transformó en la tesis mayoritaria e incluso unánime de la Sala Penal. Manifestó la Alta Corporación que:

11.1. Se observa que

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

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

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

220 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 3 de diciembre de 2009. op. cit.

Los grupos paramilitares, entre cuyos miembros existían inclusive servidores públicos vinculados a todas las instituciones estatales como ha quedado establecido en el presente caso, 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 y secuestro, etc.hacían parte de sus diligencias ordinarias.w

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

No cabe duda que quienes fungían como vo-ceros 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 solo a obtener la permanencia del irregular grupo, sino que pretendía ejercer en espacios o crear los mismos en procura de resultar funcionales a la empresa delictiva, en pro de la estrategia del crimen constituyéndose en un paso más en el proceso de la toma mafiosa de todos los poderes e instancias de decisión del Estado.

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

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

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

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

Así las cosas, y de acuerdo con la opinión de la Sala, el aforado hacía parte de una estructura criminal integrada por un número plural de personas articuladas de manera jerárquica y subordinada a una organización criminal, quienes diante 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.

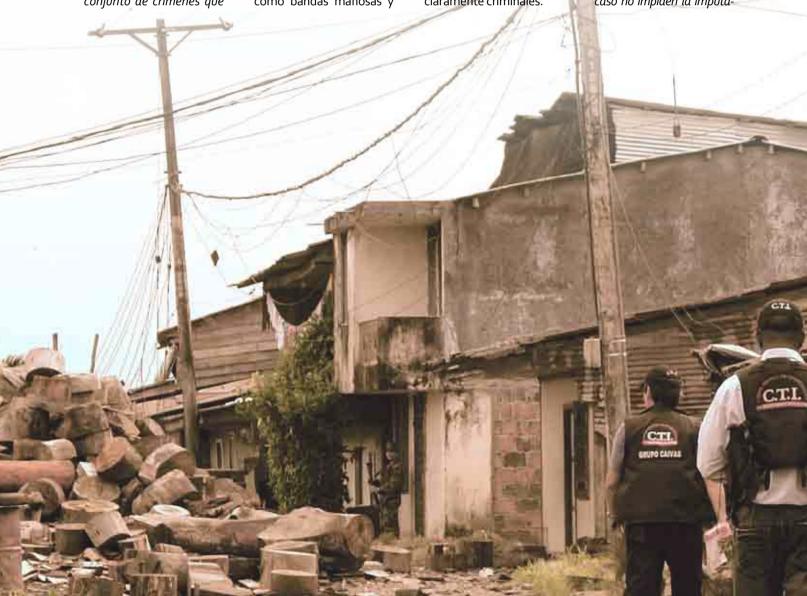
... de acuerdo con la opinión de la Sala, el aforado hacía parte de una estructura criminal. La solución que se da al fenómeno de la intervención de múltiples sujetos en la acción criminal se aproxima a las respuestas dadas por la Corte a otros asuntos conocidos con anterioridad y que resulta cercana a expresiones recientes de la doctrina y la jurisprudencia foráneas aplicadas a fenómenos similares.

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

Entre las organizaciones criminales cabe distinguir: las desarrolladas al amparo del poder político de un determinado Estado, como la del régimen nacional-socialista alemán del III Reich; y, las organizaciones criminales que operan en contra del poder del Estado, enfrentándose al ordenamiento jurídico, como bandas mafiosas y

grupos terroristas, etc. En el primer caso hablamos de "aparatos organizados de poder estatales", entendiendo que es el propio Estado el que opera al margen del derecho. En el segundo, nos referimos a la denominada "criminalidad organizada", término que en principio engloba a toda organización no estatal que actúa con una rígida estructura jerárquica, con un mecanismo estricto de mando y cumplimiento de órdenes y con objetivos claramente criminales.

Conforme con lo anterior imperioso se ofrece compulsar copias para que se investique la ocurrencia de hechos que en ejercicio del plan criminal de la organización a la cual pertenecía Salvador Arana Sus, este efectuó, y se establezca su eventual grado de responsabilidad que, de acuerdo con la prueba de la casuística y en el grado reclamado por el legislador, podría ser a título de autor o de partícipe según las particularidades de cada caso, supuestos que en todo caso no impiden la imputa-



ción del concierto para delinquir y los delitos ejecutados en desarrollo de lo acordado (énfasis suplido).

Esta tesis fue reiterada en el caso "Álvaro García Romero"²²¹, en cuyo fallo la Corte expresó que:

Esa evidencia, de cuya legalidad, autenticidad y contenido se ocupará luego la Sala, aparece como un elemento de juicio que aunado a otro, no menos importante, como es que los homicidios se produjeron por el accionar de la estruc-

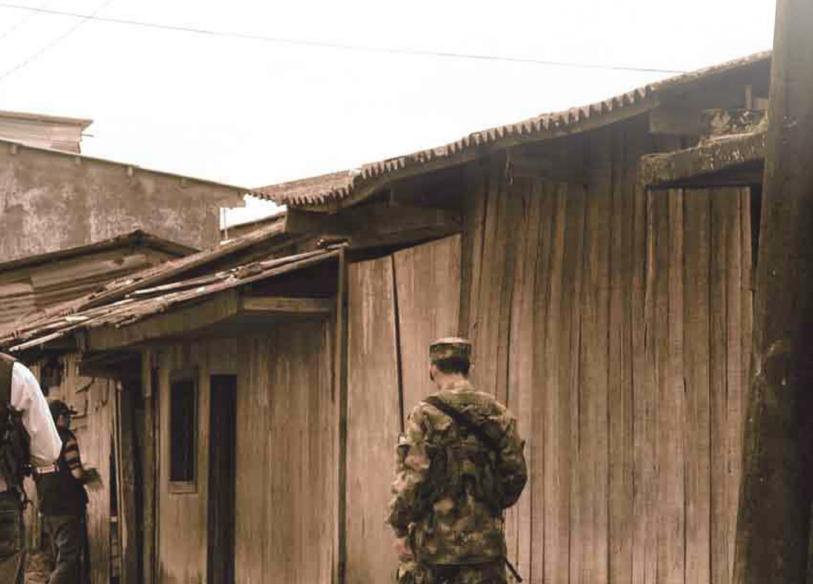
tura paramilitar en cuya organización intervino el procesado, permite atribuible responsabilidad a título de autor mediato.

En efecto, como ya ha tenido ocasión de referirlo la Corte, el aforado estaba en la cúpula de una estructura criminal integrada por un número plural de personas articuladas de manera jerárquica, quienes mediante división de tareas y concurrencia de aportes—los cuales pueden consistir en órdenes en secuencia y descendentes—, realiza-

ron conductas punibles, fenómeno que es factible comprenderlo a través de la metáfora de la Cadena.

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

221 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 23 de febrero de 2010, op. cit.



En la doctrina nacional se ha discutido la denominación jurídica que deben recibir las personas que participan de una organización criminal, como es el caso de las mafias de los narcotraficantes y los aparatos de poder organizados y dirigidos por paramilitares y organizaciones guerrilleras.

La Sala ha precisado que cuando se trata de delitos cometidos por grupos paramilitares la responsabilidad se determinará de acuerdo con la prueba y podrá declararse,

"... a título de autor o de partícipe según las particularidades de cada caso, supuestos que en todo caso no impiden la imputación del concierto para delinquir y los delitos ejecutados en desarrollo de lo acordado".

En la doctrina nacional se ha discutido la denominación jurídica que deben recibir las personas que participan de una organización criminal, como es el caso de las mafias de los narcotraficantes y los aparatos de poder organizados y dirigidos por paramilitares y organizaciones querrilleras.

Los comentaristas proclaman que dichos individuos estrictamente no son coautores ni inductores y proponen que su responsabilidad se edifique a partir de la autoría mediata, teniéndose como fundamento de dicha responsabilidad el control o influencia que sobre la organización criminal ejercieron los superiores, de modo que los ejecutores son piezas anónimas y fungibles que realizan directamente la acción punible sin que siquiera conozcan a los jerarcas que ordenan el crimen.

No obstante, como en la autoría mediata se entiende que el ejecutor material es un mero instrumento y tal conceptualización no se corresponde con la que debería aplicarse tratándose de aparatos de poder organizados, se aboga por la aplicación de aquella con instrumento responsable.

En esa dirección, el debate doctrinal y los desarrollos de la jurisprudencia foránea, unidos a la mejor solución político-criminal del problema jurídico, llevan a la Corte a variar su jurisprudencia en punto a que la autoría mediata solo se presenta,

"... cuando una persona, sin pacto tácito o expreso, utiliza a otra como simple instrumento para que realice el hecho objetivamente típico. El fenómeno ocurre, entonces, cuando el 'hombre de atrás' es el único responsable, porque el instrumentalizado no realiza conducta, o despliega conducta que no es típica, u obra en concurrencia de una causal de no responsabilidad –excluyente de antijuridicidad o de subjetividad- o es inimputable".

Ciertamente, cuando se está ante el fenómeno delincuencial derivado de estructuras o aparatos

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

En estos supuestos la criminalidad puede incubarse dentro de aparatos estatales -casos Eichmann –funcionario administrativo nazi encargado de ubicar, perseguir, seleccionar capturar a los judíos que posteriormente eran llevados a los campos de exterminio-, juntas militares que gobernaron Argentina entre 1976 y 1983, y Consejo Nacional de Defensa de la antiqua República Democrática Alemana –disparos en el muro de Berlín- o en estructuras propiamente delincuenciales -caso de la cúpula de Sendero

Luminoso en la masacre de Lucanamarca –un grupo de hombres de dicha banda asesinó a 69 campesinos en Santiago de Lucanamarca, región de Ayacucho–.

La Corte destaca que si bien García Romero fue acusado como determinador de los delitos de homicidio ocurridos durante la denominada masacre, los elementos ontológicos de la conducta desplegada, resumidos supra, permiten establecer que se trató de una acción desplegada dentro del ámbito de la autoría mediata, situación que podría llevar a que se plantee un debate sobre el principio de consonancia y el apego que debe tener el fallador respecto de los términos de la acusación (énfasis suplido).

Como se ha conocido, era designio de los grupos paramilitares arrasar ciudadanos u organismos que se opusieran a consolidar su poder y expansión y, por ello, dentro de sus actividades ordinarias ejecutaron múltiples conductas criminales, entre otras calificadas como delitos de lesa humanidad -tortura, desapariciones forzadas, desplazamiento forzado, etc.-, y ataques a la dignidad de las personas, sin que fuera ningún secreto para cada uno de sus miembros, dentro de los cuales inclusive se contaban servidores públicos vinculados a todas las instituciones estatales, aun desde el momento de la creación de aquellas tropas.

En la estructura de los grupos paramilitares se ha constatado que se dan los siguientes elementos:

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

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

Ahora, el político en su condición de miembro de la organización criminal impulsaba no solo 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 de todos los poderes e instancias de decisión del Estado.

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

De donde resulta procedente, parodiando al representante del Ministerio Público, compulsar copias de lo pertinente a fin de que se investique la ocurrencia de hechos en los cuales, en ejercicio del plan criminal de la organización a la cual pertenecía el acusado, este haya participado y se establezca su eventual grado de responsabilidad -autoría o participación-, dentro de los que figuran ataques a la dignidad humana y a la vida, puestos de presente por los testigos.

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

"Entre las organizaciones criminales cabe distinquir: las desarrolladas al amparo del poder político de un determinado Estado, como la del régimen nacional-socialista alemán del III Reich; y, las organizaciones criminales que operan en contra del poder



del Estado, enfrentándose al ordenamiento jurídico, como bandas mafiosas y grupos terroristas, etc. En el primer caso hablamos de 'aparatos organizados de poder estatales', entendiendo que es el propio Estado el que opera al margen del derecho. En el segundo, nos referimos a la denominada 'criminalidad organizada', término que en principio engloba a toda organización no estatal que actúa con una rígida estructura jerárquica, con un mecanismo estricto de mando y cumplimiento de órdenes y con objetivos claramente criminales".

Recientemente los magistrados de la Corte han anunciado que extenderán esta tesis a otros políticos vinculados a la denominada "Parapolítica", para hacerlos responsables por todos los crímenes de lesa humanidad cometidos por los grupos paramilitares con los cuales se encontraban relacionados²²².

Más allá de los matices —que no es del caso estudiar acá por motivos de espacio— la tesis que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha venido sentando en estos fallos

22 Revista Semana (edición electrónica). "Los parapolíticos y los crimenes de lesa humanidad", 2010, disponible en: http://www.semana.com/noticias-nacion/parapolíticos-crimenes-lesa-humanidad/141733.aspx [consultado el 11 de septiembre de 2010].



emitidos en el marco de los procesos de la denominada "Parapolítica", recogiendo su antigua tesis de la coautoría impropia, puede sintetizarse en los siguientes postulados:

- 1. Existía un acuerdo entre los respectivos dirigentes políticos y las correspondientes organizaciones paramilitares, para que aquellos se valieran de estas con el fin de alcanzar por medio del voto ciudadano o mediante nombramiento la calidad de servidores públicos, con el compromiso de que apenas ascendieran a las altas dignidades, enderezaran todos sus movimientos oficiales en busca del favorecimiento directo e inmediato de estas asociaciones criminales. Esto hace responsables a los dirigentes políticos del delito de concierto para delinquir.
- 2. Pero aún más, estos dirigentes políticos hacían parte integral de la estructura de las respectivas organizaciones paramilitares. Incluso, hacían parte de la cúpula de estas organizaciones criminales.
- 3. Estas organizaciones criminales pueden catalogarse de aparatos de poder organizados porque se dan los siguientes elementos: (a) 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; (b). 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 (c) conocimiento de la organización o aparato de poder y decisión de que sus miembros ejecuten o continúen ejecutando hechos ilícitos penales.

4. Estos dirigentes políticos eran plenamente conscientes de las actividades criminales que desarrollaba la organización paramilitar en pro de su propósito criminal común, incluidas conductas calificadas como delitos de lesa humanidad —torturas, desapariciones forzadas y desplazamientos forzados, etc.—.

5. Esto hace a los dirigentes políticos respectivos responsables, en principio, de todos los crímenes cometidos por las organizaciones criminales a las cuales pertenecían. En principio deberán responder por estos delitos en calidad de autores mediatos, aun cuando, según el caso, podrían responder a título de partícipes.

¿Cuál es la tesis que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha venido adoptando en estos casos de la denominada "Parapolítica"?

Parecería, a primera vista, que la tesis de la Corte se encuentra emparentada con la tesis de la autoría mediata en virtud de estructuras o aparatos de poder organizados de Roxin. La alusión a la calidad de "aparatos de poder organizados" de las organizaciones paramilitares, la referencia a elementos tales como el control o dominio de la organización criminal por parte de los "sujetos de atrás" y la fungibilidad de los "sujetos de adelante" o ejecutores materiales, así como la consideración, en principio, de los dirigentes políticos como autores mediatos de estos crímenes, parecería avalar la idea de que la Corte Suprema de Justicia ha venido adoptando y aplicando en estos casos la tesis de Roxin.

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

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

En primer término, se debe tener cuidado para constatar que efectivamente se trate de políticos que hacían parte integral de la estructura de los grupos paramilitares, y que no se trata simplemente de políticos que recibieron beneficios de la organización, pero que se encontraban en la

Parecería, a primera vista, que la tesis de la Corte se encuentra emparentada con la tesis de la autoría mediata en virtud de estructuras o aparatos de poder organizados de Roxin.

periferia de la misma. En caso de no ser piezas del engranaje interno de estas organizaciones criminales, estos políticos no pueden ser considerados autores mediatos de estos crímenes, ya que no tienen, precisamente, el dominio de la organización. Por supuesto que sí deben responder por los crímenes que hayan instigado o coadyuvado y que hayan sido cometidos por estas organizaciones criminales, pero a título de determinadores o cómplices, según el caso.

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

No obstante, si se examina con más detenimiento la tesis sentada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en los casos de la "Parapolítica", se evidencia que en sus resultados político-criminales se asemeja más a la teoría de la joint criminal enterprise o de la empresa criminal conjunta del derecho penal internacional, particularmente en sus modalidades sistémica y extensiva (de hecho, en estos fallos hay algunas alusiones expresas a la noción de la "empresa criminal" y se citan a pie de página algunos textos que explican dicha teoría). En efecto, como quiera que para la Corte resulta suficiente constatar que estos dirigentes políticos hacían parte integral de la estructura de la organiza-





plenamente conscientes de las actividades criminales que desarrollaba la misma en pro de su propósito criminal común, para considerarlos autores o, al menos, partícipes, de todos los delitos cometidos por la misma, ello resulta mucho más acorde con la teoría de la joint criminal enterprise que con la tesis de Roxin, quien nunca ha llegado a postular algo así. La alusión a los criterios del dominio o control de la organización y la fungibilidad del ejecutor material (el instrumento), parece ser más bien retórica, dado que el solo hecho de pertenecer a la estructura de una de estas organizaciones paramilitares y de tener conocimiento de las actividades criminales desarrolladas por la misma en aras de su propósito criminal común, hace —en opinión de la Corte— a estos dirigentes políticos responsables (en calidad de autores), en principio, por todos los delitos cometidos por dichas asociaciones ilícitas.

Ahora bien, las mismas críticas que se le han hecho a la teoría de la joint criminal enterprise, al menos en sus modalidades II y III, en el derecho penal internacional se le pueden hacer en el ámbito del derecho penal interno, es decir, que resulta contraria a principios del derecho penal

sustancial, tales como el de culpabilidad y el de legalidad, y a principios del derecho penal procesal, tales como el de inocencia y el derecho de defensa. Estas mismas críticas se hacen aún más agudas en el derecho penal interno, como quiera que está claro que en él se ha manejado últimamente un concepto de autor mucho más restrictivo que el del derecho penal internacional y es dicho concepto restrictivo de autor una de las más importantes conquistas del derecho penal liberal en Colombia.

Conclusiones

1. La teoría de Roxin de la autoría mediata en virtud de estructuras, aparatos o maquinarias de poder organizados (o autoría mediata por el dominio de la organización) parece ser la más acertada para solucionar la problemática de la responsabilidad penal que les corresponde a los jefes de las organizaciones criminales que pueden ser catalogadas de esta forma y a sus intermediarios con mando, por los crímenes perpetrados a través de estas y por orden suya. Las críticas que se le han hecho a esta doctrina no han logrado desvirtuar su fundamentación, y más bien hacen referencia a los límites en su aplicación y a la demostración empírica

de sus presupuestos en los casos concretos. Por el contrario, a favor de esta tesis puede decirse que es la que mejor cumple con la doble exigencia de ser dogmáticamente correcta y político-criminalmente satisfactoria para solucionar esta delicada problemática.

- 2. Esta teoría ha sido adoptada por diversos tribunales europeos y latinoamericanos para juzgar casos de gran trascendencia internacional. Ejemplo de ello son los casos de los disparos en el muro de Berlín y de los crímenes de lesa humanidad cometidos por las dictaduras del Cono Sur.
- 3. En Colombia apenas se está gestando el debate en torno a la responsabilidad de los jefes de las organizaciones criminales y, particularmente, en torno a la tesis de la autoría mediata de Roxin, pero la misma ya está empezando a ser discutida e incluso aplicada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en los procesos de la denominada "Parapolítica" y la Fiscalía General de la Nación en algunos procesos de la "Ley de Justicia y Paz". Ello resulta plausible, en principio, pues dicha teoría es dogmáticamente más acertada que la tesis de la coautoría impropia y político-criminalmente más correcta que la tesis de la determinación.
- 4. No obstante, para que la teoría de Roxin de la autoría mediata en virtud de aparatos de poder organizados encuentre plena cabida en el ordenamiento jurídico-penal colombiano, será necesario replantear el contenido que tradicionalmente se le ha dado a la categoría de la autoría mediata, para admitir dentro de ella la posibilidad de un instrumento plenamente responsable y, por consiguiente, la figura del "autor tras el autor"223. Por supuesto, para ello no es necesaria una reforma legal, pues, como lo ha reconocido la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el artículo 29 del Código Penal admite perfectamente esta interpretación.
- 5. Sin embargo, debe tenerse especial cuidado para
 aplicar esta teoría con el rigor
 debido. No en todos los casos
 en los cuales nos hallemos
 ante los jefes de una organización criminal debe reconocerse
 la autoría mediata de los mismos en virtud de esta doctrina.
- 6. En primer término, se debe ser muy cuidadoso para no considerar como aparatos de poder organizados organizaciones criminales que en realidad no pueden ser catalogadas de tales. Tal como lo anota Ambos²²⁴: "Desde un principio, el dominio de organización solo es posible en un aparato de poder formal, es decir, una organiza-

- 223 Señala en ese sentido López Díaz ("El caso colombiano", op. cit., p. 180) que: "Con base en la Ley 599 de 2000, la responsabilidad de las estructuras paramilitares o guerrilleras colombianas obliga a una nueva interpretación del concepto de autor contenido en su artículo 29, para dar paso a la adopción de la figura de la autoría mediata con instrumento responsable, es decir, lo que la doctrina ha deportinado sutes tras el autor."
- 224 Ambos. Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, op. cit., p. 47.



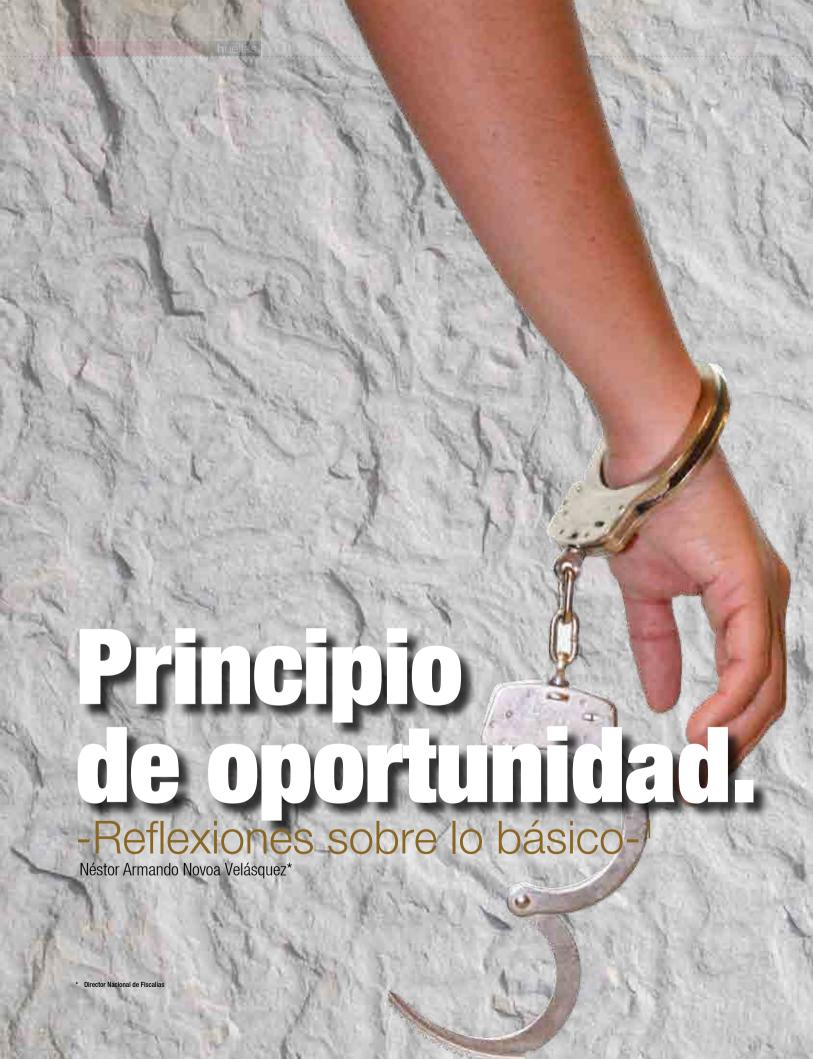
ción que está estructurada de modo jerárquico-linear y que consiste en un número suficientemente grande de ejecutores intercambiables".

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

habría que sumarle, según los últimos escritos de Roxin, el de la "resolución al hecho" o la "inclinación típicamente organizativa al hecho" por parte de los ejecutores materiales.

8. En tercer y último término, se debe tener presente que el solo hecho de ser miembro de la cúpula de una organización criminal no hace a una persona autor mediato de todos los crímenes cometidos por ella (lo que sí es factible bajo la discutida tesis de la joint criminal en-

terprise o empresa criminal conjunta del derecho penal internacional). Es necesario constatar que esta persona participó, de una u otra forma, en la concreta cadena de mando que dio lugar al específico delito por el que se le responsabiliza. Por supuesto, que esto no es óbice para que se configuren los delitos que supone per se la pertenencia a una organización criminal de esta índole, como, por ejemplo, el concierto para delinguir.





El principio de oportunidad
es una facultad
constitucional porque
su origen se encuentra
en el artículo 250 de la
Constitución Política,
modificado por el artículo 2
del Acto Legislativo número
3 de 2002.

había quedado alterado de por vida? Qué no hubiera dado ese juez por tener una ley que le permitiera no sentenciar a esa madre, a la que la vida ya había castigado con suficiencia y a perpetuidad.

A. Concepto

El principio de oportunidad es una facultad constitucional exclusiva y excluyente que le permite a la Fiscalía General de la Nación suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal dentro del marco de la política criminal del Estado, conforme a causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación, sometido al control posterior de legalidad del juez de garantías.

1. Facultad constitucional

El principio de oportunidad es una facultad constitucional porque su origen se encuentra en el artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo número 3 de 2002.

2. Exclusiva y excluyente de la Fiscalía General de la Nación

La aplicación del principio de oportunidad es una facultad constitucional exclusiva y excluyente de la Fiscalía General de la Nación, porque si bien el artículo 250 superior le impone la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal e investigar hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento, también la faculta para que suspenda, interrumpa y renuncie a la persecución penal en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad.

Dicho de manera más sencilla, el constituyente derivado, cuando introdujo a través del Acto Legislativo o3 de 2002 el Sistema Penal Acusatorio, le entregó a la Fiscalía la titularidad del ejercicio de la acción penal; así se refleja en el artículo 250 de la Carta y en el 66 de la Ley 906 de 2004, a diferencia de la Ley 600 de 2000 (Art. 26), que le asignó el ejercicio de esa facultad a la Fiscalía durante la etapa de la investigación y a los jueces en el juzgamiento.

Mientras que en el Sistema Penal Acusatorio la Fiscalía es única titular de la acción penal, en el sistema anterior, de corte inquisitivo, era compartida con los jueces.

En el Sistema Procesal Acusatorio se obliga a la Fiscalía, por virtud del principio de legalidad, a investigar en forma permanente los delitos, sin que por regla general tenga la posibilidad de interrumpir, suspender o renunciar al ejercicio de la acción penal, excepto en los casos en que la ley se lo permite a través del principio de oportunidad.

Si el juez no puede disponer de la acción penal porque no es titular de ella, es jurídico concluir que esa facultad es exclusiva y excluyente del ente acusador; la autoridad que le da la Constitución al juez es para que ejerza un control posterior de legalidad sobre la aplicación del principio de oportunidad.

Control de legalidad posterior por el juez con función de garantías

La facultad que tiene el juez de control de garantías en el proceso de aplicación del principio de oportunidad es de raigambre constitucional; el artículo 250 Superior le indica a la Fiscalía que su decisión de aplicar este principio debe someterla al control de legalidad del juez.

Aunque el artículo 250 de la Constitución prevé la facultad de disponer del ejercicio de la acción penal a través de la aplicación de una de las causales del principio de oportunidad y el control posterior de esa decisión, el artículo 327 de la Ley 906 de 2004 en forma clara hace la distinción funcional: el juez de control de garantías debe efectuar el control de legalidad dentro de los cinco días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad.

Esa separación de funciones desde el marco de la Constitución la ha refrendado la Corte Constitucional en sentencias como la C-1092 de 2003, M.P.: Álvaro Tafur Galvis, y C-979 de 2005, M.P.: Jaime Córdoba Triviño¹.

4. Dentro del marco de la política criminal del Estado

Idea básica para la aplicación y desarrollo del principio de oportunidad es precisar qué debe entenderse por política criminal del Estado. Si bien el Decreto 2062 de 1995 la define como "un elemento fundamental para la protección de la sociedad, la prevención y represión del delito, la resocialización del delincuente y, en general, la evaluación de conflictos del sistema jurídico penal", en realidad es el concepto que más dificultad tiene en el momento de definir el marco de aplicación del principio de oportunidad, a pesar que

el Gobierno Nacional mediante este Decreto y el 2348 de 1998 creó como órgano asesor del Presidente de la República para la formulación de esa política estatal al Consejo Superior de Política Criminal², la materia no se ha desarrollado, no se ha creado un marco teórico que permita de manera concreta especificarla.

Los clamores públicos son obvios: ¿dónde está el sistema nacional de política criminal? ¿En qué consiste?, ¿Qué ha hecho el consejo creado para ese efecto? ¿Qué hace el Gobierno para cimentar esa clase de política a nivel estatal, departamental, municipal, local, de barrio, vereda y comuna? Cualquiera sea la respuesta a cada uno de estos interrogantes, la verdad es que la política criminal tiene dos grandes capítulos: represiva y preventiva.

De estas dos vertientes, para el tema nos interesa la primera, porque la Política criminal represiva solo persique y castiga lo que ya ocurrió, es decir, el delito tentado o consumado. Es la máxima expresión de lo que es la tradicional función coercitiva del Estado, en la que históricamente se han incluido instituciones sustitutivas de la pena denominadas comúnmente subrogados penales. Pero a pesar de la tradicional

¹ Otras sentencias que pueden consultarse son: C-673 de 2005 y C-591 de 2005, M.P.: Clara Inés Vargas.

² En este órgano concurren todas las autoridades de las diversas ramas del poder público que cumplen alguna función en materia criminal, a saber: el Ministro de Justicia y del Derecho, quien lo preside; el Fiscal General de la Nación; el Procurador General de la Nación; el Defenso del Pueblo: el Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia; el Director del DAS; el Director del Inpec; el Director de la Policía Nacional; un Senador de la Comisión Primera Constitucional del Senado de la República designado por ella; un Representante de la Comisión Primera Constitucional de la Cámara de Representantes designado por ella: el Director del Programa Presidencial para la Lucha contra el Delito de Secuestro; el Presidente del Consejo Superior de la Judicatura. Pueden ser invitados otros funcionarios o ciudadanos cuyo conocimiento o experticio sea apropiado para ilustrar algún aspecto de la política criminal.



represión estatal quedan grandes reductos de impunidad, aspecto que preocupa e implica inseguridad por el peligro que genera el delito y tener que convivir a diario con la agresividad de ciertos individuos3, piénsese en las bandas criminales, grupos de milicias urbanas guerrilleras, grupos de autodefensa o en las organizaciones dedicadas a hurtar tanto en las viviendas, como vehículos, el dinero de quienes abren cuentas corrientes y de ahorros en bancos, organizaciones e individuos, que se mezclan con la gente buena de nuestra ciudad, de nuestra Colombia, y no desaprovechan cualquier oportunidad para sembrar el terror, la desesperanza y el miedo.

A ello hay que agregar la incapacidad en la ejecución de las penas; a pesar de que los jueces las imponen, los delincuentes siquen siendo favorecidos por el Estado, que carece de reales ejecutores punitivos. La pena en muchos casos se queda en el marco teórico y matemático de un fallo, en tanto que el condenado continúa cometiendo delitos, lejos del alcance punitivo del Estado, en diversas geografías, con distintas identificaciones, normalmente a través de grupos de delincuencia organizada o de cuello blanco.

Como no se ha logrado la soñada readaptación social del delincuente, este reincide y sigue siendo un peligro, aun después de reincorporarse a la sociedad. Frente a tan cruda realidad, la política criminal debe propender a criterios de oportunidad que permitan manejar de manera objetiva y razonada la represión frente a las conductas delictivas más graves, las que mayor desestabilización humana, social, política, económica, administrativa y ambiental generan.

Es claro que un primer plano de la política criminal que se debe desarrollar para aplicar el principio de oportunidad surge de la incapacidad del Estado para perseguir todos los delitos y a todos los delincuentes, en especial hacer efectivo el cumplimiento de la pena. Antes de entregarle al poder legislativo facultades para modificar y reformar leyes existentes

³ Sobre la violencia dentro de la convivencia humana, véase a Guillermo J. Yacobucci, La deslegitimación de la potestad penal, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires. 1996. páos. 311 a 316.



o expedir otras nuevas, se le autorizó para crear un sistema penal que permitiera reducir los márgenes de impunidad e hiciera de la pena un factor efectivo de política criminal, sumado al logro de una verdadera justicia material y la aplicación de un derecho penal más humano, en el que el actor del delito y la víctima puedan tener acercamientos e intervenir en la solución de sus propios problemas, haciéndolos partícipes del diálogo, la reconciliación, el perdón, la no reincidencia, la reparación y por supuesto la indemnización.

Se introdujeron nuevas figuras y exigencias y se afianzaron otros institutos de códigos anteriores, como las condiciones de procesabilidad o

procedibilidad; criterios niveladores del delito frente a la víctima, como la reparación integral y la mediación; pero también instituciones como los preacuerdos y el principio de oportunidad, que flexibilizan la impotencia del principio de legalidad (entendido como obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal), permitiendo manejar algunos de los problemas sociales que apoyan la violencia y el delito, v. gr., la pobreza extrema, actuar en estado de ira o intenso dolor, la pena natural, la crisis familiar, la trasmutación de valores, la crisis económica, el narcotráfico y la falta de autoridad en la observancia de la ley.

Lo estructurado es una política criminal -represivopreventivo que permite a través de ciertas causales de oportunidad localizar el delito donde se cometa, atacando los focos personales y materiales mediante el sistema de "premios", que por política criminal deben reconocerse a quien ayude a desvertebrar grupos u organizaciones criminales, sirviendo, por ejemplo, como testigo principal y de cargo; también permite, en el marco de la prevención, renunciar a la acción penal en aquellos casos en que sanciones alternas, como la disciplinaria o fiscal, son suficientes para afligir al ejecutor de la conducta punible, y servir de modelo a los demás miembros de la sociedad (prevención general), o cuando

la pena se torna inhumana porque la naturaleza del delito o las circunstancias que lo rodearon han castigado al infractor, como sucede en muchas de las conductas imprudentes en las que quien viola el deber objetivo de cuidado no solo afecta bienes jurídicos de terceros, sino el propio, con la característica de que el daño sufrido por el actor resulta mucho más dramático que el de las víctimas que se considera suficiente, dentro de un marco de prevención especial, ese "castigo natural".

Tal política criminal, desde la visión del principio de oportunidad, se debe considerar como "el conjunto de ideas y estrategias que definen y priorizan los objetivos que tiene el Estado con respecto al problema de la delincuencia. El tema normativo es solamente una parte de la cuestión; el resto del problema está en la víctima, en el delincuente, en la pena y en las posibilidades de seguimiento de la reabsorción social de infractores y agraviados"4.

La Corte Constitucional en Sentencia C-646 de 2002, con ponencia del doctor Manuel José Cepeda Espinosa, refiriéndose a la política criminal del Estado precisó⁵

"5. El concepto de política criminal comprende la respuesta penal tradicional al fenómeno criminal.

No obstante la inclusión del término 'política del Estado en materia criminal' en el artículo 241 de la Carta, no existe una definición unívoca y convencional de esta expresión. Tampoco existe una definición legal del término. Los instrumentos legales que desarrollan algún aspecto de la política emplean la locución 'política criminal', pero no le otorgan un contenido y alcance específico. El gobierno ha creado varias instancias para la discusión y formulación de la política criminal del Estado (...)".

Podemos afirmar que se constituyen en Colombia como límites de aplicación del principio de oportunidad, desde el marco de la política criminal del Estado, conceptos como adecuación social, insignificancia, delitos bagatela⁶, ultima ratio y carácter fragmentario del derecho penal, seguridad pública, seguridad social, bienes individuales y colectivos, infracción al deber objetivo de cuidado y elevación del riesgo, indemnización integral, falta de interés para castigar a un nacional o extranjero, colaboración eficaz para desmantelar organizaciones criminales, subsidiariedad de la sanción penal respecto de otras

- 4 En nuevas tendencias del derecho penal contemporáneo, Ramiro Aguillar Torres, Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Profesor de la Cátedra de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la PUCE.
- 5 Se transcribe buena parte de la sentencia por la importancia que tiene para el tema en estudio.
- 6 Sobre el concepto del delito bagatela, consúltese sentencia de casación del 8 de agosto de 2005, M.P.: Dr. Herman Galán Castellanos, radicado 18609.



consecuencias jurídicas concurrentes de diversas competencias como la administrativa, fiscal o disciplinaria, conductas imprudentes de escasa trascendencia social o de culpabilidad atenuada y riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado, entre algunos⁷.

Aunque no existe una definición unívoca y convencional de política criminal, esta comprendería, entre otros aspectos, la respuesta penal tradicional al fenómeno criminal; los bienes jurídicos que se deben proteger por el Derecho Penal por medio de la tipificación de las principales conductas que ameritan reproche y sanción punitiva; los instrumentos a través de los cuales se protegen los bienes jurídicos; los bienes jurídicos que merecen protección, las diferentes sanciones; la diferencia entre delitos y contravenciones la competencia y el procedimiento aplicable en la persecución del delito; el aumento punitivo coherente con la gravedad del delito y la culpabilidad de su autor ;el tratamiento de la delincuencia común y de su política; criterios de descongestión judicial para lograr la mayor eficacia y eficiencia en la administración de justicia; la clasificación de las penas en principales y accesorias; la graduación la intensidad de la pena; los criterios de intervención en el proceso penal; las causales de detención preventiva dentro de criterios de razonabilidad y proporcionalidad, garantizando la libertad individual; el papel y funciones de las instituciones de derecho penitenciario; los criterios de mitigación y humanización de la sanción penal por medio de los subrogados penales; los plazos de prescripción y caducidad.

B. ¿Por qué un Estado social democrático de derecho opta por aplicar el principio de oportunidad?

Las razones por las que un Estado elige aplicar el principio de oportunidad son varias. Depende del sistema procesal y probatorio que se pretenda aplicar, de los principios que regulan las sanciones penales y de la función que cumpla la pena en la persecución penal⁸.

Cada fuente de explicación deja ver con claridad
la crisis en que ha entrado
alguna esfera del modelo
de Estado liberal, porque
si bien es cierto su carácter represivo se encuentra
maximizado, es incuestionable que existen alternativas que permiten resolver de manera diferente el
conflicto social una de ellas
es el principio de oportunidad, no obstante las críti-

La respuesta penal tradicional al fenómeno criminal; define los bienes jurídicos que se deben proteger por el Derecho Penal por medio de la tipificación de las principales conductas que ameritan reproche y sanción punitiva.

........

⁷ Téngase en cuenta que varios de tales criterios no tendrían cabida en la aplicación del principio de oportunidad; v. gr., el delito bagatela, por la potísima razón de que en tales casos generalmente no hay delito por falta de antijuridicidad

⁸ Consúltese a José Joaquín Urbano Martínez, en II foro,
Estado Actual de la Justicia Colombiana: Bases para la
Discusión del Nuevo Sistema Procesal Penal Colombiano,
Universidad Externado de Colombia, agosto de 2003, págs.
89 a 106. Sobre el poder punitivo y el sistema penal, véase
a Eugenio Raúl Zaffaroni, Manual de derecho penal, parte
general, Ediar-Temis, Buenos Aires, 2005, págs. 9 y ss.

cas que pueda crear la aplicación de un derecho penal mínimo o la invocación de teorías reduccionistas o propias de un derecho penal más humano, o de una justicia restaurativa, transaccional o medidas de corte iusprivatista, donde se acentúan el principio de tolerancia, la intervención de la víctima y las vías de tipo resarcitorio, incluidas aquellas diatribas que se generan desde la óptica de la violación al principio de iqualdad.

1. ¿Por qué depende del sistema procesal?

El procedimiento penal ha pasado históricamente por distintas etapas, primero dispositiva o acusatoria, luego inquisitiva y posteriormente mixta con tendencia inquisitiva o acusatoria. En sentido amplio, mientras que en el primero se pretende dejar en manos de los particulares el inicio, desarrollo, impulso y terminación del proceso, en la inquisitiva se le otorgan todas estas facultades al juez como representante del Estado.

La escogencia del sistema ha sido fundamental para la regulación legal de la prueba y la estructura del procedimiento; en los sistemas añejos se le deja al juez la tarea de ordenar, practicar y evaluar la prueba; en los actuales el juez es un hacedor de justicia material, ajeno a la labor de ordenar y practicar pruebas, su función es la de un tercero imparcial⁹ <no la de un notario>, que dirime el conflicto social en dos partes contradictoras, en audiencia pública, oral y concentrada. En el inquisitivo el juez resuelve conforme a lo que él ha probado; en el acusatorio soluciona según lo probado por las partes.

En tanto el esquema inquisitivo le permite al juez ordenar pruebas, el dispositivo lo aleja por completo de esa facultad, le impide decretar pruebas de oficio. El funcionario del sistema inquisitivo captura, resuelve la situación jurídica y califica el mérito sumarial, y aunque es un juez quien dicta el fallo, este no solo ordena y practica las pruebas solicitadas por los sujetos procesales durante el juicio, sino además las que él disponga de oficio.

Los esquemas planteados responden a concepciones políticas distintas; el inquisitivo es propio de regímenes absolutistas o tiránicos; el acusatorio, de las democracias; síntesis político-jurídica que permite considerar el delito como una ofensa contra el Estado o como un agravio personal, según se trate de la forma inquisitiva o dispositiva. Queda obligado el Estado, en el primer sistema, a iniciar la acción penal y perseguir de forma obligatoria a todos los delincuentes e investigar y cada uno de los delitos que lleguen a su conocimiento (Principio de obligatoriedad o imperatividad) por mandato legal (Principio de legalidad), so pena de incurrir en responsabilidad jurídica por no hacerlo (prevaricato por omisión o abuso de autoridad por omisión de denuncia), efectos que no se generan en el sistema acusatorio, en el que la responsabilidad es política y prima la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, pudiendo llegar a ser absoluta, como ocurre en Estados Unidos de América, o parcial y reglada, como sucede en el sistema colombiano y en el continental europeo10.

En tanto que en el sistema anglosajón el juez se limita a analizar los términos de aplicación de la discrecionalidad o de la negociación, en el continental europeo va más allá, visualiza y resuelve situaciones de justicia material que puedan aparecer comprometidas.

Mientras en los sistemas inquisitivos al funcionario judicial no se le permite disponer de la acción penal -pues constituye un imperativo categórico que

- 9 Función que para algunos resulta intrascendente y sin mayor importancia, exige más dinámica y actividad en el rol del juzgador, lo convierte en un investigador, se olvida de que la esencia del hacedor material de justicia está en desbordar todo el conocimiento y experiencia adquiridos durante años de judicatura, para resolver los conflictos sometidos a su conocimiento, en especial los casos dificiles, dando a cada cual lo que le corresponde según límites materiales de naturaleza constitucional y legal. Sobre el principlo de imparcialidad, a manera de resumen, véase a Pedro J. Bertolino, El debido proceso penal, Liberria editora Platense S.R.L., La Plata, Argentína, 1986, páss, 135 y ss.
- 10 Filosóficamente es la lucha entre las ideas expuestas por Immanuel Kant y Hegel, respecto de las de utilitaristas y prácticos como David Hume, Jeremy Bentham, John Stuart Mill v William James.

se constituye en límite negativo para suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal- en aquellos de naturaleza acusatoria el principio de legalidad cede, a tal punto que es posible que bajo determinadas condiciones el funcionario pueda interrumpir, suspender y hasta renunciar al ejercicio de la acción penal. En tanto en los primeros esquemas es un imposible admitir al menos la idea de aplicar el principio de oportunidad, en los segundos constituye uno de los pilares sustanciales para el funcionamiento del sistema.

Desde el punto de vista formal, uno y otro sistema penal tienen sus características propias: el inquisitivo impone la forma escrita y secreta, llega al extremo de permitir la actuación de jueces y testigos ocultos (justicia sin rostro); la forma acusatoria o dispositiva solo permite que el procedimiento se adelante de manera oral, pública y concentrada, y no siempre prohíbe los procesos contra personas ausentes¹¹. A manera de síntesis, los dos esquemas tienen las siguientes diferencias:

Sistema Acusatorio	Sistema Inquisitivo
Concepción democrática del Estado.	Estados absolutistas o tiránicos o menos demo- cráticos.
Delito es ofensa personal.	Delito es ofensa al Estado.
La acción penal no es obligatoria, puede suspenderse, interrumpirse o renunciarse.	Obligación estatal de iniciar la investigación en todos los casos.
Proceso es una discusión ínter partes, resuelta por un juez.	El proceso es un problema estatal.
Las partes disponen libremente de la acción.	Es el Estado a través del juez quien inicia, averigua y decide.
El juez no ordena pruebas de oficio, es totalmente imparcial.	El juez tiene absoluta libertad probatoria, decreta pruebas de oficio, se parcializa necesariamente con una de las partes.
Proceso oral y público.	Proceso escrito y secreto.
Se respeta la libertad del procesado hasta el fallo definitivo. Se le presume inocente.	Se le priva aun antes de la sentencia. Existe incomunicación. En el fondo, se presume culpable.
No autoriza el tormento para obtener la confesión (Postura extrema).	Autoriza el tormento para obtener la confesión (Postura extrema).

2. ¿Por qué depende del sistema probatorio?

Optar por un sistema procesal con tendencia acusatoria o inquisitiva genera consecuencias no solo en el concepto de la prueba, sino en general en su práctica, diferenciando o confundiendo los actos de investigación con los actos prueba.

En la estructura inquisitiva unos y otros se embrollan, de manera que la prueba se practica en las fases de indagación e investigación por un juez de instrucción o un fiscal, y tiene efectos de subsistencia (principio de permanencia de la prueba), esto es, perdura en fase de juzgamiento, de manera que la audiencia pública no exige la práctica de más pruebas, porque ya se han agotado durante la investigación, y cuando se practica, normalmente es para repetir las que ya existen; por excepción surgen nuevas pruebas.

En el esquema acusatorio la actividad de indagación e investigación no permite que se estructure ninguna prueba, salvo la anticipada¹², se pierde el efecto de permanencia que tiene en el sistema inquisitivo (principio de no permanencia de la prueba); todo cuanto se recaude por el órgano de investigación es un elemento material de

prueba (EMP), una evidencia física (EF) o información legalmente obtenida (ILO), estimándose como prueba únicamente la que ha sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento (principio de inmediación).

En el proceso inquisitivo desaparece la idea de un proceso entre partes e iqualdad; sobre el indiciado o sindicado aparece el instructor; que inicia, adelanta y termina la acción penal, dispone de la libertad y de sus bienes. Los poderes del ente de investigación son absolutos, salvo el control de legalidad previsto a través de la acción de tutela, el control de garantías y los recursos ordinarios (reposición, apelación y queja o súplica), así como el hábeas corpus.

El funcionario que abre la investigación la adelanta, participa en la producción de la prueba, resuelve la situación jurídica, dispone de la libertad del procesado, tiene la función constitucional y legal de proferir resolución de acusación. Se incluye los actos de investigación y los actos prueba. Investigación y prueba son sinónimos, o al menos expresiones equivalentes. La confesión del procesado es la prueba reina y decide en muchos casos la responsabili-



¹² Conforme a los artículos 15, 16, 274, 284 y 383 del sistema colombiano, es necesario que existan motivos fundados y de extrema necesidad, siempre que sea para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio; además, exige que se practique en audiencia pública con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio.



dad penal en forma anticipada (sentencia anticipada); la principal tarea del investigador es hacer confesar al sindicado o acusado considera un trofeo tan titánica labor.

Cuando la investigación, por ende, la producción de pruebas, no es un acto discrecional, la estructura inquisitiva repudia el principio de oportunidad, siendo deber del funcionario judicial perfeccionar la investigación mucho antes de que se inicie el juicio oral. Si la función de investigación es facultativa, basta con que se allegue un mínimo de elementos materiales, evidencia física o información legalmente obtenida que indique cierto grado de participación y compromiso penal el funcionario cuenta con la posibilidad de interrumpir, suspender o renunciar a la persecución penal (formas de aplicación del principio de oportunidad) la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal desaparece, llega al extremo de renunciar a su ejercicio aun antes de iniciarse formalmente la investigación o una vez se ha iniciado, incluso cuando se está en fase de juicio, según la tendencia que se adopte.

3. ¿Por qué depende de la función que cumpla la pena en la persecución penal?

Bajo criterios inquisitivos la pena tiene función retributiva¹³, entendida como reacción defensiva fundada en el deseo de preservar el orden jurídico quebrantado con el delito. La pena es el mal aplicable al autor del mal, contra quien el Estado reacciona14, es, en síntesis, un acto de desagravio estatal, efecto punitivo que se debe imponer en todos los casos en que se dicte un fallo de condena, al fin y al cabo, el sistema está orientado por el principio de legalidad (inevitabilidad de la acción penal, concepciones absolutas de la pena).

Se precisa que la pena no debe cumplir una función meramente retributiva, sino que en esencia debe ser preventiva especial o particular, dirigida al autor o partícipe de la conducta prohibida por la ley penal, o a quienes integran la comunidad y tienen en mente iniciar la ejecución de un delito, actuando sobre su psiquis para retraerlos de quebrantar la ley (prevención general).

Solo en esta segunda concepción surge la preocupación por determinar si la pena es necesaria, justa, útil, proporcionada y razonable¹5, si su función sólo depende de la ley o de la Constitución y los tratados y convenios internacionales. Si la utilidad de la pena es represiva o preventiva, si debe tener efectos

solo en el delincuente o también en quienes integrando la sociedad pretenden quebrantar la ley penal¹⁶.

El derecho penal liberal se fundamenta en un Estado de derecho liberal, basado en el contrato social, considerado como alianza entre los hombres por razones de utilidad (prevención de los delitos). Mientras los idealistas de tendencia alemana giraban en torno al hombre ideal, arquetipo o prototipo de una sociedad, los utilitaristas consideran a un hombre empírico, real y materialista. Cuando se abandona el pensamiento idealista y se torna por el utilitarista, surgen límites que generan la posibilidad de no aplicar la pena cuando se considere inútil e impide castigar al delincuente a pesar de la gravedad de la conducta ejecutada¹⁷, permite que el titular de la acción penal renuncie a su ejercicio o la someta a suspensión condicional o interrupción como fases previas a la dimisión18.

Por estas razones, al Estado sólo le queda una de dos alternativas: o aplica la ley penal e investiga todos los delitos, sin excepción, o elige entre las conductas presuntamente delictivas que llegan a su conocimiento, en realidad conflictos, cuáles ameritan una activi-

- 13 Sobre la fase expiacionista o retribucionista, véase la penología de Emiro Sandoval Huertas, reedición, 1996, Bogotá, Colombia, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, págs.
- 14 Alfonso Ortiz Rodríguez, La punibilidad y las medidas de seguridad, ensayos, 2º. ed., 1987, Universidad de Medellín, Señal editora, pág. 33.
- 15 Artículos 3 y 4 del Código Penal.
- 16 Sobre la pena como delimitación del derecho penal, Zaffaroni, op. cit., págs. 29 y ss.
- 17 Santiago Mir Puig, Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho, Ed. Bosh, Barcelona, 2ª. ed., 1982, pág. 27.
- 18 Artículos 250 Constitución Nacional, 66 y 324 Código Procedimiento Penal.

74

dad procesal, conforme a razones de política criminal.

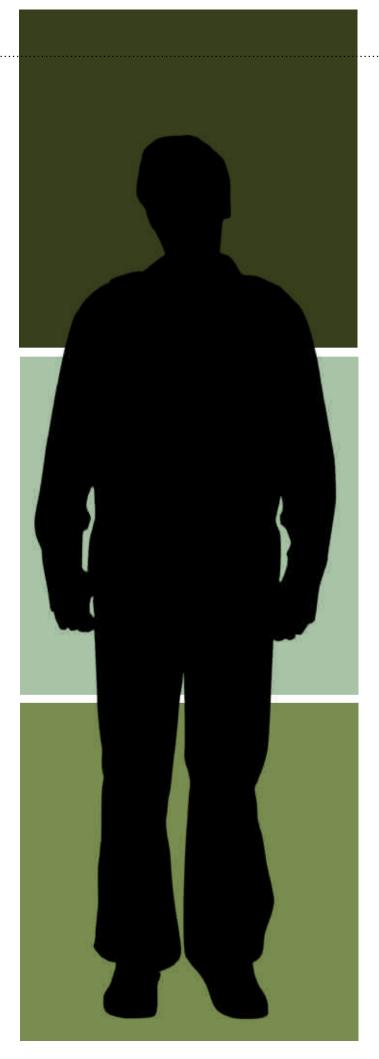
Y no se puede aceptar desde ningún punto de vista que la legalidad sea la mejor forma de garantizar la iqualdad frente a la aplicación de la pena; por el contrario, la práctica demuestra que sí ha servido, pero para perseguir a los marginados de la sociedad o a quienes ocupan sus niveles bajos y medios, marcándose una progresión aritmética contraria, creciente en estas clases sociales, decreciente en las más altas y poderosas, de manera que en el campo teórico el argumento es válido, pero en la práctica lo que se genera es una notoria desigualdad.

¿Por qué no se establecen criterios que permitan regular de manera igual casos iquales y desiqual casos desiguales? ¿Por qué no es la misma situación la del médico que atropella, por conducir ebrio, a un peatón y lo mata y la del médico que, con el mismo medio, lesiona a su hijo por una distracción que le impide observar la luz roja del semáforo? En las dos hipótesis, en relación con la legalidad, se presenta la pérdida de una vida humana, pero las evaluaciones sobre la conducta de cada conductor son bien diferentes, tanto

¿Por qué no se establecen unos criterios que permitan regular de manera igual casos iguales y desigual casos desiguales?

huellas

No se podrá suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para aplicar el principio de o portunidad, regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, sometido al control de legalidad del juez de garantías.



así, que se permite en el segundo caso, renunciar a la acción penal.

C. Principios de obligatoriedad y disposición, ultima ratio y proporcionalidad o prohibición de exceso y prohibición de insuficiencia, fundamento constitucional del principio de oportunidad

Conforme a los artículos 250 de la Constitución Política, modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 03 de 19 de diciembre de 2002, y 66 del Código de Procedimiento Penal, la titularidad de la acción penal le pertenece al Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercerla y a investigar los hechos que revistan las características de un delito, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o cualquier otro medio19, salvo las excepciones legales²⁰.

No se podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para aplicar el principio de oportunidad, regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, sometido al control de legalidad del juez de garantías.

Puesta en funcionamiento la persecución penal, la

Fiscalía no puede interrumpir su curso o suspenderla, mucho menos renunciar a ella, hasta que se aplique una pena o prescriba la acción (principio de irretractabilidad). Se exceptúan de la persecución de la Fiscalía los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con este.

Impera en todo el proceso esa manifestación de la justicia penal que se denomina principio oficial, de oficialidad o de obligatoriedad21, en virtud del cual el Estado tiene la obligación de investigar todos los hechos que lleguen a su conocimiento y tengan las características de un delito. Por ser el Estado su titular, el principio está presente tanto en la jurisdicción como en el ejercicio de la acción penal. Para la jurisdicción el principio es absoluto; conocida la noticia criminal se debe iniciar la investigación; para la persecución es la regla, ya que admite la posibilidad de acusar o aplicar el principio de oportunidad.

La persecución penal es ejercida por la Fiscalía General de la Nación, titular de la acción penal, salvo respecto de delitos que exijan querella, conciliación o petición especial como condición

Puesta en funcionamiento la persecución penal, la Fiscalía no puede interrumpir su curso o suspenderla, mucho menos renunciar a ella. hasta que se aplique una pena o prescriba la acción (principio de irretractabilidad). Se exceptúan de la persecución de la Fiscalía los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo v en relación con el mismo.

19 Delación, voz pública, requisa, aviso, publicidad, informe.

20 Delitos de competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, de la justicia penal militar y contra menores de edad.

21 Sobre la oficiosidad o inevitabilidad, Whanda Fernández León, *Sistemas penales de juzgamiento*, Eds. Librería del Profesional, Bogotá (Colombia), 2001, págs. 69 y ss. de procesabilidad²². Frente a los delitos perseguibles mediante acción privada, no rige el principio de obligatoriedad no obstante, una vez instaurada la querella o petición especial, la Fiscalía General continúa la acción penal como si se tratara de una investigación oficiosa.

Del principio de legalidad deriva la obligatoriedad y no al revés; por el primero se prohíbe todo criterio discrecional para el ejercicio de la acción penal; por lo segundo, el Estado debe perseguir toda conducta que se sospeche viola el ordenamiento jurídico. Siendo el proceso penal forzoso, no rige el principio de disposición u oportunidad.

En principio, no se autoriza a los órganos de indagación e investigación competentes para que frente a la noticia de la presunta comisión de un hecho que revista las características de delito prescinda de la persecución penal, aunque sea mínima la gravedad del bien jurídico tutelado, no convenga investigarlo por razones de política criminal, resulte muy costoso el proceso, la persona sea solicitada y entregada a otro Estado en extradición o a la Corte Penal Internacional, colabore eficazmente para evitar que el delito se siga cometiendo, declare contra otros copartícipes como testigo principal y de cargo, o se ponga en peligro la seguridad exterior. El principio de legalidad impide que pueda aplicarse el criterio de oportunidad basado en la conveniencia, en razones de política criminal, de *ultima ratio*, de proporcionalidad o de selección reglada.

La oportunidad surge de otro principio denominado dispositivo, que rige también el desistimiento de la querella, la conciliación, los recursos ordinarios, la casación, el incidente de reparación integral y la acción de revisión (Arts. 76, 199, parágrafo del 104 y 522 de la Ley 906 de 2004). La oportunidad se caracteriza por la posibilidad que tiene la Fiscalía General de la Nación para suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal en los casos que de manera taxativa establece la ley; dicho de otra manera, es la posibilidad real que tiene el Estado de materializar el principio de ultima ratio y de proporcionalidad, en el sentido de utilizar la violencia estatal que entraña el derecho penal como última opción de control social, dando paso a la aplicación de respuestas alternativas que permitan solucionar el conflicto de manera distinta, dándoles intervención a la víctima y al victimario





de participar en la solución de sus problemas, en lugar de pasárselos al impotente Estado absoluto, el que todo lo puede; así lo dispone el artículo segundo de la Constitución Política.

El principio de oportunidad germina y se desarrolla al lado del principio de legalidad. No es excepción a la legalidad, tampoco se puede considerar como opuesto al principio de legalidad. Todo lo contrario. Es su complemento, porque todo ese anhelo de verdadera justicia que se pretende cumplir a través del principio de legalidad en realidad no se puede agotar sin la ayuda del principio de oportunidad, que a su turno tiene como bases primarias los principios de ultima ratio y proporcionalidad o prohibición de exceso y prohibición de insuficiencia.

Son las dos caras de una misma moneda. El primero es la garantía, el segundo la utilidad; aquel es idealista, este es pragmático. Por su abstracción, el principio de legalidad congestiona el sistema judicial, pretende investigar todos los delitos y a todas las personas; en realidad se propone un imposible. El principio de oportunidad, por su concreción, sirve de vía de escape, de nivelador del sistema judicial, es el que abre espacio para que la esperanza

que siembra el de legalidad pueda materializarse. El de legalidad tiene un efecto iatrogénico²³, el de oportunidad un efecto autorreparador y de reconciliación del sistema penal con el ser humano en desgracia.

No es excepción²⁴, porque una estructura así concebida encuentra en la base el principio de legalidad, y el principio de oportunidad como la regla, versión diferenciadora que contradice la particular distinción entre principios y reglas, porque los principios no tienen excepciones, las reglas sí. Se sabe que los principios no tienen excepciones por su carácter abstracto. Si algo se considera como una excepción al principio, no es tal. Las excepciones se predican siempre de las reglas; siempre se escucha "toda regla tiene su excepción".

En la teoría de los derechos fundamentales la distinción entre reglas y principios se muestra clara en los supuestos de colisión de principios y de conflicto de reglas. En ambos casos, cada una de las normas mencionadas, si se aplican independientemente, conduce a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorios; sin embargo, existen diferencias en la forma como se soluciona el conflicto.

23 La primera vez que escuché el término fue con mi gastroenterólogo, Jaime Alvarado Bestene; la segunda vez lo leí en una conferencia del profesor Alberto M. Binder, sobre legalidad y oportunidad, en *Estudios sobre Justicia Penal*, homenaje al profesor Julio B. J. Maier, Buenos Aires, 2005, Editores del Puerto, pág. 210. Dicese de toda alteración del estado del paciente producida por el médico o los medicamentos. http://es.miml.hu/medicina/latrogenico. html.

24 Nuestra Corte Constitucional, al referirse al poder de disposición del proceso, considera el principio de oportunidad, "por oposición al principio de legalidad" (C-228 de 2002). En las Sentencias C-673 de 2005, C-988 de 2006 y C-095 de 2007, lo considera "como una figura de aplicación excepcional mediante la cual se le permite al fisca suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal". El Fiscal General de la Nación de la época, Dr. Luís Camillo Osorio Isaza, en el texto de la exposición de motivos lo justifico así: "...) la regía en materia de investigación y acusación la determina el principio de legalidad y la excepción será el principio procesal de la oportunidad (Gaceta del Congreso 339 de 23 de julio de 2003).

Otro ejemplo de conflicto de reglas que puede ser solventado a través de la introducción de una cláusula de excepción es aquél que se da entre la prohibición de abandonar una sala antes de que suene el timbre de salida y la orden de abandonarla en caso de que se escuche la alarma de incendios.

Para analizar este criterio de distinción, Robert Alexy recurre a dos decisiones del Tribunal Constitucional alemán. La primera se refiere a un conflicto entre una norma jurídica del Estado Federal y una norma de un land. Esta última prohibía la apertura de puestos de venta los miércoles desde las 13:00 horas, mientras que la norma federal lo permite hasta las 19 horas. Este es un caso clásico de conflicto de reglas contradictorias: una permite lo que la otra prohíbe, de modo que si ambas fueran válidas, la apertura los miércoles por la tarde estaría tanto permitida como prohibida. Se trata de un conflicto que sólo puede ser solucionado, o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimine el conflicto o declarando inválida una de las reglas. Así, el Tribunal resolvió este caso según la norma de conflicto, "el Derecho federal prevalece sobre el Derecho del *land*" (art. 31 de la Ley Fundamental de Bonn), declarando así nula la norma jurídica del *land*.

Otro ejemplo de conflicto de reglas que puede ser solventado a través de la introducción de una cláusula de excepción es aquel que se da entre la prohibición de abandonar una sala antes de que suene el timbre de salida y la orden de abandonarla en caso de que se escuche la alarma de incendios. Si todavía no ha sonado el timbre de salida y se da la alarma, estas reglas conducen a juicios concretos de deber ser contradictorios entre sí. El conflicto se puede solucionar introduciendo en la primera regla una cláusula de excepción para el supuesto de que suene la alarma de incendios. Ahora bien, si una solución de este tipo no es posible, por lo menos una de las reglas tiene que ser declarada inválida y, con ello, eliminada del ordenamiento jurídico. Ciertamente, a diferencia de lo que sucede con el concepto de validez social, el concepto de validez jurídica no es graduable: una norma vale o no vale jurídicamente.

De manera enteramente distinta procede el Tribunal Constitucional alemán en una decisión sobre la celebración de un juicio oral contra un inculpado al



que amenaza el peligro de un ataque de apoplejía y de infarto. Las normas en colisión son, por un lado, el artículo 2.2 de la Ley Fundamental de Bonn, que reconoce al individuo un derecho fundamental a la vida y a la integridad física, y, por otro, el principio que impone al Estado el deber de garantizar un eficiente funcionamiento de las instituciones del Derecho penal. Si existiera sólo el derecho fundamental, entonces la celebración de un juicio oral que pusiera en peligro la vida y la salud de un inculpado habría que calificarla, sencillamente, de prohibida; si existiera sólo el deber del Estado de cuidar de un eficiente funcionamiento de las instituciones jurídicas, entonces habría

que considerar el juicio oral, simplemente, como obligatorio o, cuando menos, permitido. Por otro lado, si el Tribunal hubiera resuelto el caso eliminando del ordenamiento jurídico, bien el derecho fundamental, o bien el deber, habría tratado la colisión de las correspondientes normas como una contradicción y, por ello, como un conflicto de reglas. El proceder del Tribunal, sin embargo, es de un tipo enteramente distinto: no habla de una contradicción entre ambas normas, sino de una tensión y subraya que ninguna de ellas goza "simplemente de primacía frente a la otra", lo que sería el caso si una de las normas, como en los supuestos de conflictos de reglas, hubiese sido declarada inválida.

Las colisiones entre principios deben ser solucionadas de forma totalmente distinta. Cuando dos principios entran en colisión, uno de ellos tiene que ceder ante el otro; pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en este haya que introducir una cláusula de excepción, puesto que, bajo ciertas circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera contraria. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en cada caso concreto los principios tienen diferente peso y que prima el de mayor peso. Estos casos han de ser resueltos a través de una ponderación, con lo cual el factor decisivo lo constituye el principio al

que le corresponde un peso relativamente mayor en el caso concreto; al principio que juega en sentido contrario se le hace retroceder, pero no se declara inválido. En definitiva, "los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios -como solo pueden entrar en colisión principios válidos- tiene lugar más allá de la dimensión de validez, en la dimensión del peso"25.

Si por excepción debe entenderse "una situación, que aunque puede pasar, suele suponer algo negativo para la ejecución de nuestro programa"²⁶, impera afirmar que el principio de oportunidad supone el lado negativo para la validez y efectividad del principio de legalidad, o al menos ¡es un efecto dañino, nocivo!

D. ¿Cómo podría pensarse que el principio de oportunidad supone el lado negativo del principio de legalidad?

La única respuesta que puede tener semejante tesis es propia de un Estado de naturaleza inquisitiva, totalizador, imperativo e idealista, lo cual resulta confuso para un país que ha asumido como principio fundamental que Colombia es un Estado social de derecho, democrático, partici-

pativo y pluralista, fundado en el respeto a la dignidad humana, la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general (Art. 1).

En realidad lo que tal

planteamiento deja trever es la problemática formulada al inicio de este escrito: la crisis de la idea omnicomprensiva, totalizadora y generalizadora del principio de legalidad que genera gravísimos problemas y debe ser abandonada, sí, leyó bien, ¡abandonada!, porque no se puede seguir alimentando la idea que un Estado puede imponerles a sus servidores públicos judiciales la obligación de investigar todos los delitos y a todos los posibles infractores de la ley penal, noble finalidad, propia de quien dicta sus primeras cátedras de derecho constitucional o de derecho penal o procesal penal, alimentando a sus discentes a creer que el principio de legalidad puede y debe abarcarlo todo, sin contar que desde hace mucho tiempo esa idea entró en crisis, que de esa faceta del principio ya no queda mucho en el plano de la praxis y que solo es un recuerdo romántico.

Para los que nos atañe este escrito, legalidad y oportunidad son dos caras de un mismo numerario; igual ocurre con nuestro profesor de cátedra respecto de los principios de legalidad e igualdad. Fácil resulta afirmar en el plano teórico e ideal que la justicia se administra por iqual a todas y cada una de las personas que se encuentran dentro del territorio colombiano o respecto de todas las personas destinatarias de la ley penal, porque la ley por su propia naturaleza no puede dar origen a la desigualdad, pero nada se dice de la efectividad que esas palabras y planteamientos tienen en el mundo real.

Normalmente se les afirma a los estudiantes que el sistema totalizador, el que abarcó por completo a la persona, es propio de las épocas de la monarquía absoluta; sin embargo, la historia cuenta algo distinto, en esta época no existía la idea de que los efectos del binomio principio de legalidad-principio de igualdad, no fueran selectivos, sino generalizadores, exhaustivos y absolutos. Todo lo contrario. El derecho penal de esa época no quiere decir que la ley penal sea iqual para todos los hombres y en todos los lugares, ni que esta le deje al juez resueltos todos o casi todos los problemas, ni tampoco que el poder real consiga imponer su ley y su autoridad

²⁵ Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, 3ª reimpresión, Págs. 81 a 115. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, No. 10, 2006/2007, ISSN 1575-7382, pp. 53-77 en www.filosofiayderecho.com/rttd - 53 - La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española por Ramón Ruiz Ruiz.

²⁶ http://elvex.ugr.es/decsai/java/pdf/B0-intro.pdf

en todas las contiendas u ofensas delictivas surgidas entre partes²⁷.

A través del avance del tiempo se fue creando y vendiendo la idea de que si el monarca²⁸ no se cubre de leyes y si estas no alcanzan todas las situaciones imaginables, el rey está en peligro, la Administración tambalea, el soberano se convierte en un padre de familia autoritario, pero habitualmente desobedecido, él hace oír su voz a través de la ley en forma imperativa y constante, dando disposiciones legales que pretenden regularlo todo; y como sabe que la ley ni se respeta, ni se cumple, amenaza a través de cada una de ellas para forzar a su cumplimiento con penas siempre duras y muchas veces exageradamente desproporcionadas. Así, casi toda la ley real era ley penal. En un cerrado círculo vicioso, la ineficacia de la ley conducía a un aumento de la severidad represiva. La coacción intenta suplir la falta de un serio respeto del súbdito a la ley, y se pone de manifiesto la impotencia de un mecanismo administrativo y judicial muy viciado e ineficaz para ejecutar el tropel inorgánico y minucioso de leyes y disposiciones menores de carácter penal29.

E. ¿Por qué los principios de prohibición de exceso y prohibición de insuficiencia fundamentan el principio de oportunidad?

La prohibición de exceso o principio de proporcionalidad se deduce de los artículos 1º (Estado social de derecho, principio de dignidad humana), 2° (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5° (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6° (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas), 11. (prohibición de la pena de muerte), 12. (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (principio de igualdad) y 214. de la Constitución (proporcionalidad de las medidas excepcionales). Sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas"30.

Tanto el legislador como el aplicador de justicia gozan, en el caso del primero, de cierta discrecionalidad para establecer penas diversas a distintos hechos punibles, y en la situación del segundo, de discrecionalidad reglada para interrum-

pir, suspender o renunciar al ejercicio de la acción penal, no persiguiendo la totalidad de los delitos y de personas presuntamente infractoras de la ley penal, siempre y cuando "se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros"31.

El principio de proporcionalidad o prohibición de exceso y el carácter del derecho penal como ultima ratio, permiten afirmar, en contra del extremo pensamiento idealista fundado en la absoluta legalidad en materia de persecución penal, que "sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es, acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas"32.

Bajo esta limitante, es claro que el Estado debe evitar la investigación y acusación de conductas cuando tenga otros medios menos lesivos que el derecho penal para proteger los bienes jurídicos

- 27 Francisco Tómas y Vallente, El derecho penal de la monarquía absoluta, siglos XVI, XVII – XVIII), Editorial Tecnos, Madrid, 1969, pág. 26; Alberto M. Binder, op. cit., sobre legalidad y oportunidad, págs. 207 a 210.
- 28 Aplíquese a los mandatarios de Centro y Suramérica
- 29 Francisco Tomás y Valente, op. Cit., pág. 46.
- 30 Sentencia C-070 de 1996. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.
 Fundamento 10. En el mismo sentido, ver las Sentencias
 C-118 de 1996 v C-148 de 1998.
- 31 Sentencia C-1404/2000. M. P.: Carlos Gaviria Díaz y Álvaro
- 32 Sentencia C-070 de 1996. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento 10. En el mismo sentido, ver las Sentencias C-118 de 1996 y C-148 de 1998.

que pretende amparar. En un Estado social de derecho, fundado en la dignidad humana y en la libertad y autonomía de las personas (C. P. artículos 1, 5 y 16) resulta desproporcionado que el legislador opte por el medio más invasivo de la libertad personal, como es el derecho penal, cuando cuenta con instrumentos menos lesivos de los derechos constitucionales para amparar los bienes jurídicos. El derecho penal en un Estado social de derecho está también limitado por el principio de necesidad, pues tiene el carácter de ultima ratio. En consecuencia, resultan incomprensibles desde el marco constitucional aquellas investigaciones y condenas que sean innecesarias33. Así lo reiteró la Corte Constitucional en la Sentencia C-647 de 2001, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra, fundamento 4, donde señaló: "el derecho penal en un Estado democrático sólo tiene justificación como la ultima ratio que se ponga en actividad para garantizar la pacífica convivencia de los asociados".

Si la finalidad del legislador al establecer el principio de legalidad en materia procesal es proteger todos los bienes jurídicos seleccionados como de mayor trascendencia social y jurídica, investigando todas las conductas que los pongan en peligro efectivo o los vulneren, y a todas las personas consideradas como presuntos autores o partícipes, a fin de materializar fines primarios del principio de iqualdad, puede afirmarse sin temor que el Constituyente incurrió en un exceso, puesto que hubiera podido obtener los mismos fines con un mecanismo menos invasivo en términos de política criminal, en la medida en que basta con reconocer la imposibilidad del Estado para lograr esos nobles propósitos, para darle cabida a un instituto como el principio de oportunidad que le permita al ente de persecución penal invocar, entre otras fuentes34, criterios de selección estandarizados en la ley que le permitan resolver de manera alternativa el conflicto social.

Cuando el Estado incurre en excesos de persecución penal y de aplicación de penas, desconociendo los fines más nobles del Estado social democrático de derecho, intensificando su acción de manera injustificada desde la perspectiva de la política criminal constitucionalizada, no cabe duda de que esa acción puede adjetivarse como inconstitucional, porque la aplicación del principio de legalidad extrema se torna desproporcionada e irrazonable, al optarse

por la solución jurídica más drástica y rigurosa, con el consecuente abandono de formas alternativas mucho más razonables y educadoras de solución al conflicto que se fundamentan en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atienden una valoración objetiva de elementos tales como la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros"35.

Si es el ciudadano quien invoca la prohibición de insuficiencia frente al operador de justicia, lo que reclama es que no se le vulnere su derecho a la aplicación de un derecho penal mínimo, so pretexto de cumplir los fines idealistas del principio de legalidad, que lo obligan a investigar todas las conductas presuntamente delictivas y a todas las personas que aparezcan como posibles autores o partícipes, de manera que el funcionario, antes que activar o proseguir con el ejercicio de la acción penal, tratándose de la criminalidad media y mínima, se pregunte si existe algún criterio de oportunidad que le permita zanjar la problemática social a través de medios alternos, menos estigmatizantes, más

³³ C-370 de 2002, M. P: Dr. Eduardo Montealegre Lyneth.

³⁴ Como la conciliación, la mediación y el desistimiento.

³⁵ Sentencia C-1404/2000. MM. PP.: Carlos Gaviria Díaz y

reparadores y respetuosos de los derechos de la víctima y por supuesto del infractor de la ley penal.

F. El valor ético que encarna la aplicación del principio de oportunidad

Quien haya leído con detenimiento estas líneas estará convencido de que el principio de oportunidad y los preacuerdos son la vía de escape a la congestión que actualmente Presenta el Sistema Penal Acusatorio; sin embargo, la aplicación de estos institutos exige, como ningún otro, fiscales, defensores y procesados quiados y fortalecidos por el comportamiento y la exigencia axiológica. Es cierto que cada individuo tiene una visión del mundo según sus valores y que desde esa visión se construyen los conceptos del mundo jurídico y su aplicación a los casos concretos.

Entrar a discernir sobre la ética constituye un verdadero desafío, especialmente cuando ese poder³⁶, por mandato constitucional, ha quedado en manos de la Fiscalía General de la Nación, o, mejor, del Fiscal General de la Nación y de sus fiscales delegados, poder que exige comportamientos adecuados, alejados de conductas éticas que pongan en entredicho la confiabilidad del ciudadano en el sistema penal,

la solidaridad en general, la convivencia y la unidad.

El aplicador del principio de oportunidad debe regirse por la ley de identidad, según la cual el proceso de razonamiento individual debe utilizarse en un solo sentido, sin afectar los derechos y seguridad de los otros, direccionamiento unívoco que está en la Constitución, en la ley y en las resoluciones del Fiscal General de la Nación, que contienen las pautas que hacen de la justicia una labor verdaderamente noble.

Ese poder de disposición constitucional del que fue investido cada fiscal debe ceñirse al postulado de que la investigación penal requiere no solo que exista suficiente mérito para acusar por razones fácticas y jurídicas, sino que no existan razones de oportunidad para archivar el proceso, sin que pueda confundirse esa senda jurídica para cimbrar sus fines y desviarla en búsqueda de fines contrarios a la ética, olvidando que a nadie le es permitido delinquir amparado en la legalidad, rompiendo los límites de la ética autónoma, la que arranca del propio sujeto, del hombre mismo libre de todo influjo, ese que ha jurado acatar la Constitución y la ley cuando escuchó durante su posesión: "¿Jura

El Estado debe evitar la investigación v acusación de conductas, cuando tenga otros medios menos lesivos que el derecho penal para proteger los bienes jurídicos que pretende amparar. En un Estado social de derecho, fundado en la dignidad humana y en la libertad y autonomía de las personas (C. P. artículos 1°, 5° y 16°) resulta des pro porcionado que el Legislador opte por el medio más invasivo de la libertad personal, como es el derecho penal, cuando cuenta con instrumentos menos lesivos de los derechos constitucionales. para amparar los bienes iurídicos.

> 36 Corte Constitucional Sentencia C-591, consideración 3.4.4.3., los rasgos estructurales del procedimiento penal; literal (b), los poderes (...); flem (vii), el poder de disposición del proceso.

por Dios fidelidad a la bandera y a su patria, Colombia, de la cual es símbolo, una nación soberana e indivisible, regida por principios de libertad, orden y justicia para todos? ¡Sí juro! Si así lo hiciereis, que Dios y la patria os lo premien, y si no que Él y ella os lo demanden".

Actuar bien es el precepto simple que gobierne su vida y evolución, pues es esto lo que lo acerca a vivir con menor dolor y menos sentimiento negativo. Actuar bien implica decidir bien, preferir entre muchos valores el mejor y más justo. Actuar bien es determinarse a su propio destino, es una selección decidida y aprobada por su propia conciencia, alejada del medio externo que en forma de riqueza extra, de influencias y favores se le presentan como contraalternativas, comocontra valores y que ponen a prueba los valores y principios que se han forjado desde los primeros años de la inocencia a la sombra de papá y mamá.

La ética debe ser una pasión, un algo permanente, no un esfuerzo casual frente a cada tentación. No hace falta saber actuar bien, sino estar dispuesto a hacerlo siempre. Cualquier acto de corrupción o del no proceder deja a la persona en un estado de incomodi-

dad, pues sabe que desde ese momento debe torcer el resto de su existencia, convivir con la maldad y suele engañarse pensando que esa acción de pronto pudo haberse ejecutado por otra persona, entonces ¿por qué no él?

Lo moral no es posible medirlo, pero sí se pueden medir las consecuencias de un mal proceder, por eso es necesario que quien se encuentre con una tentación mida los efectos de aceptarla, porque ahí está el freno inhibitorio, ese que mueve los cimientos forjados en la familia, en el Dios o el ser superior, en el colegio y en la universidad.

Cuando somos impotentes de ser éticos y nuestra conciencia se muestra contraria al buen proceder, en nuestro rostro, al andar, al gesticular, al hablar se muestra el sello de lo que representamos: la maldad, el engaño, la ilicitud; sólo que quien tiene la marca no la ve -ver la paja en el ojo ajeno, y no la viga en el propio-, pero quienes están en su mundo circundante sí lo identifican, es entonces cuando se produce un desplazamiento de la moral, porque son los otros los que nos tientan, los que nos hacen ser débiles.

Finalicemos afirmando con Platón³7 y Franz Josef Hinkelammert³⁸: la ética no es un prescindible elemento decorativo de la vida humana, sino que es condición de posibilidad de esta y, entonces, hace falta discutirla. Pero de Platón y de la discusión posterior sobre la ética de ladrones surge otro resultado: la sociedad que no introduce una ética del bien común cae necesariamente en una ética cuyo paradigma es la ética de la banda de ladrones; esa sociedad no deja de tener ética, sino que su ética llega a ser la de la banda de ladrones. Esto demuestra que la sociedad dejó de reflexionar sobre la ética en términos de una condición necesaria de toda convivencia humana y pasó a las discusiones sin sentido sobre juicios de valor para ocultar su ética vigente, porque quiere esconder que estamos viviendo una sociedad cuya ética tiene como paradigma la ética de la banda de ladrones.

Por eso el problema no es la disyuntiva entre no tener ética y tenerla, ni entre orden y caos, ni entre institución y anomia, sino entre sociedades que reducen su ética a la de la banda de ladrones y sociedades que someten a las bandas de ladrones a una ética del bien común.

Para evitar el enfoque del bien común, el siste-

- 37 En el primer libro de La República de Platón, Sócrates deflende la necesidad de la justicia, como elemento de la convivencia organizada en la vida social de los seres humanos, con un argumento que desde entonces constituirá, al menos en la tradición intelectual de la cultura de Occidente, un tema interrumpido de debate y controversia. El examen del asunto, que se conoce bajo el emblemático título de argumento de la banda de ladrones, ha sido objeto de las más diversas interpretaciones.
- 38 Franz Hinkelammert, El cálculo del límite de lo aguantable y la ética de la banda de ladrones. Nacido en Alemania en 1931, llegó a la adolescencia bajo el régimen nazi: "cuando terminó la guerra tenía 14 años. Los suficientes para percibir cuál era la tendencia en la escuela, en la juventud hitleriana, en la cual uno tenía que participar, pero también estaba el impacto de la guerra", dice en una entrevista que le hicieron en 1992. Hinkelammert estudió economía, filosofía y teología en las universidades de Friburg, Hamburg, Münster, y en la Universidad Libre de Berlín, en la cual fue profesor asistence nat respectado en 1990 en la tesis sobre El desarrollo económico de la Unión Soutática.

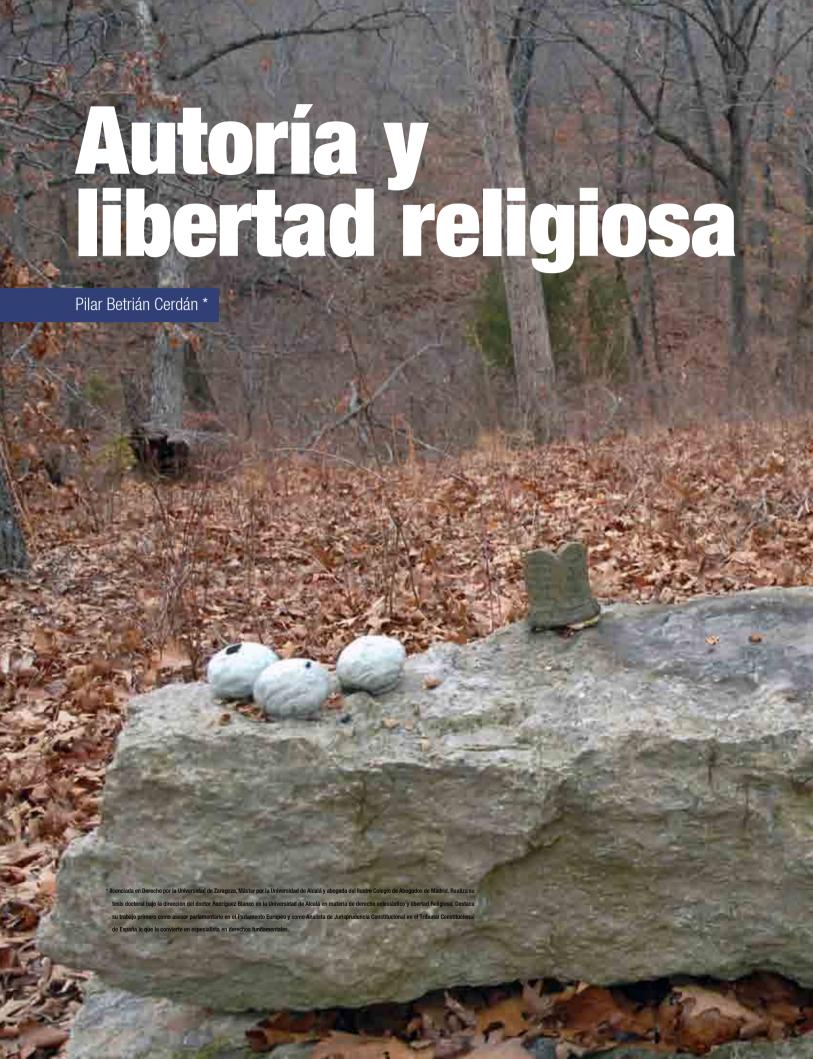


ma actual promete cielos mientras produce y legitima infiernos. Si no la enfrentamos, la lógica del sistema se realizará y ella es Calígula, que quería que el pueblo tuviera un solo cuello: para cortarlo. A diferencia de entonces, ahora el mundo es global y el pueblo y la naturaleza sí tienen un solo cuello. La banda de ladrones está convirtiéndose en una banda de calígulas que quieren cortarlo, aunque eso signifique su suicidio.

El argumento se concreta en que la propia banda de ladrones debe practicar la justicia en su seno, aunque la omita respecto de los demás. De igual modo, tanto una polis como un ejército, una familia o un grupo social o racial cualquiera no se diferenciará de una banda de piratas o ladrones cuando orienta su desempeño hacia la injusticia. Y lo más grave es que cuando así ocurre, el único poder que se conserva intacto es aquel poder para dividir y provocar odio, para degradar y tornar a unos y otros enemigos entre sí39.

El mundo es global y el pueblo y la naturaleza sí tienen un solo cuello.

39 http://www.kaosenlader.net





huellas

muy diversos; la necesidad de protección de unas condiciones mínimas que posibilitan que el individuo se desarrolle en sociedad requiere el establecimiento de normas que deben ser obedecidas para hacer realidad dichas condiciones. Sin embargo, pueden surgir situaciones en las que la exigencia legal sea opuesta a lo que el sujeto siente como moralmente vinculante: los juicios de la conciencia afectan a comportamientos externos y por tanto, en más de una ocasión a conductas que están reguladas por el derecho penal.

¿Qué ocurre cuando el rechazo de esa norma -penal- nace de la valoración en conciencia del individuo? Una pregunta que se plantea en un momento en el que la discusión judicial sobre los límites y las consecuencias de la objeción de conciencia frente a las normas del derecho penal alcanza un momento relevante con aspectos tan polémicos como la cuestión del aborto, los métodos anticonceptivos o las transfusiones de sangre.

Porque la libertad religiosa y de conciencia y sus manifestaciones se entienden como un derecho fundamental. De ahí que en esta ocasión la intención sea, partiendo de la interpretación constitucional aceptada, precisar las posibles repercusiones de la libertad de conciencia en el derecho penal. Dicho de otro modo, plantear si efectivamente ha de existir la posibilidad de que el derecho actúe eficazmente a favor de la conciencia personal de los individuos en tanto consiste en la emisión de juicios morales, y en su caso ¿cuál puede ser la respuesta al problema que se plantea ante la disyuntiva entre la norma penal y la conciencia del individuo?

Para poder abordar el núcleo del problema, esto es, ¿cuál puede ser la respuesta dada desde la doctrina penal al problema de autoría guiada por la conciencia de individuo?, se deber partir de la aclaración de algunos conceptos clave de esta investigación.

El artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU (10/12/1948) dice: persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia. La

equivalencia en la Constitución española (CE) es el artículo 16.1: un único derecho a la libertad religiosa e ideológica: una declaración de un único derecho y en la concreción de ese derecho en un ritmo binario: la libertad religiosa e ideológica equivalen respectivamente a la conciencia y a la creencia. La propia Constitución colombiana, en su artículo 18 garantiza esta libertad de conciencia, en la medida en que nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia.

Todos estos textos quieren poner de relieve que existe un ámbito de libertad propio de la persona humana, que puede exigirse tanto a partir de convicciones religiosas, como a partir de convicciones no religiosas propio del ofrecido por un derecho humano; un ámbito de libertad que además se configura como un principio de organización social y de configuración cívica, ya que expresa una exigencia de justicia innata a la dignidad de la persona humana y contiene una idea o definición de persona.

Esta doble acepción de la libertad religiosa, como principio y como derecho, acogida por el constituyente, ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional español:

Hay dos principios básicos en nuestro sistema político que determinan la actitud del Estado hacia los fenómenos religiosos y el conjunto de relaciones entre el Estado y las iglesias y confesiones: el primero de ellos es la libertad religiosa, entendida como un derecho subjetivo de carácter fundamental que se concreta en el conocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de agere licere del individuo; el segundo es el de igualdad, proclamado por los artículos 9° y 14, del que se deduce que no es posible establecer ningún tipo de discriminación o de trato jurídico diverso de los ciudadanos en función de sus ideologías o sus creencias y que debe existir un iqual disfrute de la libertad religiosa por todos los ciudadanos. Dicho de otro modo, el principio de libertad religiosa reconoce el derecho de los ciudadanos a actuar en este campo con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales, de manera que el Estado se prohíbe a sí mismo cualquier concurrencia, junto a los ciudadanos, en calidad de sujeto de actos o de actitudes de signo religioso, y el principio de libertad en esta materia, significa que las actitudes religiosas de los sujetos de derecho no pueden justificar diferencias de trato jurídico"¹.

Y como suprema representación institucional de la comunidad política, el Estado reconoce y garantiza las manifestaciones del factor religioso de los ciudadanos y los grupos religiosos en cuanto expresión de la sociedad y signo inequívoco de la soberanía nacional, fuente última de los poderes del Estado (art. 1.2). No tiene otros límites ese reconocimiento y garantía de la especificidad de lo religioso que el minimum exigido por el orden público democrático (art. 16.1).

El Derecho debe limitarse a captar y regular el factor religioso desde una perspectiva estrictamente jurídica, inspirándose en los principios constitucionales. Y efectivamente, si se quieren ofrecer vías de solución al problema de la colisión del imperativo de la conciencia con lo dispuesto por la norma jurídico-penal, será necesario determinar, en primer lugar, la naturaleza y el origen de aquella motivación que obliga a un individuo, por ejemplo, a rechazar un determinado tratamiento médico como

único medio para salvar a su hijo menor de edad o la de un médico que se niega a practicar un aborto en los casos legalmente previstos.

Y ya que el Estado no formulará ese tipo de conceptos, se recurre a la doctrina para poder llegar a una conclusión objetiva sobre qué es conciencia y qué se debe entender por el derecho de su objeción.

Resulta evidente que la conciencia puede manifestarse de muy diferentes formas dentro del ámbito de actuación del individuo. Sin embargo, se va a delimitar a efectos de definir la responsabilidad en tema de autoría.

Se concluye que las decisiones protegidas por la libertad de conciencia se relacionan con la libertad de pensamiento y religiosa en cuanto suponen un juicio sobre un comportamiento concreto, sobre la base de convicciones de normas morales de comportamiento adquiridas en función de esta última.

De estas decisiones solo afectan al derecho penal aquellas que al llevarse a efecto implican conductas de infracción de normas castigadas con penas. Por ello la exigencia de que las convicciones alcancen un determinado nivel de fuerza, seriedad, coherencia e importancia. Para que pue-



de conciencia es necesario además que esas convicciones, en el dictamen sobre el caso concreto para el que debe haber sido necesario un esfuerzo cuando existe oposición con normas sociales imperantes, hayan generado un deber concreto de actuar o de omitir en contra de estas últimas. En palabras de Roxin, el hecho de conciencia no se distinque del hecho de convicción en contenido, sino en la experiencia interna de su obligatoriedad incondicionada; pero esta obligatoriedad incondicionada es sencillamente la estructura del deber moral personal que adquiere el juicio de conciencia respecto a una norma determinada². La adhesión a una determinada convicción implica facultades de actuar y deberes, pero para que esos deberes sean incondicionados es necesaria la expresión del juicio de conciencia en ese sentido3.

da hablarse de actuación

Y esta postura lleva a definir qué es precisamente la objeción de conciencia: en sentido amplio, es toda pretensión contraria a la ley motivada por razones axiológicas –no meramente psicológicas –, de contenido primordialmente religioso o ideológico, ya tenga por objeto la elección menos lesiva para la

propia conciencia entre las alternativas previstas en la norma, eludir el comportamiento contenido en el imperativo legal o la sanción prevista por su incumplimiento o, aceptando el mecanismo represivo, lograr la alteración de la ley contraria al personal imperativo ético.

En la mayoría de países no se reconoce genéricamente el derecho a la objeción de conciencia como tal; en sus textos constitucionales suele aparecer alguna de las manifestaciones, las demás quedan en la incertidumbre. En la Constitución de España solo existe una referencia expresa a la objeción de conciencia: la del artículo 30.2 C. E., que establece del servicio militar. ¿Significa eso que las demás objeciones se deben tratar como meras desobediencias civiles? Esta pregunta lleva a distinguir ambos conceptos: la desobediencia civil se trata de incumplir un deber jurídico para pedir la modificación de la legislación vigente (tiene trascendencia política). Sin embargo, la objeción de conciencia no persique cambios legislativos. un acto que no busca adhesiones, sino que rehúsa el cumplimiento de la ley "porque" es moralmente injusta y no "para que" deje de serlo.

Retomando la idea de regulación constitucional mencionada hace unos instantes, la objeción de conciencia no es un derecho fundamental autónomo, sino una especificación -o mejor, la exteriorización por antonomasia- de la libertad de conciencia. Como tal, no requiere desarrollo legislativo para hacerse valer, pues es directamente aplicable en la práctica. De este modo, aunque solo se recoja específicamente una de sus concreciones en el art. 30.2 C. E. -al servicio militar-, implícitamente, y con carácter general, halla su cobertura jurídica en el art. 16.1 C. E4.

En el fondo, lo que aquí subyace es el temor del Tribunal Constitucional de que, si por un lado, las reconoce como derecho fundamental, se puedan multiplicar las solicitudes y tipos de objeciones, y de que si, por el otro lado, las cataloga y clasifica exactamente, se encasillen -cuando en realidad se trata de unos derechos cambiantes y en constante evolución, al ritmo de la variación de la conciencia general-. Por eso, lo mejor es ser prudente y dejar que sea el juez el que valore en cada caso cuándo se está ante una verdadera objeción por razones de conciencia y cuándo ante una

desobediencia civil o ante una mera transgresión.

Sentados los conceptos básicos relativos a la libertad religiosa y la objeción de conciencia, cuando se habla de factor religioso y derecho penal, la doctrina siempre se centra en las teorías que abogan por la regulación específica de delitos contra el factor religioso:

Las diferentes teorías defensoras de una regulación específica de los delitos contra el factor religioso que fundamentan dicha regulación en la consideración de un sentimiento religioso como un bien jurídico que ha de ser objeto de tutela penal en-

4 En 1975 se abre el camino a la transición política, y con la cautela que requería la situación política del momento, se van dando los primeros pasos hacia el reconocimiento de la objeción de conciencia (en concreto la militar). Se produce una importante conexión entre los delitos de intencionalidad política y de opinión y la objeción de conciencia.

El 23 de diciembre de 1976, se promuiga el Real Decreto de 23 de diciembre de 1976, sobre prórrogas de incorporación a filas por objeción de conciencia de carácter religioso; la finalidad de la aprobación de esta norma era tratar de dar una solución rápida a los problemas que sobre esta materia se habían suscitado. Es necesario resaltar que esta norma configuraba el derecho a la objeción de conciencia como una mera excepción en la medida en que solo tenía cabida la objeción de conciencia de naturaleza religiosa.

Tras intensos debates constituyentes, la objeción de conciencia se incorporará al articulado, y aunque no dentro del apartado de derechos fundamentales, si se protegerá como si lo fuera, lo que sitúa a España en el grupo de países europeos que reconocen la objeción de conciencia en el texto constitucional. Y aunque la ley que desarrolló este derecho tardó en llegar (pues data de 1987), se fue perfilando su contenido desde bien temprano por el Tribunal Constitucional.

Queda fuera de toda duda de que cabe la posibilidad de que el derecho actúe eficazmente a favor de la conciencia personal de los individuos en tanto consiste en la emisión de juicios morales.



tendida como el conjunto de ideas religiosas y morales existentes en una sociedad es un bien colectivo del pueblo que justifica por sí mismo la necesidad de su tutela penal⁵.

Las teorías que se refieren a ello como la tutela del sentimiento religioso individual: se basan en la regulación penal específica del factor religioso en la tutela del bien jurídico constituido por el sentimiento religioso individual⁶; la forma personalísima e intransferible de sentir y vivir la experiencia religiosa. Así, para autores como Beling, toda persona debido al respeto que merece por el hecho de serlo tiene derecho a ser tutelada en sus sentimientos religiosos, el cual consiste para este autor en sentimiento de elevación espiritual hacia Dios y hacia la voluntad y el mandato divino⁷.

La doctrina española a la postre entiende que la progresiva secularización de los delitos en materia de religión no necesariamente a su desaparición, sino a lo que es más importante en un Estado social y democrático de Derecho: su equiparación con las demás libertades⁸.

Pero como ya se advirtió al comienzo de este texto,

no es este el objeto específico de estudio, sino aquellos casos en los que el individuo infringe la norma –penal– a fin de no contrariar a su conciencia: se habla de decisiones protegidas por la libertad de conciencia en cuanto suponen un juicio sobre un comportamiento concreto sobre la base de convicciones de normas morales de comportamiento adquiridas en función de esta última. Y es que la adhesión a una determinada convicción implica facultades de actuar y deberes; pero para que esos deberes sean incondicionados es necesaria la expresión del juicio de conciencia en ese sentido.

Lo cierto es que la influencia de la libertad de actuación conforme a las propias decisiones de conciencia ha sido de distintos ámbitos, que se señalarán brevemente.

Tipicidad y libertad de conciencia

Partiendo de la teoría de los elementos negativos del tipo, en la mayor parte de los casos carecen de aplicabilidad las causas de atipicidad.

Por tanto, la existencia de unos límites es primordial a la hora de llevar a cabo una ponderación de los intereses que entran en conflicto; precisamente, el artículo 16 C. E. alude específicamente al orden público. La mayor parte de la doctrina entiende que este concepto materializa los valores jurídicos del ordenamiento.

En esta línea es necesario examinar cuáles son los criterios que permitirían fundamentar un tratamiento distinto en los casos de acción y de omisión:

 Acción y omisión como posibles diferencias valorativas. La misma naturaleza del problema de la actuación conforme a los dictados de la propia conciencia y su colisión con las normas del derecho penal se ha pretendido vincular con una diferenciación entre acciones y omisiones.

Autores como Peters han querido ver que los supuestos de autor de conciencia son de sujetos que no cumplen un imperativo o mandato impuesto por el ordenamiento, pues hacerlo sería insoportable para su conciencia. También se ha señalado que en realidad es un derecho de omisión que garantiza las decisiones de conciencia de quienes con su pasividad evitan sufrir un daño en su espíritu. En todo caso, en la mayoría de ocasiones se ha tratado de ver que la distinción determinada por el juicio

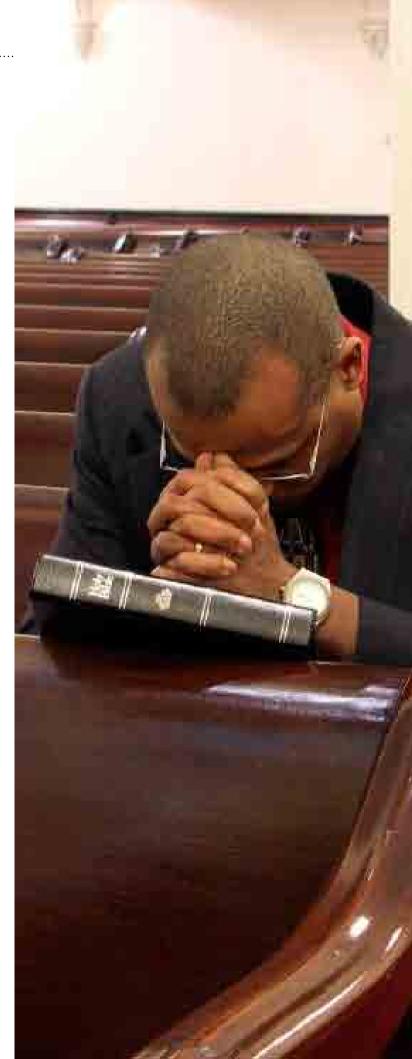
- 5 Cfr, Siracusano, C., I delitti in material di religione, Milan, 1983, págs. 13 y ss.
- 6 Vid. Bellini, "Libertà dell'uomo e fattore religioso nei sistema idellogici contemporanei", pág. 128.
- 7 Beling, E., "Die Beschimpfung von Religionsgesellschaften, religiösen Einrichtungen und Gebräuchen, und die Reformbedürftigkeit des 166 StGB" en Festabe für DAHN; III Tell, Breslau, 1905, påg. 23.
- 8 Morillas Cuevas, F., "Los delitos contra la libertad de conciencia y de culto", pág. 1361.

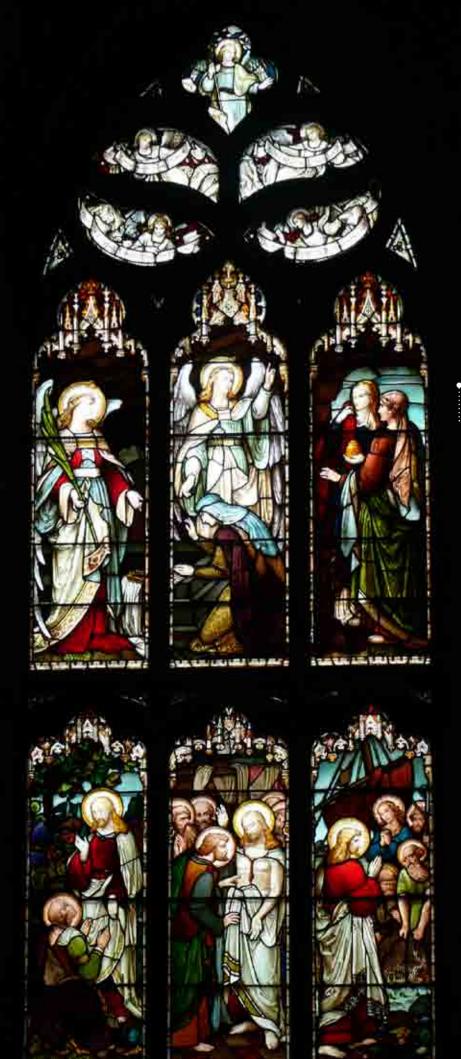
de conciencia queda justificada porque el orden social puede adaptarse mejor a omisiones antijurídicas que a acciones agresivas antijurídicas.

 La omisión impropia: conciencia y posición de garante

Esta cuestión ha sido tratada más extensamente con relación a las negativas de transfusiones de sangre, tanto en lo relativo a la responsabilidad del médico que omite el tratamiento, como del familiar que se niega a dar su consentimiento para la transfusión del paciente cuya vida depende de ello, pero que rechaza el tratamiento. A la hora de analizar estos casos, se concede cierta importancia a la discusión sobre la relevancia sistemática de la inexigibilidad de la acción debida que efectivamente se omite, aunque su conclusión está en la línea de un sencillo razonamiento desde el principio de la especialidad: si falta la posición de garante que debería fundamentar la comisión por omisión en el tipo general de homicidio, no es admisible tampoco que se dé el tipo especial. Más problemático resulta, sin embargo, cuando se trata de salvar la vida de un menor: en este caso la ausencia de tipicidad, aunque se afirma la posición de garante, vuelve a ser decisiva en la argumentación de autores como Buski: no puede existir equivalencia con una conducta activa de homicidio porque para ello no es suficiente con una posición de garante fundada en un mero parentesco, sino en circunstancias especiales concurrentes que determinarían la inexigibilidad de la prestación del consentimiento, que en una acción supondría un estado de necesidad exculpante y una omisión de atipicidad.

3. Adecuación social. Autores como Peters han tratado este problema de la libertad de conciencia y sus efectos para el derecho penal entendiendo que las simples omisiones por motivos de conciencia son socialmente adecuadas y que por tanto ni se subsumen en tipo general alguno ni han de provocar el inicio de investigación en un proceso penal. La doctrina, sin embargo, se ha mostrado contraria, en primer lugar, porque, no es claro que la adecuación social se pueda incluir dentro de la teoría del delito, y también por el hecho de





Lo que hace que un comportamiento sea lícito es la influencia de la libertad de conciencia y no la adecuación social. Solo un comportamiento motivado por la conciencia se lleva a cabo dentro de los límites del ejercicio de la libertad de conciencia que se puede entender lícito.

que pueden existir comportamientos de conciencia que no sean desde el punto de vista social adecuados.

Lo que hace que un comportamiento sea lícito es la influencia de la libertad de conciencia y no la adecuación social. Solo un comportamiento motivado por la conciencia se lleva a cabo dentro de los límites del ejercicio de la libertad de conciencia que se puede entender lícito. La inclusión de estos comportamientos dentro del ejercicio de un derecho no supone que estos sean socialmente adecuados, sino que siendo típicos e incluso socialmente inadecuados lleguen o estén autorizados y ser conformes a derecho.

4. La existencia de alternativas neutrales de conciencia. En opinión de Roxin, la cuestión se limita a las conductas activas, en las que el sujeto siempre actúa en una situación de colisión que puede llegar a justificar o disculpar la realización del tipo, pero nunca excluirlo de antemano. En estos casos se produce una exclusión del tipo cuando existe una alternativa neutral para la conciencia, distinguiendo aquellos casos en los que la colisión entre la conciencia y la ley produce un desvalor potencialmente evitable y aquellos en los que tal conflicto da lugar a un desvalor inevitable. Como paradigma de conflicto evitable está el caso de las transfusiones de sangre a un hijo. En estos casos Roxin entiende que no pueden ser castigados ni por omisión ni por tentativa de homicidio ya que su consentimiento puede ser reemplazado por el nombramiento de un autor, lo que no implica que se excluya el tipo9.

En el caso de las situaciones de conflicto con desvalor inevitable, habría que hacer otra doble distinción: si se produce perjuicio a intereses públicos o si el perjuicio se dirige a intereses privados; en los casos en los que, no habiendo alternativa, los padres dejan morir a su hijo, o un médico a una embarazada, deberían ser castigados al privar a sus víctimas de todos los derechos fundamentales; sin embargo la respuesta no es la misma cuando se perjudica de un modo periférico o puntual un derecho ajeno, como el marido que aconseja a la mujer a que no se practique la transfusión de sangre que le salvaría la vida.

La colisión de deberes Estado de necesidad como justificación de la actuación de conciencia

Autores como Stein¹º plantean que una causa de justificación en los casos de comportamientos típicos adecuados al juicio de conciencia puede reducirse básicamente a dos campos de discusión: un conflicto de deberes, de un lado, y, de otro la eficacia general de los derechos fundamentales en el campo del Derecho Penal. En estos casos, lo relevante es la responsabilidad en esta decisión para entender que es un caso de autopuesta en peligro excluyente de la tipicidad, ya que en el orden jurídico se le atribuye una libertad de decisión a la víctima para poner en peligro bienes jurídicos: lo relevante es por tanto la decisión de conciencia como criterio para determinar la responsabilidad de la decisión.

Sin embargo, en estos casos lo realmente relevante es discutir si dentro del estado de necesidad que se formula a partir de un conflicto de deberes y al que se reconoce una eficacia justificante es posible o no admitir como término del conflicto el deber que surge de un juicio de conciencia en oposición a otro deber distinto que aparece ordenado por las normas jurídicas positivas. Por lo general, se suele negar esta posibilidad11, aunque en ocasiones se remita el conflicto entre deber jurídico y



⁹ Roxin, C., Teoría del tipo penal (trad. del original Offene Tatbestäde un Rechtspflichmerkmale, Berlin, 1970, de Enrique Baciagalupo), Depalma, Buenos Aires, 1970, págs. 153 y ss.

¹⁰ Stein, E., Gewissensfreiheit in der Demokratie, J.C.B. Moht (Paul Siebeck), Tübingen, 1971, pág. 65.

¹¹ Baumann/Weber, Strafecht-AT, 9^a edición, Gleseking, Bielefeld, 1985, págs. 352 y 353.

deber moral a su discusión en la esfera del estado de necesidad o directamente al ámbito de la culpabilidad, como se verá a continuación. Otro punto estudiado por la doctrina es entender que los tipos cometidos fruto de la actuación de la conciencia del autor pueden ser analizados desde el prisma del estado de necesidad, en la medida es que se trata del sujeto en cuestión que se ve afectado por un conflicto con su conciencia; en realidad, se encuentra en una situación de peligro para los bienes jurídicos enfrentados. Dicho de otro modo, el cumplimiento de la norma ocasiona al sujeto un peligro para su personalidad y dignidad (o para sus aspiraciones religiosas).

De cualquier modo, no cabe duda de que es frecuente el caso en el que un deber concreto sin una definición expresa en el derecho positivo, y por ello deber moral, tiene una clara afirmación en el ordenamiento a través del interés que protege. Desde este punto de vista, la remisión a las reglas del estado de necesidad por colisión de intereses tiene cierto sentido (ya que el cumplimiento de un deber moral en el caso concreto podría llegar a proteger un bien jurídico cuyo valor supere el del bien jurídico protegido por el deber jurídico cuyo conflicto se plantea en un principio12). En este planteamiento, único en el que parece posible la justificación a favor de un deber moral en colisión, la existencia del deber en sí carece de relevancia puesto que en la realidad la resolución obedece al principio de la ponderación de intereses: la decisión del sujeto y el proceso por el que ha llegado a la convicción de que debe actuar en un determinado sentido no es relevante para el derecho, que de por sí ya había adoptado una postura a favor del bien jurídico salvado¹³.

Desde la culpabilidad

Las soluciones formuladas en torno a la categoría de la culpabilidad, como señala Pérez del Valle, presentan características diversas. No sería aceptable la idea del error de prohibición, ya que la actuación en conciencia no interviene en dicha capacidad: el proceso de conocimiento por el que se llega a la situación es diferente al del error de prohibición por representación positiva, aunque el denominado error de conciencia se manifieste de modo muy similar: en la actuación conforme a la conciencia, el sujeto no acepta la obligatoriedad de la norma positiva, pero conoce todas las circunstancias que fundamentan esa obligatoriedad14. Matizada tendría que ser la posición respecto a la idea sobre que la inexigibilidad sea la fundamentación posible de una solución para estos supuestos. Ciertamente la exclusión de la pena -o su disminución- no proviene de la atribución instantánea de relevancia en el orden jurídico a cualquier idea individual, sino solo a las convicciones de deberes morales partiendo de la libertad de conciencia, como derecho fundamental que asegura el respeto a las decisiones individuales confrontadas con las normas éticas de comportamiento reconocidas por los individuos.

Lo cierto es que llegados a este punto solo se añade que no es posible alcanzar soluciones generales y unitarias para todos y cada uno de los supuestos en los que se puede plantear un conflicto de conciencia, sino que habrá que analizar individualmente cada caso concreto.

Tratar de buscar una solución unánime para todos los casos de objeción de conciencia es una tarea que casi se puede calificar de imposible. De ahí que para ilustrar de un modo más completo esta intervención, se estudiarán de un modo más concreto varios casos.

Mutilación genital femenina

La LO 11/2003 reformó el Código Penal español, introdujo el tipo específi-

- 12 Gallas, W., "Pflichtenkollision als Schuldausschliebungsgrund" en Festschrift für Edmund Mezger, Beck, München-Berlin, 1954. p\u00e1ss 311 v ss.
- 13 Vid. en este sentido Perez del Valle, C., Conciencia y derecho penal, Ed. Comares, Granada, 1994, pág. 169 y ss.
- 14 Perez del Valle, C., Conciencia y derecho penal, Ed. Comares. Granada, 1994, págs. 306 y ss.



co de la mutilación genital (art. 149.21), una reforma con más visos de intención pedagógica y simbólica que necesaria en términos técnicos, ya que esta práctica se encontraba tipificada en el delito de lesiones.

En todo caso, el ámbito subjetivo que contempla esta norma penal es el de aquellos sujetos que se encuentran inmersos en culturas que admiten como una práctica cultural habitual la práctica de la mutilación genital de niñas en la pubertad (se habla de culturas más que de religiones, ya que entiendo que es un término más amplio que abarcará de un modo más real la generalidad de esta realidad).

En este contexto la tolerancia cultural occidental choca con la que los ciclos migratorios traen consigo, y la pregunta que se suscita es si se debe ceder ante el ataque a la dignidad personal con estas prácticas. Muchas son las voces en la doctrina que entienden que ni las razones de tolerancia religiosa -cuyo límite lo constituyen los derechos fundamentales, art. 3.3. LOLR- ni de tolerancia cultural deberían permitir que los Estados no impidan tales ataques, manifestados en atentados a la integridad física, moral o a la propia libertad de actuación de las personas.



Tomando como referencia el análisis que del tipo hace Jericó Ojer15, entiende en primer lugar que efectivamente la figura que podría aplicarse en la mavoría de estos casos es la coautoría cuando un sujeto sea el que disponga y organice la mutilación genital y otro el que la realice: no se está ante un delito especial, ni de propia mano ni de medios determinados: la coautoría es la figura correcta para ser traída aquí a colación puesto que existe acuerdo entre dos o más sujetos para la realización de un tipo penal, lo que permite la imputación recíproca entre los intervinientes de los elementos ejecutados por cada uno. De otro lado, considerar a quien dispone u organiza la ablación como un inductor de la mutilación que lleva a cabo un tercero comportaría considerar al inductor como un partícipe, tributario de la autoría del autor al que el hecho pertenece, lo que plantearía aún más graves problemas de persequibilidad. Más aún, la reflexión última a la que llega es que en este caso el error de prohibición basado en creencias culturales o religiosas, abiertamente insostenibles en este ámbito y así inevitablemente conocido por el autor, excluye cualquier posible atenua-

ción de la pena por error de prohibición vencible. Tampoco le alcanza derecho alguno derivado de la patria potestad, entendida como derecho de propiedad de los padres sobre los hijos.

Testigos de Jehová

Un caso que al menos en España ha conllevado posiciones jurisprudenciales encontradas es el relativo a la negación por parte del paciente –o de sus familiares—a la práctica de determinados tratamientos médicos con base en sus convicciones religiosas (tratamientos que son necesarios para mantener su vida o al menos su salud corporal).

En este caso son dos los bienes jurídicos contrapuestos: de un lado, la conciencia deontológica del facultativo (la de salvar la vida del paciente) y, de otro, la conciencia religiosa del individuo que se niega a que le practiquen el tratamiento.

Estos casos son denominados por la doctrina como supuestos de objeción de conciencia impropia, 16 ya que el objetor no se opone a una obligación legal clara al no existir ninguna norma legal que obligue a recibir tratamientos médicos. Sin embargo, la importancia de su mención en este momento sí tiene relevancia en la medida en que la jurisprudencia ha considerado que el deber

in abstracto provoca una obligación in concreto de imponer ciertos tratamientos médicos en determinados casos.

Entre las manifestaciones que resaltaré está la de la negación de los Testigos de Jehová a recibir transfusiones de sangre¹⁷. Sin embargo, existen diversas situaciones que conllevan a que la respuesta dada no sea siempre la misma, ya que puede darse que sea un adulto el que se niegue a recibir la transfusión, siendo esta negación emitida desde un estado consciente, pero también se dan casos en los que son los representantes de un menor, incapaz o adulto inconsciente los que se niegan al sometimiento del paciente a este tratamiento. Sin olvidar que en estos casos además se debe analizar cuál es la postura del médico y la del juez (que es el que decide en último término si se lleva a cabo o no la transfusión)

Esto lleva a plantear que son varios los bienes jurídicos que se deben proteger: el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho a la integridad física, el derecho de los padres a educar a sus hijos según el modo de vida o las creencias que consideren oportunas, el interés del Estado a proteger y preservar la vida

- 15 Jericó Ojer, L., El conflicto de conciencia ante el derecho penal, Ed. La Ley, Madrid, 2007, págs. 567 y ss.
- 16 Navarro, R., Valls Martinez Torrón, J. y Jusdado, M.A., La objeción de conciencia a tratamientos médicos: Derecho comprado y derecho español, en "Estudios en memoria del profesor Pedro Lombardía", Madrid 1989, pág. 950.
- 17 El fundamento de esta negación se encuentra en la interpretación literal de Levítico 17, 10: «Todo hombre de la casa de Israel, o de los extranjeros que habitan en medio de ellos que coma sangre de un animal cualquiera, yo me volveré contra el que come sangre y le borraré de en medio de su pueblo».

100

Considerar a quien dispone u organiza la ablación como un inductor de la mutilación que lleva a cabo un tercero comportaría considerar al inductor como un partícipe, tributario de la autoría del autor al que el hecho pertenece, lo que plantearía aún más graves problemas de perseguibilidad.

o el derecho de los médicos a preservar su integridad ética (basada en la de procurar salvar la vida de sus pacientes).

Como se expuso al comienzo, en el ordenamiento jurídico español no existe una norma que expresamente regule la objeción de conciencia como tal, por lo que se tiene que recurrir a la jurisprudencia penal, en la que se ha elaborado cierta teoría al respecto, pero incompleta, ya que la casuística ha sido muy diversa. Entre los casos que cabría destacar se encuentra el auto del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1978: unos padres (Testigos de Jehová) se querellan contra el juez que ordenó transfusión de sangre a su hija menor, en peligro de muerte, y en contra de su negativa a hacerlo. Se exonera al juez de toda responsabilidad, pues se considera que la patria potestad de los padres no puede abarcar decisiones sobre la vida del hijo. Así mismo, por auto del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1983 se resolvió el caso de una mujer, también Testigo de Jehová, que tiene que ser operada. Firma previamente su negativa a recibir transfusiones de sangre; el equipo médico la acepta. En el postoperatorio la cuestión se complica y los médicos piden al marido que firme un documento que los exonera de toda responsabilidad. Él lo hace. Aún así, el jefe de servicio insta al juez a que autorice la precisa transfusión: el juez la otorga; la mujer, en pleno uso de sus facultades, se continúa negando. Finalmente, es transfundida y se salva. La mujer se querella contra el juez por delito contra su libertad religiosa (del antiquo art. 205 del Código Penal, que en la actualidad se tendría que pedir por el art. 522). El Tribunal Supremo absuelve al juez, diciendo que si hubiera llegado a respetar el derecho de libertad religiosa por encima del derecho a la vida, sí sería penalmente responsable. El caso llega en recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (Auto de 20-6-1984); se dice que la autorización judicial queda protegida por el artículo 3 LOLR, porque la libertad religiosa tiene por límite la salud de las personas.

Ciertamente, el mayor debate se centra en la indisponibilidad del derecho fundamental a la vida, pero lo que es discutible de toda esta cuestión es hasta qué punto, por salvarle la vida a una persona, se le puede obligar a vivirla de un modo que, para ella, deje de merecer la pena de ser vivida ya que se está

atentando directamente contra su dignidad. La pregunta que se debe plantear es si efectivamente el Estado debe inmiscuirse en problemas individuales que no afectan al interés general o cuál es esa otra libertad superior que tanto interesa a la comunidad.

Más controversia despierta este tipo de casos cuando el paciente es un menor de edad; el caso más polémico a este respecto, que reiteradamente había rechazado la transfusión, a la que finalmente aquellos tampoco se habían negado por completo, considerando que no les era exigible otra conducta. Un caso que sirve de referencia en la jurisprudencia española es el de un menor que falleció al no realizársele la transfusión de sangre. En este caso la negativa fue de los padres -aunque buscaron todas las posibles vías alternativas para la curación del menory también del propio menor. A los padres se les condenó por el delito de homicidio, en el que concurrió la atenuante de obcecación o estado pasional, a la pena de dos años y seis meses de prisión (la STS 950/1997 de 27 junio ratificó la pena impuesta por instancias inferiores). Esta sentencia se recurrió en amparo. Se afirma, al efecto, que dicha violación se produjo «al haber basado

la sentencia recurrida la culpabilidad de los recurrentes en la supuesta exigibilidad a éstos de que, abdicando de sus convicciones religiosas, actuaran sobre la voluntad expresa de su hijo, negativa a la transfusión de sangre en su persona, conculcando así la libertad religiosa y de conciencia de este y su derecho a su integridad física y moral y a no sufrir tortura ni trato inhumano o degradante».

En síntesis, en la demanda de amparo se cuestionan las dos bases que, según aquella, sustentan la condena penal impuesta: en primer lugar, la irrelevancia del consentimiento u oposición de un niño de 13 años estando en juego su propia vida; en segundo lugar, la exigibilidad a los padres de una acción disuasoria de la negativa de su hijo a dejarse transfundir, al extremo de imputarles, a causa de su omisiva conducta, el resultado de muerte. El Tribunal Constitucional, en Sentencia 154/2002 de 18 julio, anuló la decisión del Supremo entendiendo que se produjo una violación de su derecho a libertad religiosa. Concretamente concluyeron:

La exigencia a los padres de una actuación suasoria o de una actuación permisiva de la transfusión lo es, en realidad, de una actua-





ción que afecta negativamente al propio núcleo o centro de sus convicciones religiosas. Y cabe concluir también que, al propio tiempo, su coherencia con tales convicciones no fue obstáculo para que pusieran al menor en disposición efectiva de que sobre él fuera ejercida la acción tutelar del poder público para su salvaguarda, acción tutelar a cuyo ejercicio en ningún momento se opusieron.

En definitiva, acotada la situación real en los términos expuestos, hemos de estimar que la expresada exigencia a los padres de una actuación suasoria o que fuese permisiva de la transfusión, una vez que posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor, contradice en su propio núcleo su derecho a la libertad religiosa yendo más allá del deber que les era exigible en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor. En tal sentido, y en el presente caso, la condición de garante de los padres no se extendía al cumplimiento de tales exigencias.

Así pues, debemos concluir que la actuación de los ahora recurrentes se halla amparada por el derecho fundamental a la libertad religiosa

No sé si llegados a este punto ha quedado suficientemente claro cuál puede ser la resolución concreta en los casos de colisión con la conciencia. La intención no es otra que la de invitar a la reflexión de estos y otros casos, teniendo presente el respeto de todos y cada uno de los bienes jurídicos, no solo los protegidos de un modo directo por la norma penal, sino también enclavándola en la reflexión de las libertades personales y fundamentales.



de infracción de un deber

Profesora Raquel Roso Cañadillas Universidad de Alcalá



Roxin en su primera¹ y segunda² edición de su obra Täterschaft und Tatherrschaft defendió que en los delitos imprudentes la autoría se definía a través de la infracción de un deber, por lo que dejó de considerarlos como delitos en los que se configuraba la autoría a través de la idea rectora y plástica del dominio y control sobre el hecho y pasó a considerarlos exclusivamente como delitos de infracción de un deber. Autor de un delito imprudente sería el que infringe un deber objetivo de cuidado, que, para Roxin, tiene una naturaleza normativa y no ontológica y define la autoría tanto en el caso de los delitos comisivos imprudentes como en los omisivos imprudentes, porque lo esencial es que no se ha empleado el cuidado debido, infringiendo un deber3. En su tercera edición abandona esta concepción de la autoría en el delito imprudente.

Pero antes de responder qué llevó a Roxin a considerar a los delitos imprudentes delitos de infracción de un deber, es necesario saber en qué consisten los delitos de infracción de un deber.

En el análisis de la autoría de Roxin encontramos dos maneras de describir la autoría: a través del dominio del hecho y de la infracción de un deber.

Con el criterio del dominio del hecho, Roxin parte de la descripción del tipo y considera autor a aquel que tiene el dominio del suceso tal y como se ha descrito en el tipo. Roxin considera que casi todos los delitos son delitos de dominio, pero este no es un criterio general y universal con una pretensión de válidez absoluta para toda la autoría, sobre todo cuando se topa con tipos que pese a que el sujeto no funcionario tiene el dominio del hecho no puede ser considerado autor a no ser que sea a costa del principio de legalidad.

Roxin con una intuición iurídica envidiable se da cuenta de cómo determinados delitos no se explican a través de la idea de dominio y que no cuenta en estos casos la naturaleza y configuración externa del comportamiento del autor relacionado con la descripción típica y con el injusto. Elige como ejemplo para explicar esta categoría el delito de torturas realizado por un funcionario al que un tercero coacciona. Según las reglas de la teoría del dominio del hecho, el sujeto de atrás sería autor mediato y el de a delante instrumento, pero el tipo de torturas no ha querido caracterizar la autoría como posesión del dominio del hecho, sino que ha puesto el centro de imputación de la autoría en el deber específico, que se deriva de tener encomendada una determinada materia y no en cómo se lleva a cabo una cierta investigación por parte del funcionario y sí en el deber jurídico-público de no dejarse arrastrar a infligir malos tratos en ejercicio del cargo lo que eleva al sujeto agente a autor del tipo cualificado4. Lo que no interesa tanto en estos casos es el dominio externo de un suceso expresado en la idea de supradeterminación hacia un resultado.

También afirma Roxin que no hay una identificación entre delitos especiales y delitos de infracción del deber, ya que allí donde el círculo de autores no está limitado desde el principio a determinados profesionales o personas de determinada condición surge el mismo fenómeno⁵.

En cuanto al deber, este no debe ser identificado con el de la norma penal, que hay que cumplir bajo apercibimiento de pena y que existe en todo delito y en toda forma de intervención en el hecho. Es un deber extrapenal, antepuesto en el plano lógico-formal a la norma penal, que hace sobresalir al obligado entre los demás intervinientes debido a la especial rela-

- 1 Täterschaft und Tatherrschaft, 1a, 1963, 527-559.
- 2 TuT, 2^a, 1967, 527-559.
- 3 TuT, 2a, 1967, 528.
- 4 Roxin, Autoría, 384.
- 5 Roxin, Autoría, 385.



ción que se constituye con el contenido de injusto del hecho y el legislador los considera por ello figura central del suceso.

Las consecuencias de este criterio aplicado a la realidad práctica son las siguientes:

- Existe coautoría cuando varias personas infringen el mismo y único deber al que se encuentran sujetas⁶. Así, por ejemplo, dos administradores gestionan el patrimonio social fraudulentamente.
- Existe autoría mediata cuando el intraneus infringe el deber actuando a través de una extraneus, un instrumento doloso

no cualificado. Si el extraneus, por el contrario, es el que utiliza al intraneus habrá inducción a la infracción de un deber. Así p.ej. expone Roxin que el particular que en el delito de tortura en el ejercicio del cargo apunta a la víctima con una pistola solo será cómplice.

- Partícipe es quien coopera en la realización del tipo sin vulnerar el deber especial extrapenal⁷.
- 4. Los tipos se redactan conteniendo tanto conductas de causación directa como de favorecimiento, precisamente porque lo que importa es que infrinjan el deber

especial y no tanto cómo lo infrinjan. Así se puede tipificar tanto la causación de una evasión de presos como su favorecimiento a la evasión, sin que se domine el hecho y en este caso también se estaría infringiendo el deber especial. En consecuencia, el tenor literal estima autoría donde a la vez está hablando de mero auxilio⁸.

- 5. Es absolutamente irrelevante para las intervenciones tanto del autor que infringe el deber como del partícipe que se obre con dolo, ya que el dolo decide sobre el dominio del hecho, pero
- 6 Roxin, Autoría, 386.
- 7 Roxin, Autoría, 1998, 395
- 8 Roxin, Autoría, 390.

- no sobre la infracción de un deber.
- 6. Por ello cabe defender la participación en un hecho no doloso, ya que no es necesario que exista un dominio doloso del autor para que haya participación.
- Todos los delitos en comisión por omisión son delitos de infracción de un deber.

Ahora la pregunta es:

¿cuándo nos encontramos ante un delito de infracción de un deber? Roxin manifiesta que esto es una decisión valorativa del legislador, con lo que se convierte en una cuestión teleológica e interpretativa y no en una delimitación lógicoconceptual. El legislador decide si configura el delito como de dominio o como de deber y ello dependerá de qué significado otorque el legislador a la posición de deber en relación a los bienes jurídicos. "Si, según opinión del legislador, el contenido criminal del delito se ve influido por la infracción del deber de forma esencial, se situará en el centro del suceso, sin atender al desarrollo concreto de la acción y se restringirá notablemente la punibilidad del extraneus"9.

Roxin, como él mismo admite y es consciente, deja cuestiones abiertas de las que se ha ocupado Jakobs. Jakobs profundiza y desarrolla las conclusiones de Roxin. Para algunos la teoría de Jakobs sobre los delitos de infracción de un deber constituye la natural evolución de los planteamientos iniciales de Roxin¹⁰, para otros constituye una nueva versión de la teoría del delito de infracción de un deber¹¹. Sea como fuere, Jakobs sique la construcción de los delitos de infracción del deber, pero hay que tener en cuenta que, por una parte, la adapta a su concepción de la teoría del delito y, por otra parte, en su sistema no se trata tan sólo de una teoría de la autoría. Jakobs da respuestas a cuestiones que no se han tratado por Roxin y completa el concepto y construcción de los delitos de infracción de un deber.

Jakobs diferencia entre delitos por competencia organizativa y delitos por competencia institucional y se afana en desarrollar el fundamento que genera la responsabilidad penal en cada uno. En el delito de organización o de dominio del hecho la responsabilidad surge por haberse organizado defectuosamente. Hay un libertad de organización y ello conlleva que se es responsable por cómo uno se organice. La forma y manera de organizarse le es indiferente al ordenamiento jurídico siempre y cuando no termine lesionando un bien jurídico. En los delitos por competencia institucional la responsabilidad pivota en relación con una institución, que impone unos deberes12. El sujeto tiene un rol que le otorga una institución y este lleva aparejado unos deberes que son de su incumbencia. Pensemos en el administrador de un patrimonio y su mandante, entre un abogado y su defendido, entre un inspector de trabajo y el Estado y los trabajadores.

El elemento común en ambas clases de delitos es el concepto de competencia, el cual no aparece en la construcción de Roxin, y que viene a ser un elemento normativo tanto para los casos de dominio como para los casos de competencia institucional. Volviendo a los delitos de responsabilidad por competencia institucional, que son los que nos interesan, las expectativas se defraudan por infringir un deber asignado y otorgado por la pertenencia a una concreta institución y lo destacable entonces es que el sujeto no solo debe evitar los peligros que surjan de su propia esfera de organización, sino en general de cualquier otra13, Precisamente por la existencia de esa institución.

- 9 Según Roxin en el CP alemán se recogen los siguientes delitos de infracción de un deber: revelación de secretos conflados por razón del cargo, los delitos propios e impropios de funcionarios, delitos que penalizan incumplimientos de deberes familiares o cuasi familiares como el impago de pensiones, el abandono de los hijos o la bigamia, delitos contra deberes asistenciales y de guarda, el abandono de menores, enfermos, las lesiones a personas que se encuentran en una relación de dependencia con el autor, alejamiento indebido del lugar de un accidente de tráfico, el alzamiento de bienes, el delito contra la reglamentación urbanística, los denominados por Roxin delitos de propia mano impropios y los delitos de testimonio como el falso testimonio bajo juramento y el falso afidávit.
- 10 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Delito de infracción del deber y participación delictiva, Madrid, Marcial Pons, 2002, 35. n. 29.
- 11 LESCH, GA, 1994, 126, BOLEA BARDÓN, Autoría mediata, 420.
- 12 Pero en Jakobs la infracción de un deber no es solo una forma de entender o explicar la autoría, sino que tiene la importancia de constituir un fundamento esencial de la imputación jurídicopenal.

108



13 La configuración de la autoría y de la participación, partiendo de la descripción y análisis que Jakobs defiende de los delitos de responsabilidad por competencia institucional, no se diferencia mucho de la construcción de Roxin v de los delitos de infracción de un deber, aunque he de decir que en el caso de Jakobs se encuentra una mayor coherencia interna a la hora de explicar la conformación de la autoría y de la participación en los casos en que existe un debei especial en el sujeto activo. En efecto, al igual que Roxin. Jakobs sostiene que es autor todo obligado especial que quebrante el deber. La idea del dominio del hecho no tiene ningún peso en estos delitos. La coautoría, que ve su ámbito de aplicación drásticamente reducido en la construcción de Roxin, queda excluida en estos delitos para Jakobs y sustituida por autorías vuxtapuestas (accesorias), pues este autor concibe el deber como personalísimo e independiente, de tal forma que la vulneración que se produce por parte de cada uno de los sujetos es completa e independiente. Piénsese, p. ej. en el caso de que haya dos cuidadoras en una quardería y una de ellas se duerma, confiando en que velará por la seguridad de los niños su otra compañera y la otra cuidadora se pone a leer un libro, confiando igualmente que su otra compañera estará cuidando a los niños. Al final los bebés se encuentran solos y uno de ellos se muere asfixiado al ingerir una tiza con la que estaba

jugando. En la construcción de Jakobs cada cuidadora

será, no coautora, sino autora yuxtapuesta (accesoria) de su propio delito imprudente. Por último, Jakobs considera

que no hay autoría mediata, sino directa del intraneus,

ya que existe una responsabilidad directa del obligado especial, va que la infracción de su deber lesiona de manera

directa e inmediata el bien jurídico al que debe ayuda y

fomento. Ahora bien, respecto del instrumento, que es el que elecuta la acción, el sujeto especialmente obligado ha

organizado un dominio del hecho sobre otra persona, pero ello no tiene ninguna relevancia para su infracción del deber.

Pasando a la participación, solo será partícipe aquel sujeto

que interviene en el hecho, pero no vulnera ningún debei

especial

14 Roxin parece respetar en este punto estrictamente el principio de legalidad, ya que los delitos de dominio o los delitos de infracción del deber vienen impuestos y definidos por la ley penal, aunque luego sea suficiente, en el caso de los delitos de infracción de un deber, que el sujeto infrinja el deber para proclamar su autoría, aunque no cumpla con la modalidad de acción expresamente descrita en el tipo. Por tanto:

- ▶ La institución crea posiciones especiales que, desde el momento que son ocupadas por el sujeto, le transfiere automáticamente una serie de deberes de los que no se pude desprender e inhibir de su cumplimiento.
- La institución crea deberes positivos.
- La institución es previa y se adelanta al modo de organizarse por el sujeto, dando respuesta a realidades previas ya conformadas.
- La institución busca la mejor manera de dar respuesta a las expectativas del receptor y de proteger al bien jurídico.

Desde estos planteamientos el ámbito de aplicación del delito de infracción del deber que sostiene Jakobs es el siguiente:

i. Los delitos comunes de la parte especial se pueden cometer tanto por una mala organización y habría que aplicar el criterio del dominio como por la infracción de un deber. Por tanto, no importa tanto la descripción típica como que el sujeto activo desempeñe un rol que le disponga en una relación especial con el bien jurídico. Así, si el padre ayuda a que maten a su hijo, entregándole el

- arma homicida al asesino de su vástago tendrá que ser castigado como autor, porque ha infringido un deber especial que dimana de la institución paterno-filial. Y el tercero que mata al hijo será autor de un asesinato porque ejercitando su libertad de organización ha elegido organizarse dañando bienes jurídicos de otros y lesionando un principio como es el del neminem laedere (tb. Alterum non laedere) que expresa el deber negativo, absoluto y universal de no dañar a nadie.
- ii. Los delitos especiales descritos en la parte especial no son delitos de infracción de un deber, va que muchos de ellos responden a un deber aislado y no así a una institución que tiene como función organizar de una manera específica los intercambios interpersonales que se van a producir. Así, por ejemplo, el deber que tiene un deudor frente a sus acreedores no fundamenta un rol específico y especial que se conecte con una institución, sin embargo si hablamos del rol funcionario surgen deberes especiales que sí se originan en una institución. ¿Qué son entonces los

- delitos especiales para Jakobs? Son delitos en los que el legislador ha optado por exigir características en el sujeto activo, con lo que concreta un determinado perfil de autor, pero no por ello están en una relación especial con el bien jurídico ni mucho menos, por lo que la autoría se resuelve a través del criterio del dominio del hecho.
- iii. Por último, no todos los delitos cometidos en comisión por omisión son delitos de infracción de un deber, de nuevo solo en los casos en los que el autor sea garante por un deber dimanado de la institución.

Finalmente, en la construcción de Jakobs, al contrario que en la de Roxin, sí se puede encontrar una convivencia de los criterios de dominio y de responsabilidad institucional e incluso de una transformación de uno en otro, aunque la ley haya concebido el delito como un delito de dominio14. Así en el caso de que un padre facilite al asesino de su hijo el cuchillo con el que le va a matar, no será cómplice, sino autor, porque ha quebrantado el deber de cuidado institucional: la patria potestad.

Para terminar con las construcciones de los autores que se han ocupado de este tema, paso a exponer

110



la posición de Schunemann, que aunque no ha sido el inventor de la categoría de los delitos de infracción del deber, sí me resulta muy interesante la perspectiva que aporta. Schunemann en un principio fue uno de los defensores de la teoría de los delitos de infracción de un deber, pero más tarde la abandonó, construyendo un criterio general de autoría tanto para los delitos especiales como para los delitos comunes que es el denominado dominio sobre el fundamento del resultado. Me parece significativa la construcción de este autor, porque, a diferencia de otros autores que se limitan a rechazar por superflua la categoría de delitos infracción del deber, pero sin ofrecer ninguna alternativa, Schunemann no solo considera que dicha categoría es superflua, sino que además lo intenta demostrar a través de la construcción que propone: Schunemann admite que existen deberes extrapenales, pero son la ratio cognoscendi que indica quién puede ser autor, pero no la ratio essendi. Por tanto, la existencia de un deber extrapenal no es más que un indicio que nos muestra el camino hacia los posibles autores, pero no fundamenta la autoría. En los casos de delitos especiales, que en la concepción de Schünemann son delitos especiales de garante, lo importante no es el deber extrapenal, sino la función o status que tienen aquellos sujetos cualificados por la posición social que ocupan y que deben proteger el bien jurídico de un

modo especial. Y ello precisamente, porque esta posición social se ha creado con el objetivo de que les permita proteger de un modo más eficaz el bien jurídico, pero precisamente por ello el bien jurídico se muestra más vulnerable a sus lesiones. Por tanto, para Schunemann existe una posición material de dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico, lo que le hace afirmar que quien asume de modo fáctico la relación de dominio, pese a que no posea el status formal exigido por el tipo, puede ser garante del bien jurídico. Por último, Schunemann explica cómo la idea general de dominio sobre el fundamento del resultado alberga dos subcategorías: el dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico y el dominio sobre una causa esencial del resultado. En la primera incluye este autor las posiciones de garante de la comunidad de vida, comunidad de riesgos y la asunción de vigilancia. En la segunda, el dominio sobre el propio cuerpo en los delitos de comisión y en los delitos de omisión, las posiciones de garante en particular de los deberes de tráfico, provenientes del control de fuentes de peligro, del dominio sobre personas o instalaciones peligrosas y

la responsabilidad de quien dirige la empresa.

Realizado este sintético desarrollo de las construcciones de estos autores que más se han ocupado del tema, y volviendo al objeto de estudio: el delito imprudente, hay que preguntarse si el delito imprudente es un ejemplo claro de delito de infracción de un deber, ya que el núcleo del injusto en estos delitos es precisamente la infracción del deber de cuidado y rescatar así la posición de Roxin, que el mismo abandonó, o si por el contrario considerar que la autoría en el delito imprudente puede diseñarse según las reglas de los delitos de dominio y de los delitos de infracción de un deber, sin que se tenga que realizar una construcción de la autoría específica para estos delitos:

 Antes de contestar a esta cuestión quiero reivindicar la importancia que tiene elaborar una teoría del delito imprudente. El finalismo lo relegó a un segundo plano, pero actualmente ha cobrado una inusitada relevancia.

Describamos algunos aspectos de nuestra realidad: Vivimos inmersos en una sociedad tecnológica, tecnócrata, globalizada y, permítaseme la broma, googlelizada. Los intercam-

bios interpersonales muchos y a distintos niveles gracias precisamente a estos progresos tecnológicos, pero también la forma de trabajar ha cambiado arrastrada por una nueva forma de organización empresarial y de los sectores de actividad. Asistimos a la formación de macroempresas que precisamente por su gran tamaño necesitan crear secciones y centros de trabajo con múltiples departamentos. Ello trae como consecuencia que se instale una forma fragmentaria y atomizada de concebir el trabajo, por lo que el control se tiene y se ejerce por cada uno de los participantes sobre una minúscula o microscópica parte de todo el proceso productivo, produciéndose el efecto reflejo de segmentarización de la responsabilidad. Esta forma de organizarse puede dar muy buenos resultados económicos y laborales, no lo ponemos en duda, pero ha creado lagunas de punibilidad sistémicas, ya que la responsabilidad por lo que se pueda realizar irresponsablemente se ha segredado tanto que para muchos ha perdido el significado de sentido y la entidad suficiente para considerar que hay materia suficiente para declarar una responsabilidad penal personal por el hecho.

112

Por otro lado, las lesiones a bienes jurídicos en una sociedad con un modo de vida arriesgado incrementa las posibilidades de lesión a los bienes jurídicos, a los que no se busca lesionar de propósito en la mayoría de los casos, pero las oportunidades para lesionarlo objetivamente han aumentado, frente a una sociedad menos tecnificada y sofisticada.

Si a esto le unimos que la revolución tecnológica, sin olvidar que ha mejorado la calidad de vida, trae de la mano la creación o elevación de riesgos, hasta el punto de que vivimos en una sociedad del riesgo, el panorama resulta poco halagüeño, ya que por una parte los riesgos nos acosan, y los riesgos que nos acosan se generan por tantas personas que intervienen en la creación o elevación de ellos, que cuando nos preguntamos quién los ha generado, nuestro dedo no sabría a quien señalar, porque podría señalar a todos y a nadie.

Ante esta nueva realidad, el derecho penal sufre un pequeño colapso y una crisis de conceptos. Y hay que ponerse manos a la obra para dar una respuesta normativa jurídico-penal.

En mi opinión, en esta nueva realidad cobra gran relevancia el delito imprudente. El paradigma delictivo, sin con ello desbancar la delincuencia dolosa, de una sociedad del riesgo resulta ser el delito imprudente. Manejar y controlar riesgos se ha convertido para cada uno de nosotros en una actividad completamente cotidiana, casi rutinaria, y ninguno de nosotros, que manejamos riesgos diariamente, queremos producir resultados lesivos a la hora de gestionar nuestra esfera de riesgos y, sin embargo, cada uno de nosotros somos potenciales delincuentes imprudentes, porque solo habrá que traspasar una delgada línea roja, que viene establecida por el riesgo permitido, para cometer una imprudencia.

Este entorno que acabamos de describir vuelve a mostrarnos una realidad preformada y el derecho penal, como diría Radbruch15, la tiene que transformar, para ser asumida por la ciencia jurídica y atribuir a los sucesos reales un valor de sentido en el sistema jurídico-penal. Para llevar a cabo este trabajo de transformación es indudable que uno de los conceptos básicos que se va a manejar en una sociedad del riesgo es el delito imprudente y acompañándole de cerca el concepto de riesgo per-

Las lesiones a bienes iurídicos en una sociedad con un modo de vida arriesgado incrementa las posibilidades de lesión a los bienes jurídicos, a los que no se busca lesionar de propósito en la mayoría de los casos, pero las oportunidades para lesionarlo *objetivamente* han aumentado, frente a una sociedad menos tecnificada v sofisticada.

15 Rechtsphilosophie, 6a, 1963, 219 ss.

mitido, así como el concepto de deber con su universo de competencias asumidas y competencias delegadas.

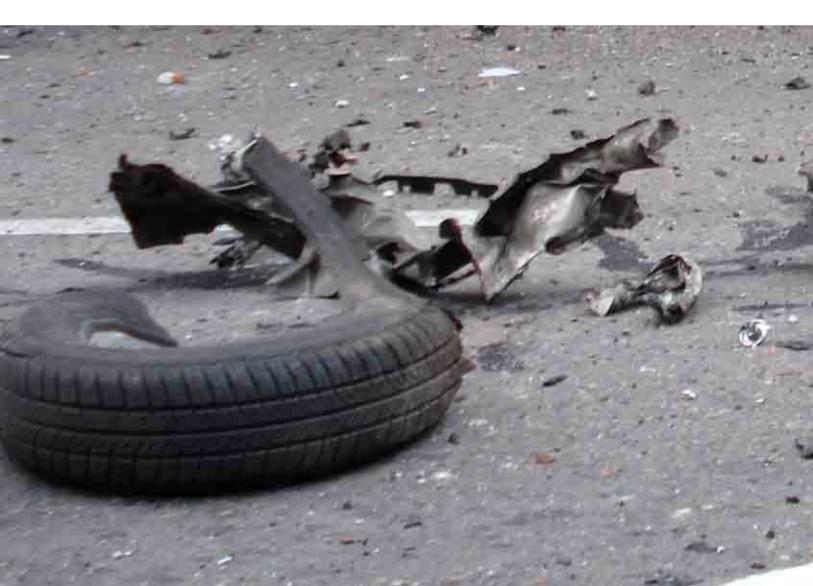
Por tanto, asistimos a la imperiosa necesidad de desarrollar conceptualmente el delito imprudente y los conceptos y categorías que le dan contenido y lo explican, entre ellos la autoría. Fíjense si la realidad ha derribado muros, que la dogmática alemana de la noche a la mañana habla y admite la coautoría imprudente con una naturalidad que a algunos nos sorprende. Una

dogmática alemana que había negado cualquier forma de autoría o de participación en el delito imprudente y de la que de repente se esfuma cualquier tipo de resistencia y de escrúpulo lógico-material, cuando se trata de hablar de una coautoría imprudente en una decisión colegiada, que se toma para distribuir un producto en el mercado del que se tenían sospechas fundadas sobre su carácter nocivo para la salud.

2. Hecho este inciso o pequeño excurso con tintes

reivindicativos, pero del que se extrae como conclusión la importancia del delito imprudente, volvemos a la cuestión planteada sobre la relación del delito imprudente con los delitos de dominio y los delitos de deber.

Al primer planteamiento, recordemos: todos los delitos imprudentes son delitos de infracción de un deber, la respuesta ha de ser negativa. Los delitos imprudentes no son delitos de infracción de un deber porque la imprudencia, como parte



subjetiva del delito, consista ella misma en la infracción de una norma de cuidado, la cual en la mayoría de los casos no contiene un deber especial. El propio Roxin ofrece el argumento para tildar de incorrecta su posición originaria16. Y así explica cómo perdió de vista la naturaleza del deber y consideró que el deber impuesto por la norma de cuidado era un deber especial por principio, cuando en muchos casos es un deber general que atañe a todos y que no

pretende, por ello, restringir el círculo de autores.

Roxin, en mi opinión, se excedió en sus planteamientos, porque no se puede mantener que toda infracción de la norma de cuidado lleve implícito un deber especial. Roxin no podía establecer esa identidad, si quería seguir siendo coherente con su propia construcción. Por eso se dio cuenta de que no todos los delitos imprudentes son delitos especiales por el hecho de ser imprudentes, sino que los delitos especiales lo son

16 TuT 3 * 1975 601-602





independientemente de que se solape a su estructura la estructura de un delito doloso o un delito imprudente.

Ahora bien, la huida radical de esta tesis que mantuve y mantengo no nos puede llevar al extremo contrario y sostener que todos los delitos imprudentes luego son delitos de dominio. Ni lo uno, ni lo otro. Y ello, por una cuestión fundamental: que un delito tenga como núcleo de su descripción un deber o especifique una concreta forma externa de lesionar el bien jurídico no es una cuestión que dependa en este punto de si el delito es imprudente o es doloso, sino de cómo el legislador haya decidido diseñar la autoría. En consecuencia: no hay una correlación automática entre una autoría basada en la infracción del deber y el delito imprudente y tampoco la hay entre una autoría basada en la idea de dominio y delito imprudente.

La autoría se construirá, entonces, con base en la infracción o el dominio y luego quedará matizada por las especificidades de otros elementos del delito, que forman parte del tipo, como es el dolo o la imprudencia. Por tanto, considero incorrecto el enfoque metodológico que se basa solo y exclusivamente en la parte subjetiva del tipo para aplicar una construcción de la autoría u otra.

3. Hasta aquí niego que los delitos imprudentes sean todos delitos de infracción del deber, pero sí afirmo que la autoría y la participación en el delito imprudente puede construirse a partir de la infracción de un deber especial, que deriva de la posición especial del sujeto activo frente al bien jurídico.

Desde que Roxin nos descubre los delitos de infracción de un deber, la autoría en derecho penal parte de un planteamiento bifronte y en la construcción de Roxin además tajantemente separado: así, por ejemplo, el homicidio es un delito de infracción del deber, porque hay un deber especial que reside y emana de la cualidad o posición especial del sujeto activo o es un delito de dominio. A partir de aquí, para Roxin, la fundamentación de la autoría es totalmente distinta en ambos casos y transita por caminos distintos.

Actualmente, me cuestiono ese carácter irreconciliable entre una forma de delito y otra, y me pregunto ¿por qué el criterio del dominio excluye necesariamente la existencia de un deber? Y si no podemos dominar infringiendo deberes especiales. La respues-

ta considero que debe ser afirmativa, pero vayamos por partes.

Roxin mantiene en su obra que los delitos de infracción del deber son los delitos especiales, pero también son delitos de infracción del deber para Roxin los delitos cometidos en comisión por omisión y resulta que los delitos tradicionalmente considerados de dominio también pueden ser cometidos por comisión por omisión. Si los delitos cometidos en comisión por omisión son delitos de infracción del deber, cualquier delito que admita esta forma de lesionar el bien jurídico también es un delito de infracción del deber, por tanto hay que concluir que el homicidio no es exclusivamente un delito de dominio.

Pero es más, hay delitos especiales que no son delitos de infracción del deber si consideramos con Jakobs, que el deber extrapenal no debe ser aislado y particular para el caso concreto, sino que debe estar institucionalizado, y si es así hay que terminar por aceptar que no todos los delitos especiales son delitos de infracción del deber y que muchos delitos comunes pueden ser cometidos infringiendo un deber.

Y por último, hay delitos en el CP español que su injusto reside en la infracción de un deber, pero el tipo expresa el modo y forma de realizar esa conducta, es decir, de infringir ese deber, teniendo así un carácter mixto entre el dominio y la infracción del deber.

En fin, llegados a este punto la frontera entre los delitos de dominio y de infracción de un deber se difumina y da la impresión de que pueden concurrir.

Después de estas reflexiones me atrevo a exponerles la siguiente clasificación provisional y con reservas. Así considero que hay tres tipos de delito atendiendo a la autoría:

1. Delitos de infracción del deber puros: son los que definen la autoría solo y exclusivamente a través de la infracción de un deber, dando exactamente igual como lo infrinja, mediante acción u omisión, por una intervención de autoría o de participación. El peso de la imputación recae en que se ha infringido un deber que atañe a un sujeto que tiene una relación especial con el bien jurídico. Un ejemplo de estos delitos es la malversación de caudales públicos del CP español, que castiga al funcionario que sustrae el mismo o consiente que un tercero lo haga.

- 2. Delitos de dominio o de determinación objetiva del hecho puros: en ellos se configura la autoría a través de la conducta más apta y capaz para realizar el resultado en el caso concreto. Lo que importa son las cualidades intrínsecas de la acción, que la convierten en la más lesiva posible. Un ejemplo de esta clase de delitos podría ser el delito de asesinato, que describe modalidades de ejecución y además activas.
- 3. Delitos polivantes de autoría: estos delitos pueden ser cometidos por un sujeto que domine o determine el hecho o por un sujeto que infrinja un deber especial, es decir, están redactados de una manera abierta en la que caben ambas formas de autoría.

Ahora bien, con mi pregunta inicial me planteó si se puede dar un paso más, es decir, no solo que quepa en una misma descripción típica la posibilidad de que la autoría se pueda formar a partir de dos criterios distintos y concebidos de manera antagónica, sino que si tal antagonismo no existe y pueden concurrir juntos en una misma conducta y sujeto y findamentar así la autoría.

Creo que esta posibilidad es factible y además tiene cabida dentro de lo que he denominado delitos polivalentes de autoría y sobre Hay delitos en el C. P.
es pañol que su injusto
reside en la infracción
de un deber, pero el
tipo expresa el modo
y forma de realizar
esa conducta, es
decir, de infringir ese
deber, teniendo así un
carácter mixto entre el
dominio y la infracción
del deber.

todo en su versión imprudente, pues es en este ámbito donde han proliferado los deberes especiales con el fin de fijar los estándares del riesgo permitido. Como exponía antes el paradigma de una sociedad del riesgo es el delito imprudente.

En los delitos polivalentes de autoría nos podemos encontrar con que el dominio del hecho o la determinación objetiva del hecho se configure a través de la infracción del deber especial. Y ello porque el deber especial está configurado de tal modo que su infracción es la forma más capaz y más idónea para lesionar el bien jurídico, por lo que determina el hecho. Es decir, la infracción del deber, según la configuración de algunos hechos, es una forma de dominio o de determinación objetiva del hecho, porque no se castiga la mera infracción del deber, sino que se castiga la infracción del deber que crea un riesgo o eleva un riesgo.

Además, dará igual que el sujeto activo realice una acción o una omisión, lo verdaderamente importante es que con su conducta infrinja un deber que es el que determina objetivamente la producción del resultado lesivo.

Pongamos algunos ejemplos, consciente de que los

problemas y matices son muchos más de los planteados aquí:

1. Pensemos en un padre que le facilita de un modo imprudente el cuchillo o la pistola al homicida de su hijo. En ese caso, Jakobs considera que el padre también es autor de un homicidio por infringir el deber especial que dimana de la relación paterno-filial. El padre se tenía que haber organizado conforme a la institución y no lo ha hecho. No obstante, según la posición que sostengo, el padre es un garante, ha infringido un deber, que deviene de la institución y le obliga a comportarse de una determinada manera, pero su conducta, que podía haber consistido también en un no hacer, es decir, contemplar cómo matan a su hijo sin hacer nada, no es una conducta de autoría, ya que con la infracción de su deber no ha dominado el hecho y en un delito polivante de autoría hay que tener en cuenta, según los casos, ambos criterios.

Como vemos, la existencia del deber convierte la cuestión de si el sujeto infringe el deber por medio de una conducta activa u omisiva en algo, en cierta medida, baladí, lo verdaderamente importante es que no ha cumplido el de-

ber. Por otro lado, como también hay que tener en cuenta el criterio del dominio o la determinación, resulta que la actuación más apta para matar en el caso concreto es clavar el cuchillo, esta actuación es la que crea el riesgo relevante de autoría. El riesgo que se crea infringiendo el deber no es el que origina el resultado lesivo.

No se me escapa que esta solución no satisface del todo y pese a castigar al padre el castigo parece insuficiente, y ello porque el padre no es un tercero, sino que el padre está para proteger los bienes jurídicos de sus hijos y se establece una relación de confianza que queda completamente transgredida. El injusto de este partícipe es claramente mayor que el de un tercero, ya que ha roto con las expectativas de la institución, pero por mucho que así sea no se puede dar el salto cualitativo de considerarle autor. Por tanto, hay que buscar otra vía y trabajar para que los ordenamientos empiecen a considerar la tesis que apuntara Schunemann en Alemania y Silva en España de crear delitos de omisión pura de garante. Aunque en mi opinión creo que sería mucho más eficaz y englobaría todos

los casos posibles que se pudieran presentar, evitando lagunas de punibilidad, el introducir un agravante en los códigos penales que pudiera recoger este plus de injusto de los partícipes que son garantes e infringen su deber especial, pero no son autores del hecho.

Pero, siguiendo el ejemplo propuesto, también encuentro otra cuestión que apunta a la punibilidad. Me refiero a la discutida cuestión de la punibilidad o no punibilidad de la participación imprudente. En un principio defendí en mi trabajo en términos generales la no punibilidad de la participación imprudente. Ahora he cambiado parcialmente de opinión. Así considero que la participación imprudente que ha consistido en la infracción de un deber especial debe ser castigada en todo caso. Sin embargo, la participación imprudente que no esté basada en la infracción de deberes especiales debe ser impune, por cuestiones de necesidad y merecimiento de pena. Y debe ser impune tanto si el hecho principal es doloso como imprudente. Sin embargo, un garante que participa de manera imprudente en el hecho doloso de otro debe ser castigado, porque la infracción de su deber ha supuesto el favorecimiento de la lesión del bien jurídico que está llamado a proteger en cualquier caso.

En conclusión, el delito de infracción del deber imprudente tiene un ámbito de punibilidad mayor que el delito de dominio imprudente.

Siguiendo con los ejemplos, podemos encontrar delitos polivalentes de autoría con modalidades limitadas de ejecución. En el CP español encontramos algunos ejemplos, así el delito de administración desleal (art. 295) que castiga al administrador de una sociedad cuando infringe el deber que tiene de gestionar de manera leal y honesta el patrimonio de una sociedad, pero el tipo penal solo está interesado en dos modos de ser desleal: o bien a través de una disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad o a través de la contracción de obligaciones. Solo realizando estas conductas, la infracción del deber es relevante. En otras palabras, se exige la infracción del deber más el dominio del hecho a través de la realización de las acciones descritas en el tipo. Otro tanto ocurre, en el CP español, con el delito contra la seguridad en el trabajo, que además está castigado tanto si se comete con dolo como con impru-

dencia. En este caso el empresario infringe su deber de ofrecer unas condiciones seguras para el desarrollo de la actividad concreta, pero solo será relevante esta infracción del deber a través de la no facilitación de los medios adecuados a estándares de seguridad. En este caso, iqualmente es indiferente que no se faciliten los medios a los trabajadores, como que se les faciliten unos que no cumplían la normativa estipulada. Es ocioso estar pensando si hay conducta activa u omisiva. Lo importante es que el sujeto inadecuadamente los medios y solo el que tiene el deber de hacerlo tiene la determinación objetiva del hecho, porque ejecuta la acción que es capaz de lesionar el bien jurídico en este contexto como ninguna otra y por tanto es autor. Así, un delegado de prevención que no facilita a sus trabajadores los cascos y botas necesarios para ejecutar el trabajo será autor de un delito imprudente, si a causa de ello el trabajador se produce una lesión. El tercero, que trabaja en otro departamento y conoce del asunto, no podrá ser autor de un delito contra la seguridad en el trabajo, porque no es de su incumbencia, no le atañe, no tiene una posición especial en esa labor concreta. Solo está





en su mano el denunciar la situación.

3. Por último, ¿Qué ocurre en los casos en los que el deber ha sido transferido a otro a través de la delegación de competencias y se mantiene, no obstante, un deber residual de vigilancia y de control del delegante respecto del sujeto delegado elegido? En estos supuestos quien tiene el deber es el delegado y por tanto será él y no otro el que está ocupando la posición especial frente al bien jurídico, nadie le puede disputar esta situación. La relación delegado-delegante debe transcurrir conforme al principio de confianza. En consecuencia, si el delegado infringe su deber y determina así la actuación delictiva, el único responsable será él, en el caso de que el control y vigilancia del delegante se haya realizado correctamente y haya servido de modo efectivo para fiscalizar y analizar la labor del delegado. En el caso de que no sea así, porque se ha hecho una dejadez absoluta de estos deberes o bien sin hacer la misma, se ha realizado un control inadecuado por parte del delegante, el principio de confianza habría decaído y hay que analizar la responsabilidad de los delegantes por su comportamiento negligente. En este caso hay varias posiciones de garantía y correlativamente varios sujetos en la posición especial respecto del bien jurídico. Si aplicamos conjuntamente la infracción del deber especial con la determinación objetiva del hecho el sujeto autor debería ser exclusivamente el delegado y partícipes imprudentes los delegantes, que con su conducta descuidada y negligente no han determinado, sino contribuido a que la imprudencia del sujeto delegado se mantenga.

Otra posible solución se basa en considerar a ambos sujetos autores accesorios o yuxtapuestos, porque el delegante podía rescatar, por medio del ejercicio de su derecho de avocación, el dominio o la determinación sobre su deber especial delegado, en cualquier momento, pero ello solo prueba que tienen un dominio o determinación potencial sobre el hecho, pero no un dominio actual como lo tiene el delegado justo en el momento en que se produce la lesión al bien jurídico. En el momento en que el delegante transfiere su deber, su función no es cumplir el deber positivo y central que ha delegado, sino el deber de cuidar que se cumpla el deber delegado convenientemente y ello lo impone la organización y funcionalidad de la institución, con el fin de que el delegante sea cuidadoso a la hora de elegir y mantenga un control periódico de las funciones delegadas. Por tanto, en mi opinión, el delegante tiene unas funciones de protección que en este contexto y en todo el engranaje son secundarias, por lo que no determina el hecho. Ello no significa que sea impune. Por el contrario, como he señalado, defiendo la punibilidad de la participación imprudente en los casos en que el partícipe infringe deberes especiales de protección.

120

La autoría en los aparatos organizados de poder. La situación en la jurisprudencia nacional







1. Génesis de la Problemática

Uno de los temas a los que se ve enfrentada la dogmática actual es la de resolver de forma coherente la imputación de responsabilidad a quienes integrados o haciendo parte de una organización de poder estructurada jerárquicamente mediante sus miembros ejecutores cometen diversos actos delictivos. Se le plantea el reto a la dogmática de determinar de forma adecuada ¿cuál sería el título de imputación correcto para atribuirle responsabilidad a quienes trazan las líneas políticas de la organización o imparten las órdenes de comisión de los reatos por parte de los ejecutores, de esa misma manera surge el interrogante acerca de a qué título respondería el agente que personalmente comete el delito, si es que acaso debe sancionársele.

Diversas posturas doctrinales se disputan la solución a tal interrogante. Entre ellas se destacan quienes están convencidos de que el tema concierne a la autoría mediata, otros por el contrario lo solucionan en el ámbito de la coautoría y hay quienes hablan de autoría accesoria y de otro lado, existen autores que determinan que la temática se debe solucionar en sede de la determinación o inducción.

En esta ponencia luego de hacer las respectivas explicaciones de esas posturas procederemos a analizar la tesis que viene aplicando la Corte Suprema de Justicia, en su sala Penal, para resolver el tema de la responsabilidad criminal de los jefes de la organización y de los ejecutores materiales.

2. Tesisexplicativa.Origen delConcepto

El profesor Roxin Ilevó hasta sus últimos límites las tesis del dominio del hecho que en su momento propusiera el finalismo de Hans Welzel. Para explicar la tesis de la autoría directa habla Roxin del dominio de la acción, para el tema de la autoría mediata se refiere al dominio de la voluntad del instrumento y para la coautoría utiliza la expresión dominio funcional.

En el contexto del dominio de la voluntad, esto



es, en la autoría mediata, la figura central, quien dirige el acto o lo determina actúa coaccionado o induciendo en error al instrumento. Ese dominio del hecho supone que el agente de atrás como figura central del acontecer delictivo domina la voluntad del instrumento. El concepto de autor que expone el profesor de Munich, ha de extraerse de la materia jurídica y no imponérsela a esta por la naturaleza de las cosas, tal como lo pensaba el mismo Welzel.

En efecto, para definir quién domina el hecho es imprescindible recurrir a la descripción de la conducta que efectúan los tipos legales de la parte especial. En la autoría mediata falta la acción ejecutiva del sujeto de detrás y el dominio del hecho exclusivamente se fundamenta en el poder de la voluntad rectora.

Dentro de las modalidades de autoría mediata diferencia Roxin la forma como se ejerce la voluntad rectora por parte del hombre de atrás, en ese sentido señala que el poder volitivo configurador del curso del hecho puede darse mediante la utilización de un agente no libre, como cuando se ejerce una considerable presión motivadora sobre el ejecutor; el sujeto de detrás se sirve de quien actúa en error, de forma tal que se encuentra en una situación superioridad intelectual del ejecutor; también la autoría mediata puede suponer la combinación de elementos de superioridad psíquicos e intelectuales como ocurre cuando se comete el hecho valiéndose de menores de edad o de inimputables. Y, la forma más particular de autoría mediata, que señala Roxin, es aquella en la que el sujeto de atrás, valiéndose del poder superior de un aparato organizado que tiene a su disposición, domina el suceso delictivo que es personalmente realizado por un ejecutor material que interviene fungiblemente.

El mismo Roxin define la problemática asentando <otra manifestación dominio mediato del hecho que hasta ahora no ha sido ni siquiera mencionada por la doctrina ni por la jurisprudencia: el dominio de la voluntad en virtud de maquinarias o estructuras de poder organizadas. Se alude así a los supuestos que en la posguerra han ocupado en creciente medida a la jurisprudencia y que se caracteriza porque el sujeto de detrás tiene a su disposición una "maquinaria" personal (casi siempre organizada estatalmente) con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor. Para ilustrar la problemática piénsese en los procesos contra Eichmann y Staschynski, en los que se muestran con gran claridad las especialidades que aquí surgen para la doctrina de la autoría>>¹.

Roxin al crear e impulsar la Teoría del Dominio del Hecho por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder, tuvo como motivación esencial la necesidad de esclarecer los crímenes cometidos por las estructuras de poder, en cuanto a la responsabilidad de cada una de las personas que intervenían, precisamente por tratarse de fenómenos de macrocriminalidad, toda vez que bajo la dogmática tradicional frente a la clasificación de autores y partícipes se tornaba engorroso lograr dilucidar la responsabilidad penal de cada una de estos sujetos en la comisión de numerosos crímenes, en virtud de la cadena de mando, como consecuencia de la orden emitida por el superior jerárquico.

En este tema es pertinente mencionar que la dogmática actual propende a que se garantice la individualización de las responsabilidades conforme al derecho penal de acto, empero reconoce que crímenes de

 Cfr. Roxin, Claus. "Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal", Marcial Pons, Madrid, 1998, pág 268. guerra, de Estado y de organizaciones delictuales no pueden ser analizadas y comprendidas con las simples categorías que tienen vinculación con sucesos individuales o particulares, esto es, el fenómeno debe ser estudiado a partir su naturaleza global.

Los primeros procesos en los que fue considerado el tema de los aparatos organizados de poder, son los conocidos como caso Eichmann y caso Staschynski. En el primero de ellos, el 15 de diciembre de 1961, el Tribunal regional de Jerusalén condenó a Eichmann por haber ejecutado actos de exterminio de judíos. La defensa de este alegó que de haberse negado a la ejecución, otras personas habrían cumplido tales instrucciones, por lo que su aporte no habría tenido incidencia en la producción de los crímenes.

Por su parte el agente Staschynski, cumpliendo directrices del servicio secreto alemán, participó activamente en el exterminio de judíos.

Ese dominio de la voluntad por medio de un aparato organizado de poder se puede dar según Roxin, mediante dos manifestaciones típicas. La primera de ellas se presenta cuando las personas que ostentan el poder estatal, con la colaboración

Los primeros procesos en los que fue considerado el tema de los aparatos organizados de poder, son los conocidos como caso Eichmann y caso Staschynski. En el primero de ellos, el 15 de diciembre de 1961, el Tribunal regional de Jerusalén condenó a Eichmann por haber ejecutado actos de exterminio de judíos. La defensa de este alegó que de haberse negado a la ejecución, otras personas habrían cumplido tales instrucciones, por lo que su aporte no habría tenido incidencia en la producción de los crímenes.



de organizaciones subordinadas a los mismos, cometen conductas delictivas. La segunda forma se presenta en relación con hechos atribuibles a bandas criminales que de forma clandestina cometen diferentes actos, y se extiende el concepto a toda agrupación semejante a estas en la que los miembros de la organización no trabajen por su propia cuenta sino como órganos de la cúpula directiva. Más adelante perfilaremos estas dos modalidades de forma más detallada.

La pluralidad de víctimas que los fenómenos de macrocriminalidad generan no puede ser un factor determinante para fundamentar la autoría, en tanto que si se judicializara a cada uno de estos delitos de manera separada e individual, igualmente a los sujetos de atrás se les imputarían los delitos cometidos en calidad de autores.

Así, la preocupación inicial se centró en determinar la injerencia y responsabilidad del denominado "sujeto de detrás quien tiene a su disposición una 'maquinaria' personal (casi siempre organizada estatalmente) con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor." ²

Se hace referencia así, al dominio de la voluntad en

aparatos organizados de poder como una especie de la teoría del dominio del hecho general, en la medida en que algunas posiciones esbozadas en la doctrina sostienen que frente a las estructuras jerarquizadas quedan excluidos de plano el dominio por coacción y por error, puesto que resulta incoherente que una persona que pertenece a una organización, en la cual comete conductas punibles directamente en calidad de ejecutor "...no comprenda el injusto material de tal conducta debido a su obcecación ideológica"3. Así mismo otra posición señala que si es posible que exista un dominio de la voluntad del sujeto de detrás en virtud de la coacción o de un error en la persona del ejecutor material. No obstante se presenta la problemática de la autoría mediata, en cuanto a "los supuestos de los llamados instrumentos dolosos no cualificados o sin intención..."4-

Entonces, respecto del Dominio por Organización en virtud de la fungibilidad, la posición mayoritaria consistente en el dominio de la voluntad que ejerce el sujeto de detrás frente a la realización de la conducta punible, en tanto que este no deja la comisión de la conducta a la voluntad del ejecutor material, puesto que la organización "funciona

'automáticamente', sin que importe la persona individual del ejecutor"⁵. La orden emitida por el superior jerárquico indistintamente de la persona que la materialice se va a cumplir, así ni siquiera se conozca por parte del superior jerárquico al ejecutor (subordinado).

Además, en el evento en que el ejecutor se rehúse a cumplir la orden, existe al interior de la organización un sin número de personas dispuestas a cumplir la orden, con el fin de que no se vea truncado el plan inicial creado por el superior (sujeto de detrás). Lo anterior se conoce en la posición del Profesor Roxin como la "fungibilidad del ejecutor", es decir, los ejecutores materiales pueden ser cambiados a propia voluntad sin que se afecte el plan criminal de la organización, toda vez que el fundamento del dominio de la voluntad estriba es en el "...mecanismo de funcionamiento del aparato en el marco del que se actúa."6

El ejecutor material "... si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje –sustituible en cualquier momento– en la maquinaria del poder..."⁷, lo que significa que para aquellas personas que emiten las

- 2 Roxin, Claus. Autoría y Dominio del hecho en Derecho Penal Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000. Pág. 270.
- 3 lbídem, pág. 271.
- 4 Ibídem, Pág. 269
- 5 lbídem, pág. 272.
- 6 lbídem, pág. 272.
- 7 Ibídem, pág. 273.

órdenes la o las personas, que ejecutan la misma, no son indispensables en tanto que se consideran "... ruedas intercambiables en el carro del sistema en funcionamiento, de modo que su disposición incondicional a realizar el hecho ni siquiera era decisiva."8

La conducta del sujeto de detrás que actúa en el aparato de poder, siempre será visible, puesto que los hechos delictivos se exteriorizan con independencia del querer o no de un individuo determinado, lo que implica que el comportamiento de dicho sujeto se perciba en el ámbito de la autoría.

Así pues, "...existe dominio del hecho cuando el hombre de atrás 'mediante estructuras de organización aprovecha determinadas condiciones marco dentro de las cuales su contribución al hecho desencadena procesos reglados'"9, es decir, independientemente de quien ejecute la orden, existen procedimientos automatizados diseñados mediante una relación piramidal que ineludiblemente conducen a que se consume la conducta punible esperada.

La teoría del domino del hecho "...no es solo un fenómeno jurídico o normativo, como opina Jakobs, sino ante todo también un fenómeno fáctico" 10, es decir, que se entrecrucen elementos como el poder de control que detenta el sujeto de atrás y el rol o la competencia de las personas pertenecientes a la organización, es decir "quien ordena, tiene en sus manos la organización por medio de la cual, en definitiva, es controlado,



- 8 Ambos, Kai. Dominio del Hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Universidad Externado de Colombia. 1998. Pág. 30.
- 9 Ambos, Kai. ¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el Derecho Penal internacional? Universidad Externado de Colombia, 2008. Pág. 116.
- 10 Ambos, Kal. ¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el Derecho Penal internacional?. Universidad Externado de Colombia, 2008. Pág. 111.

mediatamente el ejecutor material."^{11.}

Se destaca una crítica a la teoría del dominio del hecho esbozada por el Profesor Roxin en torno a los delitos de omisión o de deber, en tanto que ellos no implican un dominio, sino la existencia de un deber en cabeza de una persona determinada. Así, "...el dominio del hecho no es el único criterio para la determinación de la autoría; junto a este está el deber especial..."12.

3. Modalidades de aparatos organizados de poder

3.1. Aparato de poder de organización estatal

Se encuentran en este grupo aquellos regímenes totalitarios en contraposición al Estado liberal, ejemplo, sistema Nazi, dictaduras del socialismo, etc.

En este evento la organización se aprovecha del poder estatal que ostenta y con ayuda de organizaciones subordinadas despliegan su actuar delictivo. Es el caso en donde los órganos del Estado violan los derechos humanos deliberadamente.

La capacidad de funcionamiento está asegurada, en la medida que las personas no se oponen a quienes administran el poder estatal y por tal no constituyen un obstáculo para contener el poder que detentan.

Entonces, no solo una acción que "...consiste en la firma de un documento o en una llamada telefónica puede ser un asesinato; sino, además que también pueden cometer tales acciones burócratas medios, alejados de la dirección del Estado propiamente dicha."13.

Así, por ejemplo es posible en virtud del vínculo existente entre el superior y los subordinados, la existencia de autoría mediata del superior frente a la relación de subordinación militar.

3.2. Aparato de organización no estatal (criminalidad organizada)

Son estructuras (también organizaciones terro-

ristas) que requieren como elementos fundamentales la presencia de jerarquías establecidas, con un número de ejecutores intercambiables, cuyo fin sea mantener el poder que detentan a través de la comisión de conductas delictivas. Es lo que se conoce como "asociación criminal."¹⁴.

Es fundamental que "...los miembros no obren por propia cuenta, sino como órganos de la cúpula directiva cuya autoridad reconocen."15.

De plano no se puede siempre que se está frente a una banda o grupo constituido para cometer actividades delictivas, hablar de un dominio de organización, en la medida en que se deben revisar los elementos anteriormente



¹² Jakobs, Gunther. Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal Universidad Externado de Colombia, 2001. pág. 66.

¹⁵ Roxin, Claus. Autoría y Dominio del hecho en Derecho Penal. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., 2000. pág.



¹³ Ambos, Kai. Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Universidad Externado de Colombia, 1998. pág. 38.

¹⁴ Ibídem, Pág. 47.



esbozados para determinar que sí es posible hacer referencia a una autoría mediata en virtud de los aparatos organizados de poder. En el caso de los carteles de la droga en Colombia estos elementos no se visibilizan de manera diáfana.

4. Coparticipación criminal y aparatos organizados de poder. Modalidades

4.1. Autoría Mediata en estructuras organizadas de poder

La fundamentación de la teoría de la autoría mediata está ligada a la figura del Dominio por organización, en tanto que es a través de una estructura organizada, jerarquizada y con ejecutores intercambiables que se sustenta y visibiliza la actuación del llamado "hombre de atrás", es decir, el autor mediato.

El profesor Jakobs considera que la autoría mediata "...no es otra cosa que una autoría directa disfrazada..."16. A diferencia del Profesor Roxin, Jakobs considera que el instrumento no es el sujeto que tiene una posición subordinada al interior de una estructura o quien ejecuta la orden con dolo, en tanto que "... no es un dominio lo que conduce a la autoría mediata, sino la competencia por lo hecho por el instrumento."17.

El autor mediato considerado en la doctrina el hombre de atrás no se determina por el dolo que

puede tener dicho sujeto en que la conducta delictiva que ordena efectivamente se cometa dentro de la organización o aparato de poder, sino radica es en "... la comprensión del sentido concreto de la acción"18. Sin embargo, el ejecutor material constituye un elemento esencial en la teoría del dominio del hecho, en la medida en que denota una estructura jerarquizada en donde existen superiores y subordinados, encargados indistintamente de cumplir las órdenes.

En este sentido, el ejecutor material tendría la calidad de instrumento del sujeto de atrás, en tanto que si otro de los ejecutores no puede cumplir la orden, inmediatamente otro lo va a reemplazar, logrando que el plan propuesto por el sujeto de atrás se cumpla sin obstáculo alguno.

En las estructuras o aparatos organizados de poder "...El sujeto de detrás no se subordina internamente al ejecutor, que no necesita 'dejar a criterio' de este el suceso... Su fundamento no puede estribar en la posición anímica especial del que da las órdenes, sino solo en el mecanismo de funcionamiento del aparato en el marco del que se actúa."19

19 lbídem, pág. 271.

¹⁶ Jakobs, Gunther. Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal. Universidad Externado de Colombia, 2001. pág. 93.

¹⁷ Ibídem, pág. 93

¹⁸ Roxin, Claus. Autoría y Dominio del hecho en Derecho Penal. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., 2000. pág. 291.

Así mismo, el sujeto de atrás no ejerce un domino del hecho de manera directa sino indirecta, debido a que canaliza todas sus acciones criminales a través del aparato de poder, que conduce a una responsabilidad en virtud de la "...competencia funcional (como 'autor de escritorio', emisor de las órdenes, planificador y autor intelectual, etc.)... "20 Lo anterior es lo que fundamenta el llamado dominio por organización.

4.2. Coautoría

Posición sostenida por el Profesor Jakobs, quien se manifiesta en contra de la autoría mediata fundamentada en el dominio por organización, optando por la coautoría, puesto que en un aparato organizado de poder es posible que la fungibilidad no se presente de modo simultáneo, sino sucesivo. Así dentro de la lógica de las estructuras de organización se observa que en ellas "...no solo se permita el intercambio de los receptores de órdenes, sino también de los emisores."21.

Además, se configura la coautoría toda vez que dentro de la organización existe "...una consciencia común de dirigentes y ejecutores de que determinado hecho o varios hechos de las mismas características han de

llevarse a cabo de acuerdo con las instrucciones de la dirección"²², sin que lo anterior implique que entre ellos se conozcan al momento de cumplir cada una de sus funciones asignadas, como consecuencia de la decisión efectuada.

A esta postura se le suele plantear como crítica el hecho de que la figura de la coautoría no hace visible la estructura jerárquica presente en toda organización criminal creada. La coautoría se suele presentar en una estructura horizontal y no vertical. Además, no existe una decisión común entre el hombre de atrás y el ejecutor material en cuanto a la realización de una determinada conducta delictiva.

4.3. Inducción o determinación

Posición sostenida principalmente por Gimbernat Ordeig, quien desconoce los fundamentos del dominio del hecho, afirmando que los ejecutores materiales tendrían la calidad de autores directos, en la medida en que en ellos reposa la actuación criminal y no en el sujeto de atrás. Así pues, este último será inductor y las personas que replican las órdenes por él emitidas serán cómplices.

En efecto, para Gimbernat Ordeig los aparatos

organizados de poder no fundamentan la existencia de una autoría mediata en el que da o recibe la orden y a su vez ordena que se asesine a un número determinado de personas. Contextualizando su tesis en torno al exterminio de los judíos por el régimen nacional-socialista alemán -delito de genocidio-, entiende, con la doctrina mayoritaria, que todos los que realicen actos ejecutivos deben responder como autores, puesto que la energía criminal en ellos es superior al que solo trasmite la orden que ha recibido de su superior. Considera que la actividad de Hitler y de aquellos en quienes surgió la idea del genocidio y la forma de llevarlo a cabo, convenciendo a otros para que lo ejecutaran y establecieran el aparato que el delito exigía, ha de ser calificada de inducción23.

Diferencia Gimbernat cada una de las intervenciones en el aparato organizado de poder, de manera tal que quienes ostentan la dirección de la estructura, son inductores, su tarea se circunscribe a convencer a los ejecutores de cumplir su misión, quienes a la postre serán autores materiales y las personas intermedias entre directores y ejecutores serán cómplices.

Gimbernat si bien no está de acuerdo con inducciones en cadena, esto es, en

20 Ambos, Kai. Dominio del Hecho por dominio de la voluntac en virtud de aparatos organizados de poder. Universidad Externado de Colombia, 1998. pág. 31.

21 Ibídem, pág. 26.

22 lbídem, pág. 26.

23 Cfr. Hernández Plasencia, José Ulises. "La Autoría Mediata en Derecho Penal". Comares. Granada. 1996. pág. 269. la comunicación que se da respecto de intermediarios, ejecutores y directivos, pues para él ellos son simples cómplices, soluciona el tema mediante la figura de los cooperadores necesarios, esos intermediarios serán cooperadores o cómplices necesarios del acto criminal.

Se le crítica a esta posición que en la relación existente entre el instigador y el instigado existe una inseguridad con respecto al instigado, en cuanto al éxito de que la conducta delictiva se realice; en este sentido, el hombre de atrás no ejerce ningún dominio, sino que utiliza a otro para beneficiarse de los resultados de la ejecución de la conducta.

Así, "el instigador domina al instigado, y este dominio del hombre de atrás sobre el ejecutor es un argumento a favor de la autoría mediata..."²⁴.

4.4. Autoría Accesoria

Posición sostenida por Bockelmann y Volk, que señalan que no es posible predicar la coautoría porque no existe un acuerdo previo entre el hombre de atrás y el ejecutor material respecto de la comisión de las conductas delictivas; y además que "...la concurrencia de autoría mediata no puede afirmarse teniendo en cuenta que los ejecutores son plenamente responsables." 25.

El tema de la autoría accesoria está vinculado desde antaño, a los presupuestos causales de una acción, en cuyo seno se agruparían los eventos de causalidad acumulativa, que implicaría que si las intervenciones de los participantes en el reato consideradas aisladamente no darían lugar a la configuración de la conducta punible y sí lo harían cuando concurren conjunta y simultáneamente.

También, se utiliza este concepto en los llamados eventos de causalidad alternativa y en aquellos casos en los cuales el instrumento en la autoría mediata actúa con error vencible, castigándose al hombre de atrás por un delito doloso en condición de autor accesorio.

Esta tesis choca con la idea de que en las estructuras organizadas de poder los actos de creación y producción del riesgo están enlazados conscientemente entre director y ejecutor.

5. La situación en la jurisprudencia nacional

5.1. Referente normativo

La Ley 599 de 2000 (Código Penal vigente) regula la coparticipación criminal en los artículos 29 y 30. En

el primero de ellos se dice: "Autores: Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento.

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

También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurran en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.

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

El artículo 30, reza: "Partícipes. Son partícipes el determinador y el cómplice.

Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción.

Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá El tema de
la autoría
accesoria está
vinculado
desde
antaño, a los
presupuestos
causales de
una acción,
en cuyo seno
se agruparían
los eventos
de causalidad
acumulativa.

.....

24 Ibídem, Pág. 28.

25 Ibídem, Pág. 29.

... Se produjo la descomunal conflagración que en minutos arrasó con buena parte de las viviendas y produjo una tragedia humana de incalculables proporciones: casi un centenar de muertos —entre niños, adultos y ancianos-y graves heridas por quemaduras a un número de aproximadamente treinta personas.

en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.

Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte."

5.2. Análisis jurisprudencial

En varias decisiones la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, ha tratado el tema de la autoría en aparatos organizados de poder, entre ellas sobresalen las producidas bajo los siguientes radicados 29221 de 2 de septiembre de 2009, 23825 de 7 de marzo de 2007, 22327 de 9 de marzo de 2006, 26640 de 16 de septiembre de 2009 y 32022 de 21 de

septiembre de 2009. Nos referiremos a las más relevantes, donde queda sentada la posición del alto tribunal.

5.2.1. Caso: "Machuca"

En actuación de segunda instancia el Tribunal superior de Antioquia resumió los hechos que dieron origen a este caso así²⁶:

"La horrorosa tragedia que informa el proceso, tuvo lugar el 18 de octubre de 1998, tal vez a las 12:30 de la mañana, en el humilde corregimiento de "Machuca" o "Fraguas", situado en comprensión territorial del municipio de Segovia (Antioquia). Para golpear la infraestructura petrolera y con ello la economía nacional, varios guerrilleros adscritos a la compañía "Cimarrones" del frente "José Antonio Galán"

del Ejército de Liberación Nacional (ELN) le colocaron un artefacto de gran poder detonante a la línea de conducción de crudos (petróleo) llamada "Oleoducto Cusiana-Coveñas", produciendo la destrucción total del poliducto y el derramamiento del líquido en una considerable proporción. Justamente por haberse producido la explosión en la parte superior de una colina, el petróleo corrió por dos ramales para caer luego al río "Pocuné", por cuyo cauce avanzó hasta llegar a la rivera del corregimiento, donde finalmente se produjo la descomunal conflagración que en minutos arrasó con buena parte de las viviendas y produjo una tragedia humana de incalculables proporciones: casi un centenar de muertos

26 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal Sentencia de 7 de marzo de 2007. Proceso Rad. No 23835 (Caso Machuca).



–entre niños, adultos y ancianos– y graves heridas por quemaduras a un número de aproximadamente treinta personas.

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

En esta decisión, la Corte resolvió la problemática del título de imputación de responsabilidad, asentando lo siguiente:

"En el presente caso, donde los subversivos del ELN, de distintas jerarquías, sumaron sus voluntades libres para dinamitar el oleoducto cercano a Machuca, en cumplimiento de las políticas de ataque terrorista a la infraestructura petrolera, compartidas por todos ellos, es evidente que los directivos de esa organización criminal no actuaron como determinadores de los ejecutores materiales, sino en calidad de coautores, porque no es cierto, al menos las pruebas no lo indican así, que dichos directivos hubiesen hecho nacer la idea criminal en los milicianos rasos y menos que dominaran la voluntad de estos; pues, por el contrario, lo que se verifica razonablemente es que los guerrilleros del ELN implicados en la destrucción de la tubería desplegaron la conducta que les correspondía, con acuerdo previo, por convicción propia, por compartir las "políticas" del grupo armado ilegal,

directrices que conocían y a las cuales habían adherido con antelación, en un proceso paulatino de reclutamiento, diseño de estrategias, entrenamientos, aprendizaje de doctrinas y estandarización de modos de actuar.

Mediando, como en el presente asunto, ideologías compartidas, voluntades concurrentes e intervención con aportes concretos según la división preacordada del trabajo criminal, se afirma que todos son coautores globalmente de la conducta delictiva realizada y responsables por sus consecuencias".

En esta decisión se descarta la determinación y la autoría mediata y se ancla la responsabilidad en la coautoría entendiendo que los cabecillas del grupo insurgente imparten unas directrices y unas políticas terroristas a las cuales adhieren los ejecutores materiales, la vinculación entre dirigentes y ejecutores se da por compartir una ideología, lo que los hace coautores globales de todos los hechos realizados.

En este proceso cada una de las instancias frente a la imputación de autoría y participación de quienes intervinieron en esta tragedia, argumentaron posiciones diferentes y contradictorias, lo que denota que el tema no es pacífico en la doctrina y jurisprudencia nacional, dada la complejidad de elementos y situaciones objeto de análisis y valoración.

Así se imputa "como coautores determinadores (sic) en la resolución de acusación; como coautores

en la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia; como determinadores, en la sentencia de segunda instancia ante el Tribunal Superior de Antioquia; como autores mediatos en aparatos organizados de poder, en los conceptos de la Procuraduría; y, finalmente, como coautores impropios, en la decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia."27.

Es trascendental destacar el concepto de la Procuraduría que calificó de autores mediatos en virtud de aparatos organizados de poder a las personas que desataron esta tragedia, puesto que se comprobó que los líderes del ELN (Ejército de Liberación Nacional) dentro de su estructura y aparato de poder tenían como propósito atentar de manera general en contra de la infraestructura petrolera y energética de todo el país, lo que significó que dichos líderes emitieron una orden general dentro de su estructura, siendo los miembros de inferior rango (cualquiera de ellos) instrumentalizados para la comisión de la conducta criminal.

Sin embargo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia argumentó que en el caso de los 10 miembros del ELN estos debían responder a título de coautores impropios, en tanto que "... en este caso no existe autoría mediata, ni hay "sujeto de atrás", como parece sugerirlo la libelista, porque los subversivos que colocaron los explosivos en el tubo no fueron meros instrumentos Comando Central del ELN, sino que a su vez, ellos -los que acudieron a perpetrar materialmente la detonación- desarrollaron el rol que les correspondía en su propio delito, por su voluntad consciente dirigida con conocimiento e inteligencia al logro de los fines compatibles con su propia ideología; lo hicieron por convicción política propia; sin ser 'utilizados', sin ser instrumentalizados y sin engaños."28.

La coautoría impropia "... se presenta cuando un mismo hecho típico había sido realizado comunitariamente, pero con división de trabajo, por varias personas que lo asumían como propio, aunque la intervención de cada una de ellas, tomada en forma separada, no se adecuara por sí mismo al tipo penal."²⁹.

Resulta entonces paradójico que una vez la Corte reconoce que los miembros que propiciaron la tragedia de "Machuca" pertenecen a una organización criminal al margen de la ley con jerarquías preestablecidas, de manera inusitada opta por la tesis de la coautoría impropia.

5.2.2 Caso: Yamid Amat

En actuación judicial el Juzgado Octavo Penal del Circuito Especializado de Bogotá resumió los hechos que dieron origen a este caso así:³⁰

"El 19 de septiembre de 2001, siendo aproximadamente las 8:10 p.m., unidades de la Policía Nacional, adscritas a la Décima Tercera Estación de Teusaquillo, capturaron en la Pizzería D'omo de la carrera 21 No. 39 – 70 de Bogotá a Jhon Jairo Buitrago González y Luis Alberto Puertas Triana, cuando el primero portaba un artefacto explosivo y manifestó pertenecer al frente 53 de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), al mando de Romaña, de quien dijo les había dado la orden de atentar contra la vida de un periodista de Caracol que se desplazaba en un Mercedes Benz color negro".

En actuación judicial de segunda instancia el Tribunal Superior de Bogotá, confirmó el fallo proferido por el Juzgado Octavo Penal del Circuito Especializado de Bogotá, en el sentido de que impuso condena asignando la calificación

- 27 Ambos, Kai y otros. Imputación de crimenes de los subordinados al dirigente. Editorial Temis S.A., 2008. Pág. 157.
- 28 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 7 de marzo de 2007. Proceso Rad. No. 23835 (Caso Machuca).
- 29 Ambos, Kai y otros. Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Editorial Temis S.A., 2008. Pág. 169.
- 30 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 8 de agosto de 2007. Proceso rad. No. 25973 (Caso Yamid Amat).

134



"... la responsabilidad por los hechos delictivos ordenados por las cabezas compromete en calidad de coautores, tanto a quienes los ejecutan, como a quienes los ordenaron..."

jurídica de coautores del delito de tentativa de homicidio agravado contra el periodista Yamid Amat Ruiz.

La Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal aduce la tesis de "Autoría inmediata de quien actúa a órdenes de una organización", en tanto que el procesado "...no tenía ninguna injerencia que hubiera actuado en cumplimiento de una orden proferida por el comandante del frente 53 de las Farc, porque su responsabilidad es por un delito propio cometido con culpabilidad y su grado de participación es el de autor inmediato, al margen de la responsabilidad y modalidad de participación que pueda caber a quien dispuso la comisión del delito."31

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el caso en cuestión argumentó que se trataba de un caso de coautoría impropia por división del trabajo, en tanto que los miembros de estas organizaciones al margen de la ley comparten ideales, teniendo un modus operandi común, lo que conlleva a que "... la responsabilidad por los hechos delictivos ordenados por las cabezas compromete en calidad de coautores, tanto a quienes los ejecutan, como a quienes los ordenaron..."32, la Corte, asentó lo siguiente:

"De lo expuesto, en punto del caso objeto de estudio observa la Sala que la orden de causar la muerte al periodista... de Caracol, impartida por el comandante del frente

53 de las Farc a los acusados, como acertadamente lo manifiesta la Procuradora Delegada en su concepto, no incide de manera alguna en la declaración de su responsabilidad penal, dado que actuaron libremente y con conocimiento de la antijuridicidad de la misión dispuesta por "Romaña", amén de que no tienen la condición de meros ejecutores instrumentales de aquel como autor mediato dentro de la concepción tradicional, pues quienes pertenecen a una organización querrillera, como aquí se constató respecto de..., tienen conocimiento del carácter delictivo que conlleva la ejecución de los actos dispuestos por sus jefes en la estructura de mando que tengan.

Además, respecto de los mandos o cabecillas de la

³¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.

Sentencia de 8 de agosto de 2007. Proceso rad. No. 25973

(Caso Yamid Amat).

³² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 8 de agosto de 2007. Proceso rad. No. 25973 (Caso Yamid Amat).

organización se observa que tienen la condición de coautores, en el entendido de que los militantes de tales agrupaciones comparten no solo los ideales, sino las políticas de operación y, por ello, la responsabilidad por los hechos delictivos ordenados por las cabezas compromete en calidad de coautores, tanto a quienes los ejecutan, como a quienes los ordenaron, sin que, entonces, haya lugar a la configuración del instituto de la determinación.

6. Conclusiones

1. En la tesis de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, la conducta de los ejecutores materiales es susceptible de responsabilidad penal atendiendo al aporte hecho en la realización de la conducta delictiva, lo que implica que no necesariamente queda impune, es decir, no solo es susceptible de ser judicializada la conducta del llamado hombre de atrás como autor mediato. Lo que sucede es que resulta bastante difícil de comprender una institución alejada de sus bases comunes que entiende que el instrumento al actuar bajo coacción o error, su conducta sería inculpable y aceptar que ese instrumento sí res-

- ponde por el hecho de que ha intervenido en el delito haciendo parte de una organización jerarquizada de poder.
- 2. En la propuesta de Roxin, en el evento en que se constate que el ejecutor material no actuó bajo error o coacción, "... habría lugar a aplicar la autoría mediata en la forma del "autor tras el autor', es decir, imputando responsabilidad tanto al instrumento (quien tiene el dominio directo de hecho) como a quienes en virtud de la cadena de mando sean autores y coautores mediatos de los hechos punibles investigados..."33.
- 3. En la teoría del dominio del hecho enfocada al dominio por organización característico de los aparatos organizados de poder, es necesario que exista una organización edificada sobre jerarquías, y un dominio del hecho del hombre de atrás sobre los ejecutores fungibles en calidad de subordinados.
- 4. La autoría mediata por aparatos organizados de poder resulta muy difícil aplicarla en Colombia, debido a que es muy complicado, por no decir imposible, integrarla a la redacción del artículo 29 del Código Penal que define la autoría me-

- diata bajo el siguiente tenor: "Autor. Es autor quien realice la conducta punible utilizando a otro como instrumento", pues al ejecutor material instrumentalizado no se le asigna responsabilidad en nuestro estatuto. Además, la autoría mediata no logra cubrir a todos los intervinientes en el hecho colectivo o global.
- 5. Desde el punto de vista de justicia material, la tópica jurídica y parcialmente legal, la tesis de la coautoría impropia que aplica nuestra Corte Suprema de Justicia, para solucionar el tema de la responsabilidad en los aparatos organizados de poder es correcta, pues sanciona al ejecutor, lo que resulta justo, sanciona al director de la empresa de la misma forma que al ejecutante del acto, lo que resulta apropiado, y además es cierto que de la literalidad del artículo 29 del Código Penal se puede extraer el elemento división del trabajo criminal propio de la coautoría impropia. Empero, desde el punto de vista dogmático también es cierto que a la coautoría le es consustancial el elemento de la resolución delictiva común la que no puede ser suplida simple-

33 Ambos, Kai y otros. Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Editorial Temis S. A., 2008. Pág.

mente con el hecho de pertenecer los sujetos a la organización o de participar de una misma ideología. De otra parte, como lo apunta un extenso sector de la doctrina, para la configuración estructural de la coautoría es necesario que no exista subordinación a la voluntad de uno o más de los directivos de la empresa, todos son iquales.

6. Como si fuera poco, es de la esencia de estas figuras de los aparatos organizados de poder el aceptar la fungibilidad del ejecutor, lo que supone entonces que ese ejecutor está en la posibilidad de actuar libre y autónomamente para cometer el delito o abstenerse de hacerlo, bajo tal entendimiento de qué manera podría

- hablarse de una común resolución delictiva.
- 7. Resulta controvertible en la postura que admite la coautoría impropia poder predicar un dominio funcional del hecho de carácter actual, por parte de los cabecillas, al momento en que los ejecutores perpetran el acontecer delictivo.
- 8. Ahora bien, la tesis de la coautoría impropia, es la que mejor se adapta al caso, toda vez que en nuestro sentir, como bien lo destaca la Corte, el hecho de que los cabecillas dominen y pongan en marcha la maquinaria delictiva, consigan recursos, los administren, los asignen a los planes operativos concretos, tracen políticas de ataques y de selección de objetivos,

- condicionan per se su autoría. Motivo por el cual no podría hablarse de determinación o inducción.
- g. El hecho de que la postura de la Corte Suprema de Justicia coincida con la de Jakobs, no puede ser razón para que se diga que el alto tribunal es en esta temática funcionalista, pues los presupuestos metodológicos que sirven de sustento a las dos posiciones son completamente diferentes.





la coautoría (ni mucho menos de todos los problemas que plantea) la realizaré en relación con su regulación en el C. P. colombiano¹.

No obstante lo anterior, de manera muy resumida (y, por lo tanto, necesariamente poco matizada) expondré los conceptos de que parto en materia de autoría y, en concreto, de coautoría, para continuar después con un breve resumen de mi valoración de la regulación de la autoría y la participación en el CP colombiano y una exposición más amplia sobre la coautoría en ese CP.

2. El concepto de autor: preferencia del concepto restrictivo

En materia de autoría es conveniente partir de un concepto restrictivo de autor y no de uno unitario o extensivo. El concepto restrictivo de autor, prácticamente unánime (al menos en lo que se refiere a los delitos dolosos) en países como Colombia, Alemania o España, entre otros muchos, es preferible por ser el que mejor se adapta al Derecho penal de un Estado de Derecho (aunque los otros tampoco son incompatibles con él). Según él, no cualquier persona que intervenga en un hecho delictivo es autor, sino solo quien realiza el tipo (interpretado de

cias a los preceptos de la parte general ampliadores de la tipicidad y, por tanto, de la punibilidad, es posible castigar a los partícipes (no siempre de igual manera en todas las legislaciones que adoptan este concepto de autor), cuya responsabilidad sería accesoria de la del autor (normalmente en el sentido de la accesoriedad limitada: solo responderán los partícipes, en principio por el mismo título que el autor, si la conducta de este es típicamente antijurídica). Esta idea de la accesoriedad (cualitativa y limitada) es la nota más característica del concepto restrictivo de autor y la que le dota de su principal ventaja: el mejor recorte, perfil o determinación de lo típico. La accesoriedad de la participación a veces puede llevar a consecuencias insatisfactorias, traducidas normalmente en lagunas de punición, que el legislador puede salvar con previsiones específicas, pero que son, en todo caso y desde el punto de vista del Derecho Penal de un Estado de Derecho, más tolerables que una punición excesiva, a la que puede llevar el olvido del legislador en la corrección de consecuencias insatisfactorias del concepto unitario de autor. Ahora

un modo restrictivo); gra-

bien, si se elige un concepto restrictivo de autor, hay que ser consecuente con él para mantener sus ventajas, cosa que, en mi opinión, no siempre sucede en determinadas caracterizaciones de la autoría y sus formas.

- 3. La distinción entre autoría y participación
- a) Diversos criterios de distinción

Al concepto restrictivo de autor se le plantea la necesidad de distinguir entre autoría y participación, para lo cual se ha recurrido históricamente a diversos criterios, muchos de ellos ya abandonados en países como Colombia, Alemania o España, por más que a veces se encuentren vestigios de ellos (así, por ejemplo, algunas versiones de la teoría del dominio del hecho, sobre todo en Alemania, muestran todavía alguna influencia de las teorías subjetivas; en algunas sentencias españolas se pueden hallar todavía restos de la antiqua teoría jurisprudencial del acuerdo previo, que siguió -no siempre de manera consecuente- el Tribunal Supremo español y fue muy denostada doctrinalmente; y me da la impresión -con todas las reservas derivadas de mi conocimiento limitado de la jurisprudencia y doctrina colombianas- de que algo

1 Aunque no se realizarán citas completas a pie de página y la cita de autores en el texto será limitada, he de dejar constancia de que he expuesto con detalle y más amplias referencias mi concepción de la autoría y de la participación en un elevado número de trabajos, algunos de los cuales están publicados en Colombia y algunos referidos especialmente al Derecho Penal Colombiano; a ellos me remitiré fundamentalmente: Luzón Peña. Diego-Manuel/ Díaz y García Conlledo, Miguel: Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría, en: Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional (Bogotá, Colombia) 2 (2003), 89-128; Díaz v García Conlledo, Miguel: La autoría en Derecho Penal, Caracterización general y especial atención al Código Penal Colombiano, en: Derecho Penal v Criminología, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia) vol. XXV No. 76 (2004) 33-65 (en este trabajo expondo entre otras cosas, mi opinión sobre la regulación de la autoría -y, con menor profundidad, la participación-, en especial, la coautoría en el C. P. Colombiano, que vuelvo a exponer ahora, si bien con algunos matices y añadidos); Díaz y García Conlledo, Miguel: La problemática de la codelincuencia en el Código Penal colombiano: complicidad y acuerdo previo: el "interviniente" del artículo 30, párrafo final, en: Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia) vol. XXVI, No. 77 (2005), 45-77 (en esta contribución completo la exposición de mi opinión sobre los principales problemas que plantea la regulación de la autoría y la participación en el CP colombiano y ahora, aunque de forma mucho más resumida, introduzco algún matiz); Díaz y García Conlledo, Miguel: Problemas actuales de autoría y participación en los delitos económicos, en: Nuevo Foro Penal (EAFIT. Medellín, Colombia) 71 (2007. publicado en 2009), 115-144; Díaz y García Conlledo, Miguel: La autoría en Derecho penal (ed. colombiana del libro de 1991), Leyer, Bogotá (Colombia), 2009. De inminente aparición en Colombia es mi trabajo Díaz y García Conlledo, Miguel: El complicado régimen privilegiado del art. 30 del Código Penal español en materia de codelincuencia y encubrimiento en los delitos cometidos utilizando medios o soportes de difusión mecánicos, en la nueva Revista Penal.

similar sucede con algunas caracterizaciones de la llamada "coautoría impropia" en Colombia, a la que más adelante me referiré brevemente). Hoy se puede decir que (al menos para los delitos dolosos) se defiende de manera prácticamente unánime (aunque, naturalmente, con variantes entre autores) en Alemania la teoría del dominio del hecho (aunque han surgido en tiempos recientes algunas voces discrepantes), que también es mayoritaria en España y, según creo, en Colombia. En España sique defendiéndose, aunque ya de forma minoritaria, la teoría objetivo-formal, que creo que también cuenta con defensores en Colombia. Existen nuevas aportaciones a la distinción, también en lengua española, algunas de gran interés y sostenidas en obras científicas consistentes, en las cuales no puedo detenerme aquí (si bien he querido mencionar su existencia para que ningún interesado en el tema las pase por alto) y que normalmente giran en el entorno de alguna de las teorías citadas, aunque no coincidan siempre estrictamente con ellas. El criterio que yo mantengo es el de determinación objetiva y positiva del hecho, que en su día denominé versión heterodoxa de la del dominio del hecho (aunque otros la separan radicalmente de ella), que ha gozado de notable aceptación en España y cuenta también con defensores en Colombia (y en otros países latinoamericanos). A estas tres tesis paso a referirme muy rápidamente.

b) La teoría objetivoformal

Existen básicamente dos versiones de la teoría objetivo-formal, que parten de la premisa fundamental (hoy generalmente aceptada) de que autoría es realización típica: la clásica, según la cual es autor quien realice cualquier acción ejecutiva (en el sentido de la tentativa), y la moderna o modificada, para la que autor es quien realice el correspondiente tipo de la parte especial o, dicho de otra manera, aquel cuya conducta resulte subsumible sin más en el correspondiente tipo de la parte especial.

Es un gran mérito de estas teorías, reconocido por muchos, el haber puesto de relieve con énfasis la conexión entre autoría y tipo. Entre las múltiples críticas a que se las ha sometido considero que unas aciertan más que otras cuando se dirigen a su fundamento, pero que las principales, consistentes en señalar la incapacidad de estas teo-

rías para explicar la autoría mediata y la coautoría, no son tan contundentes, definitivas e insuperables como pretenden quienes las realizan (especialmente no lo son frente a la versión modificada o moderna, pero en parte tampoco frente a la clásica, sobre todo cuando esta no confunde autoría con ejecución de propia mano). Estas teorías, según creo, son perfectamente capaces de explicar las figuras de la autoría mediata y la coautoría. Otra cosa es que llequen a conceptos y límites de la autoría mediata o la coautoría más o menos convincentes, pero eso sucede en otras teorías también: por ejemplo, quien, como yo, no comparte la extensión de la coautoría que defienden quienes sostienen la teoría del dominio del hecho, sería injusto si dijera que esta es incapaz de explicar la coautoría.

Sin embargo, considero que no debe adoptarse una teoría objetivo formal, básicamente por lo siguiente: la versión clásica no convence desde el punto de vista del concepto restrictivo de autor desarrollado de una forma coherente que mantenga sus ventajas, puesto que iguala las acciones ejecutivas no típicas con las claramente típicas (por ejemplo, el sujetar a la víc-

Existen
básicamente
dos versiones
de la teoría
objetivo-formal,
que parten
de la premisa
fundamental
(hoy
generalmente
aceptada) de
que autoría
es realización
típica.



tima de unas lesiones con el clavarle el cuchillo), cuando entre ellas se percibe una diferente forma de enfrentamiento a la norma o realización del tipo (directa en las segundas, indirecta y precisamente apoyada en estas en las primeras), una diferencia en perentoriedad o urgencia de la norma en evitar unas y otras. La versión modificada es en principio correcta: autor, desde la perspectiva del concepto restrictivo, ha de ser quien realiza la acción típica, aquel cuya conducta es subsumible en el correspondiente tipo de la parte especial; lo que ocurre es que en los llamados delitos puramente resultativos (como, por ejemplo, el homicidio) no se ofrece criterio material alguno para determinar quién realiza el tipo, aunque se afirma que no lo realiza cualquiera que causalmente influya en el resultado. Por lo tanto, hay que completar (pues es posible) esta teoría.

c) La teoría del dominio del hecho

La teoría del dominio del hecho, con defensores muy ilustres y, sin duda, deudora de las aportaciones básicas realizadas a ella por Roxin, sostiene, en líneas generales, que es autor quien domina el hecho, es decir, quien con su actuación decide o tiene en

sus manos el sí y el cómo del acontecer típico, del proceso que desemboca en la producción del delito. Concibe este dominio de una manera objetivo-subjetiva, pues, en este último sentido, exige finalidad o, como mínimo, consciencia del dominio.

Es de justicia reconocer que la teoría del dominio del hecho ha desempeñado un papel importantísimo en el desarrollo reciente de la teoría de la autoría y la participación, habiendo realizado a la misma aportaciones esenciales. No obstante, no está exenta de críticas. En mi opinión, las principales, que me hacen desecharla (admitiendo muchas de sus aportaciones), son tres, presentes incluso en sus versiones más perfeccionadas: parte a veces de figuras extrajurídicas de las que extrae consecuencias demasiado importantes careciendo de un fundamento normativo jurídico (así, a veces, de la idea de que el autor es la figura central del hecho, imagen que resulta valiosa si de ella no se pretendieran extraer consecuencias que dan la espalda a la norma penal). Al incluir un elemento subjetivo en el dominio del hecho, se encuentra con enormes dificultades para distinguir entre autoría y participación en los hechos imprudentes, derivando casi siempre en un concepto unitario de autor para tales hechos. Y, por fin, en algunos puntos conduce a una extensión del concepto de autor incoherente con el concepto restrictivo que dice defender, de modo que este pierde sus ventajas; esta extensión es especialmente notoria en el concepto de coautoría, incluso cuando el mismo se basa, como ocurre en las versiones más depuradas de la teoría, en el criterio del dominio funcional (que es un dominio negativo -y no positivo- y por tanto insuficiente, en mi opinión, para fundamentar la autoría) del hecho (más aún cuando se basa en otros criterios más vagos y ampliatorios). Explicaré con más detenimiento esta última.

d) La teoría de la determinación (o del dominio) objetiva y positiva del hecho

El criterio que considero más convincente para distinguir entre autoría y participación en un concepto restrictivo de autor que conserve sus ventajas es el de la determinación objetiva y positiva del hecho, propuesto por Luzón Peña y desarrollado ampliamente por mí (y por el propio Luzón Peña y a veces en trabajos conjuntos de ambos) y, posteriormente, por otros autores (destacaré para su

aplicación a los delitos imprudentes las aportaciones de Roso Cañadillas), contando con seguidores en España y en diversos países latinoamericanos, y concretamente en Colombia. Creo que, en un concepto restrictivo de autor que conserve sus ventajas, autor debe ser quien ejecute la conducta que más directamente realice el tipo correspondiente de la parte especial, que más directamente se enfrente a la norma prohibitiva o imperativa contenida en el mismo y, por tanto, que esa norma tenga la mayor perentoriedad o urgencia en evitar (fundamento normativo jurídico de la autoría). Esa conducta sería la que realiza la acción típica (sin entrar en matices sobre si cualquiera de ellas en los tipos que recogen varias), que, en los tipos puramente resultativos (aunque la idea es válida para otros tipos), se concreta mediante el criterio siguiente: autor es quien con su conducta determina (o domina, si es que al dominio se le puede privar del carácter subjetivo) objetiva y positivamente el hecho.

Especialmente en Colombia, país en que un partícipe, el instigador o inductor, recibe la denominación de determinador (artículo 30 C. P.), conviene realizar una precisión terminológica: la expresión "determinación objetiva del hecho" o "del curso del hecho" debe entenderse precisamente en el mismo sentido en que por ejemplo Welzel hablaba "supradeterminación" ("Überdetermination") (final) del acontecer del hecho, pero prescindiendo en la determinación objetiva del hecho precisamente de la voluntad y, por tanto, del prefijo "supra" ("über"). Pero, en todo caso, ha de subrayarse que no se trata aquí de ninguna manera de una determinación al hecho como en la inducción, instigación o determinación.

El que se trate de una determinación o dominio objetivos hace que el criterio sirva también para los delitos imprudentes; el que se exija que sea positivo (es decir que decida realmente el sí y el cómo del hecho y no meramente su posible no producción) evita extensiones del concepto de autor que harían perder las ventajas de un auténtico concepto restrictivo, extensiones especialmente innecesarias dada la regulación de las formas de participación en el CP español (cuestión más problemática en el StGB alemán y en el CP colombiano).

4. La coautoría

Baste decir aquí que en un concepto restrictivo de autor, la coautoría es una



forma de auténtica autoría y no una forma de participación o una extensión de la autoría estricta. Por ello, es importante caracterizarla de manera que se ajuste a tal concepto restrictivo y por ello rechazo tanto la coautoría que se deriva de la teoría objetivo-formal clásica (la moderna ya hemos visto que resulta incompleta) y que considera coautor a todo el que realiza una acción ejecutiva (ignorando así diferencias que considero deben tenerse en cuenta entre las acciones ejecutivas no típicas y las claramente típicas -nucleares-), como la derivada de la teoría del dominio del hecho, incluso en su versión más depurada, la del dominio funcional del hecho, básicamente porque se conforma con un dominio negativo que, en mi opinión, es insuficiente, frente al positivo, para fundamentar la coautoría (como se verá detenidamente más adelante).

La coautoría ha de ser la realización conjunta del tipo, del hecho típico (de realización conjunta del hecho, sin más, hablan el CP español y el StGB alemán, lo que me parece correcto para no terciar en discusiones doctrinales aún no definitivamente resueltas, por lo que me parece preferible esta fórmula que la más compleja contenida en el

CP colombiano, como se irá viendo). Realizarán conjuntamente el hecho quienes, en el marco de una actuación conjunta con reparto de papeles o acumulación de esfuerzos, lo determinen positivamente. Con ello se llega a un concepto verdaderamente restrictivo de autor también en la coautoría, frente a las ampliaciones indeseables (al menos en el derecho penal español, como se verá) a que llegan otros conceptos y especialmente la teoría del dominio (incluso si es funcional) del hecho.

II. Valoración general de la regulación de la autoría y la participación en el Código Penal colombiano

1. Introducción

Antes de pasar a tratar la coautoría y su regulación en el CP colombiano, deseo hacer una valoración general, nuevamente muy resumida y sin apenas matices, de su regulación de la autoría y la participación. Advierto nuevamente que tal valoración debe hacerse con las reservas que conlleva mi conocimiento limitado del derecho penal co-

lombiano y, sobre todo, de su interpretación jurisprudencial y doctrinal. De esta valoración excluyo la que se refiere a la coautoría, pues esta se realiza con más profundidad a continuación, y a preceptos distintos de los artículos 28 a 30 del CP colombiano, como el artículo 62, relativo a la comunicabilidad, que aquí interesa menos y que requeriría un estudio más detenido del que hasta ahora he podido realizar.

Como en casi toda obra humana, en la regulación de la autoría y la participación en el CP colombiano encuentro aciertos y aspectos más discutibles.

2. Clara acogida de un concepto restrictivo de autor

Me parece un acierto pleno el que recoja con claridad un concepto restrictivo de autor, cosa que no estaba tan clara en el anterior CP colombiano de 1980 ni en el anterior CP español de 1944/73, pero que tampoco se ha plasmado de forma tan patente, sino de otra más oscura e incorrecta, en el vigente CP español de 1995. El art. 28 CP colombiano es muy claro al señalar que solo concurren en la realización de la conducta punible "los autores y los partícipes" (dejando fuera, con razón, a los encubridores o favorecedores, cuyas conductas se tipifican en la parte especial), pasando después a regular una y otra categoría separadamente en dos artículos, el 29 y el 30. Además, en el art. 30, cuando se define al determinador y al cómplice como figuras de participación, se exige que el primero determine y el segundo contribuya o preste ayuda posterior anteriormente concertada "a realizar (o a la realización de) la conducta antijurídica", con lo que se acoge claramente el principio de accesoriedad limitada de la participación (como lo hace el StGB alemán, pero no tan claramente el CP español, que solo habla de "hecho"). Más discutible es que el art. 29, en materia de autoría, hable de realización de la "conducta punible" (no de la "conducta antijurídica"), lo que tal vez se deba a un arrastre histórico (el CP anterior se refería al "hecho punible" en todas las formas de intervención en el delito) o, como parece más probable, se haya pretendido que la autoría requiera, en consonancia con la definición de la conducta punible del art. 9 CP, tipicidad, antijuridicidad y también culpabilidad, resultando este último requisito discutible (sin que quepa descartar que se haya procedido a una traducción así del término Straftat, que aparece en la regulación de la autoría en el § 25 StGB ale-

mán, dado que parece que se ha tenido bastante en cuenta, probablemente entre otras, la regulación alemana en materia de autoría y participación, así como en otras materias); no obstante, la trascendencia del tema no es grande dada la clara mención de la "conducta antijurídica" en el precepto dedicado a las formas de participación.

No exigencia expresa de dolo en las formas de participación

Otro acierto del CP colombiano es que no exija expresamente dolo en las formas de participación (determinación y complicidad en el art. 30), coincidiendo en ello con el CP español y a diferencia de lo que sucede en el StGB alemán. Aunque a primera vista parece que tal mención debería conducir a excluir del castigo las formas de participación imprudente (cosa que personalmente defiendo), lo cierto es que en Alemania ha llevado justo a lo contrario: a un concepto unitario de autor en los delitos imprudentes (del que en los últimos tiempos discrepan algunas voces), según el cual todo el que interviene en un hecho imprudente es autor de él (naturalmente siempre que se den los correspondientes requisitos de causalidad e imputación objetiva); ello se debe a lo inidóneo del criterio del dominio del hecho, tal y como se concibe mayoritariamente (con su componente subjetivo) para distinguir entre autoría y participación en los delitos imprudentes. Yo creo (como la mayoría de la doctrina española) que tal distinción es posible desde otros criterios (como el de la determinación objetiva y positiva del hecho, pero no solo desde él) y pienso que, sobre todo por razones de política criminal, la participación imprudente (y no digamos el favorecimiento objetivo) no se castiga (esta posición la lidera en España Luzón Peña, si bien en ella ya no hay unanimidad). Pero, como la cuestión sique siendo polémica, creo que lo mejor es que el CP no tercie en ella, por lo que considero positivo el silencio al respecto de la legislación española y, lo que aquí interesa más, la colombiana.

4. La cláusula del actuar por otro

También me parece acertado, al margen del detalle de la regulación, el que, como otros muchos ordenamientos penales (entre ellos el español y el alemán), el CP colombiano incluya una figura del "actuar por otro", que resulta muy conveniente e incluso imprescindible para evitar injustificables lagunas de punición. El que lo haga en el precepto dedicado a la autoría, concretamente en el penúltimo párrafo del



La Coautoría en el Código Penal colombiano



art. 29, y no en un precepto aparte, puede resultar más discutible (aunque no especialmente relevante) y, sobre todo, me parece que induce a confusión el que su regulación, justo detrás de la referencia a las distintas formas de autoría, comience con un "también es autor ...", como si de una forma más de autoría, distinta de las anteriores, se tratara. En realidad no es una forma de autoría, sino una fórmula que impide la impunidad que se produciría cuando quien obra en nombre o representación de un persona jurídica o física es autor (sean cuales sean los requisitos de la autoría) de la conducta delictiva de un delito especial, pero no reúne personalmente la característica especial exigida por ese delito, que concurre

en la persona jurídica o física en cuyo nombre o representación actúa: al margen de la eventual responsabilidad penal de la persona jurídica (en el primer caso) según los distintos ordenamientos, incluso si (en mi opinión, desacertadamente) se establece, parece que, de todas formas, ello no debe impedir la responsabilidad penal de la persona física, y, sin embargo, el administrador, por ejemplo, tampoco podría ser autor (pese a serlo de la conducta) por faltarle la cualidad especial, ni responder como partícipe (especialmente si no existe la responsabilidad penal de la persona jurídica, sucediendo lo mismo en los casos de representación de persona física o natural).

> 5. Las formas de autoría En lo que se refiere a las

formas de autoría, aunque en un concepto restrictivo de autor no considero imprescindible su definición (con o sin nombres), pues todas deberían poderse contener en el correspondiente tipo de la parte especial (si autoría es realización del tipo) ni creo que algunas dificultades, sobre todo en relación con la autoría mediata, se superen por definir en la parte general las formas de autoría, no está de más que se definan, como hacen legislaciones como la alemana, la española o la colombiana, sobre todo para dejar claro que la autoría mediata y la coautoría son formas de autoría en sentido estricto tanto como lo es la inmediata individual (comúnmente denominada directa), acabando

así con ciertas reticencias o confusiones, sobre todo jurisprudenciales. El CP colombiano define la autoría inmediata individual y la mediata sin ponerles nombre y la coautoría llamándole así (igual que hace el StGB, aunque no define de la misma forma la coautoría; el CP español define las tres formas de autoría, pero no da nombre a ninguna).

Dejando para más adelante la coautoría, no veo especiales defectos o dificultades en la definición que el art. 29 del CP colombiano hace de la autoría inmediata individual (la utilización de la expresión "por sí mismos" – igual a la que utiliza el StGB alemán— permite incluir fácilmente los supuestos de pluriautoría e incluso de coautoría, aunque se haya



preferido -como en Alemania- una referencia aparte a esta; en el CP español se dice "por sí solo", lo que obliga a la referencia a la coautoría) y la mediata, si bien en relación con esta la fórmula con que el art. 29 del CP colombiano se refiere a ella ("utilizando a otro como instrumento") podría plantear algún problema respecto de algunos supuestos de autoría mediata imprudente por la connotación de intencionalidad que puede extraerse del verbo utilizar. En todo caso, los problemas son menores que los que plantea la fórmula utilizada en el artículo 28 del C. P. español ("por medio de otro del que se sirven como instrumento"), en que los tintes finalísticos parecen aún mayores. No obstante,

he defendido para el CP español y, por tanto, creo que con mayor razón se puede sostener para el colombiano, que esas dificultades son superables por vía interpretativa (objetivando los términos) o acudiendo en esos casos a los tipos de la parte especial o incluso a la coautoría. En todo caso, me parece preferible el tenor más neutro utilizado por el § 25 StGB alemán ("comete ... a través de otro").

6. La participación

En cuanto a la participación, al margen de lo ya comentado de lo acertado de la consagración expresa de la accesoriedad limitada de la participación y de la ausencia de referencia a la exigencia de dolo en esta, señalaré que me parece acertado que, al contrario de lo que sucede

en España, el CP colombiano no haya hecho mención en la regulación de la determinación o inducción a su carácter directo, pues tal exigencia ha dado lugar a diversas interpretaciones en España y estimo que crea más problemas de los que resuelve o aclara.

7. La complicidad por ayuda posterior previamente concertada

Por un lado, la referencia en el segundo párrafo del artículo 30 a la complicidad de quien "preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma" (scil. a la conducta antijurídica), forma de complicidad que se menciona también en otros países (v., por ejemplo, el artículo 46 del CP argentino). La ubicación de este inciso podría dar la impresión de que el

concierto previo o concomitante es requisito de cualquier clase de complicidad (también de la consistente en contribuir a la conducta antijurídica, mencionada en el primer inciso de ese párrafo). Sin embargo, dicha interpretación no es ni la única posible, ni necesaria ni conveniente; al margen de lo más o menos afortunado del tenor literal del precepto, no hay obstáculo para interpretar que la exigencia de concierto se refiere solo al caso de la ayuda posterior (lo contrario sería muy insatisfactorio y convertiría en una rareza exótica la regulación colombiana de la complicidad). Con el inciso comentado, el CP colombiano deja clara la punición como complicidad de la promesa o pacto de encubrimiento o

... Podrí a interpretarse que el CP colombiano restringe la punición del supuesto a los casos de efectiva prestación de la ayuda posterior.

ayuda posterior, supuesto tratado clásicamente y en el que, en general, se admite, sin que sea necesario un reconocimiento legal expreso, su carácter de cooperación o complicidad por el refuerzo (y, por tanto, facilitación) del hecho antijurídico del autor que supone la promesa o pacto. Mucho más discutible me parece el que se exija, como parece que hace el CP colombiano, que la ayuda posterior se preste efectivamente, pues ello ya no influye en la acción antijurídica. Aunque no estoy convencido de la corrección de la solución, podría interpretarse que el CP colombiano restringe la punición del supuesto a los casos de efectiva prestación de la ayuda posterior, estableciendo esta como una especie de condición objetiva de punibilidad que tal vez demostraría la seriedad del concierto (aunque no veo por qué debería demostrar su eficacia en relación con la acción antijurídica del autor). Creo que no se debe en todo caso ir más lejos, como, por lo demás, de manera muy inteligente, hace Arias Holquín, al deducir del inciso comentado que la ley colombiana ha querido excluir de la punición toda forma de cooperación psíquica o moral, lo que no me parecería acertado (ni quizá coherente con el castigo de la determinación). En todo caso, la cuestión merecería un estudio o debate que aquí no es posible.

8. El "interviniente"

Pero probablemente lo más polémico es la refe-

rencia en el inciso final del artículo 30, a lo que resumidamente se ha dado en llamar el "interviniente". "Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte". En sí mismo, aparte de cuestiones de detalle (como, por ejemplo, que la rebaja de pena sea obligatoria y no facultativa, lo que puede ser objeto de debate), el precepto no me parece ni excesivamente complicado ni desacertado ni ajeno a los modelos del derecho comparado. La regla, si se interpreta como induce a hacerlo una lectura sencilla inicial del precepto, iría referida a partícipes en sentido estricto (determinador o cómplice) extraños en delitos especiales, si bien hay que reconocer que esto se podía haber especificado (como se hacía en algún texto prelegislativo en la elaboración del Código), en lugar de utilizarse un término tan amplio como "interviniente". Y resulta en mi opinión adecuada pues permite un mantenimiento de la accesoriedad limitada y la unidad de título de imputación en los casos de participación de extranei en delitos especiales, pero a la vez suaviza las consecuencias de una aplicación estricta del principio de accesoriedad, en el sentido de que permite apreciar la mayor distancia del partícipe extraneus respecto del injusto especial. Los problemas, probablemente fomentados por el empleo del término amplio "interviniente" en el precepto, han venido más bien a raíz de las interesantes, pero polémicas interpretaciones que de él han realizado las sentencias de la Corte Suprema de 25 de abril de 2002 y de 8 de julio de 2003, que entienden que el precepto no solo se refiere a partícipes en sentido estricto (la primera) o incluso que nunca se refiere a partícipes, sino que es una regla de ampliación de la autoría que afecta solo a supuestos de coautoría entre intraneus y extraneus (la segunda). No es posible detenerme aquí en explicar mi posición al respecto, pero, aparte de que el problema apuntado en la segunda sentencia puede resolverse de otra forma (bastante menos forzada, en mi opinión), creo que hay multitud de argumentos (entre otros, su ubicación en un precepto, el artículo 30, expresamente rubricado "Partícipes", frente a otro, el 29, rubricado "Autores", la propia esencia de los delitos especiales o de los delitos de infracción de deber -al menos en su concepción originaria y al margen de que se admita o no esta categoría-, las



fricciones que se producirían con la regla del actuar por otro del penúltimo párrafo del artículo 29, los preceptos similares del derecho comparado -su sentido material, sobre todo-, el correcto entendimiento del principio de igualdad en la materia -contra lo que opina la segunda de las sentencias- y, desde luego, los efectos en relación con la unidad de título de imputación y la corrección de algunos efectos excesivamente duros de la accesoriedad estrictamente aplicada en delitos especiales a que conduce la interpretación del inciso que considero correcta) que abonan el mantener que la regla se refiere solo a partícipes en sentido estricto, como opina la mayoría de la doctrina colombiana que se ha pronunciado al respecto, por lo que alcanzo a ver, si bien hay que subrayar que la posición contraria, en concreto la sostenida en la segunda sentencia citada, es mantenida por un penalista tan prestigioso como Velásquez Velásquez, lo que es prueba de su seriedad e interés (aunque he de decir que las apreciaciones con que Velásquez Velásquez rechaza los argumentos de quienes sostenemos una interpretación distinta me parecen en exceso duras).

9. ¿Alguna omisión destacable?

Por lo demás, no es desacierto del CP colombiano el no referirse (con o sin nombre) a la llamada autoría accesoria, pues, en realidad, se trata más de una constelación de casos (de variado alcance, por cierto) que de una forma de autoría (o participación) distinta de las mencionadas en el texto legal colombiano.

Sin embargo, por las razones que expongo al hilo de la explicación de la coautoría, sí creo que yerra el CP colombiano (y otros muchos, como el alemán) al no incluir una figura de cooperación (o complicidad) necesaria, equiparada en pena a la autoría, como hace el CP español, o, al menos, con

una pena cualificada respecto de la complicidad (o cooperación) simple.

III. La coautoría: la definición del Código Penal colombiano y su aparente acogimiento de la teoría del dominio del hecho

La fórmula que emplea el segundo párrafo del art. 29 del CP para referirse a la coautoría es la siguiente: "Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo a la importancia del aporte". En mi opinión, esta es una definición poco afortunada.

De entrada, en la definición citada caben literalmente cómplices, pues, desde luego, estos pueden actuar en acuerdo común y con división de trabajo con el autor o autores y otros cómplices, y el párrafo del artículo 30 de CP que a los cómplices se refiere no exige en su literalidad una menor importancia de su aportación. Y el artículo 29 no exige expresamente de los coautores que realicen la conducta punible. Obviamente, sin embargo, la conexión de ambos preceptos indica que el acuerdo (con división del trabajo) es requisito imprescindible de la coautoría y no de la complicidad (aunque más adelante aludiré a una posible, aunque rechazable, interpretación distinta en relación con el acuerdo y la complicidad) y que un dato clave que diferencia la coautoría y la complicidad es la importancia del aporte, mayor, aunque no se indica siquiera cuánto mayor, en la coautoría.

Da la impresión de que el legislador colombiano ha optado por plasmar (o, mejor, intentar plasmar) una concepción de la coautoría coincidente con la que sustenta un sector, no el más exigente por cierto, de los defensores de la teoría del dominio del hecho. Pues parece conformarse con el acuerdo con división del trabajo y una cierta importancia en la contribución o aporte (no se señala cuál, ni siquiera por aproximación o a modo de ejemplo), lo que los defensores del dominio del hecho (o, al menos, los más precisos de ellos) suelen caracterizar como esencialidad de la contribución.

IV. La
concepción y
los elementos
de la coautoría
en la teoría
del dominio
funcional del
hecho y el
Código Penal
colombiano

1. Concepción general

Desde una perspectiva algo más restrictiva, que, en principio, no parece haber adoptado el legislador colombiano, Roxin y quienes le han seguido (por cierto, todos los defensores españoles de la teoría del dominio del hecho) exigen para la coautoría un dominio funcional del hecho, que añade a los requisitos señalados uno más, que la apor-

tación del coautor se realice en fase ejecutiva. Pues bien, ni siquiera en esta versión más estricta (menos aún en la amplia) me convence la caracterización de la coautoría por la teoría del dominio del hecho, pues considero que viene a extender en exceso el concepto de autor en esta figura, que es auténtica autoría y no participación (reconociendo que posee algún parecido en ciertos puntos con esta). En esta medida, tampoco me satisfaría la regulación del CP colombiano.

Veamos mi opinión sobre los distintos elementos al hilo de la exposición de la construcción de Roxin. Para este, "es coautor ... todo interviniente cuya aportación en el estadio de ejecución constituye un requisito imprescindible para la realización del resultado perseguido, por tanto, aquel con cuyo comportamiento conforme a su función la empresa total existe o fracasa". La construcción se basa en las ideas del autor como figura central del acontecer típico, de la división del trabajo y de que, en la manera señalada, cada sujeto no solo domina su propia aportación, sino que participa en el dominio conjunto del hecho.

2. Elementos

Los concretos elementos del dominio funcional del hecho son el plan (o acuerdo o decisión) común,

que no es algo tan estricto como un plan detallado o un acuerdo expreso y previo, la esencialidad de la contribución o aporte del sujeto concreto para el éxito del plan común, entendida de tal modo que, si el sujeto deja de prestar su contribución, todo el plan común se viene abajo y fracasa (es decir, entendido como algo más que poder de interrupción, que también poseería un tercero mediante actuaciones positivas como la de acudir a la policía), y, por fin, que la contribución esencial se produzca en la fase ejecutiva.

a) El plan, acuerdo o decisión común

El primer elemento, el plan o acuerdo o decisión común entre los sujetos se concibe de distintas maneras, pero la mayoría de los autores se conforma con una especie de "dolo común", es decir, con que cada sujeto sepa que está actuando junto a otros y lo que realiza cada cual. En mi opinión, tal acuerdo mínimo (que, como se deriva de lo señalado, no requiere ser expreso ni previo, sino que puede ser tácito y simultáneo, y que estimo que habría que concebir como acuerdo sobre la realización de la acción descuidada en la coautoría imprudente) es efectivamente un requisito de la coautoría, por lo que no veo problemas en su exigencia en el CP colombiano: primero, en la coautoría dolosa, porque nadie puede responder a título de dolo por lo que no conoce o no quiere (esto ocurre también en las formas de participación: un partícipe no puede responder por hechos del autor que no conoce); pero además, en la coautoría dolosa y en la imprudente, ese acuerdo permite que cada coautor responda no solo por lo que hace él, sino también por lo que hacen los otros coautores. Más concretamente, el acuerdo, unido a la división de funciones o a la acumulación de esfuerzos, es lo que permite hablar de una acción conjunta de varias personas, que forma una unidad superior a las acciones individuales de cada una de ellas, y esa acción conjunta es básica en la coautoría, en la que se produce una imputación recíproca entre los coautores.

Pero que el acuerdo sea necesario, no significa que sea suficiente, pues de acción conjunta por el acuerdo y la división del trabajo o acumulación de esfuerzos se puede hablar también en supuestos de coparticipación (cuando lo que se realiza conjuntamente sea una acción de participación), e incluso en los supuestos en que intervienen diversos sujetos, uno o varios como autores y uno o varios como

partícipes, podría hablarse de una superior acción conjunta que comprendería todo el proceso delictivo (al modo en que se habla a veces de acción conjunta en el concepto unitario de autor). Por tanto, será importante que la acción conjunta que se realice sea de autoría.

b) La esencialidad de la contribución o aporte

El segundo párrafo del CP colombiano se refiere a la importancia del aporte. La vaguedad del precepto en este punto es enorme, pues no nos dice qué grado de importancia requiere ni qué es lo que confiere importancia al aporte. Esto, que es en sí mismo criticable, va a servirnos de vía por la que introducir restricciones a la amplitud de la coautoría, como veremos, con lo cual tal vaguedad (manejada en cierta dirección restrictiva) acaba convirtiéndose en una ventaja (aunque sigue siendo un peligro por las posibilidades de interpretación extensiva que facilita).

Pero supongamos por el momento que la importancia a que se refiere el precepto equivale a la esencialidad de la contribución antes mencionada. ¿Sería entonces adecuado el requisito para caracterizar la coautoría? En mi opinión, no.



La esencialidad de la que habla Roxin no confiere al sujeto un dominio del hecho "con la misma intensidad que el autor en sentido estricto o el autor mediato", en palabras de Gimbernat Ordeig, o, más concretamente, como señala Luzón Peña, el dominio que confiere la prestación de cualquier contribución esencial es puramente negativo (aunque más fuerte que el mero poder de interrupción mediante una actividad positiva). El que realiza una aportación esencial lo único que consigue es que el hecho no se detenga (más que un poder sobre el "sí" del hecho, detenta un

poder sobre el "no", sobre la "no producción" del mismo). Pero, por mucho que se empeñe, con su actuación no puede decidir positivamente que el hecho se produzca, suponiendo un acto esencial de vigilancia en un robo (que no todos lo serán), por mucho que el sujeto vigile y vigile, si nadie toma la cosa no habrá robo, es decir, está en manos de otro u otros la realización del tipo; quienes toman la cosa determinan positivamente sin embargo el robo. Entre ellos hay por tanto una diferencia de grado de dominio, que, desde la perspectiva por mí adoptada, supone un diferente grado de enfrentamiento a la norma de unos y otros, y con ello una distinta perentoriedad en la pretensión de la norma de evitar esas conductas. Será la de quien determine positivamente el hecho la que más directamente se enfrente a la prohibición típica y la que la norma prohibitiva (del robo en nuestro ejemplo) tenga un interés más inmediato en evitar y, por tanto, esa será la conducta de autoría.

Conviene hacer dos precisiones, que expondré de un modo sucinto y con las que intento responder a las bastantes reacciones que frente a esta crítica, negándole validez, se han producido en las filas de los defensores de la teoría del dominio del hecho, empezando por el propio Roxin. En primer lugar, determinar a qué se llama positivo y a qué negativo es siempre discutible, pues depende del contenido que se quiera dar a esos términos. Por ello, es comprensible que los defensores de la teoría del dominio funcional del hecho (con alguna excepción aislada, que reconoce abiertamente que se trata de un dominio negativo) consideren que el dominio negativo del que hablamos es el reverso de un dominio positivo. Y, desde luego, lo que jamás hemos querido

señalar Luzón Peña v vo es que el dominio funcional del hecho no requiera una aportación positiva del sujeto. Pero aclarado que lo que queremos significar es que existen diferencias de dominio (quien sujeta a la víctima o vigila en el robo no puede producir la muerte o lesiones o el robo -no mata ni lesiona ni sustrae-, mientras que el que clava el cuchillo o sustrae decide -determina positivamente- la muerte, lesiones o robo -mata, lesiona o sustrae-), los términos son lo de menos, y lo importante es que existe una diferencia que a su vez puede (no necesariamente debe, aunque yo creo que sí) fundamentar una diferente valoración jurídica de las conductas.

Pero, en segundo lugar (aunque en conexión con lo anterior) y muy importante: la determinación de los límites de la (co)autoría es una cuestión que no viene expresa y definitivamente resuelta por la ley, sino que en buena medida depende de consideraciones e interpretaciones valorativas. Por tanto, podría decidirse que las diferencias de dominio entre los sujetos antes citados no han de tenerse en cuenta (por ejemplo, por no ser tan grandes como las que existen entre otros intervinientes) y considerarlos a todos coautores.

Esta decisión puede verse favorecida por las consecuencias penológicas a que lleve una u otra calificación; precisamente por ello es comprensible (aunque no necesariamente correcto) que a todos los sujetos citados se les considere coautores en el derecho penal alemán, pues, de no considerar tales al que sujeta o al que vigila (de modo esencial), habría que calificarlos de cómplices, con la rebaja obligatoria de pena que ello supone (ap. 2 del § 27 StGB). Y lo mismo sucede en el CP colombiano, al menos en principio, a tenor de lo establecido en el segundo párrafo del art. 29 del CP (en relación con el último del mismo artículo) y, respecto de la complicidad, en el artículo 30 CP. Sin embargo, en el derecho penal español es perfectamente posible y conveniente traducir en diferentes valoraciones jurídicas las diferencias de dominio antes citadas: quien sujeta y quien vigila dependen en mayor medida de quien clava el cuchillo y de quien sustrae que estos de aquellos, estos últimos, al decidir o determinar positivamente el hecho, se enfrentan de la manera más directa posible a la norma y, por tanto, parece lógico que sea su conducta la que la norma quiere primariamente (o con mayor perentoriedad) evitar; por

tanto, la responsabilidad de estos será autónoma (autores), mientras que la de los primeros será accesoria (partícipes). Ahora bien, como el grado de dominio (negativo) de los primeros es muy importante (realizan conductas de gran relevancia para la lesión o puesta en peligro del bien jurídico), conviene conminar su modo de intervención con la misma pena que la autoría, como hace el artículo 28, segunda parte b) CP español, a través de la figura de participación de la cooperación necesaria, inexistente en el StGB (aunque hay precedentes en el derecho de algún territorio de lo que hoy es Alemania) y en el CP colombiano (aunque la figura existía en el CP de 1936) o, si no tanto, al menos con una pena más elevada que la de la complicidad (o cooperación) simple (no entraré a discutir esto aquí). Con ello se mantienen al máximo las ventajas de un concepto restrictivo de autor centrado en la realización típica, sin que se produzcan consecuencias materiales insatisfactorias.

c) La actuación en faseejecutiva

El CP colombiano no exige expresamente actuación en fase ejecutiva, al igual que no lo hacen los partidarios de la teoría del dominio del hecho favorables a un con... Se mantienen al máximo las ventajas de un concepto restrictivo de autor centrado en la realización tí pica, sin que se produzcan consecuencias materiales insatisfactorias.

La exigencia de actuación en fase eiecutiva no explica que guarden la misma relación con el tipo, la conducta de quien suieta a la víctima de unas lesiones que la de quien clava el cuchillo para producírselas o la de quien vigila en un robo y la de quien toma la cosa.

cepto muy amplio de coautoría. Roxin y sus seguidores lo exigen, sin embargo, restringiendo así la amplitud de tal concepto. Pero este requisito resulta en cierta medida contradictorio con la idea de Roxin de que el dominio funcional lo confiere el poder desbaratar el plan común con solo retirar la contribución propia, pues ello puede suceder con determinadas contribuciones en fase preparatoria. Realmente creo que el requisito de la actuación en fase ejecutiva supone un loable intento (no compartido por gran parte de la doctrina alemana) de no desvincular en exceso la coautoría de la realización típica; la idea la ha expresado gráficamente Rudolphi al referirse a la "adscripción al tipo" ("Tatbestandsbezogenheit") del concepto de dominio del hecho en la coautoría. Pero, en definitiva, y desde mi perspectiva, la exigencia de actuación en fase ejecutiva no explica que quarden la misma relación con el tipo, la conducta de quien sujeta a la víctima de unas lesiones que la de quien clava el cuchillo para producírselas o la de quien vigila en un robo y la de quien toma la cosa; más bien creo, como he señalado, que guardan una relación distinta, que debe traducirse en la consideración de unos como partícipes y otros como autores.

3. Conclusión provisional: regulación insatisfactoria de la coautoría en el Código Penal colombiano

Concluido este resumen, cabría señalar que el CP colombiano no convence en materia de coautoría, pues contiene un concepto muy amplio de ella, que no se corresponde con el que considero el mejor criterio para definirla (la determinación conjunta objetiva y positiva del hecho), sino que responde a la concepción menos restrictiva de la teoría del dominio del hecho y hace perder las ventajas de un auténtico concepto restrictivo de autor en esta figura.

V. Otras
posibilidades
interpretativas de
la coautoría en
el Código Penal
colombiano.
En especial la
interpretación
conforme a la
teoría del dominio
o determinación
objetiva y positiva
del hecho

1. Posible interpretación conforme a la teoría más estricta del dominio funcional del hecho (e incluso de la teoría objetivoformal)

Sin embargo, como apunté anteriormente, quedan resquicios para poder interpretar el concepto de coautor del CP colombiano de otros modos. En primer lugar, dada la vaquedad de la referencia en el segundo párrafo del artículo 29 a "la importancia del aporte", puede interpretarse sin mayores dificultades que la diferencia de relevancia del aporte la marca no solo ya la esencialidad de la contribución en el sentido señalado, sino también el que el aporte se realice en fase ejecutiva, de modo que se consequiría así sostener un concepto de coautor acorde con la doctrina del dominio funcional del hecho de Roxin y sus seguidores. Obviamente, esta interpretación más restrictiva, aun siendo preferible, me sique pareciendo insatisfactoria por las razones vistas.

E incluso podría sostenerse una teoría objetivo-formal o cercana entendiendo que la importancia del aporte o contribución viene constituida por su carácter de acción ejecutiva o típica. Tampoco esta interpretación me parece, claro está, conveniente.

2. Posible interpretación conforme a la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho: ventajas e inconvenientes

Pero es que se puede ir más lejos y entender, en una interpretación valorativa no impedida por el tenor literal del precepto y especialmente restrictiva, que la importancia del aporte que convierte al sujeto en coautor viene constituida por la capacidad del mismo de determinar positivamente (y en conjunto con las de los demás coautores) el hecho. Con ello se estarían teniendo en cuenta incluso las diferencias (la distinta importancia) de las aportaciones que suponen un mero dominio negativo (o, por supuesto, ningún dominio) del hecho de las que suponen uno positivo. Es decir, que la caracterización de la coautoría que considero preferible tiene cabida, gracias, eso sí, a una discutible configuración legal, en el CP colombiano. Y con ello se mantendría con la máxima coherencia un concepto restrictivo de autor que conservaría las ventajas que hemos predicado de este.

Esta interpretación, con la que naturalmente simpatizo, presentaría, a primera vista, sin embargo, el inconveniente antes mencionado de que impediría castigar con la pena del autor a partícipes en sentido estricto que realizan aportaciones muy importantes, esenciales en el sentido anteriormente visto, pero que suponen un

mero dominio negativo y no positivo del hecho, o sea, a los cooperadores (o cómplices) necesarios (que, como veremos, constituyen una figura de participación equiparada en pena a la autoría en el CP español), figura que no se contempla en Colombia (si bien, curiosamente, la jurisprudencia ha entendido a veces que constituye autoría, lo cual no deja de tener su lógica desde el concepto de coautoría del que a menudo se parte en la jurisprudencia, aunque me parezca incorrecto; así la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 2 de febrero de 1983, es decir, aun bajo la vigencia del anterior CP, asevera: "La 'complicidad necesaria' no existe en el Código Penal de 1980 pero ahora equivale a autoría"). Pues bien, si se quisiera, creo que no es imposible superar este obstáculo, ni siquiera de lege lata. Porque el segundo párrafo del artículo 29, al contrario que en los demás supuestos de autoría, no exige expresamente, como se dijo, que los coautores realicen "la conducta punible". Este requisito podría considerarse implícito como exigencia ineludible de toda forma de autoría, pero también se podría interpretar el diferente tenor legal del párrafo respecto de los otros dedicados a la autoría, para sostener





que en él se recogen figuras de coautoría en sentido estricto, es decir, de auténtica autoría (las que suponen determinación positiva conjunta del hecho) junto a otras de participación asimilada en pena a la coautoría o de "coautor-partícipe" (las que suponen un dominio meramente negativo del hecho, o sea las propias de la cooperación necesaria o, al menos, de la cooperación necesaria con acuerdo común). Con ello se satisfarían también las necesidades materiales de castigo proporcionado a la importancia de la intervención. Reconozco, naturalmente, que esta interpretación es más forzada que otras, pero posible, si bien rompe en cierta medida el esquema bien distribuido de concepto restrictivo de autor, con clara distinción en artículos de las formas de autoría y las de participación (aunque menos –sin duda menos que en el segundo caso- que lo rompería la interpretación, gramaticalmente posible, de que en el "interviniente" a que se refiere el artículo 30 CP en su párrafo final puede ser un autor o incluso solo puede ser un coautor, como sostienen respectivamente las sentencias de la Corte Suprema a que enseguida me referiré, que, en todo caso y especialmente en el

de la segunda, presentan inconvenientes añadidos).

VI. Propuesta de lege ferenda

Por ello, de lege ferenda considero muy recomendable modificar la definición de la coautoría recogida en el artículo 29 CP. En primer lugar, para evitar tomar partido claro en un asunto todavía polémico (que, de todas, formas, tampoco zanja, como hemos visto, la fórmula actual), sería mejor no especificar los requisitos de la coautoría, sino limitarse a mencionar lo que es su nota definidora como forma de auténtica autoría: la realización conjunta del hecho (si se quiere, por coherencia con las otras descripciones, de la conducta punible). En este sentido, son más correctos el modelo alemán del § 25 ap. 2 StGB ["Cuando varios cometen conjuntamente el hecho delictivo -el delito-, se castiga a cada uno de ellos como autor (coautor)"] y el inciso relativo a la coautoría en la primera parte del artículo 28 CP español ("Son autores quienes realizan el hecho ... conjuntamente"), que refieren respectivamente la coautoría a la comisión y a la realización conjunta del hecho, pero dejan abierta por lo demás la cuestión de su caracterización.

Ello debería completarse con la introducción entre las formas de participación en sentido estricto de una complicidad o cooperación necesaria o esencial conminada con la misma pena que la autoría, igual que sucede con el determinador (creo preferible esta opción a la de establecer una atenuación facultativa para el cómplice, aunque cabrían soluciones intermedias como la de conminar la figura con una pena mayor que la de la complicidad y menor que la de la autoría). Su configuración no debe ser hipotética o negativa, como sucede en la muy polémica y difícil de concretar fórmula tradicional y de la actual letra b) de la segunda parte del artículo 28 CP español ["También serán considerados autores (fórmula tampoco afortunada, como ya señalamos anteriormente) ...b) Los que cooperan a su ejecución (scil. del hecho) con un acto sin el cual no se habría efectuado"], sino que ha de redactarse de manera positiva y no hipotética, bastante en la línea (aunque no solo) de la idea de la esencialidad en la teoría del dominio funcional del hecho, pero fuera del ámbito de la autoría, expresando que serán cooperadores necesarios (o como quiera que se les denomine, mientras quede claro que se

Se apela con frecuencia, sobre todo en la juris prudencia colombiana, aunque también en la doctrina, al concepto de "coautoría impropia"

trata de partícipes conminados con la misma pena del autor) quienes contribuyan al hecho, sin ser autores, con aportes de especial relevancia o trascendencia, entre los que, en mi opinión, deberían incluirse los actos ejecutivos no típicos, que quizá fuera preferible mencionar expresamente, y apuntando, aunque no de forma cerrada, algunos criterios que deberían ser tenidos en cuenta a la hora de determinar la esencialidad de la contribución, como, por ejemplo, la escasez de la contribución y algún otro.

VII. No a la "coautoría impropia"

Se apela con frecuencia, sobre todo en la jurisprudencia colombiana, aunque también en la doctrina, al concepto de "coautoría impropia", al que me referiré brevemente, precisamente para rechazarlo.

Subrayando nuevamente las reservas derivadas de mi solo parcial conocimiento de la jurisprudencia y doctrina colombianas, creo que se trata de un concepto confuso y, o bien innecesario, o bien incorrecto.

Me parece que su origen se debe a que, con anterioridad a la vigencia del actual CP colombiano, la jurispru-

dencia venía a entender (es una deducción mía, aunque no se expresara así) que la única forma de coautoría que encajaba en la literalidad del precepto del CP relativo a la autoría (en el CP de 1980, el artículo 23) era la consistente en la realización de propia mano de acciones ejecutivas o de los tipos de la parte especial, por lo que se consideraba necesario ampliar la coautoría a supuestos más allá de la realización de propia mano de acciones ejecutivas o típicas, en especial en el sentido del dominio (funcional) del hecho, que supondrían una "coautoría impropia", o bien, sin señalar o entender que no encajara en la literalidad del precepto (es decir, comprendiéndolas en él o entendiendo que la ampliación se contenía en la propia ley e incluso pareciendo que la ampliación legal abarca cualquier clase de coautoría), se distinguían ambas formas de coautoría, sin darles nombre en un principio (v., por ejemplo, sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 9 de septiembre de 1980), pero denominando "propia" a la primera e "impropia" a la segunda después (v., por ejemplo, sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 11 de mayo de 1994). Pues bien, ya es significativo que se hable de ampliación (ya hemos visto que yo considero que

la teoría del dominio funcional del hecho efectivamente produce una extensión indeseable del concepto de autor en la coautoría, pero curioso es también que se hable de ampliación legal en cualquier forma de coautoría) y que se tilde a esa coautoría de "impropia", como si solo parcialmente o ficticiamente fuera autoría (aunque se afirme que lo es). Y, además, la identificación de fórmulas como "El que realice el hecho punible" con la realización de propia mano de acciones ejecutivas o típicas sería absolutamente incorrecta; la fórmula admitía desde luego más supuestos que estos. De manera que si se considera (yo no lo hago) que la teoría del dominio funcional del hecho (u otro criterio, como el que yo mantengo) caracteriza una verdadera coautoría, no hay que emplear para esta el adjetivo "impropia". Si, en un concepto restrictivo de autor, es coautoría (verdadera autoría), no es impropia, y, si es impropia, no es verdadera coautoría.

El concepto de coautoría impropia se mantiene también bajo la vigencia del actual CP, cuya definición de coautoría en el artículo 29 admite, sin lugar a dudas (repito que, en mi opinión, las palabras del anterior CP también lo hacían) supuestos de coautoría más allá

de la realización de propia mano de acciones ejecutivas o típicas, en concreto en la línea de la teoría del dominio (funcional) del hecho (v., entre otras muchas, las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de 11 de julio de 2002, que, curiosamente señala que la teoría objetivo-formal es "excesivamente restrictiva, sin duda muy respetuosa del denominado principio de legalidad estricto", pero no logra explicar la autoría mediata y la coautoría, lo que, además de no ser, en mi opinión, cierto, nos lleva a preguntarnos si la Corte esta reconociendo abiertamente que con la figura de la coautoría impropia no se respeta tal principio, o de 20 de abril de 2005, con cita de otras muchas). Es más, de entrada da la impresión de que la definición de la coautoría del CP vigente se refiere solo o más bien a la impropia. Podría pensarse (especialmente desde posturas críticas, como la que mantengo) que el mantenimiento de la calificación de "coautoría impropia" para la derivada de la teoría del dominio del hecho es una confesión paladina de que esta supone una ampliación del concepto restrictivo de autor, anclado en el tipo, para la coautoría. Pero sospecho que la cuestión es, al menos en ocasiones, más grave.

Me da la impresión, derivada de la lectura de algunas sentencias, de que, en ocasiones, pese a la apelación a la teoría del dominio (funcional) del hecho, con sus distintos elementos (no siempre se menciona, desde luego, la prestación de la contribución en fase ejecutiva), en realidad se concibe de forma todavía más amplia la coautoría, pues se llega a señalar que la aportación puede ser incluso solo subjetiva, con lo que se pretende a menudo abarcar en la coautoría a personas que dirigen la empresa criminal o, en general, ocupan puestos de mando o dirección en organizaciones criminales, aunque no realicen concretas aportaciones materiales al hecho (v., por ejemplo, las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de 21 de agosto de 2003, que, sin duda exige, en el sentido de la teoría del dominio funcional del hecho, contribución esencial, pero extiende tanto esta, al menos en las declaraciones de principios sobre los elementos del dominio funcional, que cabe casi cualquier cosa, pues parece considerarse esencial la contribución "espiritual" o "moral" mediante la presencia que refuerza la voluntad criminal de los demás, sin que parezca exigirse siquiera una especial fuerza motivadora de esta, o, en relación con los

dirigentes de organizaciones armadas como el ELN o las AUC, las de 7 de marzo de 2007 -caso Machuca- o de 23 de febrero de 2009 –caso Belén de los Andaquíes-, que reitera la doctrina de la anterior, en el sentido de que los dirigentes son coautores porque "En suma, los mandos o cabecillas de la organización tienen la condición de coautores, en el entendido de que los militantes de tales agrupaciones comparten no solo los ideales, sino las políticas de operación y, por ello, la responsabilidad por los hechos delictivos ordenados por las cabezas compromete en calidad de coautores, tanto a quienes los ejecutan, como a quienes los ordenaron, sin que, entonces, haya lugar a la configuración del instituto de la determinación"). Ello me parece absolutamente criticable y desborda el alcance posible de la coautoría en un concepto medianamente restrictivo de autor, además de suponer un menosprecio injustificado de las figuras de participación. Esta concepción llega a recordar a la muy criticada doctrinalmente y afortunadamente superada (aunque queden vestigios de ella) teoría del acuerdo previo, que sostuvo (es verdad que no siempre de manera coherente, sino a menudo según conveniencia) durante años el Tribunal Supremo español.

La impresión de que la definición de la coautoría del CP vigente se refiere solo o más bien a la impropia. Para ella era autor quien, en el marco de un acuerdo (que, en realidad se interpretaba de forma muy amplia y sin necesidad de que efectivamente fuera previo), participaba de cualquier manera en un hecho criminal, sin importar por tanto la forma ni entidad de su aportación al hecho. Y tampoco están demasiado lejos de esta concepción algunas versiones amplias de la coautoría sostenidas por defensores de la teoría del dominio del hecho (no precisamente en su versión más estricta del roxiniano dominio funcional del hecho).

Por lo tanto, entiendo que en lo terminológico se debería renunciar al concepto de "coautoría impropia", pero, sobre todo, lo que es más importante, no deberían ampararse en él conceptos tan amplios de coautoría que resultan del todo incompatibles con un concepto restrictivo de autor. En mi opinión, hay que ir más allá incluso de lo que sostiene una reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana de 2 de septiembre de 2009, que se menciona con frecuencia de modo crítico con la coautoría impropia, pues esta sentencia, que casa con razón la de instancia del Tribunal Superior de Medellín (que a su vez había revocado la absolución dictada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito

Especializado de Medellín), no niega el mismo concepto de coautoría impropia, sino la posibilidad de incluir en él a la recurrente, condenada en instancia como coautora impropia, pues señala que esta realizó una contribución posterior a la ejecución (prescindo de las dudas que pueda plantear el concepto de la ejecución en los delitos de apoderamiento, entre otras cosas porque aquí se trataba de un secuestro extorsivo), lo que la excluiría de toda forma de autoría, incluida la coautoría impropia, sin necesidad de decidir si su contribución o aporte al hecho fue esencial. Bien es cierto que de la sentencia se deduce una crítica a las concepciones amplísimas de la coautoría impropia, para mantenerla dentro de las tesis más restrictivas de la teoría del dominio funcional del hecho (lo que a mí tampoco me convence, pero es más aceptable), puesto que no acepta que el dato de que la contribución posterior se hubiera pactado con anterioridad a la ejecución resulte suficiente para fundamentar la coautoría impropia [se le condena en todo caso como cómplice con una pena tan grave como "20 años de prisión, multa de cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes e inhabilitación de derechos y funciones públicas por 10 años", desde luego inferior a la impuesta en la instancia anterior].

VIII. Conclusión

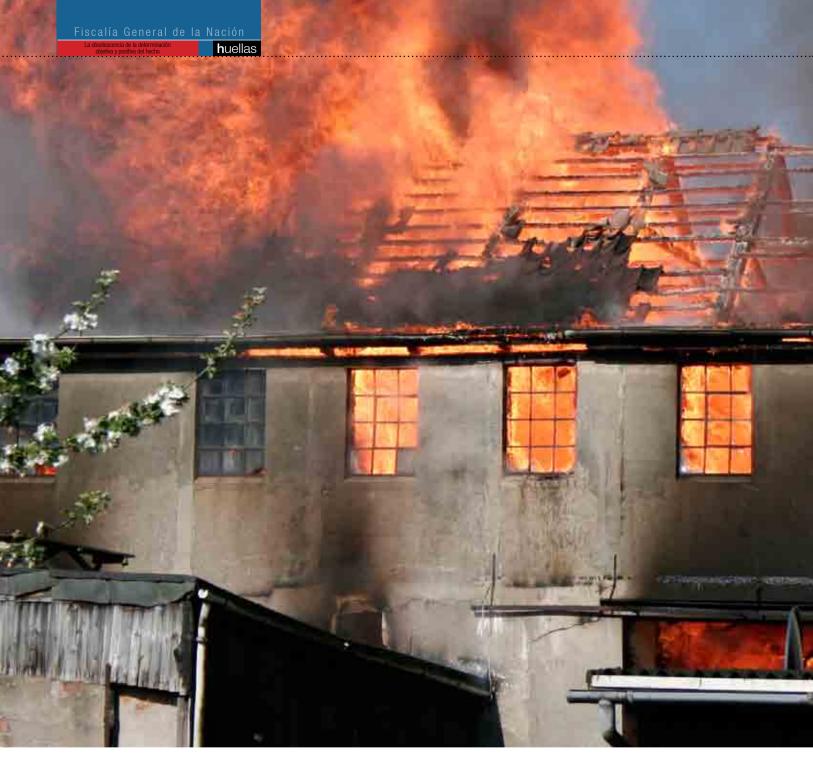
Como breve conclusión, resumiré que, dentro de una regulación bastante razonable de la autoría y la participación, el CP colombiano establece una discutible definición de la coautoría (a la que, además, a menudo se la tacha de impropia, con una terminología que, como mínimo, puede dar lugar a confusión) que permite ampliaciones (de diverso alcance y, por tanto, sometidas por mi parte a distinto grado de crítica) indeseables de lo que debe ser la coautoría dentro de un concepto restrictivo de autor coherente y que mantenga sus ventajas, si bien caben otras interpretaciones (no realizadas en la práctica), alguna más acorde con este. En todo caso, se propone una regulación o, al menos, una interpretación más restrictiva de la coautoría, que debería ir acompañada de la introducción de un figura de participación, la cooperación (o complicidad) necesaria, equiparada en pena a la autoría o, al menos, con una pena superior a aquella con la que se conmina la complicidad (o cooperación) simple.

La obsolescencia de la determinación objetiva y positiva del hecho *Raquel Roso Cañadillas

Concepto unitario de autor versus concepto diferenciador de autor

1. En los delitos imprudentes, al contrario que en los delitos dolosos, la cuestión en su origen no es la búsqueda incesante de un criterio que nos muestre cuáles de los intervinientes son autores y cuáles son partícipes, sino que los esfuerzos van dirigidos a determinar una cuestión previa. A saber: vencer la resistencia de los dogmas finalistas y demostrar que en el delito imprudente también tiene cabida un concepto diferenciador de autor y que esta concepción se puede plantear perfectamente como una de las posibles regulaciones de la autoría en el delito imprudente.

*Profesora - doctora Universidad de Alcalá



En los delitos dolosos esta cuestión no se discute, porque se admite abiertamente la posibilidad de que haya conceptos diferenciadores de autor frente a conceptos unitarios. En el delito imprudente esta cuestión tampoco se discute, pero por la razón de que se IMPONE un concepto unitario de autor,

Esta imposición se basa en el manido argumento de la naturaleza de las cosas, en esas estructuras lógico-materiales que nos muestran la verdadera naturaleza de lo que "es", de la sustancia.

Pero lo que venía impuesto por la naturaleza de las cosas en una concepción y en un ordenamiento, sin embargo en otro cambia y se hacen distinciones entre los diferentes intervinientes en un delito imprudente. Sorprendentemente la naturaleza de las cosas como algo inamovible y de carácter universal no era la misma para unos ordenamientos y estudios dogmáticos que para otros. Si esto era así había

que admitir humildemente que todavía no se había descubierto la verdadera naturaleza del delito imprudente.

¿cuáles son entonces las razones para la inadmisión de un concepto diferenciador de autor en el delito imprudente?

Para contestar a esta pregunta, hay que zambu-



Ilirse en la dogmática jurídico-penal alemana, que como sabemos ha sido la pionera en el desarrollo de la teoría del delito y del concepto de autoría.

La dogmática jurídicopenal alemana desde el siglo XIX y en todo el XX defendía un concepto unitario de autor basándose en un argumento muy alicorto y superfluo y así considera que era autor imprudente cualquiera que infringiera normas de cuidado. La infracción de la norma solo podía tener una expresión de sentido: la autoría. Llegar a esta conclusión tenía una traducción penológica clara: si todos son autores

todos reciben la misma pena. No ha lugar a plantearse cuestiones de política-criminal y de necesidad y merecimiento de pena.

Esta posición es la que se ha positivado en el ordenamiento jurídico-penal alemán, de tal modo que el StGB exige dolo para castigar la participación y el hecho principal a su vez tiene también que ser doloso. Esta exigencia jurídica puede tener dos lecturas: o no castigar la participación imprudente o castigarla siempre como autoría. La dogmática alemana bajo una influencia finalista se decantó por considerar que el StGB había exigido expresamente el dolo en la

participación, porque solo en esta clase de delitos cabía hacer distinciones desde la perspectiva de un concepto diferenciador de autoría. En cambio, en el delito imprudente nadie discutía, o muy pocos, que con esta regulación cualquier intervención pasaba a ser tratada como autoría y reforzaba más el argumento material de que autor imprudente es aquel que infringe la norma de cuidado.

Sin embargo esta convicción se tambalea, cuando coinciden estados subjetivos en el hecho de diferente cariz; me refiero a los casos en los que confluyen intervinientes imprudentes y dolosos que causan las características propias del devenir de un hecho y este acaba produciendo un resultado prohibido en Derecho penal. La dogmática ha puesto múltiples ejemplos, como el archiconocido y manido del que deja su pistola abandonada en un lugar y otro aprovecha este descuido para matar a un tercero o el del que alquila una casa sabiendo que no está construida con materiales ignífugos, como obliga la ley, y un tercero dolosamente provoca un incendio en la vivienda muriendo el inquilino y toda su familia, al propagarse el fuego con una inusitada rapidez, o el del sujeto imprudente que no pasa la revisión

de su coche, como también obliga la ley, y un tercero, que tiene conocimientos de mecánica y amigo del señor imprudente, lo usa dolosamente para que lo conduzca su vecino, sabiendo que los frenos están en tan mal estado que no soportará ni un solo desplazamiento más.

¿Qué pasa en estos casos? ¿Qué ocurre en ellos que los percibimos de manera diferente a los casos en los que TODOS hubieran actuado con imprudencia?

Efectivamente, algo ya en 1924 no le debía encajar a FRANK, cuando formula una teoría de la causalidad en la que proclama la impunidad del interviniente imprudente, negando la existencia de la causalidad en el caso de que este actúe en primer lugar en el hecho, y posteriormente un segundo interviniente doloso se valga de su actuar descuidado para cometer un delito. FRANK denominó a esta fundamentación la teoría de la prohibición de regreso y no se podía imaginar, cuando eligió dicha terminología, que iba a ser la inspiración de otras muchas fundamentaciones, y que esta expresión tan plástica llegaría a nuestros días.

Este autor consideró que la intervención dolosa de un tercero que se vale de una conducta imprudente tiene tal transcendencia jurídicopenal que elimina en estos casos la responsabilidad penal del interviniente imprudente. La fundamentación se ha constatado que es errónea, pues desde la causalidad hay que afirmar que ambas causas dieron lugar al resultado y por tanto la solución de la impunidad del interviniente imprudente, no se consigue imponer, porque no se logra explicar a través de la causalidad.

La falta de fundamentación impidió que la tesis fuera adelante. Pero la lúcida intuición que tuvo FRANK caló y han sido cada vez más las construcciones que, partiendo de la consecuencia que se quería perseguir: recordemos que era la impunidad de la intervención imprudente, llegan a otras fundamentaciones con mayor consistencia jurídica, que pueden ser discutibles o no convencer, pero que se pueden defender, sin que haya argumentos tan decisivos que las hagan decaer o las hagan insostenibles.

En cualquier caso, la idea que subyace en su construcción, así como la solución de la impunidad han mostrado un camino por el que transitar para evitar en muchos casos los desajustes y desproporciones a las que puede conducir la respuesta penal dada por un ordena-

Coinciden estados subjetivos en el hecho de diferente cariz; me refiero a los casos en los que confluyen intervinientes imprudentes y dolosos.

FRANK ha señalado un agujero en el sistema, como también lo son las intervenciones imprudentes en el caso de las autolesiones o en el suicidio o en delitos con modalidades limitadas de acción...

Llegados a este punto descubrimos que el criterio de autor manejado en el delito doloso para distinguir las características de la autoría no se adapta satisfactoriamente a la estructura del delito imprudente.

miento jurídico-penal que es interpretado en clave unitaria de autor para el delito imprudente.

Frank ha señalado un agujero en el sistema, como también lo son las intervenciones imprudentes en el caso de las autolesiones o en el suicidio o en delitos con modalidades limitadas de acción.

Hasta aquí he señalado dos argumentos que se han utilizado para defender un concepto unitario de autor en el delito imprudente: la regulación del StGB y la infracción de la norma de cuidado como elemento que define la autoría en el delito imprudente.

 Pero hay un tercero que refuerza a los dos anteriores. Me estoy refiriendo a la imposibilidad de aplicar el criterio del dominio del hecho al delito imprudente. El concepto de dominio del hecho es un concepto de naturaleza objetivo-subjetiva y ambos elementos, para muchos autores, están estrechamente unidos, de tal modo que no se puede concebir el uno sin el otro. La finalidad hace que el sujeto controle conscientemente el curso del hecho hasta la producción del resultado. El elemento subjetivo, desde esta concepción, es imprescindible.

..

Llegados a este punto descubrimos que el criterio de autor manejado en el delito doloso para distinguir las características de la autoría no se adapta satisfactoriamente a la estructura del delito imprudente. De nuevo nos encontramos con otro motivo más para aquellos que defienden el

concepto unitario de autor en el delito imprudente.

3. Pues bien, ninguno de los anteriores argumentos son decisivos e incluso me atrevo a decir que son metodológicamente incorrectos.

a) En cuanto al arqumento legal, me remito a mi trabajo en el que desarrollo toda una serie de contraargumentos¹, pero quiero resaltar uno solo de ellos: así que el StGB exija dolo en la autoría y dolo en la participación no excluye que conceptualmente se pueda distinguir entre autores y partícipes imprudentes. Otra cosa distinta será que en la regulación alemana se pueda castigar la participación imprudente tanto en un hecho doloso como en un hecho imprudente en la regulación alemana.

ROSO CAÑADILLAS, Raquel. Autoría y participación imprudente, Granada Comres, 2002, 67 ss.

b) En cuanto al argumento material de que basta infringir una norma de cuidado para ser autor, no puedo estar más en desacuerdo. La norma infringida no lleva en su ADN inscrito que quien la infringe no pueda hacerlo de otra manera que no sea como autor, y la definición de autor imprudente en el concepto unitario de autor está afirmando nada más y

nada menos que esto.

Ahondado en esta última afirmación, se podía sostener lo mismo para el delito doloso y sin embargo nadie ha mantenido semejante argumento. Me explico: en el delito doloso también se infringen normas de cuidado, así, por ejemplo quien va a mayor velocidad de la permitida con la intención de producir alguna lesión o muerte está infringiendo una norma de cuidado y no por ello se ha afirmado automáticamente que es autor, con base precisamente en que se ha infringido una norma de cuidado.

Tal vez lo acabado de decir nos muestre la incorrección metodológica del argumento que consiste en aplicar un concepto a otro al que no puede definir. En efecto la infracción de la norma de cuidado es un elemento que define lo que es la imprudencia, pero no un criterio definidor de la autoría. Si se utiliza la infracción

de la norma de cuidado para definir lo que no puede definir, no lo define, y la conclusión extraída es incorrecta.

c) En cuanto al último de los argumentos, tampoco estoy de acuerdo en que el criterio del dominio del hecho viene a constatar que en el delito imprudente no se pueden hacer distinciones entre los varios intervinientes, porque el elemento subjetivo de este criterio es incompatible con el delito imprudente. Afirmar esto es afirmar que no existe otro modo de explicar la autoría en derecho penal. Es un modo de ver la realidad en blanco y negro. El dominio servirá para el dolo, pero de aquí no se puede concluir que si no hay dominio, y además configurado de una determinada manera, no habrá posibilidad de distinquir entre autores y partícipes en el resto de manifestaciones delictivas. ¿Dónde quedan entonces los delitos de infracción del deber o la teoría objetivo-formal de la autoría que han conseguido mostrarnos algunas de las características de la autoría en Derecho penal?

Pero todavía me gustaría seguir señalando las contradicciones en las que se cae, partiendo de estas premisas. Así, si aplicamos el criterio del dominio del hecho al delito imprudente, nos topamos con un interviniente que no tiene la clara intención de realizar todo lo posible para cometer un hecho. El interviniente imprudente no se ha trazado un plan para consequir el objetivo típico y castigado en el Derecho penal. Si falta esa actitud subjetiva, esa planificación apriorística, ese esfuerzo recalcitrante por conseguir lo más gravemente prohibido, no podemos, por tanto, considerarle autor. Y ello, por la sencilla razón de que el interviniente imprudente no quiere delinquir y quien no quiere delinquir, si se parte de un concepto objetivo-SUBJETIVO de dominio, no quiere, ni pretende ser autor de un delito, ergo el ordenamiento jurídico-penal y sus estructuras de imputación no le pueden otorgar esa posición. Esta es la conclusión a la que hay que llegar siguiendo el criterio del dominio, y sin embargo, la doctrina alemana da un giro de 360º y castiga a todos los intervinientes imprudentes como autores y como se queda sin recursos, acude al argumento peregrino de la infracción de la norma de cuidado.

De nuevo, la doctrina alemana se empeña en entrar en un callejón sin salida y de nuevo quiere salir de él. Este callejón sin salida lleva por nombre la "excesiva punición de la intervención imprudente", de tal modo que





habría que castigar la intervención imprudente en una autolesión, en un suicidio, en un delito que tiene descritas y tasadas las formas de ejecución, y en un delito doloso, cuando FRANK había prohibido regresar a la intervención imprudente.

Ante esta extensión intolerable de la punibilidad se acude a la imputación objetiva como tabla de salvación. Negando la imputación objetiva alegando según los casos la adecuación social, el principio de confianza o de autorresponsabilidad entre otros se ha logrado salvar las consecuencias insostenibles de penalidad a la que aboca el concepto unitario de autor en los delitos imprudentes. Cosa distinta es si la argumentación jurídica es correcta e impecable. Aunque debo reconocer que todo este esfuerzo dogmático ha desarrollado enormemente el edificio conceptual del delito imprudente, que de alguna manera, tal vez sin proponérselo, el finalismo había relegado.

Sin embargo, pese a que la doctrina alemana ha llegado a una solución aceptable, sigo considerando que no se debe renunciar a hacer distinciones entre los diversos intervinientes en el delito imprudente, ya que el delito imprudente no tiene una estructura interna que

lo haga incompatible con las categorías de la autoría y la participación, como en algunas ocasiones se ha insinuado o se puede inferir de los argumentos manejados.

Llegados a este punto nos encontramos con dos sistemas y dos posibles vías de solución para valorar la responsabilidad por imprudencia de un sujeto:

-o bien partir de un concepto unitario y efectuar todas las restricciones de punibilidad en la imputación objetiva;

-o bien partir de un sistema diferenciador de autor y hacer ya las restricciones en el ámbito de la autoría.

Me decanto por esta última opción. Desde un punto de vista pragmático se puede decir que las dos se pueden mantener, ya que se consigue una punición en unos límites tolerables y es proporcionada. Pero, considero que no en todos los casos se llegará a la misma solución de punición/ impunidad, y no en todos los casos se llegará a la misma determinación concreta de la pena. Sin ir más lejos, aplicando la imputación objetiva podemos tener dos opciones: o castigar o no castigar, dependiendo de si se niega o no se niega la imputación objetiva. Sin embargo, a través de la distinción entre autores y partícipes se puede llegar a una graduación de la pena desconocida para la imputación objetiva, siendo el abanico de respuestas punitivas más amplio y de mayor proporcionalidad, ya que los participes pueden no tener la misma pena que el autor y además por el principio de accesoriedad se tendrá en cuenta el grado de ejecución alcanzado.

Por tanto, si nada obsta, como estoy intentando demostrar, a hacer distinciones entre los distintos intervinientes imprudentes, es preferible esta opción para no desnaturalizar el concepto de imputación objetiva y extralimitarlo de sus funciones dentro del tipo y para alcanzar los máximos niveles de precisión jurídica y con ello de seguridad jurídica, pues el tipo imprudente no alcanzará la misma delimitación si se conjuga por un lado la imputación objetiva y por otro la diferenciación entre intervinientes.

Ahora, de lo que se trata es de encontrar un criterio que distinga entre las diferentes intervenciones en un delito imprudente.

2. El criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho.

En este punto me parece que la formulación del criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho que formuló Luzón Peña, y también Díaz y García Conlledo en España, marcó un hito en este ámbito. En mi opinión, considero que la construcción que expone Luzón en 1989 revoluciona completamente la concepción del delito imprudente en este ámbito y demuestra contundentemente que la distinción es posible y que es la solución más óptima para configurar los límites de la tipicidad en el delito imprudente junto con la imputación objetiva.

El concepto de autor en el delito imprudente que construye Luzón parte curiosamente del concepto objetivo-subjetivo del dominio del hecho que se aplica para los delitos dolosos. Precisamente ese concepto que había servido a la doctrina alemana para reafirmarse en su concepción unitaria de autor en el delito imprudente. Lo que hace Luzón, de un modo absolutamente brillante, es buscar la base común que puede definir la autoría tanto en el delito doloso como en el delito imprudente y ello lo encuentra en el elemento objetivo del dominio del hecho, esto es: la acción realizada por el sujeto. Así una cosa es lo que el sujeto quiera o no quiera hacer y otra lo que el sujeto efectivamente hace, que puede coincidir o no coincidir con lo que se propuso hacer, pero que puede llevarle a ser autor del hecho aun sin proponérselo, porque la ejecución de ese tipo de acción lleva *indefectiblemente* unida su proclamación como autor.

Si realiza la acción que reúne las condiciones más óptimas para llevar a cabo lo prohibido por una norma de la parte especial del Derecho penal, será una acción que automáticamente le convierte en autor, si además el sujeto quiere hacer esto precisamente, estaremos ante un autor doloso; si, en cambio, no lo quiso hacer, pero lo ha hecho infringiendo la misma norma penal que el sujeto doloso pero a su vez a través de una norma de cuidado, estaremos ante una conducta imprudente. Por tanto, hay acciones que son aptas para construir una autoría, que son la ratio essendi de la autoría y otras que no y ello con ABSOLUTA INDEPENDENCIA de lo que haya querido el interviniente, porque las cualidades de la acción son previas, preexistentes y autónomas. Si alquien realiza este tipo de acciones, Luzón considera que determina forzosamente el sí y el cómo del hecho, y ello aunque el sujeto ni remotamente se lo haya propuesto. Hay acciones, por tanto,

Concepto de autor en el delito imprudente que construye Luzón parte curiosamente del concepto objetivo-subjetivo del dominio del hecho que se aplica para los delitos dolosos. Precisamente ese concepto que habí a servido a la doctrina alemana para reafirmarse en su concepción unitaria de autor en el delito imprudente. Lo que hace Luzón, de un modo absolutamente brillante. es buscar la base común que puede definir la autorí a tanto en el delito doloso como en el delito imprudente v ello lo encuentra en el elemento obietivo del dominio del hecho, esto es: la acción realizada por el sujeto.

que inexorablemente nos convierten en autores. La finalidad o el dolo en todo esto, por tanto, tiene otro papel y función, ya que sirve para que el sujeto identifique la acción más capaz para producir el resultado lesivo buscado y para mantener las probabilidades de éxito ante imprevistos e imponderables.

Pasemos a intentar identificar cuáles son las acciones de autoría en el delito imprudente. En mi trabajo he diferenciado dos supuestos dependiendo del criterio de autor seguido:

Son acciones de autoría las descritas en el tipo. En este punto no me queda más remedio que reconocerme seguidora del criterio objetivo-formal de autor, ya que formula de una manera contundente y sencilla algo que es correctísimo desde la perspectiva de un derecho penal sumergido en el principio de legalidad: autor es aquel que realice lo descrito por el tipo. Si queremos encontrar un fundamento material para explicar esta evidencia, nada mejor que acudir a los trabajos de Díaz y García Conlledo y seguir sus formulaciones e ideas. Díaz afirma que la "conducta de autoría será aquella que más di-

rectamente se enfrente a la prohibición o mandato contenido en la norma penal típica, lo cual se puede expresar de diferentes maneras: la que más directamente realice el injusto típico, la que la ley tenga una necesidad más perentoria (urgencia) en impedir, la que de modo directo (que no significa inmediato) lesione o ponga en peligro (en el peligro descrito por el tipo) el bien jurídico protegido en el tipo, etc., pues todo ello son factores o facetas de una misma idea material"2.

A veces será muy fácil subsumir lo realizado por el sujeto dentro de la descripción típica, otras veces no tanto, y en estos casos considero que, para la interpretación del tipo que ha definido las conductas de autoría, el criterio de la determinación objetiva del hecho puede servir como criterio orientativo en la labor de interpretación.

La ventaja fundamental de este grupo de casos es que el legislador ha seleccionado legalmente cuáles son las acciones que se enfrentan más directamente a lo no querido por la norma, por lo que los problemas para identificar a los autores disminuyen muy notablemente.

Son acciones de autoría las que dominan o determinen el hecho. Este criterio se aplica fundamentalmente a los delitos de resultado, en los que se prohíbe la realización de un resultado, pero no sabemos qué concretas acciones se han querido prohibir. Es una cuestión abierta que se ha dejado al intérprete. Aquí es donde verdaderamente la funcionalidad del criterio elegido se comprueba. Y en este caso considero que el criterio más correcto es el criterio de la determinación objetiva del hecho según la formulación de Luzón.

Solo quiero añadir dos matizaciones a la formulación del criterio de la determinación objetiva del hecho que nos ofrece Luzón.

La primera es que completaría el criterio de la determinación objetiva del hecho con una idea que ha sido objeto de crítica en la construcción de Díaz que es el concepto de acción típica nuclear. Díaz en un afán encomiable de ser lo más respetuoso con el principio de legalidad considera incluso que no todas las acciones descritas en los tipos son de autoría, sino que solo lo serán las acciones típicas nucleares. Así, en un robo con



2 La autoría en Derecho penal, 1991, 532; Autoría o participación en determinados supuestos de "vigilancia", en: PJ 27 (1992). 209.

fuerza en las cosas, considera que la acción típica nuclear es la de apoderamiento y no así la de la fuerza en las cosas.

En su momento y ahora consideré que quizás lo que se podía consequir por un lado, se podía perder por el otro, ya que ello representaba en los delitos que describen varias acciones de realización del hecho problemas con la tentativa y el inicio de ejecución, y, por otro lado, se impone la necesidad de encontrar un criterio interpretativo que sirva para seleccionar qué acciones contenidas en el tipo son las nucleares, y cuáles aun siendo típicas las podemos tildar de periféricas. Este último obstáculo no es decisivo solo hay que encontrar un criterio diferenciador entre las varias acciones típicas, quizás los problemas con el inicio de la tentativa sean más complicados de solucionar.

En cualquier caso, aunque los dos obstáculos referidos se pueden solucionar, sigo prefiriendo la tesis de que todas las acciones típicas recogidas en el tipo son técnicamente de autoría. No considero que sea necesario llegar a tal nivel de diferenciación, a no ser que nos encontremos ante un tipo en el que haya habido una nítida diferenciación legal.

No obstante, pese a que no me inclino por aplicar este

concepto en los delitos con acciones típicas descritas expresamente, sí que me parece posible considerarlo y tenerlo presente para los delitos resultativos. En estos no hay acciones descritas por el legislador, como todos sabemos, por lo que hacer una interpretación restrictiva en este ámbito se concilia a la perfección con un Derecho penal de ultima ratio, y precisamente el concepto manejado y defendido agudamente por Díaz de la acción típica nuclear, nos permite llegar a una delimitación de la tipicidad lo más restrictiva posible, dentro de un ámbito, los delitos de resultado, en el que es aconsejable quiarse por una actitud de cautela punitiva.

La segunda matización viene dada por la introducción de la idea de jerarquización dentro del criterio de la determinación objetiva del hecho. Llegué a esta conclusión cuando en mi trabajo sobre la autoría y la participación imprudente traté de demostrar que la imputación objetiva tenía una función en el tipo que podía coexistir perfectamente con el análisis de la autoría desde una perspectiva diferenciadora, pero que en ningún caso debería desplazar el análisis de la autoría. Y ello,

porque la función de la imputación objetiva solo se fija en un aspecto de la acción típica como es el de determinar la relevanjurídico-penalmente de la acción objeto de análisis, es decir, si esta acción crea un riesgo relevante para el Derecho penal, originando el peligro que produce el resultado concreto y además la creación del riesgo entra dentro del fin de protección de la norma penal.

Consecuentemente, para la imputación objetiva tan relevante es la actuación de un sujeto que ha favorecido de manera dolosa o imprudente la producción del resultado contribuyendo a la creación del riesgo, como el que ha determinado el hecho de modo doloso o imprudente creando el riesgo. Ahora bien, el cómo y el cuánto es de relevante la actuación creadora del riesgo, ya no le corresponde a la imputación objetiva definirlo. Hasta ahí llega el valor de su función. Ello corresponde a otros elementos del delito, en particular a los criterios de autoría.

Por ello, el criterio de la determinación objetiva del hecho tiene que indicar cuál es la acción más peligrosa, más apta y más idónea, porque es la que logra desencadenar





el resultado y sus circunstancias concretas, con lo que la autoría introduce un orden jerarquizado dentro de las diversas acciones que interactúan en el proceso lesivo. A este orden jerarquizado se llega con la aplicación de un criterio de autoría, en nuestro caso la determinación objetiva y positiva del hecho, y realizando un análisis comparativo de las actuaciones contextualizadas.

3. Críticas recibidas a la teoría de la determinación objetiva del hecho.

La construcción diseñada por Luzón, y a la que me ha adherido, ha sido acogida por muchos autores, pero otros han apuntado posibles disfunciones o incluso su inutilidad ante realidades mucho más sofisticadas y complejas.

Las críticas ayudan a volver a reflexionar sobre lo que uno ha defendido o formulado, a cuestionarse sus propias premisas, teorías y posicionamientos y favorecen ostensiblemente el progreso y evolución individual y colectiva.

3.1. Empezaré por una de las críticas que provocaría el abandono total de la teoría de la determinación objetiva del hecho, ya que va dirigida frontalmente a su centro, a su idea base y básica. *Esta*

crítica niega que haya un tipo objetivo que sea idéntico para el delito doloso y para el delito imprudente y que por tanto, el dominio del hecho así como toda la construcción roxiniana con base en este criterio no se puede trasladar al delito imprudente³. Si esto es así, efectivamente no cabe sostener un criterio de distinción basado en ese núcleo objetivo común para el delito imprudente y para el delito doloso y por tanto, asistimos al hundimiento del criterio que con tanta convicción y durante dos décadas venimos sosteniendo los seguidores de Luzón.

Esta crítica realizada por Gil Gil y que viene de las filas finalistas alcanza un profuso desarrollo en su obra sobre el delito imprudente, pero muy sintéticamente expone que:

- (i) el concepto "acción" es el mismo para el delito imprudente y el delito doloso, porque en ambos está presente el elemento finalidad, que es el que da sentido y define a la acción4.
- (ii) Sin embargo, es imposible defender la identidad típica objetiva entre el delito doloso y el delito imprudente, porque la norma subyacente en ambos tipos es totalmente distinta.
- (iii) Así en el delito doloso el sujeto elige e impulsa cada uno de los factores

causales que interaccionan en dirección al resultado y la voluntad dirigida hacia el resultado típico se convierte en el elemento que identifica la conducta prohibida⁵ . De otro lado el delito imprudente es "la realización de una conducta que supone la posibilidad ya no tolerada de desarrollar un concreto curso causal lesivo que se deseaba evitar"6, o "la realización de una conducta que acaso pueda comportarse como factor causal si interacciona con otros no dirigidos sino solo posibles"7. Debido a esta configuración distinta de ambos delitos, Gil deduce que los elementos que caracterizan a la autoría en cada delito son los propios que definen en un caso al delito imprudente y otro al doloso8, por lo que el tipo objetivo no puede ser el mismo.

(iv) En consecuencia expone Gil9 que el "tipo objetivo del delito doloso y el del delito imprudente no pueden coincidir porque precisamente solo el delito doloso supone un dominio tanto objetivo como subjetivo del hecho. La falta de dominio subjetivo excluirá el dominio y podrá dar lugar a un delito imprudente en el que se advierta ese "dominio objetivo" pero ello no significa en absoluto que todo delito imprudente suponga ese dominio ob-

- 3 GIL GIL. El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado, Barcelona, Atelier, 2007, 334.
- 4 GIL GIL El detto imprudente, 2007, 37. mantiene que se puede sostener un mismo concepto de ación para los delitos imprudentes y dolosos. El elemento comun es la finalidad y la finalidad en los delitos imprudentes consiste en realizar una acción descuidada. "La acción descuidada es una acción final aunque el fin al que se dirige sea indiferente para el Derecho. El Derecho no desvalora esa acción final por su finalidad, sino por ser descuidada".
- 5 GIL GIL. El delito imprudente, 2007, 406.
- 6 GIL GIL. El delito imprudente, 2007, 406.
- 7 GIL GIL. El delito imprudente, 2007, 406.
- 8 GIL GIL. El delito imprudente, 2007, 334, 418.
- 9 El delito imprudente, 2007, 329

Quien coloca en el alfeizar de la ventana una maceta que una fuerte ráfaga de viento o un gato paseándose por las ventanas pudieran hacer caer a un viandante causándole la muerte, ni domina al viento, ni al gato, ni domina, por lo tanto, la caída de la maceta. En el momento en que se coloca la maceta los factores que la pueden hacer caer sobre la víctima aparecen solo como posibilidades abstractas.

jetivo y positivo. Es más, por el contrario la mayoría de las veces ese dominio no se da en absoluto. Así, por ejemplo, quien coloca en el alfeizar de la ventana una maceta que una fuerte ráfaga de viento o un gato paseándose por las ventanas pudieran hacer caer a un viandante causándole la muerte, ni domina al viento, ni al gato, ni domina, por lo tanto, la caída de la maceta. En el momento en que se coloca la maceta los factores que la pueden hacer caer sobre la víctima aparecen solo como posibilidades abstractas. En el delito imprudente el autor no controla todos los factores del curso causal sino que alqunos aparecen como meramente posibles. Para construir la norma subyacente al tipo de autoría imprudente en esta situación solo se puede hacer referencia a la posibilidad de aparición de tal factor no dominado"10

a) En mi opinión, Gil vuelve a cometer el error de defender la indisolubilidad del vínculo entre el dominio y el dolo. Y efectivamente, yo no discuto que con dolo hay un dominio del hecho, porque el sujeto busca expresa y conscientemente las acciones con las cualidades que inherentemente llevan el riesgo mayor de producción del resultado, que pueden ser favorecidas, potenciadas antes y durante por otras acciones y que hasta entonces existe una cierta dependencia de la actuación que va a ser de

autoría de estas acciones de favorecimiento, pero que una vez que han tenido lugar, como la del cooperador necesario o la de inductor, el autor desde ese momento se independiza y se dirige solo hacia la producción del resultado.

b) Pero ello, no empece a que haya una base común y esta sea la capacidad de la acción para convertirnos en autores. Y eso es un elemento indiscutible de la autoría. Tal vez el error de Gil sea el identificar este elemento con todo el tipo objetivo. Los que defendemos este criterio no hemos dicho que el tipo objetivo del delito imprudente y del delito doloso tengan que ser idénticos en todos sus extremos y ni mucho menos que la base objetiva de la determinación objetiva del hecho sea la que dé el contenido a todo el tipo objetivo. Una cosa es formar parte del tipo objetivo y otro bien distinta es ser el tipo objetivo. Lo que hemos defendido es que el elemento objetivo de la AUTORÍA es el mismo para cualquier delito, ya sea realizado con dolo eventual, con imprudencia consciente o inconsciente o con dolo de primer grado.

En cualquier caso tampoco hay que olvidar que la propia ley identifica los tipos objetivos o sin ir más allá las descripciones típicas cuando utiliza la técnica legislativa de castigar el delito imprudente, tras haber descrito el doloso, remitiéndose a esta descripción. Alguna coincidencia del tipo objetivo deber haber en estos casos, cuando la ley misma no hace distinciones.

c) Por otro lado el elemento objetivo de la autoría interactuará con otras categorías conceptuales que le influirán, como el riesgo permitido, el principio de confianza, la clase de riesgo, etc. Con lo que el juicio de autoría será distinto en cada caso concreto atendiendo a dichas variables, pero el elemento común continuará invariable.

d) Pasando al ejemplo expuesto por Gil del macetero en el alfeizar, debo decir que tampoco estoy de acuerdo con el análisis que hace de él. Centra su atención en los riesgos abstractos probables que se pueden dar para negar el dominio, precisamente porque no los dominamos, pero eso no es más que una obviedad, y olvida lo que es, para los defensores del criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho, lo principal, esto es, si la acción tiene la cualidad intrínseca de convertirme en autor, porque he generado o puedo generar un riesgo que se va a producir en el

resultado concreto y habrá factores exógenos que puede que sí o que puede que no actúen, pero que si convergen con el riesgo latente que es capaz de producir el resultado, me convierten indefectiblemente en autor. En mi opinión el colocar una maceta en el alfeizar de una ventana sin sujeción es una acción de autoría y para ello da iqual que concurra dolo o que haya imprudencia. Imaginemos que el sujeto, que es un delincuente creativo y le gusta dejar parte del protagonismo al capricho del destino lo haga con dolo y que todos los días esté esperando que pase el gato o el viento sople más fuerte ¿ya habría entonces autoría y antes no? Está claro que en este punto no es solo el dolo lo que decide, sino que la acción tiene que quardar dentro de sí un riesgo que la coloca en la mejor posición para convertir a alquien en autor.

e) Pongamos otro ejemplo: hay dos personas en un coche y una conduce y la otra es el copiloto. Diremos que quien conduce, tanto desde una óptica neutra como penal, está en una posición de autor indiscutible en el caso de que en algún momento de su conducción decida o cometer un delito elevando conscientemente las posibilidades de que se produzca

el resultado lesivo o decida en su diálogo interno bajar su niveles de atención, porque no hay demasiado tráfico y opte por realizar una conducta descuidada. El copiloto por mucho que desee atropellar a alquien ese día, no lo podrá llevar a cabo, porque sencillamente está sentado en el asiento equivocado para alcanzar sus deseos delictivos. No se me escapa que el ejemplo propuesto es muy simple, pero de un gran grafismo, buscado a propósito para expresar cómo esta idea rectora está también presente en las formas de organización social más complejas, que se dan actualmente en el ámbito laboral, médico o en cualquier clase de organización de actividades. Y efectivamente en estos ámbitos presididos por la división del trabajo con espacios de competencias fijados y predeterminados habrá actuaciones que en su contexto concreto y en el desarrollo de los hechos sean las acciones capaces de haber determinado el curso de los acontecimientos. Lo único diferente entre mi sencillo ejemplo y esta constelación de casos es que los criterios a aplicar y el proceso de valoración y análisis para captar la acción capaz de convertirse en autoría de un hecho delictivo es mucho más complejo. La conducta de autor



no salta a la vista, como en mi pueril y sencillo ejemplo, válido para intercambios sociales mucho más sencillos, en el que la acción se realiza desde el principio al fin por una sola persona y además sin sujetos interpuestos, produciéndose así un contacto directo e inmediato entre la producción de la acción lesiva y su ejecutante.

Pero, insisto, esta mayor complejidad también
se rige por una necesidad
esencial: que la actuación
llevada a cabo encierre la
capacidad para en su caso
convertirse en autoría. Y
esta capacidad intrínseca
de la acción no es mutable
porque el sujeto actúe de un
modo doloso o imprudente.
Ahora bien dependiendo

de la actitud subjetiva del sujeto, este podrá extraerle a la acción de autoría todo el provecho que encierra su capacidad de destrucción y lesión del bien jurídico, pero esta capacidad ya existía antes de que se pueda utilizar dolosa o imprudentemente.

Llegados a este punto, creo que la crítica de Gil no afecta al centro neurálgico de la construcción de la determinación objetiva del hecho y sigo considerándo-la plenamente válida. Por tanto es correcto afirmar que nadie puedo dominar el hecho, sino determina el hecho. La misma Gil lo admite en su definición cuando dice que el delito doloso es la elección consciente de



los factores capaces de realizar el hecho.

3.2 La otra crítica se basa en una inutilidad del criterio. Así se ha sostenido su obsolescencia debido a que está anclada en descripciones causalistas que no pueden describir las nuevas realidades criminológicas, que han pasado a ser mucho más complejas, piénsese en la tipología delictiva de la delincuencia económica y en las organizaciones empresariales en el que se dividen las tareas, alcanzando en muchas actividades y procesos un alto grado de fragmentarización. En este nuevo orden la definición de lo que es autoría no se puede explicar a través de esquemas empíricos, sino a través de la idea de dominio normativo entendido como dominio competencial del hecho. Así, "por dominio normativo se debe entender que lo relevante no es el dominio/ no dominio psicofísico de procesos causales, sino que lo relevante es la incumbencia respecto de un determinado hecho o suceso de acuerdo con reglas normativas de imputación"11.

Desde este planteamiento, los críticos del criterio de la determinación objetiva del hecho abogan claramente por abandonar cualquier resabio fenome-

nológico de un criterio de autor, que se ha basado en la inmediatez espacio-temporal y ha considerado por ello que autor normalmente era el que actuaba en último lugar. Con las estructuras sociales organizativas actuales, la actividad está mucho más fraccionada y el que actúa en último lugar no tiene apenas capacidad de decisión, aunque la ejecute y las ideas de dominio o determinación objetiva del hecho ya no tienen sentido12 "puesto que la distancia existente entre el momento de manifestación del delito y su responsabilidad impide atribuir un dominio, control fáctico o cualquier otra circunstancia de corte fenomenológico al hombre de detrás. En tales casos, solo existen competencias"13.

De nuevo esta crítica tampoco la considero insalvable, ya que se basa en un entendimiento incorrecto y sesgado de la formulación del criterio de la determinación objetiva del hecho. Así, determinar el hecho nunca ha consistido, para los que lo defendemos, en considerar autor al que actúa en último lugar. Si ello fuera así, nunca hubiéramos admitido que en el delito imprudente caben las mismas formas de autoría que en el delito doloso y entre ellas la autoría o la coautoría mediata imprudente, en la que la inmediatez espacio-temporal no se encuentra como elemento definidor de esta forma de autoría. Y en nuestras formulaciones del criterio no existe tal incompatibilidad entre la determinación objetiva del hecho y la autoría mediata. Pero es más, tampoco consideramos la actuación de propia mano, incluso en los casos en que exista un único interviniente en el hecho, como criterio explicativo de la determinación objetiva del hecho en esta constelación de casos. Luzón Peña ponía varios ejemplos al hilo del tratamiento del criterio de actuación de propia mano, entre los que se encontraba el de un señor que enemistado con su vecino es testigo de cómo un perro furioso se abalanza contra él y le ataca, mordiéndole la pierna y el buen señor ni corto ni perezoso en vez de ayudarle, le retira el pantalón de la pierna para que el perro pueda morderle más fácilmente¹⁴. Está claro que la única intervención humana es la del buen señor, por lo que actúa solo, sin que nadie le pueda arrebatar el protagonismo en ese hecho, con una inmediatez espacio-temporal sobre el hecho indiscutible, que coincide y es consecuencia de que lo haga de propia mano, y sin embargo partiendo de

11 FEIJOO SÁNCHEZ. Cuestiones actuales de derecho pen-

12 FEIJOO. Cuestiones, 2009, 38.

13 SÁNCHEZ LÁZARO. Intervención delictiva e imprudencia Granada, Comares, 2004, 473.

14 Estudios Penales, Barcelona, PPU, 1991, 222.



la idea central de la determinación objetiva del hecho, no se puede decir que su actuación sea de autoría, porque no ha fijado el sí y el cómo del curso causal, su intervención no ha diseñado forzosamente el hecho en una determinada dirección, no tiene la capacidad intrínseca para producir ese concreto resultado lesivo.

Tal vez el error de interpretación lo hayamos generado nosotros al utilizar la expresión "determinar el curso causal", pero es evidente que se puede determinar cualquier suceso o acontecimiento o se puede determinar cualquier forma de organización que ha terminado generando resultados lesivos, porque el criterio se adapta tanto a un diseño fenomenológico como normativo del suceso. Y así lo he mantenido desde el 2002, en cuyo trabajo diferenciaba claramente entre delitos de resultado ontológico y delitos de resultado normativo para poner de manifiesto que para definir la acción típica central y autónoma había que utilizar estructuras normativas u ontológicas dependiendo de cómo se haya estructurado el plan delictual y de las posiciones de los intervinientes, por si tuvieran una posición especial.15

Y ello porque concibo el criterio de la determinación objetiva como un criterio abierto que alberga una idea rectora, que se desarrolla y se matiza teniendo presente las circunstancias del caso y que admite formulaciones tanto fenomenológicas como normativas, aspecto éste que dependerá de la configuración del hecho en la realidad y de la aplicación de determinadas construcciones o conceptos jurídicos. Parafraseando a welzel16, cuando se referàa a la doctrina final de la acción, tampoco la doctrina de la determinación objetiva del hecho ha surgido ya desde el primer momento perfecta como Atenea del cerebro de Zeus, sino que necesita de un fatigoso trabajo para hacerla evolucionar.

4.1. Conclusiones

Ahora bien, toda crítica hace reflexionar al investigador o al estudioso, como indicaba al principio de este apartado de mi ponencia, y contribuye a la evolución de los conceptos o teorías manejadas y ello me lleva a sostener y afianzarme en que:

1. El criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho es un criterio rector y general que debe dotarse de contenido en cada una de las constelaciones de casos.

15 ROSO. Autoría. 2002, 565

16 WELZEL, 1951 lo decía refiriéndose a la doctrina final de la acción con estas palabras." Tampoco la doctrina final de la acción ha surgido ya desde el primer momento perfecta como Atenea del cerebro de Zeus, sino que ha necesitado y sigue necesitando un fatigoso trabajo para perfeccionaria, liberándola de toda objeción en todo respecto dogmático".

- 2. El criterio de la determinación objetiva del hecho señala, y esta es su gran aportación, que hay un tipo objetivo común de autoría en el delito doloso y en el delito imprudente. Este tipo objetivo común de autoría nos descubre que hay acciones que tienen una serie de cualidades intrínsecas que las hacen capaces de convertirse y convertir a quien las ejecuta en autor, prescindiendo en este momento de la actitud subjetiva de quien elige de modo consciente o inconsciente el llevarlas a cabo.
- 3. Puesto que el tipo objetivo de autoría es común para el delito doloso e imprudente se llega a la conclusión de que hay un sustrato objetivo básico que define la autoría para el delito doloso y para el delito imprudente, por lo que consecuentemente en estos últimos también es posible mantener un criterio diferenciador de autor. El arqumento que ofrece la teoría de la determinación objetiva del hecho para hacer distinciones entre los distintos intervinientes en un hecho imprudente es decisivo.
- 4. Este sustrato objetivo básico y común se determina siempre a través de criterios normativos y no fenomenológicos, que definen y miden la capacidad intrínseca

- de la acción para lesionar el bien jurídico, y ello aunque el delito sea de resultado ontológico o normativo. El fundamental es la creación de riesgo, por tanto hay que medir el nivel de probabilidad de riesgo de lesión de la acción que se ejecuta.
- 5. Y a esta creación o elevación del riesgo que se ha considerado relevante, dependiendo del caso concreto, hay que aplicarle una serie de criterios-variables que como plantillas que se superponen definen la autoría y la determinación objetiva y positiva del hecho en el caso de varias intervenciones. Estos criterios-variables, sin ánimo de ser exhaustiva son:
- a) Criterio espacio-temporal: actuación anterior y posterior en un hecho.
- b) Criterio subjetivo: intervención dolosa o intervención imprudente.
- c) Clase de autoría: aplicación de los requisitos específicos de cada clase de autoría, que indica la forma en la que se ha infringido la norma de cuidado.
- d) Estudio de la norma infringida: análisis del deber que comprende la norma y cómo afecta a la constitución de la autoría.
- e) Clase de delito: en concreto, delito de resultado o delito de modalidades restrictivas de ejecución.

f) Clase de delito: en concreto, delito de dominio, delito de infracción del deber o delito polivalente de autoría.

Quiero terminar con un par de ejemplos que ilustren lo que acabo de concluir. El primero describe cómo varios operarios arrojan una viga desde un andamio y lesionan al peatón que pasaba por allí. El segundo es el famoso caso del Lederspray o Spray para cuero. El primer caso es de fácil solución desde la perspectiva de la autoría. Se afirma una coautoría porque todos los intervinientes llevaron a cabo la acción que ex ante y ex post se reveló como la más apta para matar por contusiones. Arrojar objetos pesados tiene el riesgo intrínseco de lesionar o matar a aquellas personas que sean alcanzadas por ellos. La norma de cuidado trata de evitar estos riesgos que comportan la autoría. Si nos vamos al otro caso la acción que realiza el resultado iqualmente resulta fácil de aislar, pero las estructuras de imputación de la autoría se supeditan a un proceso de abstracción y a ser completadas por otros conceptos jurídicos, y ello porque hemos perdido el elemento de inmediatez espacio-temporal, que tan sencillas nos hacían las cosas. La conducta más apta para producir el resultado en





el caso del spray para cuero es la emisión de gases o sustancias nocivas a la atmosfera que son respiradas por la víctima. Quien liberó el producto fue la propia víctima. Pero esto es solo la superestructura, ahora hay que buscar la actuación de aquel o aquellos que consiguieron que la víctima tuviese en sus manos ese producto y lo utilizara, y su actuación debe equivaler desde una pers-

pectiva jurídico-penal directamente al accionamiento del mecanismo del bote a través de la víctima.

Apuntaba ya en el trabajo señalado del 2002 que para llegar a decidir la autoría en estos casos había que acudir a categorías dogmáticas como la comisión por omisión, la delimitación entre fase preparatoria y ejecutiva, a la delegación y ámbitos de responsabilidad, al dolo o imprudencia y al principio de confianza, entre otros¹⁷. Casos como este han abierto una brecha en la construcción unitaria de autor del delito imprudente en la dogmática alemana afirmando la necesidad de admitir la coautoría imprudente.

Tendenciales en la

exigencia de responsabilidad a los superiores por hechos de los subordinados

Miguel Díaz y García Conlledo*

Introducción y presupuestos

Las presentes reflexiones tienen como presupuesto el conocimiento de las diversas opiniones que se sostienen respecto de la atribución de responsabilidad penal en organizaciones, especialmente en "aparatos de poder" que actúan fuera de la legalidad, sean estatales u otras organizaciones criminales, en concreto la responsabilidad de quienes ocupan la cúpula del aparato, emitiendo

órdenes e instrucciones que se cumplen inexorablemente sin necesidad de recurrir a la coacción, la amenaza o el engaño, es decir, a mecanismos que clásicamente se consideran fundamentadores de la instrumentalización de otro y, por tanto, de la actuación a través de este, o sea, en lo que aquí interesa, de la autoría mediata (aunque también pueden serlo de la participación mediata). No es posible aquí una exposición detallada de tales opiniones ni de mi va-





1 Aunque no se realizarán citas completas a pie de página y la mención de autores será mínima, quiero señalar aquí que la exposición y valoración de las diversas posiciones sobre la atribución de responsabilidad penal en organizaciones, así como mi posición al respecto, pueden verse en un artículo mío publicado en Colombia: Díaz y García Conlledo, Miguel: Problemas actuales de autoría y participación en los delitos económicos, en: Nuevo Foro Penal (EAFIT, Medellín, Colombia) 71 (2007, publicado en 2009), 115-144, además

de otras publicaciones.

loración al respecto, por lo que habrá de bastar con un brevísimo esbozo¹.

Dejando de lado falsas soluciones simplificadoras o soluciones incorrectas o incompletas, en general, en materia de atribución de responsabilidad en organizaciones (como son, en uno u otro sentido, la creación de tipos con conceptos unitarios de autor, la creación de tipos de pertenencia o dirección de organización o similares, el recurso a la figura del actuar, por otro, existente en muchos ordenamientos, o la responsabilidad penal de la propia persona jurídica), hay que señalar que, en la parte que aquí precisamente interesa, el debate (y la diversidad de soluciones) surge, como tantas veces en materia de autoría y participación, de una en su día novedosa, enormemente sugerente y posteriormente exitosa propuesta del maestro alemán Claus Roxin. La figura de la autoría mediata por utilización de aparatos organizados de poder la planteó Roxin sobre todo con relación a los crímenes del aparato estatal de poder nacionalsocialista en la Alemania hitleriana, pero puede ser aplicada a supuestos similares o de organizaciones no estatales desligadas de las normas jurídicas,

como se verá después; más problemática resulta, al parecer, su aplicación a la delincuencia en estructuras empresariales, aunque diversos autores la aceptan (no el propio Roxin). Se trata de casos en que alquien ordena la realización de una acción delictiva y el ejecutor material (y los transmisores intermedios de la orden o instrucción) no actúa (o no siempre actúa, pues en la realidad se darán a menudo casos en que sí) en situación de miedo insuperable, estado de necesidad, obediencia debida o error (en cuyo caso nos hallaríamos ante otros supuestos de autoría mediata), sino que podría no obedecer la orden y siempre habría otro dispuesto a cumplirla; es decir, la "máquina de delinquir" en que consiste la organización, funciona automáticamente, incluso aunque falle alguno de sus engranajes. Roxin y quienes le han seguido defienden aquí la autoría mediata del que da la orden (ocupe el puesto que ocupe en la organización y aunque él a su vez haya recibido la orden de más arriba), pese a que exista plena responsabilidad del autor inmediato (se estaría, por tanto, ante un caso de autor tras el autor), básicamente por el hecho de la fungibilidad de este, es decir, porque quien da la orden puede tener plena seguridad de que el delito se llevará a la práctica por uno o por otro autor inmediato; la propia estructura y dominio de la organización y la fungibilidad del ejecutor son los elementos clave de la construcción, a los que Roxin añade (aunque diversos partidarios de esta tesis excluyen este requisito) que se trate de aparatos de poder al margen o desvinculados del derecho. Como decía, el éxito y aplicación de esta construcción han sido muy grandes y puede calificársela de doctrina dominante.

No obstante, también ha sido objeto de diversas críticas en las que no podemos detenernos (dejando de lado las que se refieren al tercer requisito de Roxin, la propia existencia, que parece darse por supuesta, de fungibilidad en el ejecutor, la falta de prueba del dominio fáctico sobre el ejecutor en el caso concreto, la expresa disposición legal en diversos ordenamientos de que el instrumento sea una persona y no un aparato organizado de poder o de otro tipo, etc.). Personalmente, aunque admito sin dificultad supuestos de autor tras el autor y pese a reconocer lo sugerente de la tesis analizada y las peculiaridades del supuesto planteado frente a los más clásicos de inducción o determina-

no estamos ante caso de autoría mediata, pues, pese a todo, la comisión del delito pasa siempre por la decisión voluntaria libre de un (uno u otro) autor inmediato doloso (consciente) y responsable, que "ve" la situación (en sentido amplio, incluyendo también su valoración jurídica) iqual que el que da la orden, lo que excluye el concepto de instrumentalización, por lo que creo que estamos ante supuestos de participación (como defendió hace muchos años en España ya Gimbernat), que serán de inducción o determinación o de alguna clase de cooperación (donde hay varias) dependiendo del lugar que el sujeto ocupe en la cadena que sique a la orden. La alusión a la conocida idea (en mi opinión, pre o extrajurídica) del autor como figura central me parece insuficiente y contiene cierto truco: hace pensar en Hitler, Himmler o jerarcas similares, cuando Roxin extiende la calificación de autor mediato a todo el que puede dar órdenes, a menudo un burócrata gris, mero transmisor en una cadena, y se califica también de autor (inmediato) al ejecutor, con lo que este sería también figura central. Por cierto que el argumento de la figura central se utiliza también (equivoca-

ción (lo que me ha creado du-

das con frecuencia), creo que

damente, según creo) desde otras posiciones, como es, por ejemplo, la defensa de la coautoría por autor tan relevante como Jakobs.

Como he dicho, no me referiré aquí a matices de esta tesis ni a otras, interesantes, que buscan en estos casos un nuevo (y amplio) fundamento a la autoría mediata, sino que me limitaré a señalar que existen otras opiniones, entre las que destacaré aquí dos.

Algunos autores creen que en estos supuestos existe una coautoría entre organizadores y ejecutores, calificación que reflejaría bien la estructura precisamente de organización que se produce en el supuesto. No obstante, los críticos creen que en nuestro caso no se da el plan, acuerdo o decisión conjunta propios de la coautoría, falta la actuación en fase ejecutiva de los organizadores y no está presente la estructura horizontal que caracteriza la coautoría, sino precisamente una estructura vertical. Al margen de que existen autores que no requieren plan común en la coautoría, me parece que estas críticas no son definitivas, pues la propia organización supone una actuación conjunta suficiente para afirmar el primer elemento (salvo que erróneamente se exija que este sea un acuerdo expreso y previo),

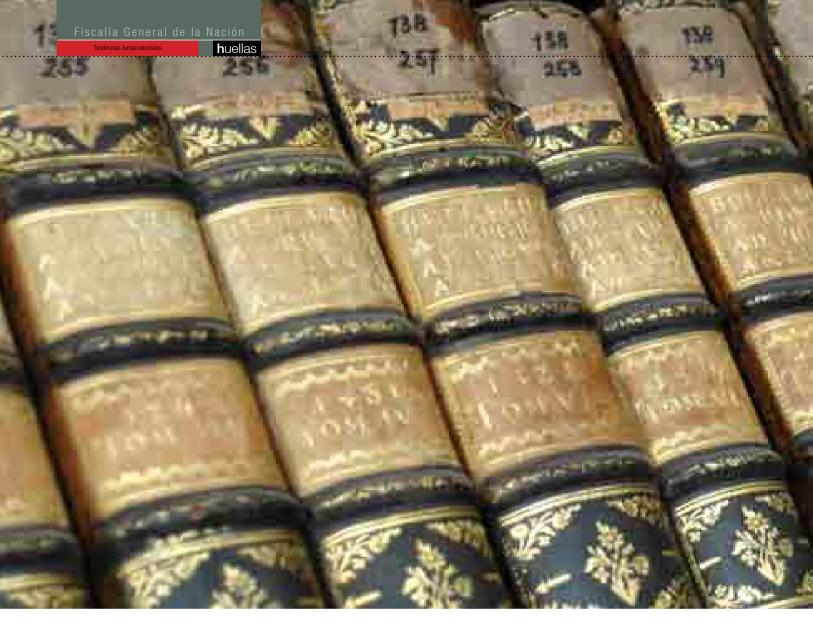
La única pena puede producirse cuando se sostiene que en un determinado derecho no se puede castigar como inducción o determinación la inducción en cadena o aue en nuestro supuesto no hay inducción encadena (cuestiones discutibles, en las que aquí no me detendré). Si ello fuera así, el Código Penal es pañol, al contrario que otros (como el alemán o el colombiano) ofrece una solución adecuada v satisfactoria a través de la figura de participación, equiparada en pena a la autoría, de la cooperación (o complicidad) necesaria.

......

no es impensable la existencia de supuestos de coautoría menos horizontales y la actuación en fase ejecutiva es un requisito polémico de la coautoría incluso entre los defensores de la teoría del dominio del hecho. Sin descartar algún supuesto de coautoría, creo que, si se rechaza la existencia de autoría mediata, como yo he hecho, la existencia de aportaciones esenciales en fase previa a la ejecutiva (y otras que no determinan objetiva y positivamente el hecho incluso en fase ejecutiva) se capta mejor a través de la figura de la cooperación (o complicidad) necesaria, existente en algunos ordenamientos, como el español, que la conmina con la misma pena que la autoría (aunque podría discutirse si la plena equiparación y no una pena intermedia entre la de la complicidad y la de la autoría es lo más adecuado), aun tratándose de una forma de participación accesoria (precisamente, creo que su inexistencia en otros, como el alemán o el colombiano, fuerza a una ampliación de la coautoría discutible desde un concepto restrictivo de autor que mantenga sus ventajas). A esta figura volveré de inmediato.

Por fin, otros autores pensamos que la conducta de quien da o transmite la orden es de participación. La razón que he dado para rechazar la autoría mediata en aparatos organizados de poder es la que fundamenta que estemos ante un caso de inducción o determinación (se hace nacer la idea criminal en un sujeto que decide libre y conscientemente), lo que además proporciona una solución penológicamente correcta del supuesto, pues lo habitual es que los ordenamientos penales equiparen esta forma de participación en pena a la autoría (y que no haya problemas de accesoriedad), como sucede, por ejemplo, en Colombia, España o Alemania, entre otros muchos países. La única pena puede producirse cuando se sostiene que en un determinado derecho no se puede castigar como inducción o determinación la inducción en cadena o que en nuestro supuesto no hay inducción en cadena (cuestiones discutibles, en las que aquí no me detendré). Si ello fuera así, el Código Penal español, al contrario que otros (como el alemán o el colombiano) ofrece una solución adecuada y satisfactoria a través de la figura de participación, equiparada en pena a la autoría, de la cooperación (o complicidad) necesaria.

Efectivamente, su artículo 28, segunda parte, b) reza: "También serán considerados autores:" (partícipes



asimilados en pena, frente a quienes lo "son" en sentido estricto de la primera parte del precepto, según interpretación generalizada en la doctrina española), "b) Los que cooperan a su ejecución (scil. del hecho) con un acto sin el cual no se habría efectuado". Ciertamente la redacción del precepto, con su formulación hipotética, me parece desafortunada, pero, contra lo que opinan algunos autores españoles, la propia figura (que debería definirse de modo positivo y con referencias materiales que aquí no puedo detallar -lo he hecho en otros lugares- y cuya plena equiparación en pena -como la de la inducción o determinación- puede ser igualmente objeto de debate) me parece acertada y debe mantenerse en nuestro Derecho, pues, entre otras cosas, permite atender a la diversa importancia de las contribuciones sin forzar o ampliar el concepto de autor en la coautoría, como en mi opinión hacen (en mayor o menor medida) los

defensores de la teoría del dominio del hecho, calificando de coautores a sujetos cuyo dominio no pasa de ser (en las versiones más exigentes, como la del dominio funcional del hecho de Roxin) negativo, frente al dominio o determinación positiva (y objetiva) del hecho que, en mi opinión, debe caracterizar toda forma de autoría. A esta figura acuden algunos autores españoles (a veces sin excluir otras) en nuestro supuesto.

Por fin, Gimbernat sostiene que los eslabones intermedios de la cadena, los transmisores de la orden o instrucción son cómplices (es decir, partícipes con pena notablemente atenuada respecto de la del autor en la mayoría de los ordenamientos, como el colombiano, el alemán o el español), pues no son inductores o determinadores al limitarse a transmitir o comunicar la orden de quien está en cúpula, verdadero inductor o determinador (lo que es discutible) ni cooperadores necesarios (salvo en el delito de genocidio, dice), pues, precisamente

184



por ser fungibles, los eslabones intermedios en la cadena de mando no reunirían la característica de la escasez, propia, según él (y yo creo que con razón, si bien ha de completarse con otros criterios), de la cooperación necesaria. Pues bien, pienso que la calificación de cómplices no es la más adecuada, aparte de por ser penológicamente insatisfactoria (consecuencia que habría que admitir si no cupiera otra calificación), porque, si los eslabones intermedios no fueran inductores determinadores, serían,

en mi opinión, cooperadores necesarios, pues su conducta es esencial para la empresa delictiva: precisamente el que existan multitud de "ruedecillas" es lo que garantiza el éxito de la empresa criminal y, por lo tanto, la abundancia y sustituibilidad de esas "ruedecillas" de la maquinaria criminal estatal poseen carácter esencial para el buen funcionamiento del mecanismo global y, en cuanto contribuyen a él, cada uno de los mandos que en realidad intervienen en el delito, realizan una aportación esencial.

Sobre estas premisas haré un repaso de la aplicación que en diversos países (comenzando normalmente por España, que es obviamente el que mejor conozco) se ha hecho de las diferentes doctrinas para tal atribución de responsabilidad, especialmente para el caso de atribución de responsabilidad a superiores por hechos de sus subordinados². También se hará referencia a algunas soluciones en el Derecho Penal Internacional.

2 Sobre el tema central de las presentes reflexiones existe un importante número de aportaciones doctrinales en diversos países, varias de las cuales han sido muy tenidas en cuenta al redactar este trabajo. Quiero destacar la utilidad (por manejar doctrina y, sobre todo, jurisprudencia y casuística de diversos países) de un libro con interesantes aportaciones de varios autores, también publicado en Colombia, que he utilizado especialmente: Ambos, Kai (coord.): Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente: un estudio comparado, Temis, Bogotá, 2008. En concreto, se analizan "el caso alemán" (Ambos, Kai, 15 ss.), "el caso argentino" (Malarino, Ezequiel, 37 ss.). "el caso chileno" (GLI Gil., Alicia, 87 ss.), el caso peruano" (Meini, Iván, 129 ss.) y "el caso colombiano" (López Díaz, Claudia, 153 ss.).

La solución de la coautoría

En muchos países, como en España y, por lo que alcanzo a ver, en Colombia, los tribunales manejan un concepto muy amplio de coautoría. Durante mucho tiempo, aunque con considerables inconsecuencias, el Tribunal Supremo (TS) español defendió su teoría del acuerdo previo, según la cual todos los que intervienen en un hecho delictivo existiendo un previo concierto entre ellos son autores (coautores) del mismo. Obviamente, con esta teoría, que además entendía realmente que el acuerdo no necesita ser expreso ni realmente previo, resulta absolutamente sencillo calificar de coautores a todos los intervinientes en el hecho de la organización. Sin embargo, tal concepción ha sido ampliamente criticada y nominalmente es rechazada hoy por el TS, aunque en algunas sentencias se encuentran aún reminiscencias de ella. También, creo que se puede encontrar un parentesco con ello en la teoría de la empresa criminal común manejada a menudo en la jurisprudencia penal internacional y a la que me referiré brevemente más adelante, e incluso también en algunas

resoluciones judiciales colombianas que interpretan muy ampliamente la "coautoría impropia".

Aunque conviven aún otros criterios, la jurisprudencia española desde hace unos años se declara partidaria de la teoría del dominio del hecho, en concreto, para la coautoría, del criterio del dominio funcional del hecho sustentado por Roxin y que tantos adeptos ha tenido en todo el mundo (también en la jurisprudencia colombiana). Como es sabido, esta concepción basa la coautoría en que diversos sujetos poseen un dominio no individual, sino funcional del hecho, en el sentido de que es la actuación conjunta de todos ellos la que permite avanzar la empresa común, de modo que si falta una de las aportaciones (propias de coautoría) cae toda la empresa criminal. El dominio funcional del hecho se basa en tres elementos: el plan o resolución común, la esencialidad de la contribución y la actuación en fase ejecutiva. Personalmente, considero que esta concepción (la más estricta entre las que definen la coautoría desde la teoría del dominio del hecho) conduce a un concepto demasiado amplio de la coautoría que hace perder las ventajas de un auténtico concepto restrictivo de autor. Por lo demás, el dominio funcional del hecho así definido supone solo un dominio negativo del hecho (lo que lo aparta de la realización típica, lo que Roxin y sus sequidores quieren corregir, aunque de modo algo inconsecuente, con el requisito de la actuación en fase ejecutiva), mientras que creo que hay que exigir un dominio o determinación objetiva y positiva del hecho, que restringe más la coautoría y permite mantener las ventajas de un concepto restrictivo de autor.

Pero no es este el mejor lugar para explicar y criticar una u otra concepción de la coautoría. Baste decir que, en la concepción de la teoría del dominio funcional, se plantea un problema para considerar coautores a todos los que intervienen de manera esencial en el hecho de la organización: se pide que la conducta se preste en fase ejecutiva, lo que se interpreta de diversas maneras, algunas laxas: por ejemplo, bastaría que un sujeto mantenga contacto con la fase ejecutiva dirigiendo la operación por teléfono (actualizando así su aportación). Pero es claro que a menudo el cerebro o el que dicta órdenes no actualiza su aportación en fase ejecutiva y, por lo tanto, no podría

la juris prudencia es pañola desde hace unos años se declara partidaria de la teorí a del dominio del hecho, en concreto, para la coautoría, del criterio del dominio funcional del hecho sustentado por Roxin y que tantos adeptos ha tenido en todo el mundo (también en la juris prudencia colombiana).

ser considerado coautor (lo que, por cierto, a mí no me parece mal, pero ahora no tratamos de esto).

Pues bien, el TS español, que se declara seguidor de la teoría del dominio funcional del hecho; sin embargo, ha considerado en ocasiones que el mero organizador y planeador del delito es coautor de él, pese a no haber actuado en fase ejecutiva. Así, por ejemplo, entre otras muchas, considera autor directo (coautor) de delitos terroristas cometidos por el comando Araba de ETA a un dirigente organizador que sólo había participado en fase preparatoria, la sentencia del TS (STS) 13-12-2002. Otra interesante STS, la de 29-7-1998, es más cuidadosa; sin embargo, en su seguimiento de la teoría del dominio funcional del hecho, si bien en una versión flexible que no exige presencia física en la ejecución. Así, en el secuestro del ciudadano Segundo Marey (confundido con un terrorista de ETA) por los GAL (Grupos Antiterroristas de Liberación), organizados por los propios servicios del Estado, considera coautores al Ministro del Interior y al Secretario de Estado de Seguridad, pese a que no estuvieron presentes en la fase de ejecución, porque participaron en decisiones que se produjeron durante esa fase,



como si soltar o no al secuestrado una vez percibido el error o el contenido de la nota de rescate. En una resolución posterior sobre un caso también relacionado con los GAL (caso Lasa-Zabala: asesinato y posterior ocultación de los cadáveres de dos etarras), se condena al Gobernador Civil de Vizcaya, que intervino en el planeamiento y organización, pero que en modo alguno actualizó su aportación en fase ejecutiva.

Los ejemplos podrían multiplicarse, pero baste con lo dicho. Por cierto que el TS llega a la coautoría a veces por una vía desde luego más criticable: considerando que el inductor o determinador y el cooperador o cómplice necesario (figuras de participación en sentido estricto que

el CP español castiga con la pena de la autoría, frente al mero cómplice, que recibe la pena inferior en grado) son coautores. Esta confusión, afortunadamente, es cada vez menor y son cada día más las sentencias que correctamente consideran al inductor y al cooperador necesario partícipes en sentido estricto sometidos al régimen de la accesoriedad limitada.

No insistiré aquí en que la solución, como la plantean los tribunales, me parece inadecuada y, desde luego, para los casos en que se prescinde de la intervención (de algún modo) en fase ejecutiva, se lo parece a la mayoría de los defensores españoles de la teoría del dominio funcional del

hecho, aunque, como sabemos, hay voces relevantes que defienden la solución de la coautoría, si bien con matices en que aquí no puedo detenerme.

Aunque no se relaciona solo con la coautoría, cabe ya en este punto destacar la confusión también de la jurisprudencia colombiana en la materia. Así, en el caso Machuca, la resolución de la acusación calificó de "coautores determinadores", la primera instancia de coautores, la segunda de determinadores, los dictámenes o conceptos de la Procuraduría de autores mediatos en aparatos organizados de poder, y la decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de 7 de marzo de 2007 de coautores impropios. El caso se refiere, como es sabido, a la colocación por miembros del ELN de un artefacto detonante de gran potencia en un oleoducto, de modo que se derrama el petróleo y a través del río llega a una población produciendo un incendio en el que mueren casi 100 personas y son gravemente heridas alrededor de 30. No conociéndose a los autores materiales de los hechos, lo que se trataba era de imputar a los tres jefes del ELN directamente relacionados con los hechos y a los siete comandantes de la cúpula del ELN. Aunque todas las calificaciones ma-

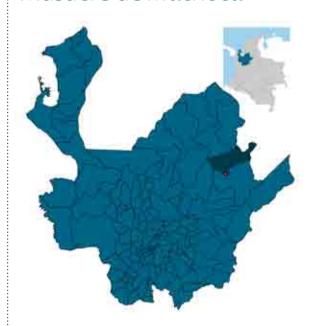
nejadas conducen a la misma pena (por lo que a veces los tribunales de diferentes países tampoco se esfuerzan mucho en matizar), el fundamento de la calificación obviamente varía. Aunque necesitaría conocer mejor el caso, cabe señalar que, respecto de las muertes y lesiones (no así el hecho terrorista y los daños), lo primero que no está claro es el dolo ni siguiera en los ejecutores, si bien varias instancias hablaron de dolo eventual; personalmente no lo veo tan claro y no me parece descartable la existencia de una imprudencia grave por parte de los ejecutores. Empezando por los hechos dolosos, más fáciles de calificar, me parece rechazable la solución de la coautoría, desde luego la confusamente llamada impropia (que, en ocasiones, la amplía enormemente), pues el elemento objetivo y el subjetivo deben concurrir en toda coautoría. Las calificaciones restantes serían la de autor mediato por aparato organizado de poder y la de determinador o inductor. La primera plantea algún problema que aquí no discutiré por falta de conocimiento, como la de si la estructura del ELN es claramente vertical. Pero, suponiéndolo, no basta con que exista la estructura y la fungibilidad del ejecutor, sino que hay que probar que los mandos efectivamente

dieron la orden, lo que resulta verosímil respecto de los del comando concreto, pero no es tan claro respecto de los comandantes generales del ELN, por mucho que esta organización reivindicara el atentado, y debe ser estrictamente probado. Si lo fuera, para quienes defienden esta fundamentación para la autoría mediata, esta sería la calificación correcta (así, una especialista como López Díaz).

La doctrina de ese caso se recoge también en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 23 de febrero de 2009 -caso Belén de los Andaquíes-, relativo ahora a mandos de las AUC, en el sentido de que los dirigentes son coautores porque "En suma, los mandos o cabecillas de la organización tienen la condición de coautores, en el entendido de que los militantes de tales agrupaciones comparten no solo los ideales, sino las políticas de operación y, por ello, la responsabilidad por los hechos delictivos ordenados por las cabezas compromete en calidad de coautores, tanto a quienes los ejecutan, como a quienes los ordenaron, sin que, entonces, haya lugar a la configuración del instituto de la determinación".

Por mi parte, como he expresado mi rechazo, la calificación, si se prueba la orden,

Masacre de *Machuca*



Mapa del departamento de Antioquia señalando el municipio de Segovia donde se encuentra el corregimiento de Machuca. A la derecha se observa la ubicación de Antioquia en el mapa de Colombia.

Lugar: Machuca, Segovia (Antioquia)
Fecha: 18 de octubre de 1998 - 2:00 a. m.

Tipo de ataque: Masacre **Arma(s)** Explosivos

Muertos 84 Heridos 30

Perpetrador(es) Ejército de Liberación Nacional

(ELN)

188

sería de inductores o determinadores (según la trasmisión, algunos podrían ser cómplices —al no existir en Colombia la figura española de la cooperación necesaria).

Respecto de los hechos que podrían ser imprudentes, la cuestión se complica, pues personalmente defiendo la impunidad de la participación imprudente, de modo que o se afirma la autoría imprudente de los mandos o estos no responderían por las muertes (salvo prueba de dolo eventual). La solución puede parecer insatisfactoria, pero cabe recordar aquí que el derecho penal imputa hechos concretos que deben probarse; por ello, muchos países tipifican también la pertenencia o el mando de asociaciones ilícitas y bandas terroristas, en las que se responde por esa pertenencia o carácter dirigente, debiendo determinarse sin embargo para cada persona y caso concreto su responsabilidad en hechos delictivos individuales cometidos por la banda. En definitiva, el dirigir una banda criminal hace necesariamente responsable penal de todos los hechos que en ella se cometan al dirigente.

No volveré sobre este, interesante caso, pero debe tenerse en mente cuando repasemos las calificaciones distintas de la coautoría a continuación, máxime cuando se sostiene que las únicas calificaciones posibles son las de autores mediatos (para quien lo acepte) o partícipes.

La solución de la participación, en concreto la inducción o determinación y la cooperación necesaria

Esta es la solución que considero preferible para castigar a quien da o transmite la orden cuando en la relación entre superiores e inferiores de la organización no se cumple ninguno de los criterios al uso de la autoría mediata (dejando de lado de momento la idea de la utilización de aparatos organizados de poder). Que se trate de un inductor o de un cooperador (o cómplice) necesario (ambos partícipes castigados con la pena del autor en el CP español) dependerá de la posición que el sujeto ocupe en la cadena de transmisión de órdenes o en la propia organización (si bien algunos autores y STS se inclinan por admitir la inducción en cadena por ejemplo, STS 22-2-2007; esta parece admitirse también en la propuesta de Corpus Iuris para la defensa

de los intereses financieros de la Unión Europea -una especie de Derecho penal económico común que aún es solo una propuesta-, donde el artículo 12.b define al inductor como aquel que "mediante donación, promesa, orden, abuso de autoridad o de poder provoca la comisión del delito o da instrucciones para cometerlo"; por mi parte y al margen de esta cuestión, diré que el requisito de que la inducción sea directa que establece el CP español debe ser interpretado como que sea a las claras, no como que sea inmediata).

Pues bien, también a estas calificaciones ha acudido en ocasiones el TS español u otros tribunales, a veces de manera confusa, como queda dicho, pues las utiliza para calificar a los sujetos erróneamente de coautores.

Así sucede por ejemplo, en diversas sentencias contra la organización terrorista ETA, en que se califica de inductores a los dirigentes que ordenan el delito, o de cooperadores necesarios a los que proporcionan información o medios a los miembros del comando (STS 2-7-2004, en el caso Hipercor o sentencia de la Audiencia Nacional -AN- 2-10-2002, atentado contra la Dirección General de la Guardia Civil).

Cabe reseñar aquí que la solución de la inducción o

huellas



determinación suele resultar satisfactoria en la mayoría de los países, pues lo habitual es la equiparación en pena de este partícipe al autor. Sin embargo, la de la cooperación necesaria no es posible en los países que no cuentan con esta figura, lo que suele obligar a calificar al sujeto como cómplice, con la consiguiente rebaja de pena y la insatisfacción material con el castigo de un partícipe tan importante, lo que explica que, a menudo, en esos países se extienda el concepto

de autoría mediata y, sobre todo, el de coautoría, para calificar como autor al sujeto y aplicarle la pena de este. Tales ampliaciones, que en estos casos pueden conducir a soluciones penológicas aceptables sin embargo, perturban el concepto restrictivo de autor y sus ventajas. En España y en los países que cuentan con la figura de la cooperación (o complicidad) necesaria (mejor o peor formulada, sta es otra cuestión) se puede llegar a soluciones materialmente satisfactorias

sin precisar de las incorrectas ampliaciones citadas.

La solución de la autoría mediata

Lo primero que cabe señalar es que en la juris-prudencia española la figura de la autoría mediata ha resultado bastante confusa. Algo ha mejorado la situación desde la mención expresa de esta forma de autoría en el artículo 28 del vigente CP 1995. No

obstante y pese a la distinción en el citado precepto de esta figura de autoría respecto de la inducción o determinación, que lo es de participación, todavía se encuentran sentencias que hablan de la inducción como una forma de autoría mediata (por ejemplo, STS 16-3-2004, auto TS 17-9-2007) y cosas por el estilo (muchas tildan al inductor o determinador de "autor intelectual"). Pues bien, si la jurisprudencia española todavía tiene que clarificar

190

su posición respecto de la autoría mediata (aunque parece claro que admite supuestos de autor tras el autor responsable), más complicado aún es que se pronuncie sobre la admisión de la construcción de la autoría mediata mediante aparatos organizados de poder (que yo he rechazado), ideada por Roxin y seguida por muchos, con diferentes variantes, y que es la que aquí nos interesa. Aunque la doctrina especializada se empeña en ver una aplicación de esa figura en tal o cual sentencia, lo cierto es que, por lo que alcanzo a ver, la jurisprudencia española no la ha aplicado nunca, aunque sí se ha referido a ella y parece que en una ocasión la ha aceptado. Aunque no creo que el argumento se plantee por los propios tribunales, tal vez pese en esta escasa aplicación, como señala, entre otros, Gil Gil, que la mayoría de resoluciones judiciales relacionadas con organizaciones criminales en España recaen sobre hechos cometidos por ETA y, en menor medida, por los GAL, organizaciones ambas (especialmente la segunda) es que es dudoso, por su tamaño relativamente reducido, que se den los requisitos exigidos por quienes fundamentan la

autoría mediata en la citada construcción, en especial la fungibilidad del "instrumento" o ejecutor.

Así, en ocasiones los tribunales se muestran dubitativos y parecen querer "no mojarse", dado lo discutido de la construcción en la doctrina: en el auto del Juzgado Central de Instrucción No. 5 de la AN de 29 de marzo de 2006 decretando prisión contra Arnaldo Otequi, líder de Batasuna (organización ilegalizada sobre la base de ser el brazo político de ETA y apoyar a esta), por existir indicios de delitos de desórdenes públicos, coacciones, ambos con fines terroristas y estragos terroristas, se manejan diversas posibilidades: autoría mediata, comisión por omisión por injerencia, inductor, provocador inductor o incluso coautor, por haber convocado (y parece que organizado) la huelga y manifestaciones en que se produjeron esos hechos.

Se intentan ver referencias (no expresas) a la autoría mediata por aparatos organizados de poder las encontramos en la sentencia de la AN 31-10-2007, relativa a los atentados de Madrid de 11 de marzo de 2004, si bien no se habla de autoría mediata y parece más bien quererse razonar (para finalmente rechazar

la calificación por falta de sus elementos constitutivos) sobre una inducción en virtud de cadena de mando.

También, podría apuntar en el sentido de la autoría mediata por aparatos organizados de poder el auto de procesamiento de Augusto Pinochet del Juzgado de Instrucción No. 5 de la Audiencia Nacional (cuyo titular era el juez Baltasar Garzón) de 10 de diciembre de 1998, pero, aunque se dan argumentos materiales en tal sentido, se mezclan con otros, como la teoría de los bienes escasos, que apuntan a la cooperación necesaria (que confusamente se califica a veces de coautoría), o, en general a la inducción.

Claramente se alude a la autoría mediata por aparatos organizados de poder en la STS 17 de julio de 2008, también relativa a un imputado del 11-M, cuya calificación como autor mediato se rechaza. Pero abiertamente se admite la construcción (aunque no sea de aplicación al caso), como demuestra, entre otros, el siguiente pasaje: "La doctrina se ha cuestionado la responsabilidad del dirigente de una organización criminal respecto de hechos ejecutados por esta en los que no intervie-

Pues bien, si la
juris prudencia es pañola
todavía tiene que clarificar
su posición res pecto de la
autoría mediata (aunque
parece claro que admite
supuestos de autor tras
el autor res ponsable),
más complicado aún
es que se pronuncie
sobre la admisión de la
construcción de la autoría
mediata mediante aparatos
organizados de poder.

ne directamente. El llamado 'hombre de atrás' puede ser considerado autor mediato en supuestos de crímenes cometidos en el ámbito de estructuras organizadas de poder. Aunque pensada para estructuras estatales al margen de la ley, la teoría podría ser aplicada si las características determinantes cuya existencia se aprecia en aquellas, son también comprobables en otra clase de estructuras. Entre estas características puede señalarse la posición fuera de la ley; la jerarquía, que permite tanto dar la orden como su revocación, ambas de seguro cumplimiento; la responsabilidad del autor material por el hecho cometido, y la fungibilidad de este. Pero siempre será necesario, como se ha dicho, establecer la relación del autor mediato con el hecho cometido, al menos en orden al conocimiento de su ejecución en el marco de sus responsabilidades en la organización. Bien porque haya dado la orden o bien porque, conociéndola, pueda revocarla con éxito".

Mucha importancia ha tenido la construcción roxiniana de la autoría mediata por aparatos organizados de poder en la jurisprudencia argentina, con relación a diversos hechos delictivos cometidos durante el mandato dictatorial de la Junta Militar entre 1976 y 1983, empezando por la famosa sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de 9 de diciembre de 1985 en el llamado "juicio a los excomandantes" o "juicio a las juntas". La sentencia aplicó punto por punto esta doctrina, si bien destacados autores han señalado sin embargo que no extrajo de la calificación de autores la consecuencia fundamental de su no vinculación al principio de accesoriedad. La jurisprudencia posterior ha seguido esta doctrina, al margen de algún caso en que se afirma la autoría mediata por coacción (supuesto que no sirve en los casos de libertad del instrumento) y algún pronunciamiento a favor de la tesis de la cooperación necesaria (existente también en Argentina), mientras que la doctrina del país discute planteando prácticamente todas las calificaciones, también la de coautores e inductores o determinadores.

También en el país de origen de la construcción de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, ha tenido éxito en la jurisprudencia y en buena parte de la doctrina (aunque en esta se mantienen también las posiciones de la inducción o determinación y de la coautoría). Aunque





La influencia de la construcción roxiniana se ha dejado también sentir en otros países latinoamericanos, como Perú (que, por cierto, cuenta, además de las figuras de participación de la determinación y la complicidad, con la de la cooperación necesaria, que, como he señalado, puede ser de interés para el supuesto).

son diversas las sentencias que la han aplicado, es paradigmática la del *Bundesgerischthof* (BGH) de 26 de julio de 1994, que juzgó a miembros del Consejo Nacional de Defensa de la antigua RDA por hechos criminales cometidos por sus subordinados en virtud de instrucciones suyas.

Iqualmente, en un país en que la delincuencia de Estado tuvo tanta importancia como en Chile bajo la dictadura de Augusto Pinochet, la jurisprudencia ha acudido a la tesis roxiniana de la autoría mediata por aparatos organizados de poder para calificar a los superiores. Destaca la sentencia de la Corte Suprema de 12 de noviembre de 1993, que calificó de (co) autores mediatos del asesinato del, entre otras cosas, exministro del Gobierno de Salvador Allende Orlando Letelier del Solar (y de su secretaria) en Washington a dos altos funcionarios de la DINA (Dirección General de Inteligencia Nacional) que no intervinieron en la ejecución directa de los hechos, si bien en esta resolución la autoría mediata parece apoyarse también en parte en la situación de cumplimiento forzado de la orden por el ejecutor.

La influencia de la construcción roxiniana se ha

dejado también sentir en otros países latinoamericanos, como Perú (que, por cierto, cuenta, además de las figuras de participación de la determinación y la complicidad, con la de la cooperación necesaria, que, como he señalado, puede ser de interés para el supuesto). Aquí la sentencia más conocida era hasta hace poco la de la Corte Suprema de Justicia de la República de 14 de diciembre de 2007, que ratifica en segunda instancia la dictada en primera por la Sala Penal Nacional de 13 de octubre de 2006, condenando al máximo dirigente de la organización terrorista Sendero Luminoso, Abimael Guzmán Reynoso, como autor mediato de delito de terrorismo y homicidio cualificado por la matanza perpetrada por miembros de la organización en la comunidad campesina de Lucanamarca (Ayacucho) en represalia por la muerte de un miembro de Sendero Luminoso por miembros de esa comunidad. Entre ambas sentencias hubo diferencias de fundamentación, pues la primera amplió los márgenes de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, al rechazar como elementos constitutivos de su estructura la desvinculación del ordenamiento jurí-

194

dico y, lo que es más novedoso (y creo que criticable), la fungibilidad del ejecutor, conformándose con la existencia de una rígida jerarquía y el aprovechamiento por parte del superior de la disposición de los ejecutores a cumplir las órdenes ilícitas que reciban. La segunda sentencia mantuvo la calificación, pero retomó todos los elementos de la construcción roxiniana, que consideró concurrentes en el caso.

Recientemente, se usa de modo absoluto esa doctrina ("autoría mediata por el dominio de la voluntad en un aparato organizado de poder") en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia peruana de 30 de diciembre de 2009, que ratificó la sentencia de instancia y condenó por diversos casos de asesinato, lesiones y secuestro al expresidente del país, Alberto Fujimori Fujimori o Kenya Fujimori. Por cierto que esta sentencia, que explica extensamente la construcción roxiniana con cita de doctrina y jurisprudencia, deduce (aunque ello no afecte solo a la autoría mediata) previa y sorprendentemente sin embargo que "es claro" que el CP peruano ha optado por la teoría del dominio del hecho porque dice que son autores (cito de la sentencia) "el que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que los cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción", distinguiéndolos de los partícipes. Lo cierto es sin embargo que esas palabras son bastante neutrales con relación a la teoría de la autoría (como, por ejemplo, el StGB o el CP español), lo que me parece bien.

La comisión por omisión y la responsabilidad indirecta del superior en el Derecho Penal Internacional y en algunos tipos de Derecho interno

En el marco de Derecho Penal Internacional consuetudinario y escrito (Estatuto de la Corte Penal Internacional y antes en los Estatutos de los Tribunales Penales ad hoc para la antiqua Yugoslavia y para Ruanda) y su aplicación, en relación con los crímenes de guerra, se realiza una interesante distinción respecto de la responsabilidad del superior: por un lado estaría la responsabilidad directa, es decir la que deriva (con las distintas posibilidades hasta ahora estudiadas) de su actuación positiva en el caso concreto (dar órdenes, por ejemplo); por otro lado, la llamada responsabilidad indirecta, precisamente por su carácter de superior, y que sería de naturaleza omisiva. No es posible aquí más que realizar un pequeño esbozo de los requisitos de tal responsabilidad.

En primer lugar se exige la verdadera presencia de una relación entre superior y subordinado, con la existencia de una cadena de mando. No es tan importante que esa relación exista de iure y formalmente como que exista materialmente una situación de control efectivo, la capacidad real de dictar órdenes y exigir su acatamiento. En el caso de mandos civiles y no militares este requisito se exige de forma especialmente estricta, pues el control debe ser idéntico al que ejercen los superiores militares.

En segundo lugar se exige que el superior sepa o tenga razones para saber de la conducta de sus subordinados; la prueba es en ocasiones ardua, sobre todo (aunque no solo) en relación con el supuesto en que no se trata de conocimiento efectivo sino potencia y deber de conocer. Al respecto, se sostiene internacionalmente la existencia de una presunción iuris tantum de conocimiento cuando las circunstancias son abrumadoramente indicativas de que el superior no pudo desconocer razonablemente el delito de sus subordinados. Tampoco se considera desconocimiento la ignorancia deliberada del superior (su ceguera voluntaria, podríamos decir).

Por fin, el superior no debe haber tomado las medidas necesarias y razonables para impedir (en la fase de preparación o, según algunos, incluso antes) o sancionar la infracción del subordinado (después de la comisión del delito por el subordinado e incluyendo la obligación de dar noticia de ello a las autoridades competentes). En todo caso, la falta de prevención no puede ser compensada por el superior con la sanción posterior. Hay que estar a la capacidad de sanción en cada caso, que puede no ser iqual en mandos militares que en superiores civiles.

Se reseña, aunque no se insiste suficientemente en ello, en mi opinión, que esta forma de responsabilidad indirecta del superior es subsidiaria de la directa, si la hubiere.

También algunos derechos internos han dado pasos en este sentido de la responsabilidad indirecta del superior. Así, en el derecho penal español, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, en vigor desde octubre de 2004, introduce, entre otros, un art. 615 bis en el CP, aplicable a los "Delitos contra la Comu-

nidad Internacional" (con exclusión de los que el CP llama "Delitos contra el Derecho de gentes", según el cual: "1. La autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión, por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo, de algunos de los delitos comprendidos en los capítulos II (Genocidio), II bis (Delitos de lesa humanidad) y III (Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado) de este título, será castigado con la misma pena que los autores./2. Si la conducta anterior se realizara por imprudencia grave, la pena será la inferior en uno o dos grados./3. La autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptara las medidas a su alcance para que sean persequidos los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título cometidos por las personas sometidas a su mando o control efectivo será castigada con la pena inferior en dos grados a la de los autores./4. El superior no comprendido en los apartados anteriores que, en el ámbito de su competencia, no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión por sus subordinados de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos II,

Il bis y III de este título, será castigado con la misma pena que los autores./5. El superior que no adoptara las medidas a su alcance para que sean perseguidos los delitos comprendidos en los capítulos II, Il bis y III de este título cometidos por sus subordinados será castigado con la pena inferior en dos grados a la de los autores./6. El funcionario o autoridad que, sin incurrir en las conductas previstas en los apartados anteriores, y faltando a la obligación de su cargo, dejara de promover la persecución de alguno de los delitos de los comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título de que tenga noticia será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años". La figura no ha sido aplicada todavía, entre otras cosas por lo escaso de estos delitos en los tribunales españoles (solo el caso Scilingo, que era un ejecutor y no un superior). También, en Argentina se ha planteado a veces algo similar, en relación con el artículo 514 del Código de Justicia Militar: "Cuando se haya cometido delito por la ejecución de una orden de servicio, el superior que la hubiere dado será el único responsable, y solo será considerado cómplice el inferior, cuando este se hubiere excedido en el cumplimiento de

dicha orden". En mi opinión este precepto establece un régimen de responsabilidad y de autoría y participación peculiar, pero no equiparable a la solución aquí examinada.

Hay quien quiere ver en estos preceptos una plasmación de la construcción de la comisión por omisión por la posición de garante que ocupa el superior (incluso hemos visto anteriormente cómo alguna decisión judicial apela a la injerencia), por lo que la solución podría generalizarse para otros delitos (la comisión por omisión se regula en el CP español en su artículo 11 y en el 25 del CP colombiano, aunque, curiosamente, limitándola a ciertos delitos). Pues bien, tal generalización no me parece convincente. En primer lugar, incluso dentro de la doctrina mayoritaria de la posición de garante se ha dicho con razón que esta no surge de la mera posición de mando del superior. Pero quienes además rechazamos por demasiado amplia la teoría de la posición de garante, exigiendo para la comisión por omisión una verdadera equivalencia material en el plano normativo con la comisión (apelando a criterios distintos, en mi caso al de la creación, incremento o concreción determinante del riesgo por la propia omisión, que propone Luzón Peña, en el que aquí no puedo dete-





nerme), todavía negaremos con más fuerza la apreciación automática en estos casos de comisión por omisión.

La construcción de la empresa criminal común en el Derecho Penal Internacional

Otra construcción aplicada en la jurisprudencia propia del Derecho Penal Internacional (es decir, para determinados delitos) es la de la "empresa criminal común". La variante más clásica y preocupante de esta tesis califica de coautores a todos quienes intervienen en el plan o acuerdo común (entendido en un sentido amplio) de comisión de delitos, sea cual sea su posterior intervención material en ellos, e incluso llega a afirmar, con determinados requisitos, la coautoría de los sujetos en delitos que no forman parte integral del plan común, pero con consciencia de que pueden ser cometidos en la ejecución de este. Los defensores de esta tesis apelan a necesidades de defensa de la sociedad frente a quienes actúan uniendo sus fuerzas para una mayor efectividad (lo que los hace más peligrosos), añadiendo además que no hay riesgo de abusos,

pues los procesos internacionales se realizan con todas las garantías y los tribunales están formados por personas profesionales y prudentes.

Sin embargo, ninguno de estos argumentos puede convencer, pues la tesis pasa por alto la concreta intervención de cada sujeto en los hechos, que es pieza clave para determinar su diferente responsabilidad, no se está juzgando un hecho o delito de conspiración, sino delitos concretos. Las mismas críticas que valen contra la vieja doctrina jurisprudencial española del acuerdo previo o versiones muy laxas de otras en la apreciación de la coautoría (incluidas algunas con relación a lo que la jurisprudencia colombiana denomina "coautoría impropia" valen aquí. Por tanto, el rechazo debe ser absoluto.

Ciertamente en los últimos tiempos, por influjo seguramente del artículo 25 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma) se abre paso una versión menos fuerte y por ello algo menos criticable de esta tesis que fundamenta en el acuerdo solo una especie de complicidad. Incluso, también parece que se va abrien-



figura de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, que yo también rechazo, pero que, en todo caso, posee un fundamento material más plausible que el de la empresa criminal común. No es posible desarrollar aquí pormenores de estas líneas jurisprudenciales ni analizar en detalle el citado artículo que, por lo demás, deja, en mi opinión, mucho que desear en cuanto a precisión y técnica jurídica. Sin glosarlo, citaré el artículo 25 del Estatuto de Roma: "Responsabilidad penal individual. 1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales./2. Quien cometa un

crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto./3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:/a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea este o no penalmente responsable;/b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;/c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de

algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;/d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común./La contribución deberá ser intencional y se hará:/i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o/ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;/e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa

y pública a que se cometa;/f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión de un crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare integra y voluntariamente al propósito delictivo./4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional".

• :

Alguna soluciones del Derecho Penal Internacional, como la de la empresa criminal común para fundamentar la coautoría son rechazables, tanto como las muy ampliatorias de la coautoría (antigua teoría del acuerdo previo y sus reflejos actuales en España, algunas concepciones de la coautoría impropia en Colombia o algunas versiones muy ampliatorias de la coautoría de parte de la teoría del dominio del hecho).

Conclusión

Se pueden extraer algunas conclusiones de la aplicación jurisprudencial de las diversas soluciones en los países analizados y en el Derecho Penal Internacional. Destacaré sólo algunas:

En primer lugar, en ciertos países (en especial España y Colombia, aunque no solo) se observa un cierto caos en la aplicación de las diversas soluciones, tal vez como consecuencia de que muchas de ellas conducen a una pena idéntica del superior. Esta situación no es deseable, pues conviene una argumentación más sólida y fundada, entre otras cosas por razones de seguridad jurídica y posibilidad de control de las decisiones judiciales.

Algunas soluciones del Derecho Penal Internacional, como la de la empresa criminal común para fundamentar la coautoría son rechazables, tanto como las muy ampliatorias de la coautoría (antigua teoría del acuerdo previo y sus reflejos actuales en España, algunas concepciones de la coautoría impropia en Colombia o algunas versiones muy ampliatorias de la coautoría de parte de la teoría del dominio del hecho).

Para ciertos crímenes internacionales puede tener sentido el establecimiento de una responsabilidad indirecta y omisiva del superior (si no se puede determinar la directa), al modo en que se hace en el Derecho Penal Internacional y en algunos Derechos internos, como el español. Pero la solución no es generalizable para otros crímenes por la vía de la comisión por omisión, que, en mi opinión, requiere una caracterización mucho más estricta de la que derivaría de tal generalización.

Parece imparable el avance de la aplicación de la tesis de la autoría mediata por aparatos organizados de poder. A este éxito no es ajena la genialidad de su creador, Roxin, que la ha perfilado de una forma más que sugerente. Aunque personalmente no la comparto (si bien reconozco lo peculiar de las situaciones), el que se intente seriamente fundamentar con su ayuda la responsabilidad del superior en la jurisprudencia me parece un avance, pues así al menos habrá una base más sólida y segura incluso para discutir las decisiones judiciales. En todo caso, creo que para muchos supuestos se menosprecia el rendimiento de figuras de participación conminadas con la pena de la autoría (o, aunque no se llegara a esa equiparación de penas, de figuras de participación con penas más elevadas que las de la complicidad simple), como la inducción o determinación y la cooperación necesaria (donde existe, como es el caso de España, Argentina y Perú, entre los países estudiados).



Vea **huellas**, el programa de televisión de la Fiscalía General de la Nación Lunes 7:00 pm por el canal Institucional

