

Normas A.P.A.

Velásquez Velásquez, F., (2010), Los aparatos criminales organizados de poder. [Versión electrónica] consultado día- mes- año: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp4/aparatos-organizados-de-poderFernandoVVP4.pdf , Cuadernos de Derecho Penal No. 4, Pág. 173.

Normas Icontec

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Los aparatos criminales organizados de poder. En Cuadernos de Derecho Penal [En línea]. No. 4 (2010). [Acceso: día-mes-año] Disponible en: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp4/aparatos-organizados-de-poderFernandoVVP4.pdf

IV. LOS APARATOS CRIMINALES ORGANIZADOS DE PODER

FERNANDO VELÁSQUEZ V.*

“Por favor, que cese el fuego inmediatamente. Divulgue ante la opinión pública, inmediatamente, es urgente, es de vida o muerte, ¿sí me oyen?... Estamos con varios magistrados, un buen número de magistrados y de personal subalterno, pero es indispensable que cese el fuego inmediatamente. Divulgue a la opinión pública eso, para que el presidente dé la orden... Que el presidente de la República dé finalmente la orden de cese al fuego”.

A. Introducción

Las anteriores fueron las últimas palabras públicas que pronunció, en vida, el entonces presidente de la Corte Suprema de Justicia, el Dr. Alfonso Reyes Echandía, del día seis de noviembre de 1985, antes de caer asesinado en el interior del Palacio de Justicia con sus compañeros de faena judicial y sus subalternos. Esa súplica retumbó, una y otra vez, en todos los medios de comunicación del país y le dio la vuelta al mundo. ¡Nadie, por supuesto, dio la orden de que cesara el fuego!

Adrede, durante veinticinco años, me abstuve de emitir cualquier juicio u opinión sobre tan luctuosos hechos después de que, en compañía del Profesor NÓDIER AGUDELO BETANCUR, el día 16 de noviembre de 1985, publicáramos en la Revista Nuevo Foro Penal –que él dirigía y yo coordinaba–, una declaración escrita por ambos¹

* Profesor y Director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda; fundador y miembro del Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas “Emiro Sandoval Huertas”, de esa casa de estudios.

¹ Cfr. AGUDELO BETANCUR/VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: “La Justicia en llamas”, en *NFP* N° 29, s/p.

cuyos términos y alcances puedo suscribir hoy cuando, acompañado de la lupa del tiempo, vuelvo a mirar los acontecimientos. Los mismos que hace cinco años me llevaron a proponerle al Señor Rector de la Universidad, que honrásemos la memoria del Profesor EMIRO SANDOVAL HUERTAS –una de las víctimas del holocausto, cuya partida todavía lloramos–, al designar a nuestro Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas con su nombre.

B. *Las tesis de la sentencia.* Sin más preámbulos, se examinan a continuación los planteamientos que contiene la decisión en estudio en relación con la materia asignada. En efecto, en el acápite 6.3.3. de la misma, emitida el día nueve de junio de 2010 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado, dedicado a la “Responsabilidad”, bajo el rubro “Breve referencia a la figura de la autoría mediata y sus diferencias con la coautoría”, se hacen diversas precisiones sobre esos institutos.

1. *El cambio de calificación.* A rompe se advierte es que la sentenciadora cuestiona la calificación dada por la Fiscalía a la conducta endilgada al procesado en la Resolución de acusación, cual es la “coautor impropio”; estas son sus palabras:

“Si bien la señora Fiscal no identificó categóricamente a que título imputó la responsabilidad endilgada al señor coronel ® LUÍS ALFONSO PLAZAS VEGA, de lo argumentado en la resolución de acusación, así como de los alegatos conclusivos, se infiere que lo hizo en la calidad de *coautor impropio*, imputación que no comparte el Despacho, toda vez que se considera que la solución dogmática que se ajusta al caso en concreto está gobernada por la teoría de la *autoría mediata* por actuar a través de *estructuras organizadas de poder*” (folio 265; las cursivas son del original).

En ello se observa un gran contraste dado que –de forma abrupta– el Juzgado cambió la calificación dada a la conducta en lo que toca con la forma de concurrencia delictual, con todas las consecuencias procesales que ello comporta de cara a la vigencia del principio de la congruencia.

2. *La génesis de la construcción de la teoría de la autoría mediata a través de aparatos criminales organizados de poder; su soporte.* La providencia se ocupa, además, de la forma como se generó –gracias a la labor del Profesor alemán CLAUS ROXIN– la tesis de la autoría mediata en estos casos. Al efecto, se prevale de las consideraciones contenidas en la sentencia del 23 de febrero 2010, rad. 32805 emanada de la Sala de

Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y se escuda en citas de aquél² y de MUÑOZ CONDE. En relación con el apoyo de la misma, de nuevo de la mano del catedrático germano, señala:

“Esta teoría encuentra sustento «en la tesis de que en una organización delictiva los hombres de atrás [Hintermänner], que ordenan delitos con mando autónomo, pueden, en este caso, ser responsables como autores mediatos, aun cuando los ejecutores inmediatos sean, asimismo, castigados como autores plenamente responsables»”.

3. Una tercera forma de autoría mediata. Así mismo, examina la manera como el expositor alemán construye con esta figura una tercera forma de autoría mediata que se suma a las dos tradicionales, esto es, los casos de coacción y error:

“Con base en lo expuesto, Roxin constituye una tercera forma de autoría mediata que se fundamenta en el dominio de un aparato de poder organizado –oportunidad en la cual advierte que ello “puede incubarse dentro de aparatos estatales o en estructuras propiamente delincuenciales”, a cuyo efecto se vale de lo dicho en la sent. emitida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, el 23 de febrero de 2010, rad. 32805, que va más allá de los supuestos, tradicionalmente aceptados por la doctrina, en que el ejecutor no es responsable por actuar bajo un supuesto de coacción o error”.

Es más, muestra cómo para esta construcción el instrumento no es la persona que obra en una causal de exclusión de la antijuridicidad o de la culpabilidad –habría que añadir los casos de atipicidad–, a cuyo efecto se prevale de las consideraciones que al respecto hacen ROXIN, SUÁREZ SÁNCHEZ y Sala de Casación Penal en la decisión citada:

“...el autor mediato no se vale del individuo que se encuentra subsumido en una causal de justificación o inculpabilidad, sino que domina la ejecución del hecho «sirviéndose de todo un aparato de poder de organización estatal que [funciona] como una máquina perfecta, desde la cúpula, donde se [diseña], [planifica] y se [dan] órdenes criminales, hasta los ejecutores materiales de las mismas, no sin antes pasar tales órdenes por las personas intermediarias que [organizan] y [controlan] su cumplimiento»”, de tal suerte que el instrumento deja de ser el autor material individualmente considerado y pasa a ser el aparato. En palabras del profesor alemán: «[...] el “instrumento” que posibilita al hombre de atrás la ejecución de sus órdenes, no es sólo y ni siquiera mayoritariamente aquél que con sus propias manos ocasiona la muerte de

² Cfr. ROXIN, “El dominio de organización”, págs. 11 y ss.

la víctima. El verdadero instrumento es más bien el aparato como tal. Éste está compuesto por una pluralidad de personas, que están integradas en estructuras preestablecidas, que cooperan en diversas funciones relativas a la organización y cuyo entramado asegura al hombre de atrás el dominio sobre el resultado».

4. Los requisitos del instituto. También, enuncia las exigencias de la autoría mediata en aparatos organizados de poder para lo cual acude a un texto del mismo Profesor alemán y a otro de la Prof. GIL GIL:

“i) poder de mando [Anordnungsgewalt]”, o “dominio de la organización, bastando con ocupar cualquier puesto en la misma siempre que se tenga la capacidad de impartir órdenes a los subordinados, es decir, que pueda dirigir la parte de la organización a él sometida”; ii) “la desvinculación del ordenamiento jurídico [Rechtsgelöstheit] del aparato de poder”, esto es, “[q]ue el aparato u organización actúe como un todo al margen del Derecho”; iii) “la fungibilidad del ejecutor inmediato” “-que no es irresponsable-”, o sea, que pueda ser “libremente intercambiable”; y iv) “la considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor”.

5. *El distingo entre Autoría mediata y coautoría.* A partir de ello, intenta formular la diferencia entre autoría mediata y coautoría –que también extiende a la mal llamada “coautoría impropia”, a cuyo efecto se funda en la sent. de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de 12 de julio 2002, rad. 11682–, en los siguientes términos:

“Con base en los elementos indicados, se identifica claramente la diferencia que existe entre la aludida autoría mediata y la coautoría, lo que permite descartar esa última categoría para casos como el que ocupa nuestra atención, por lo siguiente: i) la autoría mediata se basa en una estructura piramidal, jerárquica, en la cual el hombre de atrás se sitúa bien sea en la cúspide o en mandos intermedios lo que le permite estar por encima del ejecutor. Por el contrario, la coautoría se estructura de forma horizontal, en donde existe acuerdo común entre los partícipes sin relación de subordinación. ii) La realización conjunta del ilícito que se predica de la coautoría desaparece en la autoría mediata, ya que el que ordena no conoce quién va a ser finalmente el ejecutor, no establecen contacto directo, no se encuentran al mismo nivel, ni deciden conjuntamente nada” (folios 268-269). Esto, desde luego, no le impide afirmar que condena al imputado como “...coautor mediato de la conducta de desaparición forzada agravada, prevista en el artículo 165 y 166.1 de la Ley 599 de 2000 -texto original” (folio 324).

6. *El procesado como autor mediato porque, se dice, tenía posición de mando dentro del estamento militar.* De la mano de lo anterior la pieza judicial en estudio afirma, en consecuencia, que el imputado tenía poder de mando y, por ende, ello lo torna en un autor mediato de las desapariciones investigadas:

“Teniendo en cuenta lo hasta aquí argumentado, la tesis que acoge el Juzgado tiene sustento en que el sentenciado, para la época de los hechos, se desempeñaba como militar activo del Ejército Nacional en el grado de Teniente Coronel y Comandante de la Escuela de Caballería, lo que permite ubicarlo en una posición preeminente dentro de la estructura de poder estatal; por tal razón, como se verá enseguida, el Coronel ® LUÍS ALFONSO PLAZAS VEGA ostentaba poder, mando y capacidad de impartir órdenes a sus subordinados. Además, en atención al acervo probatorio recabado, se arriba al convencimiento de que el implicado y los miembros de la ESCAB, tuvieron participación activa durante el desarrollo de la operación táctica y de inteligencia de combate dirigida y coordinada por la Décimo Tercera Brigada, para ese entonces Brigada de Institutos Militares, para la recuperación del Palacio de Justicia y la liberación de rehenes en poder del grupo al margen de la ley, autodenominado M-19” (folio 269).

Es por ello que, justo es recordarlo, en la parte resolutive lo condena como “...*autor mediato responsable del concurso homogéneo de delitos de desaparición forzada,...*”. Incluso, párrafos más adelante, insiste en que él no sólo tenía el mando sino que controlaba a los subordinados, de donde se infiere el requisito de su “intercambiabilidad”:

“Por otra parte, el grado que ostentaba el enjuiciado dentro de la Brigada XIII del Ejército, le permitía impartir órdenes y ejercer el mando sobre los orgánicos de la Escuela de Caballería; sin embargo, contrario a lo alegado por la defensa, durante los sucesos del Palacio de Justicia, integrantes de otras unidades tácticas debieron acatar disposiciones emanadas del Coronel ® LUÍS ALFONSO PLAZAS VEGA, lo que permite demostrar la intercambiabilidad de los subordinados” (folio 285).

7. *Se dice acoger la tesis roxiniana en el contexto de las elaboraciones doctrinas y jurisprudenciales extranjeras.* Luego, al citar algunas decisiones foráneas sobre la materia (como el caso Fujimori) y de mencionar textos de autores nacionales (cfr. APONTE CARDONA y SOCHA SALAMANCA), muestra cómo la concepción del dogmático germano ha sido aceptada en la jurisprudencia nacional:

“Precisamente, la Corte Suprema de Justicia si bien ya se había referido a la autoría mediata por actuar a través de estructuras organizadas de poder (véase, entre otras: la sentencia del 2 de septiembre de 2009, rad. 29221, M.P. Yesid Ramírez Bastidas; así como la sentencia del 3 de diciembre de 2009, rad. 32672, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca), no fue sino hasta la decisión del 23 de febrero de 2010 que decidió actualizar su jurisprudencia en el sentido de considerar que: “cuando se está ante el fenómeno delincriminal derivado de estructuras o aparatos de poder organizados[*], los delitos ejecutados son imputables tanto a sus dirigentes -gestores, patrocinadores, comandantes- a título de autores mediatos[...] y a los directos ejecutores o subordinados -soldados, tropa, patrulleros, guerrilleros o milicianos-“(Rad. 32805, M.P. María del Socorro González de Lemos. Posición plasmada con posterioridad en la sentencia del 18 de marzo de 2010, rad. 27032, M.P. María del Socorro González de Lemos). Decisión en la que se incluye, en la definición de posibles autores mediatos y ejecutores directos, a miembros de estructuras de poder estatal, cuando hace referencia a «comandantes» y «soldados»” (folios 271 y 272).

Incluso, se ve un precedente al respecto en la sentencia emitida por la Sala de Casación Penal el día dos de septiembre 2009, radicado, 29221 –cuya referencia exacta no aparece aunque si un párrafo de la misma–, en la que se acuñó la no precisada figura de la “coautoría por cadena de mando” (cfr. folio 284).

8. Se postula una “nueva interpretación” del art. 29 del C. P. La construcción propuesta se afinca en el texto citado que, con auxilio de la sentencia de 23 de febrero 2010, se dice que debe ser objeto de una “nueva interpretación” para darle cabida al instituto de la autoría mediata en aparatos organizados de poder. En efecto:

“Este criterio jurídico no escapa a nuestro país, en donde, luego de varios pronunciamientos emanados de diversos sectores de la doctrina penal nacional, la honorable Corte Suprema de Justicia ha acogido la tesis expuesta con el fin de brindar una solución más razonable a aquellos eventos en los cuales el autor mediato se vale de un entramado al margen de la Ley para llevar a cabo la ejecución de delitos de extrema gravedad, lo que permite *abrir camino a una nueva interpretación del inciso primero del artículo 29 del Código de penas*, en el sentido de abandonar la clasificación restrictiva de autoría mediata, que consideraba al instrumento irresponsable por haber actuado inmerso en un error invencible o bajo insuperable coacción y considerar dentro de esa categoría al ejecutor penalmente responsable” (folio 271; cursivas añadidas).

C. Apuntes críticos

1. *La ausencia de un verdadero aparato criminal organizado de poder.* Según las consideraciones plasmadas en la sentencia **existió** un aparato organizado de poder (criminal), pero –de manera curiosa– este se armó de un día para otro, entre el seis y el siete de noviembre 1985; eso, por supuesto, pugna con dicha construcción académica que exige la conformación en el tiempo de tal organización, pues, como bien ha dicho el propio ROXIN, estos casos “...se caracterizan porque el sujeto de detrás tiene a su disposición una “maquinaria” personal (casi siempre organizada estatalmente) con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que desplegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor”³.

Por ello, por *aparato criminal organizado de poder* –que puede ser de carácter estatal o no⁴–, se entiende una manifestación delictiva en la que concurre un número plural de personas, de carácter piramidal y de estructura jerárquica, dentro de la cual los órganos que toman las decisiones no son los mismos que las ejecutan; es más, los agentes encargados de realizar el delito –que suelen ser plurales y sólo conocen de forma parcial el diseño– no participan en la estructuración del plan delictivo⁵. Las expresiones utilizadas para designar la figura así lo indican: “aparato” proviene del latín *apparātus*⁶, esto es, un “conjunto organizado de piezas que cumplen una función determinada”; lo de *criminal*, obedece a que se trata de actividades delincuenciales; *organizado*, a su vez, viene del verbo *organizar*⁷, esto es, disponer y preparar un conjunto de personas, con los medios adecuados, para lograr un fin determinado; y *poder* es, como también dice el Diccionario, “tener expedita la facultad o potencia de hacer algo” o “tener facilidad, tiempo o lugar de hacer

³ ROXIN, *Autoría y Dominio*, pág. 268.

⁴ La diferencia entre ambos grupos en ROXIN (cfr. *Autoría*, págs. 275 y ss.) y AMBOS (cfr. *Dominio del hecho*, págs. 33 y ss.). Sobre la conveniencia de extender la teoría mencionada a los aparatos organizados de poder en el ámbito no estatal, al campo empresarial, véase LASCANO, “Teoría de los aparatos organizados”, págs. 349 a 389; en contra, sin embargo, ROXIN (“El dominio de organización”, pág. 7; el mismo, *Strafrecht*, t. II, págs. 55 y ss.) para quien será una problemática a estudiar en el seno de la categoría de los delitos consistentes en la infracción de un deber, creada por él.

⁵ Cfr. JOSHI JUBERT, “Sobre el concepto de organización”, pág. 664.

⁶ Cfr. *Diccionario*, tomo I, pág. 175.

⁷ Cfr. *Diccionario*, tomo II, pág. 1631: “Organizar. Tr. Establecer o reformar algo para lograr un fin, coordinando las personas y los medios adecuados”.

algo”⁸ o, en fin, es el dominio, imperio, facultad y jurisdicción que uno tiene para mandar o ejecutar una cosa. En síntesis: ¡un aparato criminal organizado de poder no se arma en dos días, como parece pretenderlo la sentencia examinada!

2. *La falta de precisión en torno a la exigencia de que aparato actúe al margen del Derecho.* Si se lee con detenimiento la pieza judicial en examen, se constata como uno de los requisitos que se predica del aparato criminal es aquel presupuesto objetivo en cuya virtud se debe producir «*la desvinculación del ordenamiento jurídico [Rechtsgelöstheit] del aparato de poder*», esto es, “**¡que el aparato u organización actúe como un todo al margen del Derecho**”» (cfr. folio 265, se subraya). Ello amerita una precisión:

Como en nuestro medio es común no estudiar el pensamiento de los autores de manera sistemática sino citarlos para adornar las providencias o atraer la atención de los incautos, no se tiene en cuenta que esa exigencia sólo se compeadece con la formulación inicial de la Teoría de ROXIN y no con su actual concepción. Por eso, en su trabajo sobre “Autoría y dominio del hecho”⁹ afirmaba que para su construcción se requerían dos tipos de manifestaciones típicas: una, aquella en virtud de la cual “los mismos que ostentan el poder estatal, con ayuda de organizaciones subordinadas a ellos, cometan delitos” (casos Eichmann y Staschynski); y otra, que ello se refiera a “hechos que se cometen en el marco de movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas de criminales y grupos semejantes”¹⁰.

Por eso, decía ese catedrático: “*De la estructura de la organización se deduce que éste sólo puede existir allí donde la estructura en su conjunto se encuentre al margen del ordenamiento jurídico, puesto que en tanto que la dirección y los órganos ejecutores se mantengan en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las órdenes de cometer delitos no pueden fundamentar dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas, y con ello el poder de voluntad del sujeto de detrás*”¹¹. Es más, ejemplificaba: “Así, cuando en un Estado de Derecho una autoridad determina a sus subordinados a cometer delitos o cuando en las fuerzas armadas un

⁸ Cfr. *Diccionario*, tomo II, pág. 1791.

⁹ ROXIN, *Autoría y Dominio*, págs. 274-276.

¹⁰ ROXIN, *Autoría y Dominio*, págs. 275 y 276.

¹¹ ROXIN, *Autoría y Dominio*, págs. 274-275.

mando imparte órdenes antijurídicas, ello ha de valorarse siempre, salvo que haya que afirmar la autoría mediata por otras razones, sólo como inducción, pues si todo el aparato se mueve por los cauces del derecho, “funciona” de la manera requerida por la estructura de dominio descrita únicamente al establecer las vías preestablecidas por el ordenamiento jurídico” .

En otras palabras: con tal punto de partida sólo se puede hablar de autoría mediata en estos casos cuando se logre demostrar –y ello no ha sucedido– que las Fuerzas Armadas y policiales colombianas que intervinieron en la operación de retoma del Palacio y en los actos posteriores –léase las torturas, desapariciones, etc. de las que se habla– actuaron en su conjunto, “como un todo” al margen del ordenamiento jurídico.

No obstante, cosa curiosa –sin reparar en el contenido del trabajo que también se cita en la sentencia como apoyo doctrinario–, en épocas recientes el Profesor alemán señala algo completamente distinto:

«...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 RDA 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 depende 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 RDA 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”»¹².

De esta manera, el agregado aquél según el cual se requiere “**que el aparato u organización actúe como un todo al margen del Derecho**” ya no es posible en la concepción roxiniana¹³ y eso, justo

¹² Cfr. ROXIN, “El dominio de organización”, pág. 16.

¹³ Sobre ello, MEINI, *El dominio de la organización*, pág. 47.

es recordarlo, no lo precisa la providencia porque no se tienen claros los dos momentos del debate.

3. *La desvinculación al derecho debe reunir una exigencia adicional.* Es más, si se acude a concepciones más recientes –que complementan la roxiniana– se advierte que para poder predicar el apartamiento del Derecho, es necesario que él sea estructural, cosa que tampoco se demuestra en el proveído judicial. Así, por ejemplo, el Profesor AMBOS afirma en reciente trabajo que la desvinculación al derecho –que, dice, puede ser instantánea o gradual– “...debe ser de carácter estructural, es decir, violaciones aisladas de los derechos humanos que no forman parte de una política no son suficientes. En el caso de violencia masiva y sistemática estatal, no es necesario que todo el aparato estatal como tal funcione fuera de los límites del Derecho nacional o internacional, basta que una parte de las instituciones, por ejemplo, las fuerzas de seguridad, funcionen como un «Estado dentro del Estado» e implementen una política de violaciones de derechos humanos bajo el liderazgo de altos funcionarios”¹⁴.

En fin, nadie discute que en este caso hubo graves violaciones a los derechos humanos, pero ellas no tienen la connotación de estructurales como, para poder apuntalar en ellas, la figura que se predica.

4. *El poder de mando, la fungibilidad de los instrumentos y la elevada disponibilidad a la realización del hecho.* Tampoco la sentencia ahonda en estas tres exigencias. En efecto, en primer lugar, no demuestra que el imputado haya sido quien dio la orden (o las órdenes) de desaparecer a las once personas; esta, no se olvide, es una constatación de naturaleza objetiva que se debe hacer en cada caso en concreto y no se puede suplir con las meras valoraciones del Juzgador. Esto es todavía más evidente cuando la propia Sentencia reconoce que el imputado era un mero mando medio de las Fuerzas Militares.

En segundo lugar, tampoco se prueba la “fungibilidad” o la “intercambiabilidad” de los “instrumentos”, máxime que a estas alturas no se sabe cuántos fueron ni cómo actuaron; por eso, es imposible a partir de allí construir el añorado aparato criminal organizado. En otras palabras: sin la demostración de este requisito subjetivo, en cuya virtud se debe establecer la existencia de las piezas fungibles o “ruedecillas”,

¹⁴ AMBOS, en Ambos (Coord.), *La Autoría Mediata*, pág. 82.

atadas por un verdadero “engranaje mecánico”, es imposible apuntalar la construcción que se quiere defender.

Así mismo, en tercer lugar, igual crítica cabe en relación con la “elevada disponibilidad al hecho del ejecutor”, elemento también de naturaleza subjetiva que requiere de una innegable base fáctica de carácter psicológico, a diferencia de los tres anteriores¹⁵.

En fin, todo se queda en el nivel de lo valorativo –sin que se pueda, por lo demás, observar una pulcra argumentación al respecto– y la supuesta existencia del aparato sirve como cómodo regazo que arropa dichos elementos. ¡Las pruebas que, nos enseñaron nuestros maestros, son las que apuntalan cualquier imputación jurídico-penal, brillan ahora por su ausencia y, en su lugar, los juicios de valor (no importan si se compadecen o no con la realidad probatoria) son los que absuelven o condenan a los ciudadanos!

5. *La ley penal vigente no prevé la autoría mediata a través de aparatos criminales organizados de poder.* Adicional a lo anterior, debe decirse que el texto del art. 29 del C. P. tampoco posibilita que dentro de la figura de la autoría mediata se incluya como “instrumento” a los aparatos organizados de poder. Es claro que el texto alude al que “utilizando a otro como instrumento” y, bien se sabe, ese “otro” sólo puede ser un ser humano y no un aparato criminal organizado de poder; ese, por lo menos, fue el sentido que se le dio al tenor de la ley cuando se elaboró el art. 29 del Proyecto de Código Penal de 1998.

Es más, acudir a esta construcción para juzgar hechos cometidos en 1985 –ya cobijados por la prescripción de la acción penal– no deja de ser un desatino de proporciones porque, con ello, se aplica un dispositivo no previsto en la ley penal vigente al momento en que los mismos se cometieron, para el caso el Código Penal de 1980. Proceder así es, pues, violentar el principio de legalidad de los delitos y de las penas; es, valga decirlo de nuevo, aplicar de forma retroactiva en desfavor del reo la ley penal.

6. *La confusión entre autoría mediata y coautoría.* Además, pese a que la providencia se esfuerza por hacer un distingo entre estos dos institutos la verdad es que la confusión entre ellos termina por dominar la escena; en efecto, como se recordará, en la Parte

¹⁵ Sobre ello, GARCÍA CAVERO, en Ambos (Coord.), *La Autoría Mediata*, pág. 208.

Resolutiva num. 2, se dice que se condena al imputado como “coautor mediato de la conducta de desaparición forzada agravada”. En otras palabras, como si no se tratara de dos construcciones completamente distintas, ahora se refunden y surge la mal llamada “coautoría mediata” cuyos alcances y requisitos nadie conoce y el proveído judicial no se atreve a desarrollar.

7. *Las tesis del Profesor Roxin también ofrecen reparos.* Además, al hacer gala de una postura excluyente –algo inadmisibles cuando se hace academia sería o se administra justicia de forma imparcial– la sentencia da por supuesto que la construcción en mención –que, ya se demostró, aplica en forma errónea– es la única correcta, cuando es evidente que la misma ha sido sometida a diversas *críticas* y se han propuesto otras soluciones, por académicos de este y del otro lado del océano¹⁶.

En efecto, se le cuestiona porque desconoce la arquitectura tradicional de la autoría mediata¹⁷ con la que no se puede comparar, porque en ella ni el que da la orden ni el ejecutor tienen el dominio del hecho, de donde se infiere que el dominio del suceso sólo lo tiene el hombre de atrás. Es más, se dice que el verdadero autor mediato no es el sujeto responsable sino el aparato organizado de poder, porque es por medio de él como se realizan las conductas punibles¹⁸, no empuja lo cual para esa construcción ocurre todo lo contrario: el “instrumento” es el aparato.

Incluso, asevera BOLEA BARDÓN, el punto más débil de la concepción se deriva de la doble calificación que se le otorga a la conducta del ejecutor material de quien, “por una parte, se afirma su capacidad de tomar una decisión libre y responsable; y, por otra, en lo que afecta al hombre de atrás, acaba negándosele dicha capacidad”¹⁹. Es más, se critica el carácter fungible del ejecutor lo cual le quita la

¹⁶ Cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, *Autoría y Participación*, págs. 313 y ss.; los trabajos de Jakobs, Herzberg y García Caveró, en AMBOS (Coord.), *Autoría Mediata*, págs. 101 y ss., 125 y ss., BOLEA BARDÓN, *autoría mediata*, págs. 358 y ss.; MEINI, *El dominio de la organización*, págs. 17 y ss., 69 y ss.

¹⁷ AMBOS (cfr. *Dominio del hecho*, pág. 31, apoyado en BLOY), propone —sobre las bases echadas por Roxin— distinguir entre injusto individual e injusto colectivo, para dar cabida a “una responsabilidad con base en un *injusto de organización en lugar de un injusto individual*”.

¹⁸ Con toda razón, pues, se pronuncia en este sentido HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, págs. 42-43.

¹⁹ Así, BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata*, pág. 350; también, págs. 367-369.

calidad de verdadero “instrumento”, para tornarse en una figura que opera a partir del mero aleas, pues en cualquiera puede recaer la misión de ejecutar la orden cosa que no sucede en la autoría mediata tradicional; por ello, se aduce, la fungibilidad del ejecutor no es un elemento típico tan importante como para que, a partir de él, se pueda definir una forma de autoría mediata²⁰. Esta crítica ha sido tan demoledora que el propio ROXIN se ha visto obligado al aceptarla cuando, hoy, afirma que “es recomendable no apoyar exclusivamente la autoría mediata en este criterio”²¹.

También, se afirma que el ejecutor no actúa de manera automática y que, en realidad, se deja corromper por la orden ilícita lo que –de forma paradójica– lo torna en un verdadero autor responsable²². En armonía con lo anterior, se califica esta elaboración académica de “complicada construcción” que se puede prestar para “soluciones políticas no deseadas”²³; o, de forma más sencilla, se le desecha por creer que la forma de enfrentar esta problemática puede ser otra²⁴, cuando no se le estima innecesaria²⁵.

Además, hay quienes opinan que no está demostrada la conformación piramidal de las organizaciones criminales con base en una estricta relación de jerarquía²⁶, por lo que la afirmación de los defensores de la concepción de la autoría mediata termina en un verdadero limbo criminológico al partir de un supuesto no demostrado. Incluso, como reconoce un decidido partidario de esta tesis²⁷, no es fácil aplicar esta construcción a los casos de la vida real sobre todo en países cuyo derecho positivo no brinda las herramientas para acomodarla, máxime si hoy –a diferencia de la formulación inicial– se le concibe como autoría mediata por dominio de la organización.

De igual forma, se pretende que tal concepción no es sostenible por ambivalente y por caer un verdadero sofisma²⁸: supone que existe una construcción uniforme para los aparatos criminales organizados de

²⁰ Cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, *Autoría y Participación*, págs. 314.

²¹ Véase, “El dominio de la organización”, pág. 19.

²² Cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, *Autoría y Participación*, págs. 315.

²³ Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal*, 2ª ed., pág. 780.

²⁴ Cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, págs. 763 y 784.

²⁵ Cfr. STEIN, *Die strafrechtliche*, pág. 203.

²⁶ Cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, *Autoría y Participación*, págs. 315.

²⁷ Cfr. RAFECAS, “Autoría”, pág. 10.

²⁸ Véase, al respecto, lo que señalan SCHILD *et al*, *Nomos Kommentar*, t. I, pág. 1062.

poder y ello no es cierto; hace un esfuerzo gigantesco para elaborar una alzada teórica que responda a esa inexistente estructura, pero cuando ella se confronta con la realidad, el edificio hace agua y se derrumba. En fin, una elaboración que no cumple ninguna finalidad en la vida real –distinta, por supuesto, a la de eludir vacíos probatorios y potenciar la transgresión de los principios del acto y de culpabilidad– porque, desde el punto de vista punitivo, al “autor mediato” se le trata como si fuese un verdadero autor.

A este último respecto, bien vale la pena recordar la forma como tribunales foráneos –piénsese en el Perú– y nacionales –exáminense, por ejemplo, las recientes decisiones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia que aquí se analiza–, aplican estas construcciones la cual deja mucho que desear: se condena sin los suficientes rudimentos probatorios para proceder; se fuerza el derecho positivo para implantar institutos no previstos y ellos se utilizan, de manera retroactiva, para juzgar hechos cometidos con anterioridad; incluso, se acude a formas de responsabilidad objetiva²⁹.

En fin, no es del todo claro –como a veces se pretende y parece derivarse del proveído en comento– que la única explicación posible sea la diseñada por el gran catedrático alemán, como si con él hubiese terminado la discusión.

D. Conclusiones. Llegados a esta altura de la exposición cabe formular las siguientes reflexiones para el debate:

Primera. Es muy importante para el país que –después de veinticinco años del holocausto– se trate de establecer la verdad y se busque hacer justicia; sin embargo, ello no se puede hacer a cualquier precio. A nuestros mártires no se les honra cometiendo desafueros ni pisoteando el ideario demoliberal por el que ellos, recuérdense las últimas palabras del Magistrado Reyes Echandía, ofrendaron sus vidas.

²⁹ Muy crítico, al proponer el reemplazo de la figura por una construcción que llama del “autor detrás del autor” con base su “teoría de los grados del dominio del hecho”, SCHÜNEMANN: “Del descubrimiento de Welzel del dominio social del hecho”, pág. 252, para quien la tesis de ROXIN es “una excepción al principio de responsabilidad” (pág. 251) y “su sistema presenta quebrantamientos de contenido y está regido más por un sentimiento jurídico cambiante que por su consecuencia sistemática” (pág. 255).

Segunda. La forma como el aparato penal ha actuado en este caso, es cuestionable porque –al mostrar su carácter selectivo y parcial– sólo ha puesto su mira en algunas personas, con el consiguiente olvido de otros actores que –atendidas las mismas consideraciones que hoy se hacen– también deberían responder ante el país y el mundo por sus actos.

Tercera. Una administración de justicia que deja prescribir la acción penal y –luego de desconocer la ley y Constitución– edifica procesos como los que hoy se adelantan, carece de verdadera legitimidad democrática y se torna dañina para la seguridad jurídica y el Estado de Derecho.

Cuarta. Así mismo, no se ve como a partir de las construcciones doctrinarias que se dicen profesar sea viable afirmar que en los crímenes cometidos dentro y fuera del Palacio de Justicia, por lo menos en lo que toca con las fuerzas del orden –¡otra cosa, por supuesto, cabe decir del grupo terrorista que propició la toma!–, se avizora el aparato criminal organizado de poder de que habla la sentencia.

Quinta. En consecuencia, tampoco es posible darle el tratamiento de autor mediato a la persona que ha sido condenada por las desapariciones forzadas porque no se dan los presupuestos para ello; y, mucho menos, la de “coautor mediato” pues en este caso se trata de una categoría improvisada que no tiene ningún fundamento dogmático serio.

Sexta. Mirada en su conjunto, la sentencia estudiada adolece de graves defectos en materia de motivación por defecto y/o por insuficiencia; además, de cara a las exigencias de la normativa procesal por la que se rige la actuación, no aparece clara y expedita la responsabilidad del procesado en relación con la conducta o conductas que se le endilgan, como para edificar en su contra una condena por una autoría mediata a través de un aparato organizado de poder.

Séptima. El artículo 29 de la legislación penal vigente no permite la extensión de la figura de la autoría mediata a los aparatos organizados de poder; tampoco, adviértase, era viable a la luz del art. 23 del C. P. de 1980. Hacerlo es plantear, una vez más, el desconocimiento del principio de legalidad y arrasarse con el programa penal de la Constitución; en fin, es dar cabida a un Derecho penal expansionista que no respeta principios ni fronteras.

Octava. Decisiones como las que aquí son objeto de examen reclaman la presencia de una academia con capacidad de ejercer su actividad fiscalizadora y cuestionadora, con independencia y transparencia; es más, hoy más que nunca –así se trate de juzgar episodios tan dolorosos y sangrientos como los hoy recordados– se hace necesario que los estudiosos, animados de una profunda vocación crítica, reivindiquen los postulados del Estado de derecho, los únicos capaces de velar por una Administración de Justicia democrática e imparcial que se convierta en sólido pilar del cambio y de la nueva organización social que se reclama.

E. Bibliografía

AGUDELO BETANCUR, NÓDIER/FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: “La Justicia en llamas”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, N° 29, Bogotá, Temis, 1985.

ALEXY, Robert: “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”, traducción de Oliver Lalana, en *Doxa Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 23, 2000, págs. 197 y ss., en http://www.cervantesvirtual.com/servelet/SirveObras/12383873132368273109213/Doxa23_09.pdf

AMBOS, KAI: *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

_: *La Parte general del Derecho penal internacional*, trad. de Ezequiel Malarino, Uruguay, Mastergraf, 2005.

_: “Dominio por organización. Estado de la discusión”, en *Dpcon* N° 19, Bogotá, Legis, 2007, págs. 5 y ss.

_: “Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate. Eine kristische Bestandsaufnahme und weiterführende Ansätze”, en *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, N° 5, Mayo de 1998, Heidelberg, R. v. Decker, 1998, págs. 226 y ss.

AMBOS, KAI (Coord.): *La Autoría mediata: el Caso Fujimori*, Lima, Ara Editores, 2010.

BOLEA BARDÓN, CAROLINA: *Autoría mediata en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

CASTILLO GONZÁLEZ, FRANCISCO: *Autoría y Participación en el Derecho penal*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2006.

Diccionario de la Lengua Española, 2 tomos, Madrid, Real Academia Española, vigésima segunda edición, 2001.

GIL GIL, ALICIA: "La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Núm. LXI, Enero 2008, Madrid, Ministerio de Justicia, págs. 53-87.

HERZBERG, ROLF DIETRICH: *Täterschaft und Teilnahme*, München, C. H. Beck, 1977.

JAKOBS, GÜNTHER: *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo, primera edición, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1995.

JOSHI JUBERT, UJALA: "Sobre el concepto de *organización* en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1995, ponente Excmo. Sr. Bacigalupo", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLVIII, Fasc. II, mayo-agosto de 1995, Madrid, Ministerio de Justicia, 1995, págs. 657 y ss.

LASCANO, CARLOS JULIO: "Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales", en *Nuevas formulaciones en las Ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin*, Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 2001, págs. 349 y ss.

MEINI MÉNDEZ, IVÁN FABIO: *El dominio de la organización en Derecho Penal*, Lima, Palestra, 2008.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: "¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?", en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, págs. 502 y ss.

RAFECAS, DANIEL: "Autoría mediante aparatos organizados de poder", en http://www.catedrahendler.org/material_in.php?id=4

ROXIN, CLAUDIUS: *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8ª ed., Berlin/New York, Walter de Gruyter, 2006; el mismo: *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1998.

_: "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", conferencia pronunciada el 23 de marzo de 2006 en la clausura del curso de Doctorado *Problemas fundamentales del Derecho Penal y la Criminología* de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, en <http://www.iustel.com/v2/revistas/>; también, en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 7, Santiago de Chile, Centro de Estudios de la Justicia, Universidad de Chile, 2006, págs. 11 y ss.

_: “Bemerkungen zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru”, en ZIS N° 11, año 4, 2009, págs. 565 y ss., publicación electrónica: <http://www.zis-online.com>

_: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, tomo II, München, C. H. Beck, 2003.

SCHÜNEMANN, BERND: “Del descubrimiento de Welzel del dominio social del hecho al desarrollo del «dominio sobre el fundamento del resultado» como principio general de la autoría”, en Moreno Hernández/Struensee/Cerezo Mir/Schöne, *Problemas capitales del moderno Derecho Penal. Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la política criminal y la dogmática penal del siglo XXI. Libro Homenaje a Hans Welzel con motivo de su 100 aniversario*, México, CEPOLCRIM, 2005, págs. 231 y ss.

STEIN, ULRICH: *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Berlin, Duncker-Humblot, 1988.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL/ALEJANDRO ALAGIA/ALEJANDRO SLOKAR: *Derecho penal*, Parte general, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2002.