

PAPELES ICLA

CONSEJO NORUEGO PARA REFUGIADOS

CONTENIDO:

SISTEMA DE IMPUTACIÓN PENAL DE DELITOS
INTERNACIONALES

Revista Temática Consejo Noruego Para Refugiados Colombia - Edición No.2

ISSN: 2145-9991

Foto: Epsen Rasmussen

NRC

CONSEJO NORUEGO
PARA REFUGIADOS



Foto: NRC Colombia

CONSEJO NORUEGO PARA REFUGIADOS

El Consejo Noruego para Refugiados (NRC por sus siglas en inglés) es una organización humanitaria internacional, fundada en 1946. Es la única organización noruega especializada en trabajo internacional con población refugiada y desplazada.

NRC inició labores en Colombia en 1991. A partir de 2004, implementa su labor a través de sus oficinas en Cúcuta (Norte de Santander), Santa Marta (Magdalena), Pasto y Tumaco (Nariño) y Bogotá. Adicionalmente, tiene presencia en Ciudad de Panamá (Panamá), San Cristóbal (Venezuela) y en Quito y Tulcán (Ecuador) con el propósito de brindar asistencia a personas con necesidad de protección internacional y refugiadas.

Todas las actividades de NRC en Colombia están orientadas a promover y proteger los derechos de la población desplazada o en riesgo de desplazamiento, independientemente de su edad, género, condición social, étnica, religiosa o nacionalidad, con una perspectiva de goce efectivo de derechos y de soluciones duraderas.

En Colombia NRC realiza actividades específicas en el marco de 3 áreas programáticas: Programa de Información, orientación y asistencia legal (ICLA), Programa de Educación y Programa de Incidencia y Política

Pública; así mismo NRC también implementa un programa regional orientado a responder a las necesidades de protección internacional de los y las colombianas que, como consecuencia del conflicto armado en Colombia, se encuentran en Venezuela, Ecuador y Panamá.

El programa de Información, orientación y asistencia legal (ICLA, por sus siglas en Inglés), tiene como propósito promover y proteger los derechos de la población en situación de desplazamiento en perspectiva de soluciones duraderas. Se desarrolla a través de: 1) información, orientación y asistencia legal para el acceso a derechos; 2) la promoción y acceso a los derechos de protección y restitución de tierras y territorios étnicos; 3) la promoción y acceso al sistema judicial, en perspectiva de reparación integral, como víctimas del delito de desplazamiento forzado y de Violencia Sexual Basada en Género.

Atle Solberg
Director de País
CONSEJO NORUEGO PARA REFUGIADOS
Colombia

PROGRAMA ICLA

Sistemas de imputación penal de delitos internacionales

La sanción penal como respuesta a la perpetración de crímenes internacionales, exige criterios de atribución de responsabilidad penal, que comprendan el fenómeno macrocriminal en su integridad, de forma que puedan desplegarse la judicialización en una lógica de persecución no solo del ejecutor material del crimen, sino especialmente del contexto antijurídico al aparato criminal.

En efecto, estos criterios de atribución de responsabilidad penal son conocidos como sistemas de imputación de crímenes internacionales, los cuales se diferencian sustancialmente de los sistemas tradicionales de imputación de delitos comunes, al interior del derecho penal doméstico. Este hecho a su vez, genera la necesidad de poner a disposición del circuito judicial penal especializado en la persecución de crímenes internacionales, no solo las herramientas normativas de integración entre nuestro derecho penal y las exigencias internacionales sobre la materia, sino también criterios interpretativos de los instrumentos jurídicos que permitan orientar debidamente la judicialización de esas perpetraciones.

El autor del primer artículo de esta segunda entrega de Papeles ICLA, recorre no solo los fundamentos penales, sino que transita concienzudamente cada una de las diferentes fuentes normativas tanto a nivel nacional como internacional, así como los más importantes pronunciamientos jurisprudenciales y documentos históricos, que convierten experiencias judiciales históricas como el juicio en Jerusalén contra el SS Obersturmbannführer¹ Karl Adolf Eichmann, al igual, que el juicio contra el General Tomoyuki Yamashita por el Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente, en referentes judiciales donde las estructuras de imputación jugaron un papel sustancial, que en la práctica no resultan en absoluto ajenas a las estructuras criminales responsables de las graves violaciones a los DDHH en Colombia.

Este estudio, busca no solo que se comprenda pasivamente cada estructura de imputación, sino para que activamente tanto fiscales, jueces, magistrados, representantes de víctimas y organizaciones de derechos humanos en general, puedan de acuerdo a su rol, actuar en la judicialización de crímenes como el desplazamiento forzado, las agresiones sexuales basadas en género en el marco del conflicto con las garantías y el enfoque reforzado exigido para superar la impunidad en estos delitos.

A renglón seguido, el equipo del Programa ICLA presenta un breve dossier introductorio a la problemática de la integración normativa en materia de persecución penal del delito de desplazamiento forzado en Colombia. Este documento parte de la traducción de un texto del profesor Robert Goldman, quien explora los principios jurídicos de derecho internacional aplicables al fenómeno de desplazamiento

forzado, en especial su rango normativo. Este aporte, esperamos fortalezca el alcance y contenido de la interpretación de los derechos de la población en situación de desplazamiento, desde la misma ayuda humanitaria, hasta la judicialización de la perpetración causante del crimen.

Igualmente, y con el apoyo del IDMC (Internal Displacement Monitoring Centre), con sede en Ginebra, Suiza, se publica parte de una serie de documentos que abordan inquietudes básicas sobre nociones fundamentales dentro de la temática de protección de las personas en situación de desplazamiento. Estos instrumentos van acompañados de la Guía de Principios sobre Desplazamiento Interno, lo que busca dotar de un conjunto amplio de herramientas que dentro de una lectura de derechos permita una judicialización comprensiva de los derechos de las víctimas como finalidad principal de cualquier proceso judicial encaminado a establecer responsabilidades, y en especial a penalizar a los perpetradores.



Foto: A. Di Loreto

SISTEMAS DE IMPUTACIÓN PENAL DE DELITOS INTERNACIONALES

1. Las relaciones entre el Derecho Penal Doméstico y el Derecho Internacional

Soberanía Nacional y Principios Generales del Derecho.

Una interpretación sistemática del texto constitucional le permite al lector ver que la articulación entre derecho internacional y derecho interno no es un tema de fácil abordaje, pues de vieja data se reconoce una división entre los dos ordenamientos que no explica de forma adecuada la interrelación existente entre las dos ramas del saber jurídico. Este problema resulta más agudo cuando se trata del novedoso tema del derecho penal doméstico y el derecho penal internacional, pues la aplicación extraterritorial de sistemas punitivos concretados actualmente en un ordenamiento como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional proyectan de manera diversa la forma de comprender el derecho penal como un todo².

En cualquier caso, nuestro sistema de derecho público se ha acercado al derecho penal internacional sin proponérselo, pues existen varias disposiciones de la Constitución que permiten la apertura a un modelo de interpretación sistemática cuya ventaja se cifra en definir un entramado básico del Derecho penal Internacional en el marco de nuestro derecho doméstico. La propuesta que presenta este ensayo permitiría una articulación entre derecho internacional y derecho interno a partir de tres coordenadas constitucionales que impactan el derecho penal. Ellas son: el artículo 9 con sus categorías básicas de soberanía, autodeterminación y aceptación de principios generales del derecho internacional; el artículo 12 con la



Foto: P. Smith

integración a la Constitución de crímenes internacionales como la tortura y la desaparición forzada y por último la incorporación a la Carta del Derecho Internacional Humanitario que posibilita la aceptación de categorías del derecho penal internacional en el nivel de la punición de crímenes de guerra.

En efecto, el artículo 9 de la Carta Constitucional impone el marco para desarrollar las relaciones exteriores del Estado con fundamento en la soberanía nacional, el respeto a la autodeterminación de los pueblos y el reconocimiento de los principios de derecho internacional aceptados por Colombia. La lectura de esta disposición delimita y orienta el ejercicio de competencias específicamente para la conducción de relaciones internacionales del Estado. En este sentido, se afirma que es la propia ley fundamental la que recibe unos principios del derecho externo y los pone en juego frente al derecho doméstico. Nociones como soberanía nacional, respeto a la autodeterminación de los pueblos y respeto por los principios de derecho internacional aceptados por Colombia permiten una puerta de entrada para la interpretación de las obligaciones que aparecen en instrumentos jurídicos bilaterales o multilaterales que imponen criterios de interpretación al derecho interno³.

Así, por ejemplo, si se tiene en cuenta que uno de los componentes básicos de la soberanía nacional corresponde justamente al de la administración de justicia penal nacional sobre ciudadanos de un Estado, surge la necesidad de buscar una relación clave con la existencia de una jurisdicción penal internacional. En el mismo sentido, nociones como la de la autodeterminación pretenden excluir el contexto penal determinado tipo de actuaciones estatales que permanecen en las categorías del Derecho Internacional puro, como por ejemplo, la llamada doctrina de los actos de estado. Por lo demás, los principios generales del Derecho han servido como una guía de interpretación básica del Derecho Internacional que pretenden una vocación hermenéutica frente al Derecho Penal.

A la idea de buscar relaciones básicas entre el derecho doméstico y el derecho internacional por la vía de la Constitución Nacional resulta necesario agregar que el desarrollo de un nuevo internacionalismo ha dejado sin vigencia nociones tradicionales para pasar a una elaboración categórica que ha impactado profundamente el Derecho Penal Internacional. En este sentido, existen temas como el principio de legalidad extendido, la configuración de crímenes internacionales, el decaimiento de las formas de impunidad amparadas en concepciones políticas que han cedido el campo a la renovación de elementos del

derecho consuetudinario y a conceptos que surgen con el desarrollo de a sanción de conductas ilícitas en el marco de los conflictos armados⁴.

Nuestra experiencia no ha sido ajena a este fenómeno, de tal manera que la interpretación moderna le presta menos atención a las formulaciones clásicas del Derecho Internacional Público que a la renovación de los conceptos jurídicos. Así, podemos ilustrar este fenómeno con el debate sobre la noción de soberanía en relación con el Derecho Penal Internacional. En efecto, la noción de soberanía nacional fue ampliamente discutida con motivo del control de constitucionalidad del Estatuto de Roma⁵. *Prima facie* se podría pensar que la imposición de una jurisdicción penal exterior con competencia sobre ciudadanos de Estados partes del instrumento sería violatoria de la noción de soberanía nacional, pero la Corte Constitucional encontró que el concepto de soberanía establecido en la constitución no se opone al ejercicio de la jurisdicción penal internacional debido a que el Estado signatario del instrumento puede ejercitar las impugnaciones ante la Corte Penal Internacional haciendo valer su soberanía sobre la jurisdicción internacional cuando la propia ley internacional así lo determine.

En cuanto a los principios generales del derecho internacional aceptados por Colombia, se debe decir que en materia de lucha contra la impunidad de crímenes internacionales se ha reconocido a los principios generales como una fuente convincente que tiene fundamento en el artículo 38.1c del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. En este sentido, la doctrina se acerca a la noción “principios generales del derecho” en el de derecho internacional y asume que estos se entienden principalmente como aquellos postulados reconocidos en el derecho interno de las naciones “civilizadas,” esto es, aquellos principios que informan la aplicación jurídica de países que tienen un sistema legal con cierto grado de desarrollo. En este campo la doctrina ha diferenciado entre cuatro categorías: principios generales de derecho normalmente aceptados en el derecho doméstico; principios generales legales de las relaciones internacionales; principios generales aplicables a toda clase de relaciones jurídicas y principios determinados por fundamentos de lógica aplicados al derecho internacional. Así, se asevera que existe un principio general de derecho aplicable cuando existe en los ordenamientos domésticos y se traslada como fuente de decisión en la Corte Internacional competente. Desde el punto de vista anterior podemos afirmar como principios generales del derecho trasladados al derecho internacional nociones básicas como “consideraciones elementales de humanidad o respeto básico por los derechos humanos.”

Esta acepción puede ser correcta frente al derecho internacional que regula las relaciones exteriores, pero hablar de una recepción

automática del Derecho Internacional a efecto de punir conductas penales resulta arriesgada, en tanto y cuanto se autorizaría la recepción de todo el Derecho Penal Internacional sin fórmula de juicio, además de que enfrentaría principios básicos del orden interno con principios del Derecho Penal Internacional⁶.

Disposiciones constitucionales relacionadas con crímenes internacionales.

Varios instrumentos internacionales obligan a los Estados partes a investigar y perseguir delitos que tienen estatus internacional. Dentro de las obligaciones frecuentes que imponen estos instrumentos aparecen, la tipificación interna del delito, la extradición y obviamente la persecución penal interna de la conducta. La fundamentación de estas obligaciones se encuentran en el principio *aut dedere aut judicare*.

El art 12 de la C.N. contempla dos delitos que han sido asumidos como parte nuclear del derecho penal internacional. En efecto, la disposición establece que nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Esta apreciación constitucional nos llevaría a la conclusión de una integración directa del delito en el plano nacional y por lo tanto ello permitiría las discusiones relativas al principio de legalidad extendida como por ejemplo, la sanción de conductas de desaparición forzada con anterioridad a la tipificación interna en el código penal. Pero bien observado el problema, se puede afirmar que la nominación simple del delito internacional en la Constitución no cumple con los requerimientos de garantía de toda legislación punitiva que se pretenda cercana a un derecho penal democrático. En efecto, la nominación del delito deja una simple descripción, pero no corresponde a una conformación tipológica penal, ni tiene aparejada una sanción, con lo cual se enfrentaría gravemente el artículo 29 de la misma Carta en lo que atañe al principio de legalidad de las acciones punibles y de las penas que les corresponden.

Ahora bien, tenemos en otra dimensión problemática que el artículo 12 consta dentro del capítulo de los derechos fundamentales y por lo tanto la nominación constitucional de la tortura y los tratos crueles al lado de la desaparición forzada permiten apreciar que el constituyente estaba más interesado en asimilar los instrumentos internacionales sobre estos fenómenos en su contexto originario de protección de los derechos humanos que en sancionar conductas penales.

Obviamente, la relación entre el Derecho Penal Doméstico y el Derecho Penal Internacional no puede obviar esta apreciación constitucional, de donde se concluye que las conductas nominadas

en la Constitución que a su vez corresponden a crímenes internacionales tienen un camino recorrido en cuanto a sus componentes tipológicos y a su imputación. Por ejemplo, en el contexto de la desaparición forzada el artículo segundo de la Convención Americana posibilita interpretaciones en torno a los sujetos agentes del delito e incluso al sistema de imputación que debe adoptarse. Si se tiene en cuenta que el texto establece como desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, se podrá entender que la noción de “aquiescencia” o “autorización” tienen relevancia penal para definir la autoría del delito en cabeza de agentes estatales que permiten la comisión de este delito por cuenta de particulares o sujetos activos no cualificados.

Por otra parte, el artículo octavo de la Convención Americana al no admitir como eximente de punibilidad la obediencia a órdenes superiores ya determina que en el sistema de imputación penal puede ser responsable quien ejecuta directamente como quien da la orden, más allá de la discusión interna que se presente en los ordenamientos nacionales.

El Derecho Internacional Humanitario en la Constitución.

La Constitución Nacional contempla en su artículo 214 una referencia al derecho internacional humanitario según la cual en los Estados de Excepción no pueden suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales y seguidamente se afirma “En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario.” Una lectura plana de esta oración indicaría simplemente que en los casos de guerra exterior o conmoción interior el Estado debe respetar las reglas del D.I.H., pero afirmarlo sin ningún matiz sería en sí mismo contradictorio, pues es evidente que frente a los eventos de guerra exterior un Estado de Derecho como el colombiano debe ceñirse a los tratados internacionales de conformidad con lo establecido en el art 9 de la carta. En cambio, no resultaría *prima facie* acertado decir que en caso de conmoción interior se apliquen normas para conflictos, pues la noción de conmoción interior en tanto turbación interna se aleja del umbral para hacer aplicaciones de D.I.H.. En efecto, la situación de turbación interior por excelencia permite la entrada en juego de medidas extraordinarias para conjurar situaciones de orden público que no alcanzan la intensidad de un conflicto armado y por lo tanto las medidas tomadas al amparo de la conmoción interior corresponden esencialmente al derecho administrativo de policía⁷.

No obstante, de esta disposición puede resultar otra interpretación desde un punto de vista histórico, esto es, que al afirmar que

en toda circunstancia se debe dar cumplimiento a las reglas del Derecho Internacional Humanitario, fue deseo del constituyente que en las situaciones que no necesariamente correspondan a conmoción interior, pero que se puedan catalogar como conflicto armado se apliquen sin excepción las normas internacionales que regulan los enfrentamientos bélicos. Esta interpretación tiene suficientes antecedentes en la historia colombiana, pues como ya lo han demostrado los expertos en su investigaciones, al menos desde 1881 el Código Militar recurrió a la noción del derecho de gentes como conjunto de reglas que debían observar los jefes de operaciones militares y que resultaban aplicables también en los casos de insurrección, rebelión y guerra civil⁸.

A pesar de las derogatorias posteriores de las leyes militares antes citadas, Colombia ha mantenido una tradición de respeto por las leyes internacionales que regulan los conflictos, pues también la vieja Constitución de 1886 recogió el legado del derecho de gentes, aunque las circunstancias no permitieron una mayor atención al tema por parte de los poderes públicos.

Ahora, en la Constitución de 1991 resulta claro que el D.I.H. tiene un lugar especial, toda vez que la interpretación constitucional autorizada ha entendido que existe una recepción automática del derecho de los conflictos armados en el derecho interno, por considerar que estas disposiciones junto al derecho consuetudinario representan un catálogo de valores defendidos por la comunidad internacional. De esta forma, el constitucionalismo colombiano entiende que el D.I.H. tiene un rango que equivale a norma escrita de la Carta Política. En efecto, la Corte Constitucional en las decisiones correspondientes al control de constitucionalidad previo a la incorporación del Protocolo Adicional II optó por integrar las normas internacionales de derecho humanitario en la categoría del bloque de constitucionalidad. Esto significa que dichas normas y principios tienen un status especial en nuestro ordenamiento interno y que se convierten en un parámetro interpretativo de normas constitucionales y legales. En tal sentido la Corte Constitucional establece:

“Las normas de otros convenios de derecho internacional humanitario que sean compatibles con la naturaleza de los conflictos no internacionales se deben, en general, considerar aplicables a los mismos, incluso si ellas no aparecen en el Protocolo II.”⁹

Por otra parte, en materia de infracciones la Corte recuerda que la normativa de D.I.H. está ligada al derecho consuetudinario internacional aplicable a conflictos armados y cuya concreción se observa en los principios básicos de distinción, limitación,

proporcionalidad, inmunidad de la población civil, protección de personas y bienes y prohibición del uso de determinadas armas o restricción de su empleo. De conformidad con el juez constitucional estos principios son la expresión convencional de Ius Cogens que se entienden automáticamente incorporados al derecho interno colombiano.¹⁰

En virtud de las exigencias propias del Derecho Internacional Humanitario, existe la obligación para los Estados signatarios de los protocolos y las convenciones de reprimir lo que se conoce como infracciones graves, esta categoría cubre una serie de conductas prohibidas para quienes participan de los conflictos armados y en su mayoría se encuentran en los cuatro convenios de Ginebra y el Protocolo adicional I. Por vía de ejemplo incluyen el homicidio intencional de una persona protegida, las torturas, los tratos crueles o el causar daños que no guarden relación con una ventaja militar esperada sobre el enemigo. Estas infracciones graves tienen tres consideraciones jurídicas distintas: desde el punto de vista del D.I.H. son conductas prohibidas que deben sancionar internamente los Estados; desde el punto de vista del Derecho Penal Colombiano son delitos contra bienes y personas protegidos por el derecho internacional Humanitario, los cuales se encuentran en los artículos 135 a 164 del Código Penal (ley 599 de 2000) y desde el punto de vista del derecho disciplinario colombiano faltas gravísimas que se sancionan con destitución e inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos y se encuentran catalogadas en el numeral 7 de la ley 734 de 2002 y por remisión en la ley 836 de 2006. A estas consideraciones se añade que en el marco del Derecho Penal Internacional, las infracciones graves se conocen como crímenes de guerra y están catalogados en el artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que en nuestro medio corresponde a la ley 742 de 2002.

Así podemos concluir que el Estado Colombiano tiene al menos tres formas de represión de las infracciones graves, esto es, represión penal, represión disciplinaria y represión penal internacional¹¹. De esta forma se da cumplimiento a la normativa de Ginebra de 1949 que establece para el caso la obligación de que los signatarios de la convención tomen medidas penales adecuadas para sancionar personas que hayan cometido infracciones graves o hayan dado orden de cometerlas en los siguientes términos:

Artículo 49 (primer convenio) Artículo 50 (segundo convenio) Artículo 146 (cuarto convenio) Sanciones penales.

Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las



Foto: Truls Brekke



Photo: Michael Kooren

obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes.

Cada Parte Contratante tomará las oportunas medidas para que cesen, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente, los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio.

Los inculcados se beneficiarán, en todas las circunstancias, de garantías de procedimiento y de libre defensa, que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato de prisioneros de guerra¹².

De conformidad con el Comité internacional de la Cruz Roja la tarea de los Estados en relación con la represión de infracciones graves exige legislativamente estas acciones específicas:

■ Los Estados han de tomar medidas legislativas a nivel nacional para prohibir y castigar las infracciones graves, ya sea promulgando leyes especiales o enmendando las leyes existentes. Esta legislación puede implicar todas las personas que sea cual sea su nacionalidad que cometan u ordenen cometer las infracciones graves a título activo u omisivo o el incumplimiento de un deber de actuar.

■ Los Estados deben asegurar la persecución de infracciones graves por parte de sus propias autoridades y si su legislación no les resulta aplicable por motivos de nacionalidad o territorialidad deben determinar los medios para entregar los infractores al Estado competente.

■ Los Estados deben exigir que los jefes militares impidan, hagan cesar y tomen las medidas necesarias contra personas bajo su autoridad que cometan infracciones graves. Corresponde a la sanción interna de las responsabilidades del superior y está contenida en los artículos 86 y 87 del Protocolo Adicional I, en los siguientes términos:

“Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto deberán reprimir las infracciones graves y adoptar las medidas necesarias para hacer que cesen todas las demás infracciones de los Convenios o del presente Protocolo que resulten del incumplimiento de un deber de actuar. El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción.”

■ Por último los Estados deben prestarse asistencia en lo relacionado con la cooperación judicial y procedimientos especiales relativos a infracciones graves.¹³

En suma, podemos afirmar que la Constitución Nacional con la triada de principios generales del derecho, la consagración de la prohibición de conductas como la desaparición forzada y la tortura y la recepción del Derecho Internacional Humanitario tiene suficientes elementos para aceptar un modelo de imputación penal de delitos internacionales que trascienda las estructuras de imputación del Código Penal. Por esa razón este ensayo pretende dar una visión descriptiva de las bases de imputación desde la Constitución Nacional en el sentido de que la aceptación de la normativa internacional puede permitir tal objetivo.

2. La noción de imputación en el Derecho Penal Internacional

Imputar corresponde al proceso fáctico jurídico de atribuir responsabilidad penal a un acusado por sus acciones u omisiones punibles. Si se quiere toda la teoría penal ha girado en torno a este tema que como en otras ramas del derecho, como por ejemplo, la responsabilidad extracontractual, intentan buscar los nexos de conducta y resultado lesivo para definir como se debe responder cuando dicho nexo se demuestra. No es nuestro interés hacer un esbozo histórico de estas discusiones, sino simplemente tomar algunos elementos de estas tesis que han hecho carrera en la dogmática penal para trasladarlas fundamentalmente al derecho penal internacional.

Para más claridad sobre el tema es básico partir de un fundamento: las estructuras de imputación del derecho penal internacional difieren profundamente de las del derecho penal doméstico. La razón de esta diferencia se encuentra en el hecho de que en el primer caso la comisión de delitos internacionales requiere un supuesto que se conoce como contexto colectivo de comisión el cual es consustancial a la naturaleza que le es propia a los delitos internacionales, esto es, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio. Desde este punto de vista no basta únicamente con reconocer los actos individuales que como tales resultan punibles tanto en el derecho penal interno como en el derecho penal internacional, sino que también se requiere un elemento internacional que está formado por el contexto de acción

macrocriminal. En tal sentido hablamos de una doble imputación, vale decir, por una parte, imputación entre la acción delictiva y el resultado y en segundo lugar, imputación en el contexto de macrocriminalidad al grupo. En esta última, cuentan otros aspectos importantes como la capacidad de mando o expedición de órdenes, la ejecución coordinada de las acciones, el puesto o jerarquía que es propio del grupo, así como otros aspectos que se analizarán en cada uno de los modelos que trataremos.

El lector observará que aquí no recurrimos a las categorías básicas del Código Penal para determinar la noción de autores o partícipes. La razón para no empezar el abordaje por esta vía se explica debido a que la Constitución permitiría la búsqueda de modelos de imputación que trascienden el Código Penal cuando se trate de delitos internacionales. En efecto, la incorporación en el bloque de constitucionalidad del Derecho Internacional Humanitario, así como la ratificación de instrumentos internacionales de Derechos Humanos por cuenta del Estado Colombiano permiten que los modelos de atribución de responsabilidad propios del Derecho Penal Internacional y armonizados con la legislación interna, definan un sistema de imputación, en el cual la noción de autor se expanda por la vía del Derecho Internacional.

3. Autoría mediata en Aparatos Organizados de Poder

La formulación originaria de la teoría.

Importa aquí destacar que ante la inabarcable literatura¹⁴ y la crítica que se ha producido en los últimos años sobre la autoría mediata en aparatos organizados de poder, resulta imprescindible recobrar los elementos originales de su formulación. Como se sabe, en su ya clásica obra conocida como “autoría y dominio del hecho en el derecho penal”, Claus Roxin¹⁵ planteó una forma especial de autoría mediata sobre la cual no existían referencias en la doctrina y la jurisprudencia. Su punto de partida corresponde a la solución del siguiente problema dogmático: Normalmente la responsabilidad penal de quien instrumentaliza a otro para la comisión de un delito parte de la consideración, según la cual el autor mediato utiliza a un inimputable o a un menor, esto es, el ejecutor directo de una conducta punible tiene la posibilidad de encuadrar su conducta en algún supuesto de exclusión de responsabilidad penal o de un tratamiento punitivo diferente del que le hubiese correspondido a

un ejecutor que sabe de su comportamiento doloso cuando actúa bajo órdenes o hace parte de la planeación de un hecho criminal.

Por otra parte, las nociones de instrumentalización también pueden comprender los eventos en los que un autor coacciona a otro a que ejecute una conducta ilícita o le da órdenes a otro que tiene la convicción errada de que su actuación bajo órdenes únicamente determina la responsabilidad de quien ordena y no de la su propio proceder. La solución para estos casos implica la utilización de la exculpación para el autor directo por insuperable coacción ajena o en el segundo caso de las soluciones esenciales sobre la ausencia de culpabilidad.

¿Pero cómo se fundamenta la responsabilidad y a qué título de quien da las órdenes si no concurren la coacción ni el error? A este interrogante ha respondido Roxin con la famosa figura de la autoría mediata en virtud de los aparatos organizados de poder. La tesis

fue formulada desde el año 1963 y ha suscitado en los adeptos una discusión interesante que resulta del mayor interés por la solución del problema planteado, pero también profundas críticas que en lo general encuentran que se trata de un engranaje dogmático poco menos que artificial para resolver un problema que tiene solución por las vías tradicionales de las tesis de autoría y participación¹⁶. A ello se agrega que la jurisprudencia ha dado pasos significativos y ha incorporado esta tesis en distintas decisiones que por lo demás revisten una trascendencia enorme debido a que esta versión de la autoría mediata ha permitido la sanción de acusados de delitos graves vinculados normalmente con el contexto de criminalidad de Estado, por ejemplo en el caso de los disparos en el muro de la antigua República Democrática Alemana o la sanción de los militares de la dictadura en Argentina para no hablar de las discusiones recientes a propósito de la condena del ex-presidente peruano Alberto Fujimori.

Por la naturaleza de este ensayo que pretende la búsqueda de los fundamentos de imputación desde nuestra Constitución y el desarrollo jurisprudencial dejamos de lado esas críticas¹⁷ y nos centramos en la descripción de sus elementos en la perspectiva de que el lector colombiano encuentre sus propias conclusiones en lo que hace a la sanción de conductas internacionales cometidas por grupos armados al margen de la ley.

Elementos de la doctrina de la autoría mediata en aparatos de poder.

El dominio de voluntad a través del aparato. Punto de partida de la teoría se basa en la consideración de que para el Derecho Penal moderno el autor es quien domina el hecho, en otras palabras, el autor recorre la conducta descrita en un tipo penal. A esta noción se le conoce como dominio de la acción y fundamenta la llamada autoría directa. Pero esta acepción elemental se presenta como la solución para el caso cotidiano de quien comete un homicidio o un hurto por sí mismo. Cuando existen varios autores que realizan el trabajo delictivo de forma conjunta sería difícil recurrir a esta noción pues en tal caso el problema implicaría que cada individuo tendría el dominio de su propio hecho, pero no el de los demás, de tal manera que para solucionar tal problema se recurre a la noción de un *dominio del hecho funcional*, vale decir, la actuación de una pluralidad de sujetos en la comisión delictiva implica un dominio de acción de todos los sujetos indispensable para el dominio del hecho conjunto y en tal sentido ésta es la base para la explicación de la coautoría. Igualmente ha sido tradicional que la ciencia penal sancione a quien determina a otro a la comisión de un delito y así las categorías como la de determinador se reconocen en esta teoría penal como *dominio de la voluntad* que justamente ubican

la discusión en los marcos de la autoría mediata. Lo que diferencia la autoría mediata ya reconocida de la llamada autoría mediata en virtud de los aparatos organizados de poder es que el autor mediato tiene a su disposición una maquinaria criminal que funciona automáticamente en el sentido en que sus órdenes se cumplirán inexorablemente por alguien que hace parte de la estructura. El hombre de atrás, como se conoce en la teoría posee el dominio de la voluntad por el manejo del aparato que asegura el resultado lesivo sin considerar el autor directo de la conducta.

Roxin, renuncia así a la idea de que el mando de una organización corresponda a la de un simple “inductor” pues la instigación no tiene entidad para hablar de un verdadero dominio de la voluntad de otro, toda vez que es factible que el “inducido” cumpla o no cumpla con los deseos del inductor. La orden, en cambio, tiene suficiente entidad para definir un dominio en el acontecer global de la conducta de otro y así es el funcionamiento de la estructura lo que permite descartar que se trate de una mera inducción como ocurre en el acontecer cotidiano de la primera figura. Roxin ilustra este aspecto de la siguiente forma:

Contemplando la realidad con más agudeza que se pone de manifiesto que este enjuiciamiento distinto se basa 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. 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 esta 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. Tampoco es necesario que recurra a medios coactivos o engañosos, puesto que sabe que si uno de los numerosos órganos que cooperan en la realización de delitos elude cumplir su cometido, inmediatamente otro va a suplirle, no resultando afectada la ejecución del plan global¹⁸.

En consecuencia, lo que fundamenta las diferencias de la autoría mediata ordinaria (inducción, instigación o determinación) son dos cosas: 1) que se trata de estructuras criminales y 2) la llamada fungibilidad del autor directo, esto es, que el ejecutor directo corresponde a un piñón del engranaje criminal fácilmente reemplazable si se niega a cumplir las órdenes del autor mediato. En nuestro concepto, la crítica le ha prestado mucha atención al requisito de la fungibilidad, que es justamente parte del Talón de

Aquiles de la propuesta, cuando en realidad la discusión fuerte debe sentarse en los problemas de la criminalidad de estructura, pues es obvio que la tesis se ha concebido para sancionar a quienes “aprietan el botón de la maquinaria” entendiendo que su proceder no corresponde al de un instigador con culpabilidad aminorada frente a la del autor directo, sino justamente al de un autor con mayor grado de responsabilidad que el ejecutor del delito.

Para comprender mejor este fenómeno debemos recurrir a los elementos de la teoría, que aquí se exponen de manera descriptiva y recogiendo las críticas más frecuentes, así como los aportes que la mejoran para efecto de fundamentar un posible marco de imputación desde nuestra Constitución y nuestra legislación.

Estructura jerárquica y expedición de órdenes.

En primer lugar para demostrar el dominio de la voluntad por organización se requiere una estructura jerárquica y organizada con un mando capaz de dar órdenes que se cumplan por parte de los miembros del aparato.

Este requisito resulta obvio en lo que hace a las nociones de criminalidad de grupo y puede conllevar a una extensión de la teoría que ya ha intentado la doctrina y la jurisprudencia. Así, por ejemplo, hay quienes desean observar esta forma de imputación en los ámbitos de la criminalidad empresarial o incluso en los eventos de criminalidad organizada de tráfico de estupefacientes o tráfico de migrantes, pero lo cierto es que las aplicaciones más precisas de la teoría han tenido lugar en los casos de criminalidad de Estado y presenta una perspectiva importante en el desarrollo de las estructuras delictivas que son objeto del Derecho Penal Internacional. Quizá este último aspecto sea explicable debido a que el ámbito originario que dio lugar a la teoría correspondía a problemas que no se podían asir con las categorías básicas del derecho interno. En efecto, el famoso caso Eichmann, correspondiente a aquel criminal de guerra nazi que creó un engranaje burocrático para deportar los judíos a diferentes campos de concentración y que aparecía en buena parte de los expedientes de Nuremberg, generó para la historia del derecho penal un problema significativo por las herramientas legales que utilizó el Tribunal de Jerusalén para juzgarlo por crímenes internacionales en el año de 1961. Como se sabe Nuremberg sentó la famosa doctrina que revolucionó el derecho militar, según la cual “el hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional, si efectivamente aquella ha tenido la posibilidad moral de opción.”

Con esta categorización del problema de las órdenes en el Derecho

Penal quedó establecida la premisa de que en el marco del Derecho Internacional resultaba responsable quien ordena y quien ejecuta, siempre y cuando el subalterno haya tenido “opción” de resistir al cumplimiento de una orden ilícita. Pues bien, con esta apreciación postulada en 1945 era obvio que una discusión sobre el cumplimiento de órdenes no iba a exculpar a Eichmann de su responsabilidad por todo lo que había ocurrido en los campos de concentración, anotando que seguramente Eichmann no había ejecutado por mano propia ningún judío. En consecuencia, la tesis de imposibilidad de resistirse a las órdenes por la perfección de funcionamiento del aparato (por cierto olvidada en la discusión de este tema) seduce profundamente a la doctrina, esto es, que si Eichmann se hubiese resistido a obedecer, en nada hubiese cambiado el resultado lesivo de la muerte de tantos inocentes. Eichmann solamente era una parte minúscula del engranaje todopoderoso creado por Hitler y sus secuaces para poner en marcha un asesinato sistemático de millones de personas. ¿De qué hubiera servido tener una posibilidad moral de “opción” si al fin y al cabo otro que no fuera el propio Eichmann hubiera generado el mismo resultado querido por un director que dígita a su antojo los controles del maquinaria? Roxin recoge de este planteamiento el elemento de la pérdida de la individualidad del autor y de la independencia con la que actúa el aparato, con lo cual se destaca el funcionamiento de la organización y la dirección de los hilos del poder de mando en la estructura. Como consecuencia de ello se despacha una primera crítica que hace relación justamente al instigador o la inductor en la teoría penal, pues como se observa una cosa es el aprovechamiento de ciertas circunstancias que pueden empujar a un “hombre de atrás” a sembrar la idea delictiva en su sujeto instrumentalizado, lo que de por sí implica una relación más o menos identificable entre autor directo y autor mediato y una muy distinta es hacer comprensión de la criminalidad de estructura en la cual se imparten órdenes que de no cumplirse acarrearán para el sujeto agente directo una sanción.

Frente a este último aspecto también puede surgir la crítica que predica que no existe diferencia propiamente dicha entre quien actúa coaccionado por las circunstancias, (el que actúa con un arma en la cabeza) o por el error, pues en cualquier caso aquí la coacción proviene de la estructura misma y en tal situación se podría extender la eximente de culpabilidad relacionada con la insuperable coacción ajena, pero para hacer claridad sobre este punto cabe aducir lo dicho en el famoso principio de Nuremberg relacionado con las órdenes, esto es, la llamada “posibilidad de opción”. El análisis realizado por Roxin no ha encontrado una coacción real o al menos equiparable al sujeto que mata debido a que el hombre de atrás amenaza de forma inminente con quitarle la vida al hijo del el autor directo si este no ejecuta la ilicitud que el primero pide.

En la investigación sobre los juicios de Nuremberg no se había encontrado ni un solo caso en el cual alguien hubiera sido fusilado por negarse a cumplir la orden de asesinar a civiles indefensos. Lo máximo en materia de sanciones correspondía a una nota desfavorable en el expediente de la carrera del militar, la negativa de ascensos o en el peor de los casos un traslado a otra guarnición.¹⁹

Se debe llamar la atención sobre este aspecto, debido a que la teoría funciona con el presupuesto de que el autor directo resulta excluido de cualquier justificación por la vía del error, la coacción, el estado de necesidad y el actuar bajo órdenes. Sobre todo este último aspecto pone de presente una compleja discusión sobre los presupuestos de antijuridicidad que se presentan problemáticos y que fueron asumidos en la jurisprudencia sobre los disparos que ejecutaron los soldados de la antigua República Democrática Alemana sobre los civiles que intentaron huir a territorio de la República Federal Alemana antes de la unificación.²⁰

El Tribunal Federal enfrentó el problema de la sanción de tres miembros del Consejo Nacional de Defensa de la antigua República Democrática Alemana que en principio fueron condenados por inducción al homicidio (Keßler y Streletz) y otro miembro como cooperador (Albrecht). El Tribunal Federal Supremo en su revisión condenó a los tres como autores mediatos de siete homicidios, a propósito de los disparos de los miembros de la guardia de frontera sobre los civiles que habían intentado traspasar el muro. Lo que resulta decisivo en la decisión del Tribunal para utilizar la teoría es la pertenencia de los miembros a un órgano cuyas resoluciones constituían la base de las órdenes sobre las cuales se definía la situación del régimen fronterizo. Conocían de antemano que sus resoluciones implicaban la ejecución inmediata de órdenes que los guardias fronterizos cumplirían sin ningún grado de dubitación y tenían en su poder los informes sobre el cumplimiento de las resoluciones.²¹

Si se observa bien, el Tribunal encuentra que la estructura jerárquica del aparato militar con un mando conjunto es suficiente para realizar una imputación de autoría mediata. La pertenencia a la estructura de mando, la posibilidad de expedir órdenes y el aseguramiento de los resultados lesivos son suficientes para probar la imputación. Pero resultaba más problemático en este caso, la situación de los ejecutores directos, debido a que cumplieron órdenes que se presumían legales de conformidad con el “derecho” existente para la época en la República Democrática Alemana. ¿Cómo solucionar entonces el problema de una actuación que se entiende conforme a derecho?. En primer lugar, el Tribunal recurrió a una interpretación según la cual, si el derecho positivo contenía una causal de justificación en virtud de las órdenes impartidas de

conformidad con el derecho de la antigua República Democrática Alemana desde una práctica estatal autorizada en la legislación de frontera, dicha hermenéutica cedía ante el derecho natural y la legislación internacional de derechos humanos. La razón para fundamentar esta tesis se encuentra en la entidad que ha adquirido el derecho internacional que no puede tolerar que un Estado le de preferencia al impedimento de fuga que al derecho a la vida. Un homicidio no puede resultar justificado como último medio para impedir una fuga. De conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en especial los instrumentos que le resultaban vinculantes a la antigua República Democrática Alemana, entre otros, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles Y Políticos ratificado en 1974 se le asigna un valor superior a estos derechos que a las excusas de la ley de frontera. A ello se agrega una enorme discusión proveniente de la Filosofía del Derecho que habla de la obediencia a un “derecho injusto” como un la negación del derecho y que concentró buena parte de la crítica jurídica.²²

En suma, el Tribunal resolvió el problema de la justificación recurriendo al Derecho Internacional como límite al derecho nacional o a una práctica nacional injusta que le daba más valor al impedimento de la huida que al derecho a la vida.

Ahora bien, ¿podemos encontrar en el derecho colombiano un fundamento que nos permita predicar que aparece este requisito de una estructura en la que se dan órdenes como primer elemento de imputación de la autoría mediata en los aparatos organizados de poder? En principio la respuesta es positiva. En efecto, las normas constitucionales y el bloque de constitucionalidad autorizan prima facie a reconocer que las estructuras jerárquicas estatales no pueden estar al margen del cumplimiento de principios elementales del derecho internacional. La Corte Constitucional se ocupa de este fenómeno en una de las decisiones más comentadas de los últimos años a propósito del concepto de obediencia debida. En efecto, la Corte asume al menos tres fundamentos para concluir en las organizaciones estatales las órdenes impartidas deben consultar las nociones elementales del Estado de Derecho. Así, El juez constitucional reconoce la noción de estructura y órdenes legítimas en el siguiente sentido:

Esta tesis se sustenta, en primer término, en la premisa inconcusa de que el ordenamiento jurídico no puede prohibir una conducta y, al mismo tiempo, imponer la obligación de ejecutarla. Si el ordenamiento penal obliga a abstenerse de realizar determinadas conductas, no es razonable suponer que el ordenamiento y el estamento militar puedan obligar legítimamente a sus miembros a que, en cumplimiento de una orden, se ejecuten los mismos



comportamientos prohibidos por el primero. En segundo término, la doctrina expuesta resuelve el conflicto de deberes que el cumplimiento de una orden puede suscitar - obediencia al superior u obediencia a la ley -, dando precedencia a la observancia de la norma de mayor jerarquía en el ordenamiento, la que sin hesitación desplaza la orden que la contradice que, por ese motivo, queda desposeída de la presunción de legalidad que la amparaba y, asimismo, de todo atisbo de obligatoriedad.

La anotada restricción al principio general de la obediencia debida y la consiguiente limitación de la respectiva eximente de responsabilidad, que anula su validez y eficacia cuando la orden militar resulta manifiestamente antijurídica, se justifica tanto por razones políticas y morales como por otras de índole legal, derivadas del régimen militar. Las legislaciones militares de la mayoría de los Estados constitucionales consagran como primer deber de los miembros de la institución la fidelidad a la patria, a la Constitución y a las leyes (en Colombia, D.L. 85., art. 19) y, en especial, al respeto de los derechos esenciales de la persona humana (en Colombia artículo, C.P., art. 5). En todo caso, esta doctrina postula la cesación del deber de obediencia

si la ejecución de la orden puede traducirse en la comisión de un delito. Se admite sin dificultad que si resulta ostensible o evidente que la ejecución de la orden entraña la comisión de un delito, el análisis sobre su legitimidad es inmediato y demanda, no una tarea de reflexión profunda sobre su contenido, sino un ejercicio elemental y primario, casi automático, de valoración. Esta actividad intelectual mínima no puede rehusarse, en un Estado de derecho, a ningún ciudadano, so pena de comprometer los valores básicos de todo régimen constitucional. Como lo puso de presente Hans Kelsen: "una privación absoluta del derecho de examen (o poder de inspección) y decisión del órgano ejecutivo es positivamente imposible" (Hans Kelsen, Teoría General del Estado, Pag. 374).

La exoneración de responsabilidad, además de no revelarse como manifiestamente antijurídica, debe sujetarse a otros requisitos. ***En primer lugar, debe existir una relación de subordinación jerárquica reconocida por el derecho público entre quien emite el mandato y quien lo recibe y ejecuta. Para que la orden se considere vinculante, ésta ha de emanar del superior jerárquico con poder de mando sobre el***

receptor. En segundo lugar, la orden debe existir como tal, vale decir, como manifestación clara y distinta de voluntad encaminada a obtener que el inferior haga o deje de hacer algo. En tercer lugar, se requiere que el superior actúe dentro de su competencia, pero como el subordinado carece por lo general de un poder de examen detallado, la doctrina no exige competencia concreta para emitir la orden, sino competencia abstracta, la cual se refiere a la facultad del superior para disponer la clase de actos que normalmente se comprenden dentro del objeto de las obligaciones del inferior. Por último, para que la eximente opere como justificación del hecho punible se requiere que la orden esté revestida de las formalidades legales. En este sentido se manifiestan autores como Jescheck, quien señala: "Los criterios de los que depende la obligatoriedad son de naturaleza formal y material: a) Presupuesto formal de la obligatoriedad es la competencia abstracta del superior para impartir la directriz, como también lo es la observancia de la forma prescrita. b) Presupuesto material de la obligatoriedad es el hecho de que la orden no vulnere manifiestamente el ordenamiento jurídico, puesto que de ser así resultaría evidente la antijuridicidad. Por otra parte no será vinculante por razones materiales la directriz que suponga la imposición de un comportamiento que lesione la dignidad humana, o se oponga a las reglas generales de Derecho Internacional. El supuesto más importante de falta de carácter vinculante en la directriz se da cuando concurre punibilidad del comportamiento ordenado. Ello resulta extensible al ámbito militar, así como al servicio de ejecución" (Hans- Heinrich Jescheck. Tratado de Derecho Penal. Parte General, Vol. I, Bosch, Barcelona, 1981).²³

Las palabras del juez constitucional son suficientes para definir que la estructura estatal se puede comportar como una fuerza organizada que puede emitir órdenes ilegales actuando al margen del ordenamiento jurídico y en consecuencia las órdenes ilegales no admiten justificación. Pero también cabe la pregunta de si este fundamento soluciona los problemas que se presentan en estructuras que actúan al margen de la ley, pues al fin y al cabo el actuar al margen de la ley indica al menos que no tienen ninguna vocación para cumplir con el derecho y en la misma medida cualquiera de sus actuaciones ya tiene el sello de la ilegalidad desde su propia conformación. Roxin ha respondido a este problema siguiendo los trazados de la jurisprudencia alemana que ha hecho rendir los frutos de la doctrina más allá de su formulación originaria. En efecto, la respuesta a este problema indica que para la ciencia penal todo depende de la construcción del "aparato organizado". De ahí que no exista mayor problema cuando la temática se traslada a las organizaciones mafiosas o a las organizaciones

terroristas en donde lo fundamental es la disposición del ejecutante a cumplir órdenes ilegales en virtud de las conformaciones de la organización. Tan problemático le ha resultado al creador de la teoría la forma en que ha procedido la jurisprudencia que se queja de la posible extensión de su doctrina al derecho penal de empresa. De acuerdo con el criterio de la jurisprudencia "una autoría mediata entendida de tal manera no solamente entrara en consideración en caso de abusos de poderes estatales, sino también en la criminalidad organizada a la manera de una mafia", lo cual es correcto a condición de que se demuestre la existencia del aparato, pero no así cuando se destaca el tema de la responsabilidad en el funcionamiento de empresas económicas debido a que aquí falla la regla general de la intercambiabilidad del ejecutante.²⁴

Con todo, para los efectos de este ensayo esa problemática puede quedar al margen, puesto que lo interesa es reconocer a los grupos armados ilegales de la subversión o el paramilitarismo como estructuras organizadas capaces de impartir órdenes que se cumplan sin que interese el ejecutante. Para fundamentar jurídicamente este aspecto creemos suficiente el recurso al Derecho Internacional Humanitario y su incorporación en el bloque de constitucionalidad, tal y como lo ha previsto el examen autorizado de la Corte Constitucional. En efecto, cualquiera podría argumentar que la existencia de dichos grupos es un dato inexcusable de la realidad que no requiere ningún tipo de fundamentación jurídica. De hecho, el recurso al delito de concierto para delinquir ya soluciona los problemas penales que implican justamente hablar de una estructura organizada, lo cual puede ser correcto desde el punto de vista de la comisión del delito asociativo al cual se le pueden sumar las acciones concretas que cada uno de los miembros cumple dentro de la organización. Pero creo que por esta vía no se solucionan la problemática de la imputación de ciertos delitos a los jefes de dichas organizaciones.

Cuando hablamos del recurso al Derecho Internacional Humanitario como forma acertada de fundamentar conforme a nuestras reglas de derecho interno la imputación de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, lo hacemos en el sentido de que el D.I.H. reconoce a esas estructuras armadas en tanto combatientes tienen claras responsabilidades de cara al Derecho Internacional y al Derecho Interno. Así, el artículo primero del protocolo adicional II es claro en su aplicación cuando se trata de las categorías de "fuerzas armadas"; "fuerzas armadas disidentes"; "grupos armados organizados" que conforme a la dirección de un mando responsable ejerzan sobre una parte del territorio de una alta parte contratante un control que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas para aplicar el correspondiente protocolo.

Si se toman como presupuesto estas nociones y particularmente al del “grupo armado organizado” en ejercicio de hostilidades no cabe duda de que existe un fundamento que incluso trasciende la problemática no solucionada hasta ahora por la criminología o el derecho penal del “grupo armado organizado la margen de la ley” o de las estructuras de criminalidad organizada como criminalidad mafiosa. Reiteramos que el fundamento de quienes operan como combatientes para el derecho internacional tiene claras responsabilidades en el orden penal por la vulneración de normas y principios del mismo Derecho Internacional. En nuestro caso la sentencia C-225 de 1995 fue clara en extender la obligatoriedad del cumplimiento del D.I.H a todos los posibles actores del conflicto cuando afirma:

En el caso colombiano, estas normas humanitarias tienen además especial imperatividad, por cuanto el artículo 214 numeral 2º de la Constitución dispone que "en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario". Esto significa que, como ya lo señaló esta Corporación, en Colombia no sólo el derecho internacional humanitario es válido en todo tiempo sino que, además, opera una incorporación automática del mismo "al ordenamiento interno nacional, lo cual, por lo demás, es lo congruente con el carácter imperativo que, según ya fue explicado, caracteriza a los principios axiológicos que hacen que este cuerpo normativo integre el *ius cogens* Sentencia C-574/92. M.P. Ciro Angarita Barón." **Por consiguiente, tanto los integrantes de los grupos armados irregulares como todos los funcionarios del Estado, y en especial todos los miembros de la Fuerza Pública quienes son destinatarios naturales de las normas humanitarias, están obligados a respetar, en todo tiempo y en todo lugar, las reglas del derecho internacional humanitario**, por cuanto no sólo éstas son normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*) sino, además, porque ellas son reglas obligatorias **per se** en el ordenamiento jurídico y deben ser acatadas por todos los habitantes del territorio colombiano. Y no podía ser de otra manera, pues las normas de derecho internacional humanitario preservan aquel núcleo intangible y evidente de los derechos humanos que no puede ser en manera alguna desconocido, ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado. Ellos encarnan aquellas "consideraciones elementales de humanidad", a las cuales se refirió la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia de 1949 sobre el estrecho de Corfú. No se puede entonces excusar, ni ante la comunidad internacional, ni ante el ordenamiento jurídico colombiano, la comisión de conductas que vulneran claramente la conciencia misma de la humanidad, como los homicidios arbitrarios, las torturas, los tratos crueles, las tomas de rehenes, las desapariciones forzadas, los juicios sin garantías o la imposición de penas ex-post facto.²⁵



Foto: NRC Colombia

Otro ejemplo de la extensión de las obligaciones dispuestas por el Derecho Internacional Humanitario a grupos no estatales, se puede observar en la confirmación de cargos del caso Lubanga que actualmente tramita la Corte Penal Internacional.²⁶ En efecto, la Sala de Cuestiones preliminares en esta decisión afirma que el protocolo adicional I no establece que las fuerzas armadas sean fuerzas de carácter gubernamental para catalogar el concepto “conflicto armado”. A este respecto la Sala afirma que “es perfectamente claro que el protocolo extiende su campo de aplicación a entidades que no tienen carácter estatal, si estas entidades conforme a los requerimientos de esta disposición constituyen movimientos de liberación que luchan contra la dominación colonial o movimientos de resistencia que constituyen una entidad pre-existente a la de un sujeto de Derecho Internacional pueden ser consideradas “parte del conflicto” dentro del significado de las convenciones y el protocolo. Para afinar este requerimiento, la autoridad a la cual representan deben tener ciertas características, al menos en lo que se refiere a la noción de fuerza armada”.

La misma Sala afirma que el artículo 1 de la regulaciones de la Haya relacionadas con las leyes, usos y costumbres de la guerra de 1907, ha permitido integrar en el Derecho consuetudinario diferentes institutos, como las milicias y cuerpos de voluntarios que no son parte de un ejército regular, pero que son comandadas por una persona responsable de sus subordinados, tiene emblemas distintivos reconocibles, portan armas y conducen sus propias operaciones de conformidad con las leyes, usos y costumbres de la guerra.

Para interpretar el artículo 8(2)(b)(xxvi) del Estatuto de Roma, relacionado con el reclutamiento forzado de menores, la Sala de Cuestiones Preliminares aborda la temática de los Sujetos del Derecho Internacional Humanitario. Así, el delito de utilización, reclutamiento, alistamiento de niños en las fuerzas armadas, puede implicar en una interpretación literal, según la cual únicamente el delito puede ser cometido por fuerzas armadas nacionales, lo que en principio restringiría el ámbito de aplicación de la disposición a la situación de ejércitos regulares. Pero la Sala, opta por una hermenéutica en la que el adjetivo nacional califica la categoría de fuerzas armadas de tal forma que la noción no limita la aplicación delictiva a los casos de fuerzas gubernamentales. El fundamento de esta interpretación está en el artículo 31 de la Convención de Viena de los tratados. De conformidad con esta disposición los términos de un instrumento internacional se han de interpretar de buena fe y con el significado natural de las palabras que estén contenidas en él. Pero la evolución jurisprudencial ha calificado el término nacional en el sentido de que no se trata simplemente de la vieja noción de Estado-Nación sino que para efectos del Derecho Internacional

Humanitario el término nacional se refiere tanto a los ciudadanos que pertenecen a un Estado-Nación, como aquellos que de hecho pertenecen a una parte adversa en un conflicto armado.

Así se concluye que grupos armados organizados al margen de la Ley que ejercen como combatientes pueden ser perfectamente sujetos del Derecho Internacional Humanitario a condición de que el grupo armado que hace parte del conflicto ostente una estructura que le permita mantener operaciones bélicas conforme a las exigencias consuetudinarias de la guerra.²⁷

En consecuencia de aquí debe partir para nuestro análisis el punto fundamental del poder de mando del autor mediato en el grupo. Esto significa que en el interior de una organización regida por la jerarquía se ostente la autoridad sobre los demás miembros de la estructura con posibilidad de emitir órdenes y disposición de los subordinados a cumplirlas. Meini²⁸ anota a este respecto una división de la categoría que resulta convincente para nuestros efectos de la siguiente forma:

El criterio de poder de mando combina (i) autoridad del hombre de atrás frente al resto de los miembros del aparato; (ii) que esta autoridad venga favorecida avalada y respaldada por la estructura jerárquica del aparato de poder; y (iii) que la autoridad le permita al hombre de atrás ordenar la ejecución de conductas ilícitas. Expresado de otra forma: no cualquier tipo de autoridad es la aquí interesa, solo aquella que le permite al sujeto ordenar la comisión de hechos antijurídicos. En efecto, hablar de un grupo con connotación de “aparato organizado” implica que quien expide órdenes pueda exigir su cumplimiento. A este respecto la exigencia presupone que el instrumento que ejecuta la orden tiene disponibilidad para recibir órdenes ilícitas y acepta de forma voluntaria realizarlas. Si se combinan estas premisas se advierte con claridad que quienes se vinculan a una organización criminal lo hacen reconociendo de antemano los objetivos delictivos que persigue la organización y la jerarquía implícita en el aparato. De ahí que la pertenencia al grupo como acto voluntario de integración tenga por sí misma una sanción independiente de la comisión de los delitos cometidos por la misma organización. En consecuencia, el concurso entre el delito de concierto para delinquir y los crímenes del grupo merecen aquí algunas reflexiones para los efectos de desentrañar los problemas penales que conlleva la utilización de la imputación en aparatos organizados de poder.

Compatibilidad entre la noción de estructura y el delito de concierto para delinquir. El punto de partida del delito de concierto para delinquir requiere de un mínimo análisis frente a las



estructuras de imputación que trae el derecho penal internacional. En efecto, el concierto para delinquir se erige como una solución político-criminal para sancionar aquellas asociaciones ilícitas que normalmente hacen parte de la criminalidad organizada. Su importancia radica en el hecho de que reprime de forma autónoma la asociación delictiva con independencia de los delitos que la propia organización cometa o proyecte cometer. Y en realidad la solución se presta a controversia debido que la conformación del tipo autónomo de concierto para delinquir es la vía de escape más fácil frente a las dificultades que implica la utilización de las reglas de imputación de autoría o participación en cada delito cometido por la organización.

A pesar de la controversia que suscita la utilización del tipo penal y sus evidentes falencias frente a un derecho penal de acto, el concierto para delinquir ha sido una herramienta útil en la lucha contra la criminalidad grupal, en la medida en que la sanción de la mera asociación permite castigar el carácter estructurado, permanente, jerarquizado y proyectado a obtener beneficios ilegales de la organización criminal.

La dogmática elemental de este delito reconoce que se trata de un tipo penal de sujeto activo pluripersonal que implica un concepto de participación necesaria y que por lo mismo requiere de una convergencia de voluntades orientadas a un fin. Justamente aquí se debe dar una primera delimitación entre el tipo de concierto para delinquir y los sistemas de imputación que ha adoptado el derecho penal internacional. En tal sentido, el concierto para

delinquir requiere de la participación necesaria debido a que se necesita más de una persona para la comisión del delito y además el requerimiento de convergencia en el fin proyectado por la asociación delictiva o al menos la adhesión posterior para efecto de los delitos que están en curso y requieren una participación activa de quien no se concertó primigeniamente. En el Derecho Penal Internacional el fenómeno de asociación delictiva tiene importancia relativa, pues aparece como obvio que los delitos se cometen por estructuras criminales en las que resulta de la mayor importancia la jerarquía y las formas de comisión del trabajo delictivo. En consecuencia, una apreciación como la que predica la participación necesaria o la convergencia, resultan de muy poca utilidad debido a que en las estructuras delictivas que cometen crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra existe la posibilidad de asegurar resultados lesivos sin necesidad de concertar de antemano un plan delictivo que en muchos casos se reconoce como implícito. No obstante, algunas estructuras de imputación como la empresa criminal conjunta se acercan al fenómeno grupal de forma distinta a la correspondiente en el derecho doméstico, mientras que en otros casos para el derecho penal internacional es más relevante el funcionamiento de la estructura o si se quiere el mando de la misma como en el caso de la autoría mediata en aparatos organizados de poder.

El concierto para delinquir agravado en el derecho doméstico y el derecho penal internacional. En la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia se han dado varias discusiones sobre el concierto para delinquir que no son ajenas a las que se han presentado en el derecho comparado. Así por ejemplo, la

consideración de su autonomía frente a las conductas que comentan los concertados se ha reconocido de vieja data. En la decisión del 6 de marzo de 2008 Rad 28788²⁹ la Corte afirma:

“que el delito de concierto para delinquir es autónomo, que para su consumación basta el acuerdo de cometer indeterminados ilícitos, y que éstos, si se cometen, alcanzan vida jurídica propia e independiente de aquel. Vale decir, el concierto punible existe independientemente de si los delitos indeterminados que resultaren pueden catalogarse como continuados, o como un concurso genérico y simple.”

La jurisprudencia de la Corte Suprema se ha establecido recurriendo al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, así como a otros instrumentos de derecho Internacional. En este sentido, la misma decisión de 2008 contempla los siguientes aspectos:

En primer lugar, la Corte observa que en el derecho internacional los concertados para delinquir nunca se pueden beneficiar del asilo político y los Estados los extraditan como parte de la lucha global contra el crimen organizado. Esta aseveración se debe tomar con beneficio de inventario, pues de conformidad con las normas internacionales de asilo, las solicitudes para aplicar la figura relacionada con delitos políticos que implicarían la formulación del “concierto para delinquir” quedan libradas a la concepción que sobre los mismos tenga el país otorgante.³⁰ En cuanto a la extradición, los instrumentos más recientes reconocen que la asistencia judicial recíproca se da en un sentido lo suficientemente amplio y por lo tanto frente a los delitos que implican, por ejemplo, el tráfico transnacional de drogas, migrantes o material radiactivo presuponen una organización y en consecuencia la concertación resulta imperativa.³¹

En segundo lugar, La Corte recurre al Estatuto de Roma para reafirmar la condición de concertación delictiva en caso de crímenes internacionales, de tal manera que los fines del acuerdo se pueden proyectar a la comisión de crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra. Este aspecto como lo trata la jurisprudencia no se niega, pero en cualquier caso, la percepción de la Corte se aparta de la interpretación que hasta el momento resulta dominante en la Corte Penal Internacional, toda vez que en las decisiones de confirmación de cargos existentes hasta hoy la línea internacional interpreta la comisión del delito realizado por más de dos personas de la siguiente forma:

El punto de partida es la forma de interpretar el art 25. 3 del Estatuto de Roma, el cual establece:

“3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable”

En las decisiones de confirmación de cargos de Las Salas de Cuestiones Preliminares en los casos Bemba³² y Lubanga³³ se ha interpretado el concepto de “actuar con otro” (jointly with another), como una concepto de doble requerimiento, esto es, “planeamiento criminal”, “actuación conjunta” y “dominio del hecho” (control over the crime).

Para la sala del caso Bemba se puntualiza que el concepto de perpetración conjunta a lado del dominio del hecho implica para la fiscalía la prueba de los elementos objetivos y subjetivos del crimen. Así, la responsabilidad penal requiere la prueba de dos elementos objetivos:

1- El acusado debe haber sido parte de un plan común o un acuerdo con una o más personas.

2- El acusado y los demás perpetradores deben haber realizado un aporte esencial de una forma coordinada que resulte fundamental en la realización de los elementos materiales del crimen.

La sala de cuestiones preliminares complementa para efectos de acusación que al lado de los elementos objetivos deben probarse los aspectos subjetivos tal y como están contemplados en el art. 30 del Estatuto. A este respecto se requiere:

1- Realización de la conducta con intención y conocimiento

2- El acusado debe estar consciente y aceptar que la implementación del plan común debe tener un resultado que se concreta en los elementos materiales del crimen

3- El acusado debe ser consciente de las circunstancias de orden fáctico que le posibilitan el dominio del hecho junto con los demás perpetradores.³⁴

Como puede observarse, la diferencia entre el concepto de “Concierto para delinquir” del derecho doméstico se aparta de las nociones de co-perpetración que trae el Estatuto de Roma en varios aspectos que podemos resumir de la siguiente manera:

1. En la legislación internacional la actuación conjunta no se convierte en un presupuesto para la imputación de otros delitos. Por

el contrario, la forma de actuación conjunta atiende a la planeación criminal y la realización de los resultados lesivos referida a uno o varios crímenes en concreto. Desde este punto de vista, la concertación de un plan delictivo no puede entenderse como un delito autónomo o un aditamento que concurre con una conducta concreta. Para la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema basta demostrar la existencia y el propósito de la asociación delictiva, ya que sobre este punto afirma:

Para determinar que unos sujetos son responsables del delito de concierto para delinquir es menester demostrar la existencia de un acuerdo previo celebrado con el propósito de cometer delitos en forma indiscriminada. El acuerdo puede ser para cometer hurtos, homicidios, ataques a la administración pública, delitos de lesa humanidad, o indistintamente todo tipo de punibles, como ocurre con las bandas de asaltantes, los grupos sicariales y los grupos *armados ilegales*. (Énfasis adicionado).

2. Como consecuencia de lo anterior la legislación internacional es más exigente, pues la planeación de un acto criminal obliga a determinar una imputación igualmente concreta para quien participa en la ideación del plan, así como a los ejecutores directos o indirectos de la conducta. Así, por ejemplo, en el caso Bemba la Sala de Cuestiones Preliminares llega a un resultado negativo sobre el elemento objetivo de un plan común para la comisión de delitos debido a que la Fiscalía no establece un nexo concreto entre la actuación del acusado “junto a otros” y el resultado lesivo de las conductas endilgadas. Este aspecto excluye per se la posibilidad de un dominio del hecho conjunto para la ejecución del plan criminal según la Corte.

3. La legislación internacional a diferencia de la legislación doméstica es mucho más exigente en términos de culpabilidad, pues como se puede observar se requiere que el acusado sea consciente de que hace parte de un grupo que es capaz de un dominio de la actuación delictiva. En nuestro medio la Corte Suprema afirma en punto de culpabilidad que:

“en los responsables del concierto para delinquir se evidencia en el afán de satisfacer sus intereses particulares por medio de una organización creada para la comisión de delitos en forma indeterminada **y del conocimiento que con su empresa se erige en un franco y permanente peligro para la sociedad** en general y sin distinción”.³⁵ (Énfasis adicionado)

Ahora bien, una crítica bastante recurrida frente a esta concepción predica que el concierto para delinquir responde a un adelantamiento de la punibilidad.³⁶ En otra decisión posterior,

la Corte Suprema de Justicia intenta dilucidar el tema de la pertenencia al grupo armado ilegal como referente obligatorio del “Concierto para delinquir”. Retomando el auto del 17 de Octubre de 2001 con su radicado 18790, la Sala Penal llega a la conclusión de que la mera pertenencia al grupo armado ilegal es suficiente para recorrer los verbos rectores de organizar, promover, armar, o financiar, grupos armados al margen de la ley que contempla el artículo 340 del Código Penal, como concierto para delinquir agravado. La conclusión de esta jurisprudencia es clara, al reconocer sin ambages que el concierto para delinquir agravado es una forma anticipada de punibilidad. Al respecto la Sala Penal afirma:

Desde ese punto de vista y teniendo en cuenta la teleología de la conducta –que excluye cualquier visión concursal– es claro que quien arma, financia, organiza o promociona grupos armados al margen de la ley, previamente acuerda la ejecución de ese tipo de finalidades, lo cual significa que la modalidad progresiva de ataque al bien jurídico permite afirmar que su efectiva ejecución asume el desvalor de los pasos secuenciales que le dan origen y sentido a la conducta; **y de otra parte, que allí en donde no se logra consolidar de manera efectiva la promoción, organización o financiación, de todas maneras el injusto persiste, porque mediante la anticipación de la barrera de protección de bienes jurídicos, basta el acuerdo para tener por satisfecho el injusto** (énfasis adicionado).³⁷

La legitimidad del adelantamiento de la punibilidad en los casos de criminalidad grupal genera varios problemas frente a la imputación de delitos concretos, esto es, borra los límites entre “preparación” y “consumación” y en segundo lugar considerar la asociación ilícita como delito autónomo juega en contra de las categorías fundamentales de autoría y participación.

En cuanto a lo primero, el concierto para delinquir significa la posible sanción de delitos futuros y en consecuencia la sanción de actos que se posicionan en el límite de las ideas con contenido criminógeno o abstractamente peligroso. En este sentido, si se observa bien la jurisprudencia de la Corte Suprema procede correctamente para no caer en las marcas de un derecho penal antiliberal que vulnere el principio de reserva legal. En otras palabras, la consumación de los delitos de la organización criminal es lo que permite decir que efectivamente, el concierto para delinquir es anterior. Por lo tanto, desde el punto de vista del procedimiento el manejo de una unidad procesal y la temática probatoria que pruebe una convergencia de voluntades solucionaría este problema, aunque efectivamente se predique que basta el acuerdo para tener por satisfecho el injusto.



Foto: NRC Colombia

En segundo lugar, la doctrina ha sido profundamente crítica de las soluciones que adelantan la punibilidad por el simple hecho de la concertación si lo que se busca es borrar los límites entre autoría y participación de los delitos concretos que comete la organización, pues esta es la vía de escape más fácil para sancionar a quien no se le ha podido probar la participación en una comisión concreta.³⁸

Ahora bien, si como se ha analizado anteriormente no cabe comparar el concierto para delinquir del derecho doméstico colombiano con el sistema de imputación adoptado por el Estatuto de Roma, es factible preguntarse si el sistema de Derecho Penal Internacional acepta alguna forma de adelantamiento de la punibilidad por tratarse de criminalidad de grupo. A este respecto, las decisiones de confirmación de cargos comentadas aquí son lo suficientemente explícitas en la necesidad de una fundamentación sobre la participación en sus aspectos objetivo y subjetivo.

La Corte Suprema de Justicia prefiere mantener como base de las imputaciones en la ley de justicia y paz la configuración básica del concierto para delinquir agravado. Esta posición de conformidad con la argumentación de la Corte se basa en tres fundamentos que son:

1. Se trata de delitos cometidos por un grupo armado ilegal que han cometido violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos, en consecuencia la investigación y juzgamiento individual está referido a los delitos que se hayan cometido con ocasión y en relación con la pertenencia al grupo.³⁹
2. Por tratarse de una jurisdicción especial creada para investigar y juzgar

grupos organizados al margen de la ley no se pueden hacer imputaciones de delitos comunes sino que estas deben obedecer a un contexto. De lo contrario deberían adelantarse en la jurisdicción ordinaria.

3. Las conductas investigadas debieron haberse cometido al interior de una organización y por lo tanto el concierto para delinquir es presupuesto obligado en la formulación de imputación.³⁹

Si se observa bien, la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia apunta realmente a la construcción de imputaciones a partir de la premisa de una criminalidad de grupo con fundamento en la concertación de crímenes que presentan adelantamiento de la punibilidad, con lo cual se alejan de las discusiones propias del Derecho Penal Internacional que ha construido sus categorías a partir de las bases de autoría y participación pero en el contexto de la naturaleza de los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

Fungibilidad

El segundo elemento de la teoría de la autoría mediata en los aparatos organizados de poder, se ha conocido como fungibilidad de los sujetos ejecutores. El problema se ha fundamentado en la posible negativa del ejecutor a la ejecución de la orden impartida por el autor mediato. En este caso lo que resulta importante es que el plan ni se frustra ni se impide si alguien se niega a cumplir una orden, pues la forma de actuar del grupo, permite asegurar con fiabilidad los resultados. Si un piñón de la maquinaria falla otro le suplirá sin que se afecte la ejecución del plan. El ejecutor realmente es una persona sustituible y anónima de la cual se vale

quien domina la organización, de tal manera que aunque el dominio del hecho está en cabeza del autor directo a quien no le falta ni libertad, ni responsabilidad debido a que no actúa ni coaccionado ni engañado, al estar dentro de la maquinaria actúa en virtud de su pertenencia al aparato.

Con este término se hace mención a la forma como funciona una aparato organizado de poder, en el sentido de que el ejecutor que se niega a cumplir una orden inmediatamente tendría un reemplazo en la estructura, con lo cual se garantiza la ejecución del plan criminal. No obstante, para la crítica especializada surgen varias consideraciones que hablan en contra de este requisito. En primer lugar, si los engranajes intermedios del aparato necesitan reemplazar un ejecutor es porque el aparato criminal en realidad no es tan “organizado”. Con esta premisa se debe entender que la pretensión del autor que domina el aparato es no tener que cambiar ningún ejecutor material, razón por la cual es preferible hablar de un ejecutor que conociendo la ilicitud de su actuación y la ilegalidad de las órdenes está en plena disponibilidad para cometer el hecho delictivo.

En segundo lugar, se pregunta cuál es el fin de estipular que el aparato tiene varios sujetos que pueden ser reemplazables o fungibles. En la construcción originaria de la teoría el problema planteado por la defensa de Eichmann estaba relacionado con su imposibilidad de negarse a cumplir las órdenes, pero además si la responsabilidad por el cumplimiento de la orden se fundamentaba en la capacidad de discernimiento moral sobre la ilegitimidad de la misma, era obvio que a pesar de ello en el contexto de un estado criminal si Eichmann no lo hubiese hecho, simplemente lo hubiese hecho otro. En realidad si la construcción originaria apunta a este aspecto la noción de lo “fungible” pretende mostrar que el dilema del autor directo se plantea en torno a un “callejón sin salida” en el cual se ejecuta la orden ilegal debido a que la presión de la estructura es tan fuerte que de nada vale una reflexión moral sobre la ilegalidad de la orden, pues al fin y al cabo no hay marcha atrás debido a que si no es él, otro la ejecutará.

¿De qué sirve este aspecto teórico a la aplicación práctica? A pesar de las múltiples críticas que se suscitan creemos en realidad que esta no es más que una forma de calificar la forma de operación del aparato criminal, en el sentido de que el autor mediato está seguro del resultado de la conducta punible a propósito de que tiene plena conciencia de que los subordinados de cualquier forma cumplirán sus órdenes. En consecuencia, para efectos de aplicación práctica el elemento de fungibilidad en realidad tiene por objeto la demostración de que se está ante un verdadero “aparato organizado de poder”. Vale decir, una estructura en la que el autor mediato

puede confiar en la consecución de los resultados sin que importen las dificultades que ocurran en los engranajes intermedios de la maquinaria. En el plano probatorio, ante una imputación in concreto, el dato de la fungibilidad implicaría definir una estructura en la que el autor mediato tiene el dominio de la voluntad de los ejecutores. En tal sentido, un organigrama de la estructura, sus códigos internos de ejecución de órdenes, su distribución de trabajo y competencias ilegales, así como regímenes disciplinarios y articulación interna pueden definir este concepto de fungibilidad, pues lo importante no es que el autor directo no cumpla un orden, lo importante aquí es que el dominio de la voluntad de quien dirige el aparato (el autor mediato) se exprese de tal forma que el perpetrador directo llegue a la conclusión que se planteó en el juicio de Eichmann, esto es, “de que sirve mi reflexión moral sobre la ilegalidad de la orden si al fin y al cabo si no lo hago yo, vendrá otro”. En punto de prueba el interrogatorio al autor directo sobre el porqué ejecutó la orden ilegal sería un aspecto esencial.

Siguiendo esta premisa las críticas que se han dado merecen en nuestro concepto una respuesta. Así por ejemplo, una parte de la doctrina se ampara en la discusión relacionada con la imposibilidad de probar la sustitución de los ejecutores para poder hablar del aparato organizado de poder, pero si el problema apunta al dominio de la voluntad a través del aparato de poder por parte del ejecutor mediato, el tema de la prueba de la fungibilidad o la sustitución de los ejecutores, realmente es un problema secundario, pues aquí lo importante es la prueba de que el autor mediato tiene las riendas del aparato criminal y que el autor directo ha ejecutado una orden como parte del engranaje de la maquinaria debido a que en las condiciones de presión, subordinación, control y obediencia se llegó al dilema de “si no lo hago yo inevitablemente lo hará otro”.

Otros autores esbozan que se trata de un problema abstracto, en el sentido de una concepción puramente naturalística descriptiva de la teoría que nunca aportará soluciones convincentes. En consecuencia, se trata de un problema que en realidad apunta al funcionamiento del engranaje sin reparar en la actuación in concreto del hombre de atrás y el hombre de adelante.

La sustitución correspondería a una configuración no necesitada de prueba, debido a que lo que está probado es la relación entre el hombre de atrás y la maquinaria. Esta posición merece la misma crítica anterior debido a que la imposibilidad fáctica de probar o la definición de un problema in abstracto son variantes de un mismo problema, esto es, cifrar la discusión en el funcionamiento del aparato como un dato externo al problema fundamental que consiste en nuestro concepto en tres cosas: a) la estructura, el dominio por parte del autor mediato y la participación del ejecutor

directo en el engranaje y el dilema (presión, subordinación, dependencia, y control) de este último en torno al inevitabilidad del resultado.

Las críticas realizadas y respondidas por Roxin a estos puntos se cifran en tres aspectos, esto es, que la noción de fungibilidad resulta un elemento artificial de la tesis debido a que la sustitución presupone un gran número potencial de ejecutores directos que hipotéticamente se reemplazarían en el evento en que apareciese una orden ilegal. En segundo lugar, se descarta la teoría de la fungibilidad debido a que el autor directo puede arrepentirse o en el caso de la orden de matar a alguien el ejecutor puede perdonar la vida de la víctima.

Estas críticas tienen la siguiente respuesta:

En cuanto a la visión hipotética de que se requiere un número importante de sujetos “fungibles” Roxin apunta que el requisito implica propiamente una configuración coactiva que habla del funcionamiento del aparato y del dominio de la voluntad del autor de escritorio. Así, por ejemplo, los modelos de control dispuestos por la propia maquinaria definirían un organigrama en el que los sistemas de vigilancia estricta entre los posibles ejecutores aseguran el resultado lesivo que desea el hombre de atrás. En el caso de los guardias de frontera, para ilustrar este punto, los autores mediatos se aseguran a través de controles horizontales y verticales que si un tiro falla en el momento de la huida de un civil, otro guardia apretaría el gatillo sin falencias. En otras palabras fungibilidad realmente se familiariza con automatismo. De ahí que la noción de fungibilidad recalque el funcionamiento del aparato y con ello el dominio de voluntad, más que una exigencia in concreto que asevere la necesidad de probar que en la estructura criminal todos estaban dispuestos ejecutar las órdenes ilegales.

Esta misma respuesta respondería la segunda crítica atendiendo al hecho de que si falla la ejecución de la acción delictiva por un defecto de la organización, el problema correspondería a una especie de avería del aparato donde el sistema automático falla sin que ello tenga efectos en la noción de fungibilidad. Por el contrario, si los resultados lesivos no se dan como los quiere el autor mediano por que el ejecutor directo se arrepiente de ejecutar la orden ilegal, entonces lo que falla no es propiamente la fungibilidad sino el verdadero dominio de la voluntad sobre el autor directo por aparte del autor mediano.

Frente a la necesidad de fundamentación de este requisito para el caso colombiano, no habría que hacer una reflexión tan intensa como la que hemos realizado para el tema de la criminalidad de

estructura, pues si se observa bien, se trata de un problema que atañe igualmente al funcionamiento del aparato de poder, como se ha observado en las críticas anteriormente expuestas.

Actuación al margen del orden jurídico.

El tercer elemento del dominio de la organización es que el aparato de poder organizado actúe al margen del ordenamiento jurídico (Rechtsgelosheit). En principio la discusión sobre este punto plantea un problema significativo: ¿Acaso existe alguna organización criminal que opere siguiendo los postulados de un Estado de derecho?. Desde este punto de vista, las ordenes ilícitas que se emiten en el seno de una organización que opera en el marco del ordenamiento jurídico (empresa, por ejemplo) no tiene capacidad de generar dominio de voluntad, ya que en tales casos es de esperarse que el sujeto que recibe las indicaciones antijurídicas siga motivando por las leyes que prohíben obedecer la ilicitud, más aún cuando las leyes tienen un rango superior a las órdenes. Y para que no quede duda sobre este punto en algunos casos es la misma ley internacional o la Constitución la que excluye expresamente la obediencia de órdenes ilícitas, como sucede en el ámbito del derecho público colombiano.

En definitiva se trata de observar dos puntos: uno, la capacidad de motivación que se espera tenga la norma penal sobre las personas. En segundo lugar, se puede constatar que existen organizaciones estatales y no estatales en las que resulta clara una desvinculación de las nociones básicas que impone el ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, si una organización de inteligencia estatal con funciones administrativas crea estructuras internas para interceptar ilegalmente a ciudadanos de la oposición política a efecto de repórtale al Presidente de la República información los miembros de la oposición, y el ambiente en el que se realiza es tan coactivo que los subalternos no se sustraen al cumplimiento de tales órdenes, entonces tendremos una visión de la noción de la desvinculación del derecho. En el caso de organizaciones no estatales este requisito puede aplicar a situaciones en las que los combatientes (subversivos o grupos paramilitares) a pesar de reconocer que existen conductas prohibidas por principios elementales de humanidad y por el Derecho Internacional Humanitario ejecutan órdenes que van en contravía de dicho ordenamiento.

Roxin responde a las críticas sobre este requisito de la siguiente forma:

No obstante, pienso que hay que mantenerse en esta exigencia si se eliminan los puntos críticos traídos a la discusión mediante las dos aclaraciones siguientes.

En primer lugar, el aparato de poder tiene que haberse desvinculado del Derecho no en toda relación, sino sólo en

el marco de los tipos penales realizados por él. Las medidas de la República Democrática Alemana e incluso del Estado nacionalsocialista se han movido en muchos campos dentro de un Derecho vigente perfectamente válido; pero cuando de lo que se trata es de valorar acciones como la de “impedir la huida de la República Democrática Alemana disparando contra los que pretendían saltar el Muro de Berlín” o por citar sólo el caso más terrible, la llamada “solución final de la cuestión judía”, entonces se trata de actividades completamente desvinculadas del Derecho. Y esta desvinculación al Derecho no dependa de ya, en segundo lugar, de la manera como se juzgue el sistema político anterior, sino de la actual valoración jurídica. Los asesinatos en el Muro de Berlín fueron, por tanto, acciones desvinculadas del Derecho, aunque la Jefatura del Estado de la República Democrática Alemana debió de haber tenido otra opinión al respecto. Por supuesto, entonces los asesinatos en masa del régimen nazi también habrían sido hechos desvinculados del Derecho si la Jefatura del Estado de entonces los hubiera ordenado no mediante órdenes secretas sino “legalmente”.

Pero sobre la base de estas dos aclaraciones es evidente que la desvinculación al Derecho del aparato organizado de poder es una condición necesaria para el dominio del hecho de los hombres de atrás. Si, por ejemplo, el homicidio de fugitivos en el Muro hubiera estado prohibido de modo general y hubiese sido sólo el resultado de órdenes de funcionarios no autorizados, tales hechos habrían sido de ese modo acciones individuales y tratados conforme a las reglas de la inducción y la autoría. El soldado de frontera hubiera podido entonces desobedecer también en cualquier momento apelando a la legislación de la República Democrática Alemana y, en otros casos, a la praxis correspondiente a ésta. Lo mismo es válido para las acciones de exterminio masivo llevadas a cabo por los nazis, a las que no se hubiese podido llegar nunca si se hubiera tratado sólo de extralimitaciones de individuos y no de un gran aparato que hubiese trabajado con este objetivo sistemáticamente y con todos sus componentes. 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”.

Disponibilidad del ejecutor

A los tres elementos anteriores Roxin ha agregado en los últimos meses un cuarto criterio para fundar el dominio de la voluntad en aparatos de poder, modificado así su planteamiento inicial. Se trata de la disponibilidad al hecho del ejecutor que genera específicamente la organización (Die organisationsspezifische

Tatberitschaft) que consiste en la disposición o inclinación que muestra el ejecutor para llevar a cabo la orden que recibe en una organización. Lo que recuerda, como el mismo Roxin reconoce, a la versión del dominio de la organización con arreglo a la disposición del ejecutor que formulara Schroeder. Que el ejecutor se encuentre altamente dispuesto a cometer el hecho ilícito no cambian en nada que sigue actuando con responsabilidad y debe entonces responder como autor directo; pero si añade al dominio de la organización. Pues en tanto el ejecutor forme parte de un aparato de poder se hallara sometido a numerosas influencias propias de la organización, que harán que se diferencie de cualquier otro autor que actúe de manera independiente frente a una organización. Los miembros en un aparato de poder deben integrarse al grupo y eso puede generar acciones irreflexivas en su afán de ser aceptado, o simplemente en su deseo de cumplir con su rol al interior del grupo. Si a esto le suma la presión a la que está expuesto el individuo dentro del aparato por no perder su puesto, por evitar el menosprecio de sus compañeros u otros perjuicios sociales similares, el criterio de la elevada disponibilidad, el hecho del ejecutor “incrementa la probabilidad de éxito de una orden y contribuye al dominio del hecho de los hombres de atrás”.

Aproximaciones de la Corte Suprema a la doctrina de los aparatos organizados de poder

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha intentando una aproximación a esta doctrina en decisiones recientes, en las que el problema a resolver es el de la imputación de políticos que mantuvieron una relación estrecha con estructuras paramilitares y usufructuaron sus servicios ilegales en el campo electoral y en el campo propiamente criminal de eliminación de sus opositores.

Si se observa bien esta primera aproximación para resolver dicho problema es compleja, pues la teoría de los aparatos organizados de poder realmente solventa los problemas de la prueba para imputar a los jefes de los grupos que actúan amparados en el aparato organizado. En tal sentido, lo que permite este modelo de autoría mediata es en últimas la demostración de que el autor directo actúa dominado por la voluntad del aparato y que el autor mediato da las órdenes ilegales que la estructura cumple. En consecuencia, resultaría aplicable el modelo a condición de que existan suficientes elementos de juicio para probar que el político realmente pertenece a la estructura y corresponde a una jerarquía que imparte órdenes.

La Corte Suprema antes de valorar el ámbito de aplicación prefiere entrar en los requisitos de la teoría y a este respecto enfatiza las nociones de estructura y “fungibilidad” de la siguiente forma:

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.”

Si se observa bien, la Corte no atiende los requisitos del funcionamiento del aparato, la fungibilidad propiamente dicha y los elementos de desvinculación jurídica. Prefiere recalcar que el modelo de control puede manifestarse en varias modalidades como la creación, la omisión frente a las actividades ilícitas o la colaboración para las actividades delictivas. Pero en realidad, la noción de control en tanto dominio de voluntad a través del aparato no se refiere a estos aspectos en la teoría original. En efecto, la noción de dominio implica en primer lugar la estructura que opera a favor del autor mediato tal y como lo examina la Corte con el primer requisito y a ello se añade que el autor mediato tenga la autoridad para dirigir la parte de la organización subordinada a él. Las órdenes de cometer acciones delictivas deben partir de allí, de tal manera que le resulte indiferente el ejecutor, más no el resultado.

Desde este primer punto de vista, se extraña en el análisis de la Corte Suprema el aspecto esencial de las órdenes y en consecuencia el funcionamiento del aparato como dominio de voluntad. Este análisis se reemplaza por dos premisas que de acuerdo con el obiter dicta de la decisión comentada se conforma por la articulación jerarquizada de personas y el aporte a la realización de las conductas punibles. En el marco de los aportes la Corte incluye la posibilidad de dar órdenes en secuencia para la comisión de los hechos punibles. A este respecto la Sala Penal afirma:

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, fenómeno que es factible comprenderlo a través de la metáfora de la cadena.

Justamente este análisis posibilita un examen en el contexto de la coautoría como lo quiere la Corte, más no en el modelo de autoría mediata, debido a que la teoría original no explicita la contribución al plan criminal en el sentido de que quien emite órdenes hace un aporte y quien lo ejecuta otro a partir del quehacer de la estructura criminal. Si el hombre de atrás no cuenta con la suficiente autoridad o autonomía para activar el funcionamiento de la organización delictiva no puede ser considerado como autor mediato, sino como coautor y en otros casos como cómplice. Así, lo que en realidad pretende la Corte es formular un modelo de coautoría con fundamento en las categorías tradicionales del derecho penal doméstico, aspecto este que se confirma con las siguientes aseveraciones de la Sala Penal:

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

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.

4. Empresa Criminal Conjunta

Renacimiento del modelo a partir del derecho consuetudinario.

La noción de empresa criminal conjunta aparece por primera vez en la sentencia del caso Tadic de la sala de apelaciones del tribunal de la antigua Yugoslavia.

De conformidad con el planteamiento de la sala de apelaciones se trataba de resolver dos problemas: la primera cuestión está referida a la temática de la responsabilidad penal de quienes participan en la ejecución de un plan criminal común, cuando no existe participación material en la comisión del hecho y en segundo lugar se trataba de resolver el problema del dolo requerido en el mismo caso.

La Sala establece que tanto en el derecho internacional como en el derecho doméstico, el fundamento de la responsabilidad penal se basa en el principio de la responsabilidad individual, en otras palabras, la regla general que se sigue es que no se le puede deducir responsabilidad penal a nadie por actos o hechos en los cuales no ha participado personalmente o no ha tenido alguna vía que habilite la perpetración, de conformidad con el principio *nulla poena sine culpa*.

En los sistemas de derecho doméstico el principio de legalidad tiene fundamento constitucional, legal o jurisprudencial, mientras que para el caso que aborda el Tribunal resultó necesario ubicar

este principio en el contexto del art. 7 (1) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional, de conformidad con el cual es penalmente responsable Quien haya planificado, instigado, ordenado, cometido, o haya prestado cualquier colaboración o ayuda a la planificación, preparación o ejecución de uno de los crímenes contemplados en el Estatuto.

La interpretación que realiza el tribunal de la norma estatutaria concluye que cualquiera de las 5 categorías contenidas en la disposición puede generar responsabilidad criminal para el perpetrador o para quien haya participado en la comisión del crimen a cualquiera de los títulos establecidos en la disposición. Así, la norma comprende en primer lugar la perpetración física del delito por el autor directo o la omisión culpable en un hecho que la ley penal establezca como tal. Sin embargo, para el tribunal, esta disposición se aplica a todos aquellos casos en los cuales existe una participación en la realización de un propósito o designio criminal común.

El Tribunal fundamenta esta apreciación en varios argumentos que podemos sintetizar de la siguiente forma:

a. El objeto y propósito del Estatuto referido a las funciones de un Tribunal Penal Internacional con competencia para graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario, no puede



Foto: Truls Brekke

supeditarse a las nociones de responsabilidad individual que han hecho carrera en el derecho doméstico. Por esta razón los delitos catalogados en el Estatuto como crímenes de guerra o de lesa humanidad pueden extenderse a otras modalidades de perpetración como por ejemplo las situaciones donde se expiden órdenes de cometer infracciones graves de las Convenciones de Ginebra o incluso situaciones en las que los títulos de participación delictiva esta contempladas en el propio delito, como por ejemplo la planeación o instigación al genocidio.

b. Con fundamento en el argumento anterior el Tribunal concluye que el Estatuto no limita su competencia únicamente a las personas que planean, instigan u ordenan la perpetración física de un delito contemplado en el Estatuto o de las personas que de cualquier otra forma colaboran o ayudan en la planeación, preparación, o ejecución delictiva. En otras palabras, el Estatuto no excluye las categorías de participación de aquellos crímenes para cuya comisión se requiere la concurrencia de varias personas que asumen un propósito común en la actividad criminal, llevando a cabo la comisión de manera conjunta o solamente por alguno de los miembros del grupo.

c. Los argumentos anteriores, no solamente aparecen dictados por el objeto y propósito del Estatuto, sino también, por la naturaleza del crimen internacional, toda vez que estos crímenes no resultan de la disposición individual a su comisión, sino que constituyen manifestaciones de criminalidad colectiva. Los crímenes internacionales generalmente se realizan por grupos de individuos que actúan bajo un designio común. A pesar de que algunos miembros del grupo aparecen como perpetradores físicos directos, la experiencia enseña que la participación y la contribución de otros miembros del grupo es vital para facilitar la realización del delito en cuestión. De allí se sigue que la responsabilidad penal por dicha participación no es menos grave que la de aquellos que ejecutan directamente la acción delictiva.

d. El Tribunal concluye que la noción “designio común” tiene raíces extendidas en las reglas del Derecho Internacional por la naturaleza de los crímenes, pero también puede tener fuente en la posición que han tomado muchos Estados en sus sistemas legales penales frente a las situaciones de co-perpetración. No obstante, el Tribunal recalca que el Estatuto no especifica de forma expresa los elementos subjetivos y objetivos de esta categoría de criminalidad colectiva. Para identificar estos elementos la jurisprudencia internacional debe valerse de las reglas del Derecho Consuetudinario y particularmente de los casos de juzgamientos posteriores a la segunda guerra mundial concernientes a los crímenes de guerra.

Modalidades de la empresa criminal conjunta.

En este sentido el Tribunal reconoce que la noción de designio común esta revelada en la jurisprudencia sobre crímenes de guerra en 3 modelos diferenciables que tienen como base la comisión colectiva: la primera categoría esta representados por todos aquellos casos en los cuales los co-acusados actúan de conformidad con el designio común, estos poseen todos la misma intención criminal, por ejemplo si se realiza un plan común para dar muerte a varias personas cada uno de los co-perpetradores debe responder por el resultado final, aún cuando su rol en la planeación haya sido diferente al de el ejecutor. El Tribunal cita como ejemplo de esta manifestación del designio común los casos de Gerge Otto Sandrock et al, Hoelzer et al, Jepsen y otros provenientes de cortes italianas. En el primero de estos casos, una Corte Británica condenó a tres alemanes por la muerte de un prisionero de guerra Inglés, bajo los presupuestos de la doctrina “de la empresa conjunta”. De conformidad con la decisión, los tres condenados habían tenido la intención de dar muerte al soldado británico, a pesar de que cada uno de ellos había jugado un rol diferente. En el caso Hoelzer un Tribunal Militar canadiense también sostuvo la noción impresa conjunta enfatizando que los condenados conocían de antemano el propósito de dar muerte a su víctima. De los casos italianos, el tribunal recuerda las categorías básicas del Derecho Penal Continental de conformidad con las cuales el acto criminal debe obedecer a una serie de vínculos que determinan una cadena de causación, sin que sea necesario determinar un supuesto de participación en la comisión directa del delito. Sin embargo, de estas decisiones se recalca la necesidad del conocimiento por parte del acusado sobre el propósito “de la empresa conjunta”.

Dentro de la jurisprudencia citada el Tribunal trae a colación el famoso caso de Nuremberg conocido como Einsatzgruppen case. Con respecto a la noción de designio común el Tribunal de los Estados Unidos estableció que de conformidad con la Ley de control aliado número 10 no solamente existen responsables principales sino también accesorios, esto es, quienes han tomado parte de la comisión del crimen o tienen algún tipo de relación con el plan o la empresa de la comisión delictiva. Así, quienes ordenan o colaboran en el crimen y quienes pertenecen a la organización o contribuyen en el grupo deben asumir su responsabilidad.

Los argumentos que expone la decisión Tadic no resultan convincentes para una dogmatica de la imputación penal, pues si bien, los crímenes de guerra requieren un contexto de pluralidad de personas y concertación de actos con un propósito común, lo cierto es que el Derecho Penal se ha esforzado profundamente en determinar la responsabilidad penal proporcionalmente al aporte a la realización de un plan delictivo común de conformidad con

las reglas de autoría y participación. Por la misma razón, el Derecho Continental ha limitado las categorías expansivas de responsabilidad individual. En suma, esta primera apreciación de la "empresa criminal conjunta" con fundamento en el designio común no aportan nada diferente a las reglas ya conocidas de antiguo por la coautoría.

El Tribunal encuentra una segunda categoría de los casos a los cuales se puede aplicar la noción de "empresa criminal conjunta", son los llamados casos de los campos de concentración. A estos efectos, la decisión del Tribunal Internacional se refiere a situaciones en las cuales los perpetradores fueron acusados por la comisión de delitos teniendo en cuenta que eran miembros de unidades militares o administrativas que reconocen la existencia efectiva de un plan concertado con anterioridad y en el cual los autores participan de varias comisiones delictivas en un sentido sistemático. El caso que ilustra esta categoría corresponde al campo de concentración de Dachau decidido por la justicia estadounidense en Alemania, a propósito del sistema de confinamiento de civiles y personas internacionalmente protegidas durante la segunda guerra mundial. El problema fundamental que resuelve la segunda categoría se cifra en las posiciones de autoridad que tienen los autores dentro de la jerarquía de los campos de concentración. La forma en que se elaboraron las acusaciones refleja un pensamiento penal de conformidad con el cual los autores han actuado con el designio común de matar o maltratar prisioneros y en consecuencia cometer crímenes de guerra. En un caso similar a este llevado por las Cortes Británicas se establecieron 3 requisitos para definir en cada caso el grado de culpabilidad a saber: 1. La existencia de sistema organizado de humillación y tortura a los detenidos y el conocimiento de los crímenes por los cuales se les acusa; 2. El establecimiento de la clara conciencia del acusado sobre la naturaleza del sistema y por último el hecho de que el acusado de alguna forma haya participado de manera activa para mantener la vigencia injusta de tal sistema, es decir, que haya encubierto, ayudado o colaborado o en cualquier caso haya participado de la realización del diseño criminal común.

La Corte encuentra que esta categoría del modelo de empresa criminal conjunta sistémica es simplemente una de las variantes de la categoría de co-perpetración. Lo relevante es la posición de autoridad dentro del sistema de campo de concentración y el sentido de conciencia del sistema, de tal forma que se puede entender que la posición de autoridad y la participación dentro del sistema de represión permiten inferencias relacionadas con las funciones específicas que cumple cada uno de los acusados. En tal sentido, el elemento subjetivo de conformidad con esta decisión comprende los siguientes aspectos: 1. Conocimiento de

la naturaleza del sistema y 2. La intención de llevar adelante el designio común concentrado de matar o torturar. Es importante anotar que en estos casos el requisito de intención se puede inferir de la posición de autoridad que detenta el autor en la estructura del campo. Así, una posición de alta jerarquía indica que el autor tiene conciencia del designio común y la prueba de la intención de participar del mismo.

Una tercera categoría relativa a los casos que involucran un designio común en el contexto de un curso de conducta en el cual uno de los perpetradores comete un acto que aparece fuera del diseño original de la concertación, pero que se puede entender como una consecuencia natural y previsible del efecto al que llega el designio criminal originario. El ejemplo que cita la decisión de apelación en este caso corresponde a los eventos en los cuales se desplazan miembros de una etnia de su lugar de origen por un plan de limpieza étnica, con la consecuencia de que en el curso de los acontecimientos una o varias víctimas son baleadas y posteriormente muertas. Si el homicida reconoce explícitamente que no ha participado en la concertación originaria resultaba absolutamente previsible que el desplazamiento forzado de los civiles a través de métodos violentos perfectamente puede tener resultado la muerte de los mismos. Así la responsabilidad penal puede ser imputada a todos los participantes dentro de la "empresa común" debido a que el riesgo de muerte creado y concretado aparece como una consecuencia de la ejecución del designio común y el acusado era consciente de tal riesgo.

Elementos de la doctrina de la empresa criminal común.

Pluralidad de Personas, Plan Común y delitos Integrales y no Integrales

La jurisprudencia de los tribunales exige en primer lugar una pluralidad de personas. Lo que asemeja este requisito al concierto para delinquir se fundamenta en el hecho de que los miembros no tienen que pertenecer a ninguna estructura administrativa, militar, económica o política. Basta que se pongan libremente de acuerdo para cometer uno o más delitos, pero no se sanciona la mera pertenencia al grupo como si ocurre con el concierto para delinquir. En igual sentido, esta noción si encuentra diferencias con la conspiración tradicional del modelo angloamericano, debido a que la conspiración criminaliza el acto preparatorio de concertarse con el simple objetivo de cometer un delito, mientras que la doctrina internacional de la Empresa Criminal Conjunta requiere que el plan concertado se realice efectivamente.

Plan común dirigido a la comisión de delitos graves.

También se pueden encontrar similitudes entre el concierto para



Foto: Siri Elverland

delinquir y la doctrina de la Empresa Criminal Conjunta en punto de que el plan común se dirija específicamente a la comisión de los delitos que se proyecten como delitos internacionales (core crimes). Desde este punto de vista el concierto para delinquir agravado de la legislación colombiana estaría cercano a este punto. En el mismo sentido la comisión de estos crímenes puede ser el medio para la consecución de los fines a los que se dirige el plan común. Otro de los elementos que se compadecen con la jurisprudencia nacional corresponde al hecho de que no es necesario que el plan común se acuerde con anterioridad a la comisión de los delitos, puesto que el mismo puede adoptarse sobre la marcha, como tampoco es necesario que el acuerdo tenga un carácter expreso, ya que este puede inferirse de conformidad con las circunstancias de comisión.

No obstante, ha resultado de particular importancia que al menos uno de los delitos imputados sea parte integral del plan común en el sentido de que el delito se proyecte como fin último de los objetivos de la organización. Este aspecto, importa a la discusión de los modelos de Empresa Criminal Conjunta en su sentido amplio, lo que equivale a decir que si no se prueba el designio común de los delitos pactados no es posible determinar la responsabilidad los delitos sobrevinientes que se asumen como consecuencia natural y previsible de la ejecución de los primeros.

Contribución a la ejecución del designio común. La doctrina de la Empresa Criminal Conjunta exige que los autores no solo se pongan de acuerdo, sino que también contribuyan a la ejecución. La Contribución puede revestir diversas modalidades, como por ejemplo, ayudar, colaborar en la preparación, omitir. Dicha participación es fundamental para que se le considere coautor. Desde este punto de vista la doctrina se acerca a la noción de aporte e importancia del aporte como fundamento de la definición de responsabilidad que se encuentra en el derecho doméstico. Sin embargo, tratándose de un modelo fundamentalmente subjetivo importa más la participación de alguna manera en la planeación y su ejecución. En tal sentido la elaboración de las reflexiones sobre la responsabilidad permiten concluir que el lado subjetivo de la participación se comporta de tal manera que en los casos de llamada Empresa Criminal Conjunta básica la responsabilidad por coautoría se fundamenta en el hecho de que los miembros del grupo proceden a la ejecución del plan común con la pretensión compartida de producir resultados lesivos. Si se trata de la Empresa Criminal Conjunta en su variante de campos de concentración el lado subjetivo de la conducta se cifra en el deseo favorecer por la vía de la omisión, contribuir por acción y hacer aportes dentro de un sistema del cual se conoce su naturaleza criminal. Y para el caso de la variante extendida la coautoría exige que el deseo de que

se cometan ciertos delitos lleva implícita la comisión posible de otros no planeados pero perfectamente previsibles.

Valoración y críticas. El sistema de imputación con fundamento en la llamada Empresa Criminal Conjunta ha sido utilizado por el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia y en realidad corresponde a una forma bastante expansiva del concepto de perpetración con fundamento en el modelo subjetivo de autoría superado en el contexto del derecho continental por las teorías de dominio del hecho. En efecto, la doctrina se aprecia como una forma de autoría, que se opone a las modalidades de participación o accomplice liability y que sigue el criterio subjetivo como base para diferenciar entre autores y partícipes. No obstante, la llamada Empresa Criminal Conjunta resulta digna de análisis en nuestro medio por dos razones: la primera debido a que el Tribunal de la ex - Yugoslavia toma como posible fundamento de imputación en este caso el art 25 del Estatuto de Roma. En segundo lugar, por las aproximaciones que ha realizado la Corte Suprema para los casos de delitos internacionales en nuestro medio. En cuanto a la posible interpretación del Estatuto de Roma cuando allí se afirma que resulta penalmente responsable quien: “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 de conformidad con el Estatuto debe 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.

El debut de la figura en el contexto del Derecho Penal Internacional no ha estado exento de críticas, pues como lo afirma Olasolo la Sala de Apelaciones del Tribunal en la decisión de apelación del 15 de julio de 1999 en el caso Tadic, se circunscribe a las consideraciones que afirman la naturaleza consuetudinaria de la doctrina sobre la base de la previa aplicación en sistemas monistas que no distinguen entre autoría y participación para encuadrar en el artículo 7 del Estatuto del Tribunal su posible aplicación, pero no define con precisión la figura, pues frecuentemente emplea las nociones de “coautoría” y “complicidad” de manera no diferenciada lo que es propio de formas de responsabilidad individual anglo-americanas que asemejadas a la conspiración pretenden cierto parecido con la doctrina de la Empresa Criminal Conjunta.

En igual sentido, la crítica más recurrida corresponde al hecho de que la empresa criminal conjunta es realmente una extensión de la responsabilidad a título de autoría a todos los miembros de una organización no sólo en cuanto a los delitos en los que la estructura delictiva resulte directamente involucrada, sino también

con los delitos que cometidos por cualquier miembro pueden ser imputados al resto de la organización si ello es previsible y siempre y cuando se actualice el conocimiento del individuo con la previsión de que tal crimen llevaría a una consecuencia al involucrarse en las actividades de la empresa.

La razón para aceptar la doctrina realmente tiene un fundamento práctico, esto es, que en las estructuras de criminalidad colectiva resulta bastante complejo determinar con certeza la contribución que cada miembro a título individual tiene en la realización del crimen. Sin embargo, llegar a la conclusión de que todos pueden responder en un nivel de coautores por razón del planeamiento empresarial es tanto como dejar sin efecto la definición de su verdadero grado de responsabilidad.

Ahora bien, la Corte Suprema de justicia se ha acercado la noción de Empresa Criminal Conjunta, en decisiones recientes sobre el fenómeno de la parapolítica. En efecto, las notas al pie de la decisión 29200 del 12 de mayo de 2010 se recurre al ensayo de Olasolo para ilustrar el problema del grado de responsabilidad de quienes como políticos se valieron del aparato paramilitar con fines electorales. El planteamiento de la Corte en su compulsación de copias para la investigación de ex senadores y representantes atiende a una especie de responsabilidad extendida por la posible comisión de crímenes internacionales de quienes se concertaron con el aparato criminal. Al respecto dice la Sala Penal:

“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, aún desde el momento de la creación de aquellas tropas”

Como se observa la utilización de la noción de designio y la noción de conocimiento del quehacer criminal de las autodefensas a las cuales aparecen vinculados los servidores públicos permitiría pensar que los individuos que utilizaron el aparato para fines electorales ilícitos podrían igualmente tener responsabilidad en otros hechos punibles de la estructura criminal. En efecto, si se siguiera esta línea de trabajo en imputación tendría que demostrarse conforme a las exigencias expuestas anteriormente la participación en el designio común, la contribución y la deducción del tipo de

participación. Con todo, pensamos que las nociones del derecho doméstico en punto de coautoría, complicidad y participación serían más aptas para la solución de este problema.

5. La responsabilidad del superior o responsabilidad por el mando

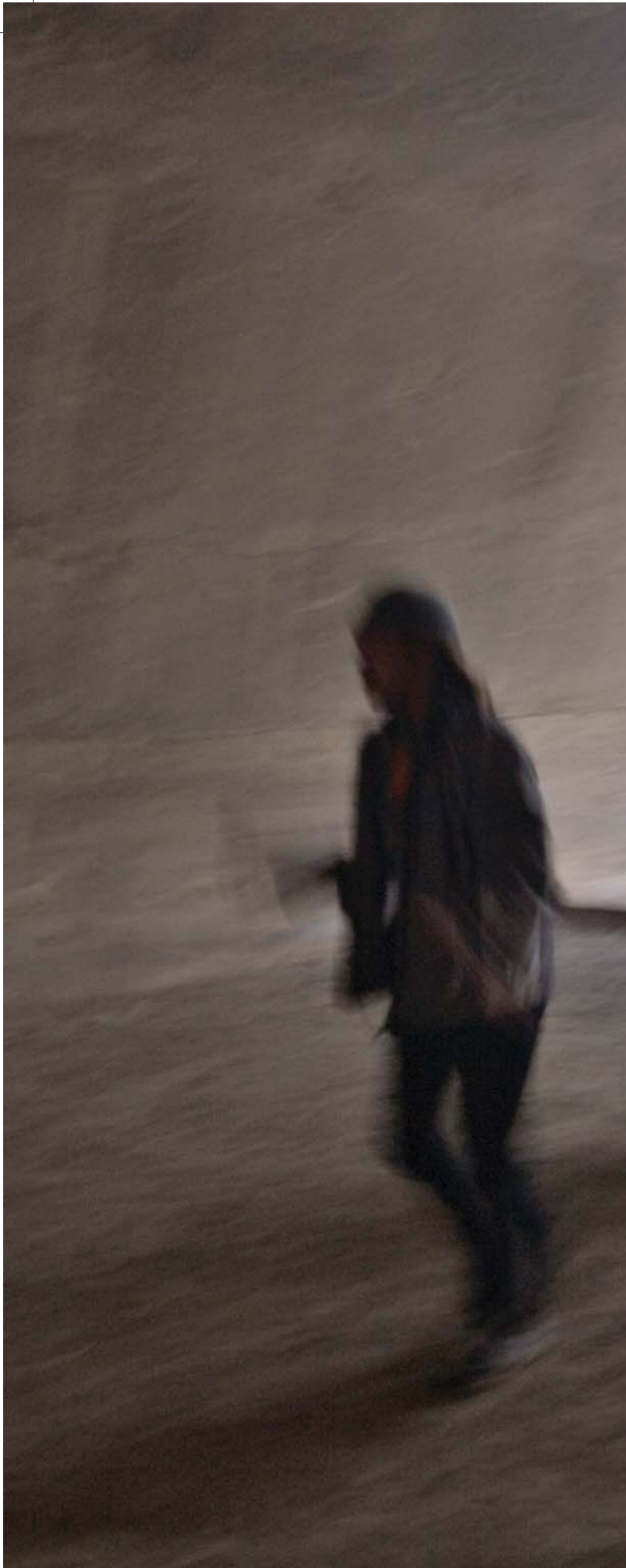
Al igual que en los modelos anteriormente estudiados la responsabilidad del superior intenta imputar al comandante por las omisiones en el cumplimiento de obligaciones legales provenientes del Derecho Internacional y especialmente del Derecho Internacional Humanitario que tengan como consecuencia la generación de resultados lesivos por parte de los subordinados. El debut de la doctrina se inscribe en el famoso caso Yamashita que de conformidad con la historia legal condenó a un oficial superior del ejército japonés a la pena de muerte al permitir que la tropa bajo su mando cometieran atrocidades contra las instalaciones y el personal militar norteamericano, así como civiles filipinos en el conflicto entre el ejército de los Estados Unidos y Japón por el control de las Filipinas en 1945. El juicio estuvo lleno de vaguedades y dudas por lo que fue calificado como un proceso “vengativo” contra un oficial que tenía múltiples virtudes de resistencia.

Los pormenores del juicio han servido para adecuar la doctrina de la responsabilidad por el mando, que en todo caso todavía se muestra como un modelo de responsabilidad por omisión profundamente discutible teniendo en cuenta las estructuras temporales y circunstanciales en las que el superior puede ejercer control efectivos sobre sus subordinados.

En otros juicios importantes posteriores a la segunda guerra mundial, se intentó afinar el criterio de imputación para hacerlo lo más certero posible, aunque para ser sinceros no se logró tal depuración. El intento de los Tribunales Ad-hoc, en cambio, han afirmado algunas condiciones básicas para hacer la aplicación de la doctrina y en tal sentido, la famosa decisión Delali empezó por recalcar los siguientes requerimientos:



Foto: NRC Colombia



- a) Existencia de una relación entre superior y subordinado.
- b) Conocimiento del superior respecto a la comisión actual de los crímenes o la prueba de que el superior tenga razones para conocer que el acto iba a ser cometido o se había cometido.
- c) Omisión del superior al no adoptar las medidas necesarias y razonables para sancionar los actos ilegales cometidos, impedir los que se pudiesen cometer.

En cuanto al primer requerimiento El Tribunal yugoslavo sostuvo “que los individuos en posición de autoridad pueden incurrir en responsabilidad penal. Con fundamento en su propio hecho de facto así como de jure por su posición como superiores”. La importancia de esta decisión radica en que se sentó un precedente en torno a que dicho poder de mando debe ser efectivo, lo que excluye los eventos en los que el comandante no estaba presente o tenía un control demasiado remoto. Esta última apreciación corrige el criterio del juicio Yamashita, toda vez que el juicio no se pronuncia sobre este punto que resultaba fundamental desde el punto de vista de los hechos, toda vez que Yamashita por las circunstancias de la resistencia militar se vio obligado a trasladar su comando de operaciones perdiendo control efectivo sobre sus subordinados.

Tal y como ocurre con los otros modelos de imputación que se han examinado en este documento, también resulta fundamental el plano subjetivo de la omisión. Desde este punto de vista y según las consideraciones del Tribunal Yugoslavo, el superior debe:

- a) Tener conocimiento efectivo de que sus subordinados están cometiendo o van a cometer un crimen o
- b) poseer una información de tal naturaleza que lo ponga en conocimiento del riesgo de que tales delitos se cometan, indicándole la necesidad de una investigación adicional, para averiguar si las violaciones fueron cometidas o iban a ser cometidas.

Fundamentos de la responsabilidad del superior en el Derecho Internacional Humanitario.

Se debe anotar que para el caso colombiano el análisis del Derecho Internacional Humanitario en este punto resulta fundamental, pues como se advirtió anteriormente la vinculación del ordenamiento jurídico constitucional con las normas humanitarias fundamentan el marco de este tipo de imputación. Ya la Corte Constitucional ha dado un aval a este respecto en la decisión C-225 de 1995 al afirmar:

En el caso colombiano, estas normas humanitarias tienen además especial imperatividad, por cuanto el artículo 214 numeral 2º de la Constitución dispone que "en todo caso se respetarán las

reglas del derecho internacional humanitario". Esto significa que, como ya lo señaló esta Corporación, en Colombia no sólo el derecho internacional humanitario es válido en todo tiempo sino que, además, opera una incorporación automática del mismo "al ordenamiento interno nacional, lo cual, por lo demás, es lo congruente con el carácter imperativo que, según ya fue explicado, caracteriza a los principios axiológicos que hacen que este cuerpo normativo integre el **ius cogens**." Por consiguiente, tanto los integrantes de los grupos armados irregulares como todos los funcionarios del Estado, y en especial todos los miembros de la Fuerza Pública quienes son destinatarios naturales de las normas humanitarias, están obligados a respetar, en todo tiempo y en todo lugar, las reglas del derecho internacional humanitario, por cuanto no sólo éstas son normas imperativas de derecho internacional (**ius cogens**) sino, además, porque ellas son reglas obligatorias **per se** en el ordenamiento jurídico y deben ser acatadas por todos los habitantes del territorio colombiano. Y no podía ser de otra manera, pues las normas de derecho internacional humanitario preservan aquel núcleo intangible y evidente de los derechos humanos que no puede ser en manera alguna desconocido, ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado. Ellos encarnan aquellas "consideraciones elementales de humanidad", a las cuales se refirió la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia de 1949 sobre el estrecho de Corfú. No se puede entonces excusar, ni ante la comunidad internacional, ni ante el ordenamiento jurídico colombiano, la comisión de conductas que vulneran claramente la conciencia misma de la humanidad, como los homicidios arbitrarios, las torturas, los tratos crueles, las tomas de rehenes, las desapariciones forzadas, los juicios sin garantías o la imposición de penas ex-post facto.

Si se asumen con claridad las expresiones de la Corte constitucional se llega a la conclusión de que en nuestro medio tiene perfecta aplicación el tipo de imputación de responsabilidad por el mando, conforme a las exigencias de los artículos 86 y 87 de Protocolo adicional I. Estas disposiciones establecen lo siguiente:

Artículo 86: Omisiones

1. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto deberán reprimir las infracciones graves y adoptar las medidas necesarias para hacer que cesen todas las demás infracciones de los Convenios o del presente Protocolo que resulten del incumplimiento de un deber de actuar.
2. El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les

permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción.

Artículo 87: Deberes de los jefes

1. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes militares, en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad, impidan las infracciones de los Convenios y del presente Protocolo y, en caso necesario, las repriman y denuncien a las autoridades competentes.
2. Con el fin de impedir y reprimir las infracciones, las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes, según su grado de responsabilidad, tomen medidas para que los miembros de las fuerzas armadas bajo sus órdenes tengan conocimiento de las obligaciones que les incumben en virtud de lo dispuesto en los Convenios y en el presente Protocolo.
3. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto obligarán a todo jefe que tenga conocimiento de que sus subordinados u otras personas bajo su autoridad van a cometer o han cometido una infracción de los Convenios o del presente Protocolo a que tome las medidas necesarias para impedir tales violaciones de los Convenios o del presente Protocolo y, en caso necesario, promueva una acción disciplinaria o penal contra los autores de las violaciones.

Un análisis de estas disposiciones ha posibilitado la necesidad de que se agoten los siguientes requisitos para hacer aplicación de la doctrina de la siguiente manera:

- a) que la infracción haya sido cometida por uno de los subordinados del superior.
- b) que el superior haya conocido o haya tenido información de la cual se pudiese concluir que una infracción fue cometida o iba a ser cometida.
- c) que el superior no tome las medidas a su alcance para impedir o reprimir las infracciones.

Estos requisitos merecen comentario en el sentido de que el análisis en punto de imputación por las omisiones corresponde a la versión normativa más elaborada de la doctrina de la responsabilidad por el mando anterior al Estatuto de Roma. En efecto, en cuanto al primer requisito se enfatiza la relación superior-subordinado lo cual cuenta con una importancia mayúscula si se tiene en cuenta que un comandante en jefe podría responder ilimitadamente por todo lo que hacen sus subordinados. Sin embargo para nuestro análisis resulta importante recalcar que la relación subordinado-jefe es

inmediata, sin que ello signifique que en cada nivel de una cadena de mando existen deberes cuya omisión es punible si se determina una cadena causal entre la omisión y un resultado lesivo.

Igualmente, el requisito subjetivo de conocimiento sobre la comisión de la infracción o la inferencia razonable a partir de información confiable sobre la posible comisión de los hechos no se aparta de las discusiones dadas por el Tribunal de la ex Yugoslavia. En últimas se trata de que el comandante se asegure una fuente de información sobre el cumplimiento de instrucciones.

En lo que hace a la omisión propiamente dicha, el Protocolo Adicional tiene la virtud de haber establecido los deberes de los jefes como base de la configuración de inactividad que genera los resultados lesivos. En tal sentido y como corresponde a los fundamentos causalistas de la doctrina penal debe establecerse una conexión entre la omisión del jefe, el accionar del subalterno y el resultado penalmente relevante. Desde este punto de vista, basta observar la redacción del artículo 86, de conformidad con el cual existen cargas activas en cabeza de los comandantes, cuando se afirma que se deben reprimir las infracciones graves y tomar todas las medidas necesarias para que cualquier otra infracción de los Convenios o del Protocolo Adicional I que resulten del incumplimiento de un deber de actuar.

Estas palabras se interpretan de tal forma que el superior jerárquico está obligado a reprimir infracciones por cuenta propia si tiene facultades legales para ello, por ejemplo, con las llamadas penas in continenti o impedir que la comisión de delitos por cuenta de los subordinados lo cual significa que el superior debe proyectar y planear las operaciones con el debido cuidado para que sus subordinados no incurran en infracciones al Derecho Internacional

Humanitario. La doctrina estima que este aspecto implica varias actividades de parte del comandante, dentro de las cuales se cuentan, la verificación de que los subordinados están instruidos sobre las nociones del Derecho aplicable en los conflictos armados; asegurarse de que las instrucciones impartidas se cumplen en debida forma y conforme a derecho; asegurar un sistema efectivo de información de tal manera que cualquier incidente que se cause pueda ser inmediatamente conjurado por cuenta del mando; monitorear constantemente el sistema de información y tomar correctivos inmediatos en caso de novedades.

Para determinar la responsabilidad es necesario que estas medidas estén al alcance del superior, lo cual significa que la posibilidad de desarrollar una actividad correctiva o preventiva dependen de la posición del superior en la cadena de mando, esto es, que si el superior no tiene facultades penales o disciplinarias para sancionar a los subordinados que han cometido infracciones, no puede exigírsele que desborde su ámbito funcional, pero si debe poner en conocimiento de sus propio superior inmediato estas falencias para que el último ejercite las facultades legales.

En cuanto a la actividad preventiva la situación es diferente, toda vez que allí no resulta tan importante la posición jerárquica del superior, como si las nociones de mando y control efectivo, es decir, aquí juegan las facultades de dirección que permiten conjurar situaciones en las que resulte previsible que los subordinados pueden cometer infracciones de la legislación humanitaria. Así, por ejemplo, si el superior deja libertad a los subordinados para ejecutar una operación, sin que imponga medidas de protección a la población civil los resultados lesivos que se causen le serán exigidos penalmente por su omisión en el cumplimiento de las exigencias que hemos anotado anteriormente.



Foto: Espen Rasmussen

Elementos de la doctrina de responsabilidad por el mando

Establecimiento de la relación entre el superior y el subordinado.

Aunque se entienda como obvio, debe resultar claro que este requisito ha sido de los más discutidos en la jurisprudencia internacional, toda vez que en la realidad si no se delimita la cadena de mando pueden existir responsabilidades extendidas que determinen en cada escalón de la jerarquía de la estructura una omisión con respecto al subordinado inmediato. Las soluciones que se han ensayado, no son del todo justas, así Nuremberg limitó el criterio a los comandantes generales y oficiales superiores, excluyendo el personal militar sin poder de mando. El Tribunal de Tokio generó una responsabilidad extendida hasta el gabinete ministerial en una versión contraria al criterio de Nuremberg y por último, el Tribunal de la ex Yugoslavia adoptó un criterio en el cual es fundamental el poder de mando en el sentido de imponer órdenes y controlar la actividad de los subordinados o en su defecto la posición de autoridad. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de conformidad con la doctrina dominante acepta el último criterio entendiendo que la “jefatura militar” tiene posibilidad de impartir órdenes y evitar los desmanes del subordinado en el contexto de un mando o control efectivo.

Mando y Control efectivo del superior sobre el subordinado.

Como se anotó anteriormente el mando y control se relacionan con la capacidad del superior para controlar los subordinados en un sentido real, lo que efectivamente implica un análisis de iure y en otros casos un análisis de facto. Tratándose de estructuras militares regulares es lógico que las jerarquías definan quien actúa como superior lo que liga el mando a la noción de autoridad. En cambio, si se trata de fuerzas irregulares lo propio es hablar de un control de facto que requiere mayores cualificaciones. A estas dos características se agrega un análisis necesariamente exigente en materia probatoria que corresponde a la efectividad del mando, es decir, que el control realmente se haya podido ejercer. La piedra de toque de la responsabilidad del superior se encuentra justamente en este punto, pues las correcciones de la doctrina y la jurisprudencia se han realizado en torno a la construcción de la omisión en el sentido de que verdaderamente el superior teniendo la facultad de controlar no lo ejercite sus deberes de vigilancia.

Omisión en ejecutar medidas razonables y posibles al alcance del superior.

En concordancia con el presupuesto anterior lo que se sanciona es la inactividad del superior cuando este tenga conocimiento de que se han cometido delitos internacionales y teniendo las facultades no los sancione o cuando en una situación de clara responsabilidad militar por las ejecutorias de sus instrucciones no impida o evite la comisión previsible de las conductas prohibidas. Por lo tanto, se trata de los típicos delitos de omisión que deben apreciarse con los deberes exigidos legalmente en la legislación humanitaria para los comandantes o en su caso con el Estatuto de Roma cuando así lo disponga la Corte Penal Internacional.

La doctrina más autorizada ha encontrado que la moderna teoría de la omisión punible moderna sirve para la aclaración de este concepto. Así, por ejemplo, se puede hablar en particular de las nociones de posición de garante aplicadas al comandante.

Causalidad entre la omisión y el resultado lesivo. El último requisito desde el punto de vista objetivo corresponde a la relación causal entre la omisión y el resultado lesivo, lo cual significa que la comisión de los delitos por parte de los subordinados debe ser atribuida a la falta de vigilancia o cumplimiento de los deberes legales del comandante que debe ser probada con posterioridad a la ocurrencia del hecho. En efecto esta forma de proceder, evita que se llegue a causalidades hipotéticas como en los casos anotados de Yamashita, en el sentido de preguntar ¿qué hubiera pasado si el comandante hubiese ejercido sus facultades de vigilancia correctamente? Aquí también juega la teoría penal y en tal sentido una doctrina como la de la causalidad necesaria, la *conditio sine qua non* o los criterios normativos de incremento del riesgo colaboran para la ilustración del concepto.

Requisitos subjetivos. Otro de los problemas complejos de la doctrina de la responsabilidad por el mando se encuentra en los requisitos subjetivos, pues si se entiende que la teoría penal moderna únicamente responsabiliza a quien con su acción u omisión genera un resultado lesivo, no cabría hablar de una responsabilidad intermediada conforme a la cual alguien responde a título de omisión por el hecho de otro en el sentido de una responsabilidad vicaria tal y como ocurre en el derecho privado. Si se quiere ejemplificar este problema podríamos decir que un comandante que quiere causar daño a los pobladores civiles con resultados atroces, perfectamente podría omitir dolosamente todas sus facultades de control para que sus subalternos agredan, torturen o asesinen los civiles. Sería tanto como una especie de “carta blanca” en la que realmente la discusión no se ubicaría en los contornos de las falencias de los deberes *ad vigilandum*, si no en los de la comisión dolosa. En cualquier caso, la doctrina ha realizado correcciones profundas de tal manera que los resultados de la investigación sobre este punto permiten comprender las distintas variantes en las que se responsabiliza al superior de conformidad con un juego de tiempos verbales y exigencias e conocimiento que se resumen de la siguiente manera:

- a) Los superiores deben tener conocimiento efectivo de que los subordinados han cometido un delito para poderlo reprimir si tiene facultades.
- b) Los superiores deben asegurarse una fuente de información y el tal sentido el requerimiento de conocimiento efectivo se cataloga como “debió haber sabido”.
- c) Los superiores que permitan la comisión de delitos por parte de sus subalternos no pueden quedar en el criterio de omisión deliberada, pues esto correspondería al dolo.

Referencias

- 1 Teniente Coronel de las SS.
- 2 Véase Cryer Robert, Friman Hakan, Robinson Darryl, Wilmshurst Elizabeth. An introduction to international Criminal Law and Procedure. Cambridge University Press. 2008. P 1-15.
- 3 Ramelli Alejandro.
- 4 Ambos Kai. Impunidad y Derecho Penal Internacional.
- 5 Véase Guerrero Oscar Julián. Corte Penal Internacional. Comentarios a la sentencia C-578 de 2002. Legis 2003. P 2-14. Igualmente Alejandro Aponte. Informe por Colombia Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España. Konrad Adenauer Stiftung. 2003. p 201-257.
- 6 Véase Ramelli Arteaga Alejandro. La Constitución Colombiana y el Derecho Internacional Humanitario. Universidad Externado de Colombia. 2000.
- 7 Para todas las referencias utilizadas aquí véase Ramelli Arteaga Alejandro. La Constitución Colombiana y el Derecho Internacional Humanitario. Universidad Externado de Colombia. 2000.
- 8 Valencia Villa Alejandro. La humanización de la guerra. Derecho Internacional Humanitario y conflicto armado en Colombia. Tercer Mundo. Uniandes. 1992. p167-189.
- 9 Sentencia C-225 de 1995.
- 10 Sentencia C-225 de 1995
- 11 Medidas complementarias en Hernández Mondragón Mauricio. Medidas nacionales de aplicación y difusión del derecho Internacional humanitario Prevención, Reprensión sanción de las infracciones del DIH. Conflicto Armado y Derecho Humanitario. Tercer Mundo. UN/ CICR. 1997. p 65-81
- 12 Para las referencias en torno al problema de las prácticas estatales se puede consultar Henckaerts Jean Marie, Doswald-Beck Louise. El derecho internacional humanitario consuetudinario. CICR Ginebra 2007.
- 13 Véase Palwankar Umesh. Medidas que pueden tomar los Estados para cumplir su obligación de hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario. Revista Internacional de la Cruz Roja. Enero /Febrero de 1994. N 121. p 10-27.
- 14 Ambos Kai Coordinador, Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Eds. Gtz / Fiscalía / Temis y otras. Agosto 2008; Meini Iván, El dominio de la organización en Derecho Penal. Ed. Palestra. Agosto, 2008; Ambos, Kai / Grammer. Dominio de hecho por organización, La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann, <http://www.iuscrim.mpg.de/info/aktuell/docs/Kaesem060303.pdf>; Bolea Bardón, Carolina. Autoría mediata en Derecho Penal, Valencia, 2000; Botke, Winfried. "Estructura de la autoría en la comisión y en la omisión como requisito para la construcción de un sistema de Derecho Penal", trad. Corcoy Bidasolo, en Schünemann/Figueiredo Dias (coords.), Silva Sánchez (ed. Española), Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, 1995. (Cit. LH-Roxin); De Figueredo Dias, "Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el 'dominio de la organización", en Ferré Olivé/Anarte Borralló (edits.), Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos, Huelva, 1999. (Cit. Delincuencia organizada); Donna, Edgardo Alberto, "El concepto de autoría y la teoría de los aparatos de poder de Roxin", en Lascano (ed.), Nuevas formulaciones en las ciencias penales, Homenaje a Claus Roxin, Lascano (ed.), Córdoba, (2001), García, Victor. "La tesis del 'Dominio del hecho a través de los aparatos organizados de poder", en Lascano (ed.), Nuevas Formulaciónes en las ciencias penales, Homenaje a Claus Roxin, Lascano (ed.), Córdoba, (2001).
- 15 Roxin, Claus. Ed. Marcial Pons. "Autoría y dominio del hecho en el derecho penal". 2000.
- 16 Las críticas más reconocidas en el caso colombiano se pueden observar en la posición del Dr. Fernando Velásquez Velásquez. (tanto realiza conducta típica el autor mediato y el coautor, a su turno, la segunda parte del texto, que cobija quien 'determine a otro' a ejecutar el hecho se refiere a la instigación como forma de participación con la del autor, no porque desde el aspecto fenomenológico sean iguales". Cfr., el concepto intitulado "La concurrencia de personas en el delito y los aparatos organizados de poder. A propósito de los crímenes realizados por las estructuras criminales de los paramilitares en Colombia" que, por encargo del Proyecto ProFis-GTZ, rindió dicho expositor en mayo de 2008; La crítica extranjera ha resumida por Meini, Iván en "Imputación y responsabilidad penal". Ensayos de Derecho Penal. Ed. Ara. 2009. Págs. 139, 149.
- 17 De acuerdo con Meini Iván, se critica la tesis en los siguientes puntos:
 1. Coautoría: El principal argumento que se esboza en detrimento de la autoría mediata del "autor detrás de autor" y a favor de la coautoría es el principio de responsabilidad y el hecho de que, según se dice, habría un acuerdo entre los participantes en el hecho que los convertiría en coautores.
 2. Contra la coautoría en los aparatos organizados de poder habla también el hecho de que el hombre de detrás no actualiza su dominio en la fase de ejecución del delito.
 3. Por otro lado, la diferencia estructural ente autoría mediata y coautoría es que la primera se configura verticalmente (en el sentido de un desarrollo de arriba hacia abajo, del que ordena hacia el ejecutor), y la segunda lo hace horizontalmente. Esta circunstancia obliga a rechazar la calificación de coautor del mando superior del aparato de poder.
 4. Contra la coautoría habla también el hecho de que en la práctica sería imposible resolver casos de criminalidad masiva con 10,000 coautores.
- 18 Discusiones a este respecto en la obra de Hernández Placencia Jo'se Miguel, La autoría mediata en Derecho Penal, Granada, 1996. Críticas respondidas por Roxin Claus. "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", trad. Gómez Navajas, Revista Penal 18, 2006.
- 19 Roxin Claus, "Aytoría y Dominio del Hecho en el Derecho Penal", Ed. Marcial Pons. 2000.
- 20 Robert Alexy. Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. "La doctrina del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín". Revista Doxa No. 23. 2000. Págs. 197 – 230.
- 21 Ambos Kai, Common Law y los disparos del muro. "Art. 7 de la convención europea de Derechos Humanos". Revista Isonomía No. 20. Abril 2004. Págs. 41 – 56.
- 22 Ambos, Kai. Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales en el muro. Universidad Externado de Colombia. 1999.
- 23 Sentencia C-578 de 1995.
- 24 Roxin, Claus. "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", trad. Gómez Navajas, Revista Penal No. 18. 2006.
- 25 Sentencia C-225 de 1995.
- 26 Véase Modolell González Juan L. Problemas de autoría en la sentencia del 29 de enero de 2007 de la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional (Confirmación de cargos contra Thomas Lubanga Dyilo); en Ambos Kai / De Hoyos Sancho Montserrat. "Cuestiones esenciales en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional". Ed. AD-HOC. 2010. Pág. 117 – 138.
- 27 International Criminal Court. Pre-Trial Chamber 1. (ICC-01/04-01/06). Situation in the democratic republic of the congo in the case of the Presecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on the confirmation of charges. 29 January, 2007.
- 28 Meini Iván. El dominio de la organización en Derecho Penal. Ed. Palestra. 2008. págs. 31-32
- 29 Corte Suprema de Justicia Rad 28778 M P Yesid Ramírez Bastidas.
- 30 Art 2 Convención sobre Asilo Político Montevideo 1933.
- 31 Art 6 Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. 2001.
- 32 ICC-01/05-01/08-424 15-06-2009 parr 346-351.
- 33 440 Pre-Trial Chamber I, Lubanga decisión, ICC-01/04-01/06-803-TEN, paras 326-341.
- 34 442 Pre-Trial Chamber I, Lubanga decisión, ICC-01/04-01/06-8803-Ten, pp. 118, 123-124; Pre-Trial Chamber I Katanga decisión, ICC-01/04-01/07-717, pp. 178, 180-181.
- 35 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Autos de 23 de octubre de 1990 y de 10 de septiembre de 2003, radicación 21343.
- 36 Reaño Peschiera José Leandro. Autoría y participación en delitos especiales de funcionarios públicos cometidos en el marco de organizaciones criminales: un análisis dogmático a partir del delito de asociación ilícita; San Martín Castro, Caro Coria, Reaño Peschiera. Delito de Tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir.
- 37 Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Sentencia 27941 del 14 de diciembre 2009.
- 38 Ziffer Patricia. El delito de asociación ilícita. Ed. AD-HOC. Agosto 2005. Pág. 36.
- 39 Véase apelación 31539 del 31 de julio de 2009, en la cual se afirmó: "Emerge de lo anterior, que los objetivos de política criminal dispuestos en la Ley de Justicia y Paz atienden a violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, cuyo juzgamiento y fallo se centran en la vinculación al grupo armado ilegal (concierto para delinquir) y no, como se ha insistido, en conductas punibles individualmente causadas porque, entonces, su investigación y juzgamiento sería de competencia de la justicia ordinaria (resalta la Sala)."
- 40 Ibidem "Es claro, que si los destinatarios de la Ley son los miembros de grupos armados ilegales, las conductas punibles respecto de las cuales se ha de proferir sentencia con miras a la imposición de pena alternativa, debieron haberse cometido al interior de la respectiva organización, efecto para el cual el delito de concierto para delinquir se perfila en un componente obligado en la formulación de imputación..."



CONSEJO NORUEGO
PARA REFUGIADOS

Consejo Noruego para Refugiados

Carrera 9 No. 81^a – Piso 9 y Piso 6, Bogotá - Colombia
Teléfono. (+57) 1 317 14 81
nrc@nrc.org.co

www.nrc.org.co / www.nrc.no
Fax. (+57) 1 317 15 04

Apoyado por: **Canada**



Foreign Affairs and
International Trade Canada



CONSEJO NORUEGO
PARA REFUGIADOS

Consejo Noruego para Refugiados

Carrera 9 No. 81^a – Piso 9 y Piso 6, Bogotá - Colombia
Teléfono. (+57) 1 317 14 81
nrc@nrc.org.co

www.nrc.org.co / www.nrc.no
Fax. (+57) 1 317 15 04

Apoyado por: **Canada**



Foreign Affairs and
International Trade Canada