

COAUTORÍA MEDIATA Y APARATOS
ORGANIZADOS DE PODER. SU APLICABILIDAD
EN LOS DELITOS MASIVOS DENTRO DEL
CONFLICTO ARMADO INTERNO DE COLOMBIA

PERPETRATION-BY-MEANS THROUGH AN ORGANIZED POWER
APPARATUS. ITS APPLICABILITY TO MASSIVE CRIMES IN THE
CONTEXT OF ARMED CONFLICT IN COLOMBIA

LUIS FERNANDO RAMÍREZ CONTRERAS

Doctorando UNED

Resumen: En el campo de la autoría y participación persiste un gran vacío en el tratamiento del concepto de autoría colectiva. No se ha aceptado claramente que también puede ser directa o mediata, como la individual. En Colombia hay reticencia para ir más allá de la llamada coautoría impropia, que es directa, y parece anatema hablar de coautoría mediata. Este trabajo se propone precisar que existe la coautoría mediata a través de personas no responsables, y también de personas responsables, siempre presente en los delitos masivos como masacres, desplazamiento y desaparición forzada de personas. Trata de asignarle su propio sitio a la coautoría mediata dentro del sistema de la autoría criminal, ubica en ella el concepto de Aparatos Organizados de Poder, y hace algunas observaciones sobre los elementos que lo componen.

Abstract: The figure of the collective perpetrators has not been exhaustively treated in Criminal Law. There is some reluctance to accept indirect manifestations of perpetration. In particular, Colombian Judges and Magistrates refuse to extend criminal responsibility to improper or indirect cases of coperpetration. This paper claims for

the application of coperpetration-by-means both of individuals who are responsible and not responsible. This is crucial in the case of massive crimes as massacres, forced displacement and forced disappearance. This paper holds that this form of coperpetration fits in the more general system of perpetration, includes the concept of perpetration-by-means through an organized power apparatus and suggests further insights about these figures.

Palabras clave: Autoría criminal, coautoría, coautoría mediata, elementos del concepto Aparatos Organizados de Poder.

Key words: Criminal perpetrator, coperpetrators, perpetration-by-means through an organized power apparatus.

Recepción original: 07/10/2016

Aceptación original: 10/10/2016

1. INTRODUCCIÓN

La ley y la doctrina penal tuvieron sus raíces en el individualismo característico de la ilustración y del remplazo del *Ancien Régime* que reacciona contra la conducta delictiva individual. Se han creado últimamente mecanismos para el tratamiento de conductas punibles colectivas que atentan contra el régimen político establecido y contra los derechos de víctimas de delitos masivos. En sus comienzos no se diseñaba la ley penal para adjudicar responsabilidad, individual o colectiva, derivada de las confrontaciones internacionales o internas a un Estado, y aún hoy sus conceptos se utilizan con dificultad en los fenómenos colectivos.

Luego de la adopción original de los códigos penales y de procedimiento penal en los primeros años 1.800 sobrevinieron las guerras por y contra el colonialismo, las guerras civiles en latinoamérica o de secesión en norteamérica, la confrontación de los imperios europeos, las grandes guerras del siglo XX, las de nacionalismo o descolonización en Arabia, Asia y África. Sólo desde finales del siglo XIX y especialmente después de la segunda guerra mundial se ha construido un cuerpo normativo aplicable a los conflictos armados internacionales o internos.

En ese contexto se ha ido haciendo necesaria la actualización de la teoría penal con los conceptos de coautoría delictiva, entre ellos el de las Estructuras o Aparatos Organizados de Poder y la Joint Criminal Enterprise, de ineludible consideración en los mecanismos de justicia penal internacional y de justicia transicional. En éstos se enmarca el

actual sistema de Justicia y Paz colombiano, y el próximamente venidero sistema de Justicia Especial para la Paz que se anuncia en las conversaciones que se adelantan entre el gobierno de Colombia y el grupo guerrillero FARC para poner fin al conflicto armado interno en este país.

El transcurso de décadas de lento desarrollo de las doctrinas y los retos previsibles en el futuro cercano hacen necesario incluir en la teoría las nuevas experiencias y desarrollar ideas sobre figuras en las que antes no había sido necesario profundizar. Para ello se esbozará brevemente el concepto general de coautoría para arribar al de coautoría mediata como el que mejor responde para la adjudicación por delitos en conflictos armados, y se desembocará en la categoría de coautoría mediata en Aparatos Organizados de Poder, AOP, sobre el que se proponen algunas precisiones a los elementos que se aceptan como componentes de esta categoría. Para mejor entender la utilidad y conveniencia de conservarla y desarrollarla, pueden concretarse sus características mediante la consideración de uno de los delitos que más han impactado a la sociedad por los hechos de esas organizaciones, como es la desaparición forzada de personas.

2. AUTORÍA COLECTIVA, O COAUTORÍA

La descripción que traen las normas vigentes en los diferentes países sobre el concepto de autoría es generalmente escueta y lacónica, construida principalmente para abocar los delitos comunes de individuos –no inspirados en fines grupales y no realizados por organizaciones–, por lo cual corresponde a la jurisprudencia desmenuzar, precisar y combinar sus contenidos y significados para ocuparse de la criminalidad de colectivos motivados por fines sociopolíticos¹.

El Código Penal de España, por ejemplo, en su artículo 28 establece que son autores directos los que realizan el hecho por sí mismos, son autores mediatos los que realizan el hecho por medio de otro del que se sirven como instrumento, y son coautores los que realizan el hecho conjuntamente. No dice «Son coautores directos los que realizan conjuntamente el hecho por sí mismos», ni «Son coautores mediatos los que realizan conjuntamente el hecho por medio de otros», por ejemplo.

¹ «Debemos anticipar que somos conscientes de que crímenes de guerra, de Estado y de organizaciones como los que aquí se analizan no pueden aprehenderse adecuadamente con los solos baremos del delito individual». ROXIN (2007, 270).

El Código Penal de Colombia en el artículo 29 establece que es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento, y en el segundo inciso, que *son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte*. No dice «Son coautores los que, mediando un acuerdo común, realicen la conducta punible a través de otros».

La escasez de las descripciones legales obliga a que la doctrina aborde el tema de la coautoría en la conducta delictiva con la definición de los elementos del comportamiento de los intervinientes, de donde han surgido los conceptos unitario, extensivo y restrictivo de autor, y las teorías que se acostumbra ordenar como subjetivas, objetiva formal, objetiva material y de dominio del hecho, con numerosas variantes; posiblemente la más comprensiva y dominante es la subjetivo-objetiva del dominio del hecho^{2,3}. Al combinar la clasificación de las situaciones de autoría con la teoría dominante del dominio del hecho, se puede afirmar que responden penalmente⁴:

1. El que tiene dominio de la acción propia –cuando actúa individual y directamente–,
2. El que tiene dominio de la voluntad ajena –cuando actúa individualmente en forma indirecta, por interpuesta persona–,

² Amplias exposiciones sobre estas teorías, sus autores, comentaristas y contradictores, se encuentran en los principales tratadistas de derecho penal. Véanse por ejemplo, ROXIN (1997, 2007); CEREZO MIR (2006); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2008), MUÑOZ CONDE (2004), OLÁSOLO (2009). Este trabajo se dirige específicamente a un extremo de la teoría poco elaborado, la coautoría mediata.

³ Para la teoría del dominio del hecho, autor es quien con su actuación decide o tiene en sus manos el *si* y el *cómo* del acontecer típico; para la de la determinación objetiva y positiva del hecho, autor es el que realice la conducta que encaje directamente en el tipo. Ambas definiciones se pueden formular en plural: *autores son quienes realicen...* pero eso llevaría sólo a la pluriautoría. Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2009, 19); LUZÓN PEÑA Y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (1998-1999, 61).

La doctrina requiere en la autoría el *acuerdo común* como factor de conocimiento y voluntad de realización conjunta del tipo. Proponemos que en la coautoría directa los coautores celebran el acuerdo, mientras en la coautoría mediata unos coautores celebran el acuerdo, y otros lo adoptan. Entonces, el concepto de *quienes realicen...* implica incluir los actos necesarios de la formación, planeación, adopción y ejecución del acuerdo criminal, todas como acciones típicas nucleares que componen la *realización del tipo*. No nos parece que esta sea una concepción extensiva de autor, sino que se mantiene el concepto restrictivo pero el verbo rector *realizar* comprende todos los actos positivos necesarios para concluir en la realización del tipo.

⁴ Esta adopción como teoría dominante y sus aportes no es insular. La comparte igualmente, por ejemplo, ODRIÓZOLA GURRUTXAGA (2015,7), también para abordar el problema de los crímenes masivos y con la figura de la coautoría mediata en Estructuras Organizadas de Poder, aquí llamaremos AOP.

3. Los que participan del *dominio conjunto del hecho conjunto* («*dominio funcional*») –cuando actúan en un colectivo y hacen un aporte importante al resultado–, y
4. Los que participan con el mando dentro de *una organización jerárquica* («*dominio de la organización*») –cuando actúan en un colectivo y lo utilizan para que la ejecución del hecho la cumplan subalternos responsables–.

En desarrollo de la norma colombiana citada,⁵ la doctrina actual sostiene que en la coautoría no hay jerarquía estricta entre los coautores y cada uno en pie de igualdad con los otros acepta hacer un aporte individual para el acuerdo delictivo común. Ese es un esquema aplicable a muchos casos reales, especialmente en el campo de la delincuencia común, pero la realidad es más rica en posibilidades, en los contextos de criminalidad masiva organizada en un conflicto armado, como en Colombia, y por ello se hace necesario ampliar el concepto para darles cabida.⁶

Es comúnmente aceptado en Colombia que se llama coautores *proprios* a quienes realizan, cada uno, todos los elementos del tipo, y coautores *impropios* a los que adoptan un plan criminal común de distribución de tareas y hacen un aporte para obtener el resultado, aunque no realicen, cada uno, todos los elementos del tipo.⁷ En esa coautoría impropia, o ejecutiva,⁸ todos los autores conservan, en conjunto, el dominio del hecho, porque acuerdan el plan criminal común, la distribución de funciones y los aportes de cada uno para la obtención del resultado, y no tienen una distribución jerárquica rígida en-

⁵ Para DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2004,18), el concepto de coautoría del CP colombiano 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.

⁶ Por todas, puede verse Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Sentencia 31748 del 9 de agosto de 2010, condena a Wilson Cruz Vela como coautor de secuestro y homicidio.

⁷ Algunos autores consideran que esta es una diferenciación inapropiada o inútil. Ambos dice en referencia una decisión de la Corte Suprema de Justicia de Colombia: «... f) En relación con los fundamentos expuestos por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el caso “Machuca”, no compartimos la decisión por cuanto consideramos que la coautoría es una sola. Que la clasificación entre coautoría propia e impropia es técnica y dogmáticamente incorrecta porque, so pretexto de responsabilizar a todos los participantes de una conducta delictiva para evitar la “impunidad”, se da aplicación a un concepto extendido de autor sin que se presenten los verdaderos elementos objetivo y subjetivo de la coautoría.» Ambos (2007, 186). Nos parece razonable esta opinión, de modo que la coautoría impropia encuadra mejor en el concepto de pluriatoría de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2008,30).

⁸ Así llamada por MUÑOZ CONDE (2004, 206), término que parece más adecuado que el de «impropia» adoptado por la jurisprudencia colombiana.

tre ellos (Es el llamado dominio funcional del hecho)⁹. En ambos casos, los coautores propios e impropios son coautores directos.

Se enfatiza que la coautoría impropia es *directa*, en el sentido de que cada uno de los coautores ejerce por sí mismo el dominio pleno sobre su propia voluntad para cumplir una parte del plan criminal común y para realizar el aporte personal que ha aceptado realizar para obtener el resultado criminal, de manera que no lo hace por obediencia a una jerarquía u organización.

3. COAUTORÍA INDIRECTA O MEDIATA

La realidad de conflicto armado y delitos masivos, como masacres o desaparición forzada de personas, implica siempre la intervención punible plural en la que existe una relación de estricta jerarquía vertical descendente entre jefes –civiles, militares o paramilitares–, sus inmediatos subalternos que transmiten políticas, instrucciones u órdenes ilícitas, y quienes las ejecutan físicamente.

Esa realidad impone la necesidad de enunciar una clase de coautoría diferente a la impropia, en la que se reconozca esa relación de subordinación estricta entre diferentes niveles de intervinientes pero los califique como coautores porque adoptan o aceptan un plan criminal; aunque los grados medios o inferiores no participan en el diseño del plan, política o designio criminal, cumplen órdenes consciente y voluntariamente, y se diferencian de los partícipes –instigadores, cómplices o «intervinientes» del art. 30 CP porque su intervención tiene calidad mucho mayor que la que denotan estos términos. Esa es la coautoría mediata.¹⁰

La *coautoría indirecta* o *coautoría mediata* no ha sido reconocida abiertamente en la doctrina generalizada, aunque es patente su existencia en la realidad.¹¹ Esto muestra un desarrollo dogmático inci-

⁹ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Sentencia 31748 del 9 de agosto de 2010, entre otras.

¹⁰ Compartimos con ODRIÓZOLA GURRUTXAGA (2015, 9), que no es convincente la calificación de los sujetos de atrás –máximos dirigentes– como meros inductores, porque este término no representa el desvalor de su conducta, ya que supone relegarlos al papel de partícipes en un hecho ajeno mientras el significado criminológico de su contribución es totalmente distinto, el más reprochable.

¹¹ Por ejemplo, sólo de manera subsidiaria lo contempla Díaz y García Conlledo: «Cabén combinaciones entre la autoría mediata y la coautoría: un sujeto utiliza como instrumento a varios que actúan conjuntamente para cometer el hecho, o varios sujetos acordados (y tan solo mediante la actuación de todos ellos sobre el instrumento o instrumentos; a este caso es al que más propiamente se le podría denominar coau-

piente, causado en que las realidades sociopolíticas solo reciente y esporádicamente se traen al derecho penal¹², por lo que proponemos comenzar a suplirlo.

Veamos las formas en que se puede presentar esta coautoría mediata, siguiendo el mismo modelo conocido de la autoría individual mediata.

3.1. Coautoría mediata a través de instrumentos no responsables: por error, fuerza, dolo o utilización de incapaces

Varios coautores acuerdan un plan criminal común pero no lo llevan a cabo personalmente sino a través de una o varias personas que actúan en error o ignorancia de que su conducta (positiva u omisiva) configura un tipo penal. Por ejemplo, piénsese en la empresa financiera donde se les dan órdenes de transar valores a empleados comisionistas o corredores de bolsa, y estos las cumplen sin saber que determinadas transacciones individuales pueden ser parte de un plan defraudatorio. O en el caso en que dentro de la ejecución de una política pública ciertos funcionarios obtienen beneficios indebidos, mientras quienes realizan las operaciones financieras o contables cumplen

toría mediata) realizan el hecho a través de una o varias personas que actúan como instrumento» (2008, 33).

¹² Gil Gil (2008, 68) registra cómo, en contra de la opinión mayoritaria, Muñoz Conde afirma que «en casos de delincuencia organizada puede considerarse autor al dirigente organizador que actúa exclusivamente en fase preparatoria», a lo cual agregaríamos que si ese dirigente organizador actúa con otros es coautor, y como no realiza él mismo el núcleo típico, es coautor mediato.

También registra que, aunque es todavía opinión minoritaria, para Ferré Olivé el jefe aunque no realiza actos ejecutivos domina funcionalmente el hecho si su aportación es de magnitud relevante, y para Marín de Espinosa no es necesario contribuir en fase ejecutiva para ser coautor, siempre que se tenga mando de decisión o funciones directivas, quien emite la orden y quien la transmite son coautores.

Parecería que el debate es puramente semántico, en cuanto donde hay un superior normalmente no hay uno solo sino varios en jerarquías diferentes, y por lo tanto los superiores que intervienen son coautores; y como no realizan ellos mismos la conducta, son coautores mediatos. Sin embargo se interponen dos obstáculos: (1) que si son varios superiores deben haber creado o compartido el plan criminal entre ellos y con los ejecutores, lo cual se resuelve con que basta su aceptación tácita y/o coetánea, y (2) que la realización del tipo o núcleo del tipo debe ser conjunta (España) o actuar con división de trabajo (Colombia), lo que se resuelve al entender que la realización no se cumple sólo con los actos ejecutivos, sino que ellos implican, necesaria y esencialmente, todo el proceso de ideación, planeación, comunicación y ejecución, de modo que todos los que intervengan dolosamente en estas etapas deben responder penalmente por su realización.

a ciegas los designios de aquellos. La cada vez más compleja organización de la economía hace más frecuente esa clase de eventos.

En esa forma de coautoría el dominio conjunto del hecho conjunto se transforma en dominio de la voluntad de otros a través del *dominio de la organización*. La acción de los ejecutores directos no es subjetivamente típica, pues no están en posición o deber de saber que esa acción, aparentemente neutra, puede ser delictiva; por lo tanto no estarán sujetos a responsabilidad penal, mientras que los organizadores del plan deberán responder por su autoría colectiva.

En otros casos, un grupo organiza la utilización de incapaces en la ejecución de planes criminales, como en el reclutamiento ilícito de menores dentro de los conflictos armados, o somete a su voluntad a personas imputables, por la fuerza o mediante engaño, lo cual sería diferente a la simple ausencia de información del ejemplo de los corredores de bolsa, pero tiene los mismos resultados de exclusión de responsabilidad penal de los ejecutores directos.

3.2. Coautoría mediata a través de ejecutores responsables

Diferente es el caso de los coautores que realizan la conducta a través de otras personas que no son instrumentos ciegos, inimputables o excluidos de responsabilidad, sino personas que conservan su conocimiento y voluntad; estos ejecutores no son «instrumentos» sin autodeterminación, sino autores responsables que actúan a sabiendas de que su conducta es contraria a derecho, al punto de que están de acuerdo con los superiores en el propósito delictivo. Entre los autores «intelectuales» y los ejecutores existe una relación de jerarquía rígida –la que no se admite en la coautoría impropia–.

Los coautores mediatos o indirectos pueden ser toda la jerarquía superior de una organización criminal, o sólo una parte, o una estructura dentro de una organización legítima en la que tienen poder de mando sobre los ejecutores finales. Esa estructura criminal puede ser temporal o coyuntural dentro de una organización legítima.

Se configura en estos casos una categoría de *coautores mediatos*, con variados niveles de jerarquía y de capacidad decisoria, y sus miembros deben responder penalmente de manera plena, ya porque adoptan un plan criminal, ya porque aceptan el plan criminal preestablecido en niveles superiores pero su intervención es esencial para el logro del resultado criminal.

Aunque esta categoría no ha sido abierta y claramente adoptada en la mayoría de la actual doctrina vigente, se hace imperioso su reconocimiento por sus características, componentes, ubicación en el *iter criminis*, ejercicio de voluntad colectiva e intención o dolo criminal, y por la creciente necesidad de aplicación en casos concretos de la actividad judicial.

Esa forma de funcionamiento es común en los grupos criminales organizados, con diferentes grados de estructuración interna, de permanencia y de reglas de comportamiento. Es también la forma de acción de estructuras más o menos estables que se originan dentro de una organización legítima y que para determinados objetivos deciden actuar por fuera de su función legal.

Ambas encuadran en la categoría llamada por la doctrina roxiniana dominante *Aparatos Organizados de Poder*, AOP; aunque su autor y sus seguidores no la hayan enunciado como una forma de coautoría mediata, ese es el lugar que les corresponde por su naturaleza y características en una clasificación organizada y coherente de la teoría de la intervención punible.

No ha habido consenso sobre esta categoría. Algunos la identifican con la *coautoría* (entendida como *impropia* y sin más calificativos), la *instigación* o la *complicidad*, aunque no esté presente entre los implicados la relación horizontal, o la relación directa, o la relación accesoria que caracteriza a estas figuras. Otros la consideran innecesaria porque se resuelve en la inducción o en la complicidad.^{13,14}

Comparada con la coautoría *impropia* directa, falta la *resolución común* de realizar el hecho; en la coautoría mediata, la mayor parte de los «*hombres de atrás*» y los *ejecutores* normalmente no se conocen, no acuerdan nada entre ellos. Su ejecución del delito se basa en la *aceptación* consciente, incluso tácita, de una orden ilícita y no en una *decisión conjunta*. El autor mediato en la cúspide es la figura central dominante del delito, dispuesto o autorizado por él mismo; los auto-

¹³ Así, GIL GIL (2009, 66), quien además da una larga lista de destacados autores españoles que no la comparten. Frente a ellos, se puede contestar que el sólo concepto de inducción es muy débil, no-comprometido, accesorio, menos reprochable, a pesar de que por el contrario su incidencia es de mayor envergadura en la realización de los actos de la organización. Para las víctimas, por ejemplo, es claro que los ejecutores «sólo» ejecutan, el verdadero peso está y debe ser deducido en los organizadores, planeadores, aseguradores de los medios y del control, etc., de modo que el concepto de realización no se debe limitar al acto ejecutivo final sino que debe comprender toda su génesis objetivamente comprobable hasta su culminación, sin vulnerar el principio *cogitationis nemo poenam patitur*.

¹⁴ JAKOBS (2007).

res mediatos en la cadena de mando lo implementan o transmiten;¹⁵ los ejecutores, aunque responsables como autores inmediatos debido a su propio dominio de su acción, no están en posición de disputar el dominio de la organización a quien da la orden.^{16,17}

El más completo dominio de la organización se ejerce por quien está ubicado en el nivel superior de la estructura involucrada, y es mayor y diferente del que ejerce el mando en un nivel intermedio; desde la cúspide se tiene un dominio total, mientras que en una posición intermedia se tiene dominio de la voluntad y posibilidad de impartir órdenes a un limitado sector subalterno de la organización. En el nivel más bajo, el del ejecutor inmediato, el dominio de la acción, del acto de ejecución, a su vez, es completo, aunque no tiene dominio sobre la organización.

La reprochabilidad de la conducta es mayor cuanto más cerca del nivel superior está el sujeto; la intensidad de su dolo es mayor porque combina el designio criminal con la utilización del mayor poder que

¹⁵ GIL GIL (2009,68) opina que todo miembro de la cadena de mando debe ser considerado inductor. Es decir, Debe ser «considerado autor» como ficción legal, sin serlo, según al art. 28 CP español. En nuestro concepto, si uno de esos miembros no transmite la orden ilícita, no se realiza el núcleo típico; por contrapartida, si la transmite, se realiza el núcleo típico, es decir, él también comete el delito, es un autor por la naturaleza de su acto, no por ficción legal.

¹⁶ Varios autores critican el concepto mismo, otros la validez de sus elementos compositivos. Cerezo Mir, por ejemplo, la encuentra muy discutible y poco convincente, entre otras razones y con otros autores, porque la fungibilidad del autor directo no le parece suficiente para fundamentar el dominio del hecho y más bien negaría ese dominio, y por lo tanto se reduciría a una instigación o inducción (2006, 1075).

Parecería que el debate es puramente semántico, sobre si la sola presencia de dos o más autores debe ser coautoría, y quien actúa indirectamente es autor mediato. Sin embargo se interponen dos obstáculos: (1) que si son varios superiores, deben haber creado o compartido el plan criminal entre ellos y con los ejecutores, lo cual se resuelve con que basta su aceptación tácita y/o coetánea, y (2) que la realización del tipo o núcleo del tipo debe ser conjunta (España) o actuar con división de trabajo (Colombia), lo que se resuelve al entender que la realización no se cumple sólo con los actos ejecutivos, sino que ellos implican, necesaria e ineludiblemente, todo el proceso de ideación, planeación, comunicación y ejecución, de modo que todos los que intervengan dolosamente en estas etapas deben responder penalmente por su realización.

¹⁷ Aunque no es una figura completamente aceptada, es muy ilustrativa y útil y por ello pretendemos que se complemente. No conviene prescindir de ella y quedarse con la simple coautoría mediata, porque la hay también sin organizaciones jerarquizadas; no son lo mismo y ello lo comprueba la necesidad de afrontarlas en los procesos de búsqueda de la paz, como actualmente en Colombia.

representa su posición en la jerarquía, lo cual sin duda ha de servir como criterio para la dosificación punitiva.^{18,19}

3.2.1. La formulación original

Es comúnmente sabido que la categoría Aparatos Organizados de Poder fue originalmente formulada por Roxin, desde 1963, en busca de una solución dogmática a los problemas de autoría que planteaba el debate sobre cómo podían hacerse imputaciones a personajes de órganos centrales de mando que no ejecutaban por sí mismos los delitos realizados, pero intervenían en su programación, planificación y en la decisión de que se ejecutaran, lo que hacía necesario identificar una determinación de la voluntad distinta a los conocidos mecanismos de la autoría mediata, coacción, error o utilización de inimputables.²⁰

Roxin tuvo en cuenta que los implicados eran parte de una entidad de poder organizado y que los delitos que les fueron atribuidos respondían a designios y órdenes de los órganos centrales de sus instituciones. Los mandos intermedios y el órgano central de la estructura de poder que ordenó su ejecución poseían distintas formas de dominar el hecho, pero no eran excluyentes entre sí. Mientras unos tenían el *dominio de la organización*, es decir, la posibilidad de influir y controlar la realización del evento delictivo desde su respectivo nivel funcional, otros conservaban en sus manos el *dominio de la acción*, esto es, la realización física del hecho punible.

En nuestra perspectiva, esto hace de los primeros unos verdaderos coautores mediatos, ya que el dominio del hecho por los superiores se

¹⁸ Esto ya lo reconocía Roxin desde las primeras formulaciones de AOP (2007, 272, 274)

¹⁹ Es importante tener en cuenta el efecto que la calificación de la participación tiene varios riesgos, los que considera OLÁSOLO (2011, 209).

²⁰ Se trataba de los casos de Adolf Eichmann y Bogdan Staschynskij. Eichmann, funcionario administrativo alemán en tiempos del gobierno nazi, tuvo a su cargo la Oficina Central para la Migración Judía, cuya función era seleccionar, perseguir y capturar judíos para trasladarlos a los diversos campos de concentración, pero directamente no había intervenido en la ejecución de persona alguna. Al finalizar la guerra se refugió en Argentina, donde vivió con una identidad falsa; allí fue capturado por agentes de los servicios secretos israelíes, quienes lo trasladaron a su país; fue condenado y ejecutado como autor de los homicidios cometidos. Staschynskij, agente secreto extranjero, eliminó a tiros, en Alemania, por orden de su gobierno, a dos disidentes soviéticos exiliados. Fue condenado como cómplice, porque *no obró por propio impulso, sino que cometió el delito en interés de su mandante*. ROXIN (2007, 127, 273). Citado por la Corte Suprema del Perú en el caso contra el expresidente Fujimori, N° AV 19-2001, 7-04-2009, hechos de Barrios Altos, La Cantuta y sótanos del SIE.

basa en que pueden, a través de la estructura que está a su disposición, producir el resultado, incluso con mayor garantía de su obtención que en el dominio sobre otra persona a través de la coacción o el error; casos que hasta entonces eran las *únicas* formas reconocidas de autoría mediata.

Posteriormente, con base en la tesis de Roxin fueron juzgados en los tribunales argentinos los miembros de las juntas militares que gobernaron ese país entre 1976 y 1983, quienes cometieron, por medio de subalternos, numerosos delitos de homicidio y desaparición forzada de personas; y en el Tribunal Supremo Federal de Alemania fueron juzgados los integrantes del Consejo Nacional de Defensa de la antigua República Democrática Alemana, por los homicidios cometidos en las inmediaciones del Muro de Berlín.

En la sentencia citada, la justicia de Perú hubo de juzgar a líderes del grupo subversivo Sendero Luminoso y al expresidente de la República Alberto Fujimori; aplicó las figuras teóricas de atribución de la autoría como las de coautoría impropia y de autoría mediata a través de AOP.

En Argentina y en Perú los jueces se han enfrentado, como Roxin, a la escasa descripción previa que traen las leyes sobre los conceptos de autoría y participación. También en Colombia el escueto texto de la ley ya citada ha llevado a la proposición de variadas y a veces confusas formas de interpretarlas. Aquí se procura sistematizarlas, siguiendo el camino propuesto por la doctrina internacional para distinguir entre las distintas formas de intervención en el hecho.

En Colombia la justicia ha tenido que afrontar numerosos casos realizados en contexto de conflicto armado interno por organizaciones guerrilleras de origen político, y por estructuras ilícitas conformadas dentro de aparatos legítimos de poder, con resultados de homicidios masivos o masacres, desplazamiento forzado de personas y de poblaciones, y desaparición forzada de personas. Todos ellos se realizan necesariamente por autoría colectiva, rígidamente jerarquizada hasta el punto de que fácilmente la disciplina se cumple o se pierde la vida. En esas condiciones no es coherente asumir que sólo los ejecutores finales son los autores, que los jefes o cabecillas en las cúpulas son solo inductores, que los mandos medios que transmiten las órdenes son solo instigadores, o cooperadores necesarios, o peor aún solo cómplices.

Las desapariciones forzadas de personas se convirtieron –especialmente en Latinoamérica– en un mecanismo político ilícito hasta el punto de que generó la preocupación multilateral y la adopción de

instrumentos internacionales para su persecución y la deducción de responsabilidad estatal en protección de los derechos humanos; a continuación las Altas Partes contratantes han ido adoptando legislación interna consecuente, y en su cumplimiento se hace continuamente necesario recurrir a la figura de los AOP, como forma de la coautoría mediata con la que se ejecutan esos delitos.

3.2.2. Precisiones sobre elementos del concepto Aparatos Organizados de Poder

Progresivamente se han ido identificando y ampliando como elementos componentes de esta figura: 1) Existencia de un aparato de poder estructurado, 2) Jerarquía rígida entre sus niveles, 3) Alejamiento del orden jurídico, 4) Intercambiabilidad de los ejecutores, 5) Plena predisposición de los ejecutores a realizar las órdenes ilícitas.

Es notoria la confusión académica y judicial cuando se acude a esta categoría. Algunos de sus elementos se han formulado de manera ambigua o limitada, por lo que consideramos necesario proponer su precisión y actualización, ya que los desarrollos políticos y sociales anuncian a la justicia ordinaria y transicional la perspectiva de su aplicación recurrente y profusa.

Específicamente trataremos en detalle a continuación los siguientes puntos en los que encontramos necesidad de fijar los conceptos para avocar los casos concretos que se prevé vienen en avalancha abrumadora dentro de la justicia transicional: 1. La existencia de los Aparatos organizados legítimos de poder, y de Estructuras ilícitas dentro de ellos, y la existencia de Aparatos organizados ilícitos de poder, 2. La duración o permanencia del alejamiento del derecho por el aparato o estructura ilícita, 3. La fungibilidad y predisposición de los ejecutores, y 4. La predisposición del ejecutor a la realización del resultado criminal.

En su significado natural el concepto *aparato organizado de poder* debe entenderse como un medio con el que se realiza una función a través de organizaciones jerárquicas. Para evitar confusiones y debates bizantinos, es conveniente enfatizar que los organismos autorizados para el uso de la fuerza del Estado son *Aparatos organizados legítimos de poder*, de manera que cuando nos referimos a las organizaciones criminales de las que predicamos la coautoría mediata de delitos seamos precisos en llamarlos *Aparatos Organizados ilícitos de poder*.

Dentro de los aparatos legítimos de poder, en ocasiones, algún grupo formado entre sus miembros decide realizar actos preparativos, consumativos o encubridores de conductas punibles con algún grado de permanencia o consistencia, con lo cual crean una *estructura ilícita* dentro del aparato legítimo. Puede haber muchas variaciones en sus características: permanencia del grupo en el tiempo, permanencia de las personas componentes, niveles de la jerarquía involucrados, nivel de aceptación de los motivos, objetivos, formas de acción, grado de detalle de la planeación, frecuencia de su puesta en acción, entre otros.

Hay muy variadas demostraciones de la existencia y características de tales grupos; se sabe de ellos solo ocasionalmente, cuando trascienden sus resultados; éstos no se develan voluntaria ni regularmente sino sólo cuando se requiere su investigación y ésta es exitosa. Son una realidad para la que con frecuencia el doctrina penal usual es insuficiente, y por ello se ha hecho necesario desarrollar nuevos conceptos, como el de AOP.

De otro lado, la realidad social también muestra la existencia de organizaciones privadas ilícitas más o menos permanentes, con alto nivel de estructuración y estricta jerarquía, con objetivos de manejo o influencia ilícita en el poder político, directamente o a través del control económico, presupuestal o territorial; estas son llamadas guerrillas, autodefensas, paramilitares, bandas criminales «bacrim», etc., los que en su totalidad son *aparatos ilícitos organizados de poder*.

El uso de los nombres adecuados y suficientemente descriptivos, con la introducción del calificativo de *ilícitos* para cada una de las anteriores formas de organización delictiva es un primer elemento a tener en cuenta para su adecuado abordaje penal o político.²¹

El apartamiento, desvinculación o *alejamiento del orden jurídico*, como elemento del concepto Aparato Organizado ilícito de Poder, es motivo de debate en cuanto a qué tan duradero, ocasional, sostenido o constante, debe ser para que se pueda invocar este concepto de autoría.

Se ha dicho, por ejemplo por la Corte Suprema de Justicia de Perú, que el *Alejamiento del orden jurídico* significa que el aparato de poder *permanece* al margen del sistema jurídico, es decir, que opera

²¹ Esto es necesario para contrarrestar la desinformación que se fomenta en la opinión pública por los defensores de las fuerzas estatales cuando se oponen a la persecución y condena de sus miembros involucrados en acciones colectivas y repetitivas ilícitas; airean como grave error de la justicia el considerarlos como Aparatos delictivos a pesar de que son los legítimos defensores de la institucionalidad.

en *constante antijuridicidad*²². En nuestro concepto, esta es una característica que requiere mayor elaboración para decidir, cuando la antijuridicidad no es tan constante, si se ha de seguir invocando esta forma de autoría.

En primer lugar hay que tener en cuenta que alejarse del sistema penal no significa dejar de estar sometido a él; cuando lo vulneran, los autores permanecen sujetos a las consecuencias preestablecidas por el orden jurídico interno o el derecho internacional. Aun contra su voluntad, hasta los titulares del poder en Estados totalitarios están sometidos al orden jurídico, o a manera de admonición se les advierte de su sujeción. «*Sólo manteniendo ligados a esos titulares a ciertos valores fundamentales comunes a todos los pueblos civilizados tenemos la posibilidad de declarar delictivas y punibles las acciones de los órganos supremos estatales que violan los derechos humanos. Pero la vinculación jurídica, en tanto que nadie se oponga a quienes tienen el aparato del Estado en sus manos, en realidad no surte el efecto de contener el poder. Por eso en tales casos se mantiene asegurada la capacidad de funcionamiento del aparato*»²³. Además, «*porque todos los pueblos del mundo están vinculados a ciertos valores, tenemos la posibilidad de considerar delictivas y punibles las conductas de órganos superiores del Estado que violen de modo evidente los derechos humanos*», dice la Corte peruana en la misma providencia, citando a Roxin.

Así, es posible que algunas autoridades que usualmente se ajustan a la ley, para algunos objetivos o en alguna función eventualmente se separen de ella, y para juzgarlas sea necesario acudir a esta forma de autoría. Por ello conviene replantear la rigidez de este elemento de *constante antijuridicidad* para considerar su aplicabilidad.

En esa sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú contra el expresidente Fujimori, se insiste en que el aparato organizado de poder tiene como requisito que su apartamiento del Derecho debe comportar una «*constante antijuridicidad*», en el sentido de que esté dedicado de manera previa y sostenida a cometer delitos, y que así se mantenga así antes y después del hecho que se investiga, pues solo dentro de organizaciones apartadas del derecho las órdenes ilícitas tienen fuerza vinculante para los ejecutores y se cumplen «*automáticamente*».

²² Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, N° AV 19-2001, 7-04-2009, Sentencia contra el expresidente Alberto Fujimori por los hechos de Barrios Altos, La Cantuta y sótanos del SIE.

²³ ROXIN (2007, 279).

Pasa a decir que el aparato organizado de poder no se configura con un solo delito, o no con cualquier delito, o no en un determinado delito, porque no toda orden ilícita emitida en el marco de organizaciones fundamenta una autoría mediata. Se deduce que se debe tratar de una política, unas instrucciones, una práctica sistemática, o generalizada, en un determinado sentido y objetivo ilícito. Esta puede ser una petición de principio. Ha llevado a afirmar que en los casos en que se investiga una sola conducta no sería procedente aplicar la figura de aparatos organizados de poder, porque faltaría la característica de *permanencia* en la ilicitud, o *constante antijuricidad*.

En 2006, Roxin introdujo algunas aclaraciones para ratificar la validez de la figura de los AOP.²⁴ Sobre el punto del apartamiento del derecho, precisó que no tiene que ser en todo sentido, sino sólo en el marco de los tipos penales realizados. Por ejemplo, se puede reconocer que el aparato estatal nazi actuó lícitamente en muchos campos del derecho vigente, pero la política de la «solución final» a la llamada cuestión judía era completamente apartada del derecho, a pesar de que formalmente fue adoptada dentro de la legalidad. Considera que no se hubiera llegado al exterminio judío mediante la comisión de *sólo delitos* individuales, sino que se necesitó de todo un aparato de poder para buscar ese objetivo sistemáticamente.

«El sistema (o sea, el sistema parcial de un Estado) tiene, por tanto, que trabajar delictivamente como un todo («desvinculado del Derecho») [rechtsgelöst] si la seguridad del resultado que fundamenta una autoría mediata debe atribuirse a las instrucciones de los hombres de atrás.»²⁵

Este pasaje de la sentencia de la Corte Suprema del Perú pudo ser perfectamente aplicable para los hechos de su caso individual en estudio, pero debe ser interpretado con todo detenimiento ante cada realidad concreta, pues aplicado de manera literal y estricta implicaría que si no se prueba que ese aparato existía de manera permanente para realizar delitos continuamente, al menos en una de sus políticas

²⁴ Al respecto Roxin expuso también el caso de los disparos en el muro de Berlín: en Alemania comunista o República Democrática Alemana existían innumerables políticas lícitas, pero había una ilícita, la de disparar a muerte a sus ciudadanos que intentaran cruzar el muro para pasar al sector capitalista o República Federal Alemana. Una vez reunificada Alemania, altos dignatarios del Estado comunista fueron juzgados por esta política como autores mediatos a través de aparatos organizados de poder (2006, 17).

²⁵ Corte Suprema de la República de Perú, Sala Primera Penal Transitoria, expediente N° AV 19-01-2009, sentencia de 30 de diciembre de 2009 citada de la Corte Suprema de Perú.

o subsistemas, no sería un aparato organizado de poder en el que se pudiera atribuir autoría mediata.

Frente a ello, lo que se puede afirmar es que la organización legítima normalmente cumple los mandatos constitucionales con plena legalidad, pero que en una operación o función concreta se puede poner en acción una limitada estructura ilícita conformada en su interior, la que se aparta del orden jurídico y realiza una clase de conductas delictivas.

Lo que se comprueba en muchos casos es que dentro de la organización legal se conforma un grupo o estructura interna que opta por alejarse del derecho, compuesta por un número plural de servidores públicos, pero no por todos sus componentes, ni en todo su ejercicio. Mientras no haya prueba en contrario, se debe presumir que la regla en el funcionamiento oficial es la legalidad, y que la antijuridicidad es la excepción.

Por todo lo anterior, sobre este punto se debe adoptar una posición más amplia, ya que la categoría, tanto en su forma original como en la aclarada, si se toma inflexiblemente en ese tenor literal, no aporta una interpretación útil para muchos casos que sí se encuentran enmarcados en él según sus demás características. El concepto debe ser actualizado según las enseñanzas de la experiencia real y concreta. Por eso se precisa que no todo el AOP interviene en la coautoría mediata del delito, sino que sólo se involucra en él una *Estructura ilícita conformada* dentro del aparato legítimo.

Así, hay también coautoría mediata en AOP cuando la estructura ilícita realiza un alejamiento del derecho que puede ser eventual, ad hoc, temporal, incluso intermitente; eso implica que la misma estructura ilícita puede ser de fronteras ambiguas, conformada sobre la marcha, con poca planeación, en una forma de adhesión intuitiva y tácita a unos propósitos ilícitos, aprovechando la pertenencia al aparato legítimo estatal que ejerce determinadas formas del poder político ante la ciudadanía, y no necesariamente una organización estable, identificada en objetivos, reglas o miembros. Con ello no se niega el concepto de estructura, porque la jerarquía para la transmisión de las *órdenes* sigue siendo un elemento esencial.

En cuanto a la característica que se predica de los ejecutores finales de la conducta delictiva, 4) *intercambiabilidad* o *fungibilidad*, que les garantiza a los autores en la cúspide la realización del resultado criminal y finalmente el dominio del hecho mediante el dominio de la organización, es importante anotar que más que la intercambiabilidad de las personas lo que importa es la automaticidad del resultado

que se garantiza con esa intercambiabilidad, y precisar que se predica también de los eslabones intermedios de la jerarquía interviniente, no sólo de los ejecutores.²⁶

El mando intermedio, como el ejecutor, es un elemento reemplazable porque la estructura cuenta con otros mandos o ejecutores dispuestos a cumplir el mandato criminal. Esa condición es la que da la seguridad de realización del resultado delictivo. En muchos casos concretos se ha podido constatar que en efecto se presenta la intervención alternativa de coautores intermedios o mediatos, además de los ejecutores, con alta predisposición para la realización del hecho, aun si tienen diferentes grados de convicción, elevada en unos y con reservas en otros.

Por ejemplo, un miembro de la jerarquía legítima y *a su vez partícipe de la estructura ilícita* puede manifestar, previa o concomitantemente a la ejecución de los hechos, su preocupación, desacuerdo o decepción con aspectos de los ilícitos que observe, pero si finalmente no impide que el objetivo criminal sea cumplido por uno de los que aceptan, gustosos y conscientes, el compromiso ilícito, resulta tan imputable como miembro del aparato de poder, por omisión de su deber de garantía, como el que lo hizo gustosamente.

La característica de predisposición a la realización del hecho ilícito, o *disponibilidad considerablemente elevada del ejecutor al hecho*, es un factor eminentemente subjetivo, propio de la libertad de autodeterminación del ejecutor o del miembro del aparato de poder. Es el resultado de una motivación eficaz para justificar la conducta delictiva, lo que puede transformar a miles y millones de personas en potenciales y obedientes instrumentos fatales, como se ha visto cuando se promueve la fanatización alrededor de determinadas ideas, por ejemplo en el ascenso del nazismo al poder, o como sucedió recientemente en Chile, Argentina, Colombia y otros países dentro de la meta de enfrentar a la subversión comunista, o como está sucediendo actualmente con el ISIS.

Este es un fenómeno que subyace a las persecuciones colectivas, como las étnicas, raciales, religiosas, etc., que se encuentran frecuentemente en los mitos fundacionales de sectas, guerrillas, brigadas o activismos responsables del núcleo de conflictos alrededor del mundo.

²⁶ Especial énfasis en este punto hace ODRIOZOLA GURRUTXAGA (2015, 15), el que hemos podido comprobar en hechos concretos de desaparición forzada de personas, como en el caso contra el General Arias Cabrales por los hechos del Palacio de Justicia, Bogotá, 1985. Vid. SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO (2010, 1110-1140).

Aunque es un elemento subjetivo, su existencia se comprueba objetivamente: configura otra conducta punible autónoma de quienes la han construido su existencia a través de doctrinas, currículos, entrenamientos, estímulos, etc., los que si han tenido lugar dentro de un aparato legítimo de poder resultarán contrarios a los mandatos misionales de las instituciones, y si han tenido lugar fuera de ellos, podrán subsumirse en la instigación o eventualmente en la asociación para delinquir, lo que no obsta para que en las realizaciones concretas les sea deducida responsabilidad como coautores mediatos.

4. CONCLUSIONES

La regulación legal sobre la autoría en los Códigos Penales, como los de España y de Colombia, es simple y escueta; la ley regula y la doctrina desarrolla escasamente las figuras de *autor*, *autor mediato* y *coautor*, pero no se ha profundizado en el *coautor mediato*, ni es claramente reconocida su existencia.

Por otro lado, cuando la ley prevé que se puede realizar la conducta por intermedio de otros, no impone que esos otros necesariamente sean *instrumentos ciegos*; por lo tanto cabe la existencia de instrumentos no responsables y de «instrumentos» responsables.

En la pluralidad de autores, se presentan diferentes formas de relacionarse entre ellos: con intensa o con débil planeación conjunta del objetivo, o con preparación por unos y ejecución por otros; sin jerarquías internas o con jerarquías sólidas y duraderas, o débiles y temporales. Que la jerarquía se de una u otra clase no es óbice para que se considere existente entre ellos la coautoría.

El liderazgo o jerarquía entre los coautores no es un elemento exigido por la ley para que se pueda invocar una figura doctrinal o jurisprudencial. Es función de la doctrina diferenciar claramente la coautoría directa, que puede presentar un liderazgo débil y algún poder de intervención para establecer el plan criminal, de la coautoría mediata, en la que cabe la que se realiza a través de ejecutores responsables mediante estructuras ilícitas conformadas dentro de aparatos legítimos de poder, o mediante simples aparatos organizados ilícitos de poder.

Ciertos delitos son muy típicos de los conflictos armados internos, como las masacres, los desplazamientos forzados y las desapariciones forzadas de personas. Estos se realizan normalmente y casi que indispensablemente a través de coautoría mediata en la forma específica de

aparatos organizados ilícitos de poder. Este entendimiento es de enorme trascendencia para el próximo abordaje de numerosos casos en la justicia transicional que habrá de abordar el manejo de las responsabilidades resultantes del acuerdo que se espera ponga fin al conflicto armado interno de Colombia, porque independientemente de la flexibilización de las penas, el reconocimiento de los hechos en las comisiones de verdad y en los procesos judiciales requiere la caracterización de las intervenciones punibles que se habrán de adjudicar.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, Kai. *Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente*. GTZ, FGN y otros, Bogotá, 2007.
- CEREZO MIR, José. *Obras Completas*. Tomo I. Ara Editores, Lima, 2006.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. «La autoría en Derecho Penal». En *XXVI Jornadas Internacionales de Derecho Penal: autoría y participación*. Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Autoría y Participación. *Revista de Estudios de la Justicia*. N.º. 10, 2008.
- GIL GIL, Alicia. «La autoría medita por aparatos organizados de poder en la jurisprudencia española». *ADPCP*. LXI, 2008.
- JAKOBS, Günther. «Sobre la Autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori». En *La Autoría Mediata*, editores KAI AMBOS e IVÁN MEINI. Editorial Ara, Lima, 2007.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. «Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares*, 1998-1999.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría General del delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- OLÁSOLO, Héctor. «El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata. Derecho Penal Contemporáneo», *LEGIS*, N.º. 27, abril-junio de 2009.
- *Ensayos de derecho penal internacional y procesal internacional*. Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 2011.

- ODRIOZOLA GURRUTXAGA, Miren. «Responsabilidad Penal por Crímenes Internacionales y Coautoría Mediata». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. <http://crimininet.ugr.es/recepc/17recpc17-13>.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General*. Editorial Civitas, Madrid, 1997.
- «El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata». *Revista Estudios de la Justicia*, nº. 7, 2006.
- *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Marcial Pons, Madrid, 2007.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Derecho penal. Parte especial*, 15.^a edición. Dykinson, Madrid, 2010.

