

# Responsabilidad penal internacional de altos dirigentes de estructuras de poder, por comisión de graves crímenes contra los derechos humanos en Colombia: Un aspecto esencial de cara al postconflicto<sup>1</sup>

## Criminal responsibility on International courts of senior leaders of power structures for committing serious crimes against human rights in Colombia: An essential aspect in the face of post-conflict

OMAR HUERTAS DÍAZ

*Abogado, Especialista en Derecho Penal y Candidato a Doctor en Derecho, PhD © en Ciencias de la Educación, Conjuez de la Sala Penal del Honorable Tribunal Superior de Bogotá. Investigador Asociado de COLCIENCIAS. Docente de la Universidad Nacional de Colombia. Bogotá*

*ohuertasd@unal.edu.co*

*Universidad Nacional de Colombia.*

*Carrera 45 No. 26-85 Edificio Uriel Gutiérrez Bogotá*

CAROLINA AMAYA SANDOVAL

*Joven Investigadora del Grupo de Investigación Escuela de Derecho Penal Nullum Crimen Sine Lege Universidad Nacional de Colombia.*

*caramayasan@unal.edu.co*

### Para citar este artículo

Huertas Díaz, O y Amaya Sandoval, C (2016).. Responsabilidad penal internacional de altos dirigentes de estructuras de poder, por comisión de graves crímenes contra los derechos humanos en Colombia: Un aspecto esencial de cara al postconflicto Justicia Juris, 12(2), 11-20

**Recibido:** Julio 22 de 2016  
**Aceptado:** Agosto 15 de 2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.15665/rj.v12i2.1007>

### RESUMEN

*Entrañable resulta hablar de justicia, cuando en tiempos de un conflicto actualmente continuo, se está ad portas de la finalización negociada del mismo, donde ante un eventual escenario de posconflicto, el Estado Colombiano debe reconocer y hacer efectiva, la necesidad de juzgar y sancionar crímenes graves perpetrados por los más altos dirigentes en el marco de una estructura jerárquica de poder, y para que de esta forma se materialice una verdadera garantía de justicia y paz.*

**Palabras clave:** *Responsabilidad penal internacional, derechos humanos, postconflicto, jurisdicción especial para la paz.*

<sup>1</sup> Artículo resultado de investigación del grupo de Investigación “Escuela de Derecho Penal NULLUM CRIMEN SINE LEGE UN”, Reconocido y Clasificado en A COLCIENCIAS- 2015 Financiado Universidad Nacional de Colombia, COL0078909.

## ABSTRACT

*It is endearing to talk about justice, when in times of an alleged and currently ongoing conflict, that is being negotiated to come to an end, where in a possible scenario of post-conflict, the Colombian State must recognize and enforce the need to prosecute and punish serious crimes perpetrated by the highest leaders in the context of a hierarchical power structure. Therefore, there may be a real guarantee of justice and peace materializes.*

**keywords:** *criminal responsibility, human rights, post-conflict, international courts*

### Introducción

De la consecución de los acuerdos alcanzados en el Acuerdo para la creación de una jurisdicción especial para la paz y ante un eventual escenario de postconflicto en Colombia, debe derivar la aplicación de la responsabilidad penal individual de altos dirigentes de estructuras jerárquicas de poder, organizadas en torno a la comisión de crímenes internacionales bajo la modalidad jurídica de la autoría mediata mediante aparatos organizados de poder. De esta manera la presente obra pretende hacer evidente la necesidad de juzgamiento y sanción de tales crímenes acaecidos en Colombia en pro de los valores y principios reafirmados por el Derecho penal internacional y sus instrumentos normativos al tratarse de hechos que merman la conciencia de la humanidad.

En tal entendido, expresa Kai Ambos (2008a: 33-35) que el Estatuto de Roma ha reforzado el deber de derecho consuetudinario en cuanto expresa la acepción general de perseguir crímenes internacionales y de competencia de la Corte Penal Internacional. Además, si un Estado tiene el deber de perseguir, es lógico que no pueda eximirlos de castigo, por ejemplo, concediendo amnistía respecto de tales crímenes. Así, de ello se colige que si el Derecho prevé un deber de perseguir, entonces el Estado de derecho supone una prohibición de amnistía y como tal constituye un límite a la política; de otra forma, el mismo orden jurídico y social que debe ser protegido por el Estado de derecho se debilitaría y en su lugar, se crearía o promovería una cultura de impunidad.

Como muestra de ello, la responsabilidad penal internacional del individuo se ha tornado en una de las herramientas e incluso en un logro consolidado tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial, pues su fundamento deriva en el propósito de evitar la impunidad por comisión de crímenes contra los derechos humanos, y de ello igualmente deriva la responsabilidad penal del dirigente o de altos mandos de estructuras jerárquicas en virtud de un aparato organizado de poder, donde tal responsabilidad implica la consecución

de requisitos como la existencia de una relación entre superior y subordinado; el conocimiento del superior de los hechos que implican la comisión de crímenes; y el la omisión del superior de tomar decisiones encaminadas a evitar la comisión de tales crímenes, teniendo conocimiento de ello.

En relación a ello, la responsabilidad penal individual de altos dirigentes, ésta se da bajo la modalidad de la autoría mediata mediante aparatos organizados de poder, donde se recalca la penalización de delitos de gran envergadura, siendo un teoría inicialmente desarrollada por Claus Roxin (2000) al considerar éste que el dominio del hecho final lo posee quien se encuentra detrás del instrumento, es decir, el llamado hombre de atrás. Así mismo, se requiere que haya lugar a la subordinación del instrumento por parte del hombre de atrás, por lo que debe ser clara la relación de coacción de uno respecto del otro. De igual manera, debe haber un hecho doloso para que necesariamente opere esta figura y que el hecho en específico, sea de trascendencia penal.

Cabe mencionar que el dominio, del que tiene disposición el hombre de atrás, debe estar determinado por la capacidad de mando para la ejecución inmediata de las órdenes a que haya lugar para la comisión de crímenes internacionales, así como su capacidad de reemplazar a los instrumentos o autores materiales dentro de la escala jerárquica.

Dentro del contexto Colombiano, la teoría de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder ha venido siendo dificultosamente desarrollada mediante la jurisprudencia nacional, pues en principio se deseaba mantener la tradicional calificación de autoría mediante la estipulación del artículo 29 del Código Penal, pero la imperativa necesidad de ir a la par del desarrollo de la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, inicialmente consolidada por la jurisprudencia extranjera, implicó un cambio en la jurisprudencia interna penal respecto a la aplicación de esta teoría, cuando se trata imputar responsabilidad por autoría mediata en estructuras jerárquicas de poder. Sin embargo,

la consolidación de la misma debe hacerse aún más valedera en el marco de actividades de investigación, juzgamiento y sanción de crímenes atentatorios a los derechos humanos acaecidos durante el conflicto armado interno.

En este punto, se hará énfasis en que el Estado Colombiano cuenta con la voluntad y la capacidad de juzgar y sancionar crímenes de derecho internacional de competencia de la Corte Penal Internacional, so pena de su legítima intervención. Pero más allá de ello, por el no cumplimiento debido del derecho de reparación de los derechos de la miles de víctimas del conflicto armado interno. Al respecto, el deber de persecución y juzgamiento de tales crímenes tiene incidencia en el fin de la pena, en tanto la no persecución minaría la efectividad de disuasión del derecho penal, toda vez que la persecución reintegra a las víctimas el estatus de conciudadanos, envía el mensaje apropiado a los autores de tales conflictos y también a la sociedad en general en calidad de prevención general y especial negativas, y así mismo, reafirma los valores de una sociedad en tanto prevención general positiva. Pero el objetivo, se extiende cuando nos referimos a los derechos de las víctimas, pues aunque los mismos no se limitan a la justicia penal en estricto sentido, la información empírica disponible indica que las víctimas tienen un fuerte interés en la persecución y castigo de los autores y en su propia participación en la persecución penal y los juicios. (Ambos 2008a: 34-40)

Con todo, es imperativo dentro del quehacer académico, que se cimenten las bases para que dentro de un anhelado contexto de paz y justicia, se materialice la efectiva sanción y punición a crímenes atentatorios a los derechos humanos perpetrados por los más graves responsables, de manera que los acuerdos alcanzados por las partes negociadoras, sea una pronta realidad en favor de la sociedad. Es así, como la presente obra, es muestra de la investigación académica que en este caso, busca dar fundamento a la responsabilidad penal internacional de altos dirigentes de estructuras de poder, por comisión de graves crímenes contra los derechos humanos en Colombia, llevada a cabo mediante el análisis de doctrina relevante sobre este aspecto y la visibilización de su relevancia práctica para el caso Colombiano, y esencialmente, ante un eventual escenario de postconflicto.

## **2. Fundamentos de una jurisdicción penal internacional y vinculatoriedad en Colombia**

El fundamento de la creación de una jurisdicción penal internacional parte de la protección de determinados bienes jurídicos internacionales, que

no obstante, su desarrollo se ha visto contaminado por conceptos y límites propios de un ámbito jurídico, el internacional, todavía deudor en exceso del origen voluntarista de sus normas y de la resistencia de los Estados a renunciar a ámbitos de su soberanía. La contemplación de los tipos delictivos tradicionalmente incluidos en el Derecho penal internacional –crímenes de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra y crimen de agresión- lleva a la comprensión de que en muchos de ellos se protegen bienes jurídicos individuales. Sin embargo, en alguna medida para fundamentar la intervención del Derecho penal internacional, un sector de la doctrina ha preferido buscar una relación entre los bienes jurídicos individuales y la paz internacional, siendo ésta concebida como auténtico bien jurídico internacional y principal objeto de protección del Derecho penal internacional, contra el que atentan directa o indirectamente los crímenes contra la paz. Así, la infracción internacional en tanto acción u omisión internacionalmente peligrosa, de modo que contribuye a la preparación o ejecución de actos prohibidos o la violación de las leyes y costumbres de la guerra o a la creación de situaciones capaces de turbar las relaciones pacíficas entre los Estados, o de una política nacional que ofende la universalidad del sentimiento humano. (Gil 1999: 29-30)

Por tanto, la persecución penal ha llegado a ser la modalidad de ultima ratio de protección de los derechos humanos cuando otras modalidades de protección aparecen como insuficientes, se justifica por tanto la internacionalización de esta materia en el presunto impacto internacional de ciertas formas de violación cuando son cometidas bajo el patrocinio de una política estatal, en cuanto afectan a los intereses de la seguridad colectiva de la Comunidad Internacional o constituyen, por razón de su seriedad y magnitud, una amenaza para la paz y seguridad de la humanidad. (Gil 1999: 31)

En este sentido, resulta por tanto aplicable el Principio de Complementariedad, con el objeto de que un Estado determinado, ponga en funcionamiento su aparato judicial para investigar, juzgar y sancionar graves crímenes contra los derechos humanos acaecidos en el territorio, y crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional cuando haya lugar a la admisibilidad de un caso, la cual ha de depender de la falta de voluntad o incapacidad de un Estado, por lo que aquí se entiende al Principio de Complementariedad en strictu sensu, donde en estos casos el peso de la prueba recae por regla general, sobre el Fiscal, es decir, él debe probar

la falta de voluntad o la incapacidad. Pero cabe anotar, que la Corte Penal Internacional depende en gran medida de la cooperación del respectivo Estado en el otorgamiento de información relativa a las medidas adoptadas por el sistema de justicia nacional. De hecho, se puede argumentar que el proveer de pruebas concluyentes de que se está actuando como corresponde, está establecido en el interés superior del Estado y que, por lo tanto, la carga recae sobre el Estado. (Ambos 2012: 360-361)

En cuanto a la falta de voluntad, ésta no se encuentra definida en el Estatuto de Roma. El artículo 17, numeral 2 tan solo especifica los criterios que deben ser considerados: 1. El propósito de sustraer de la responsabilidad penal; 2. Demora injustificada; y 3. Falta de independencia o imparcialidad. Sin embargo, la existencia de alguno de esos criterios no necesariamente conduce a la constatación de falta de voluntad, pues la Corte Penal Internacional los examinará para determinar la falta de voluntad; de este modo tales factores son necesarios, pero no suficientes para determinar por sí mismo la falta de voluntad. Además, se debe destacar que la obligación de investigar recae en el Estado, de manera que no puede ser sustituido por un órgano no estatal o por una entidad internacional. Por tanto, la falta de voluntad debe ser también atribuida al Estado, que debe reflejar, al contrario de la incapacidad, su política. (Ambos 2012: 364)

Respecto de la incapacidad, si bien es un concepto más objetivo y fáctico que la falta de voluntad, su correcta interpretación aún implica problemas, pues la incapacidad está determinada por tres eventos: 1. Colapso total; 2. Colapso sustancial; o 3. El carecer de un sistema de justicia nacional. Estos eventos que conllevan a la incapacidad de un Estado, implican que este no pueda hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio. Por tanto:

1. Un colapso total, presupone que el sistema judicial en su conjunto (no solo temporal o parcialmente) no funcione más. En este sentido, un colapso total puede ser equiparado a la inactividad, y ello sucede por ejemplo en el caso donde las autoridades de un Estado han perdido el control sobre su territorio, en la medida en que la administración de justicia se ha quebrantando completamente, o donde las autoridades si bien ejercen un control, ya sea militar o político en su territorio, no efectúan tal administración. Así, el colapso total puede definirse como una ruptura completa de la

administración nacional de justicia ya sea debido a que el Estado pierde el control sobre el territorio o debido a la decisión interna de erradicar la administración nacional de justicia.

2. En un colapso sustancial, se discute si la disposición implica una evaluación cuantitativa y/o cualitativa y para ello se debe tomar en cuenta que el término original “parcial” fue reemplazado por “sustancial” con el fin de aumentar el umbral de admisibilidad y reafirmar la supremacía de las jurisdicciones nacionales, lo que significa que se requiere de una interpretación restrictiva. El colapso es “sustancial” si produce un gran o significativo impacto en el funcionamiento del sistema nacional de justicia. Por tanto, el sistema debe estar colapsado a tal extremo que ya no es capaz, en general, de asegurar la investigación del caso ni tampoco el enjuiciamiento de los individuos.

3. Respecto a la determinación de la no disponibilidad, en parte se superpone con el requisito del colapso sustancial. Una interpretación literal amplia puede revelar tres potenciales aspectos: la no existencia de algo, la no accesibilidad a alguna cosa y la inutilidad de un recurso, independientemente de su existencia y argumentos sistemáticos y teleológicos (la “no disponibilidad” debe ser interpretada con la suficiente amplitud para reducir el número de situaciones en que la CPI deba referirse a los procedimientos nacionales, a pesar de la incapacidad actual del Estado de conducir los procesos). Ello aplica también para cuando un sistema jurídico se encuentra establecido pero no prevé un recurso judicial efectivo o el acceso a los tribunales ya sea por razones políticas, legales o de hecho, o bien porque no es capaz de producir los resultados deseados. (Ambos 2012: 373-375)

Por tales fundamentos, se entiende entonces que el Estado Colombiano se encuentra en la obligación de investigar, juzgar y sancionar graves crímenes contra los derechos humanos acaecidos en su territorio, sobre la base de los principios bases del Derecho penal internacional, pero así mismo, no ha de eludir tales obligaciones si en la normativa nacional no se contempla expresamente un crimen de derecho internacional como lo son los crímenes de lesa humanidad, pues se debe asistir a la conciencia de la humanidad y a que la normativa internacional contiene principios de ius cogens de obligatoria aplicación y cumplimiento, más aun ante un escenario de eventual postconflicto

donde el primordial objetivo, es el materializar la paz y la justicia, y el cumplimiento de criterios internacionales, es sin duda parte del camino para que así sea.

Ahora bien, haciendo énfasis en el caso Colombiano, la Corte Constitucional Colombiana, mediante la Sentencia C-578 de 2002, necesariamente enfrenta en su análisis la existencia de límites a la noción de soberanía a partir de la aceptación dentro del ordenamiento jurídico interno del Estatuto de Roma. Las limitaciones resultan compatibles con la Carta Política en cumplimiento de los fines de la lucha contra la impunidad y la efectividad de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario. Por lo tanto, se llega a esta conclusión a través de un exhaustivo estudio de la noción de complementariedad, pero tomándose en cuenta los presupuestos complejos del concepto de soberanía en relación con el de jurisdicción. En la cuidadosa apreciación que hace la Corte Constitucional del concepto de soberanía, se encarga de esbozar los tres componentes tradicionales que la doctrina ha establecido para ubicar el ejercicio de las competencias del Estado hacia el interior y el exterior, apoyada en buena medida por decisiones de instancias internacionales tales como la Corte Permanente de Arbitraje Internacional, la Corte Internacional de Justicia y la Cámara de Comercio Internacional. De esta manera, señala que como sujeto de la comunidad internacional, al país le corresponde el cumplimiento de determinadas obligaciones orientadas a la convivencia pacífica y el fortalecimiento de las relaciones de cooperación y ayuda mutua, donde ello puede implicar la aceptación de la competencia nacional o la cesión de algunas competencias nacionales a instancias supranacionales. (Guerrero 2003: 14-15)

Finalmente, y como se señaló precedentemente, la indeterminación de ciertas conductas contenidas en el Estatuto de Roma dentro del ordenamiento nacional y la discusión que ello genera respecto al principio de legalidad, la Corte Constitucional establece que a pesar de que el Estatuto de Roma introduce expresamente en los artículos 22 y 23 los principios de legalidad y de prohibición de la analogía, como principios básicos para el juzgamiento de crímenes internacionales, algunas de las conductas descritas en los artículos 6,7 y 8 tienen un grado de imprecisión que parece sugerir que éstas responden a un estándar diferente del principio de legalidad que orienta el derecho penal tanto en el ámbito nacional como en el internacional. Así, si bien constitucionalmente es necesario que las conductas punibles sean definidas con precisión, en el Derecho penal

internacional se ha admitido un grado de precisión menor en la descripción de las conductas que constituyen crímenes internacionales, básicamente por razones históricas y dadas la gravedad de los hechos. (Guerrero 2003: 185)

Por lo tanto, se hace necesario repensar la aplicación estricta del principio de legalidad, cuando el fundamento de la salvaguardia de los derechos humanos es esencial ante un escenario de comisión de crímenes atentatorios de los mismos y ante un escenario de postconflicto armado, si lo que se busca es materializar los estándares de la verdad, justicia y reparación.

### **3. Aspectos definitorios de la responsabilidad penal individual internacional de altos dirigentes por comisión de graves crímenes**

Cuando se atiende a los criterios fundacionales de la responsabilidad penal individual de altos dirigentes o a la responsabilidad del mando, debe tomarse en cuenta que en los crímenes de grave implicación para los derechos humanos, la vinculación entre el sujeto pasivo y el sujeto activo del delito, surge de la intervención de una voluntad superior que marca los derroteros de cada cual. Pasan entonces a tener relevancia las consideraciones acerca del sistema jerárquico y de mando en que estaba inserto cada hecho o perpetrador militar de crímenes. Por lo tanto, y de entrada se señala que al superior corresponde en principio la responsabilidad por los delitos que se cometa en virtud de una política determinada. (Szczeranski 2004: 40)

Dicho lo anterior, se establece que una consideración más pragmática del concepto de responsabilidad internacional individual, la cual fue establecida durante la Segunda Guerra Mundial en conexión con el Tribunal Militar Internacional de Núremberg. Así, el concepto de esta responsabilidad puede ser examinado en las normas del Acuerdo de Londres y en su Carta anexa. En este contexto, no fue hasta después de la Segunda Guerra Mundial que se inició un movimiento al interior de la comunidad internacional, que comenzó a producir una conciencia más clara de la necesidad de entablar juicios por violaciones graves a las leyes de la guerra. En esa medida, en relación a estos juicios se consideró que, además de la responsabilidad tradicional de los Estados, debería tratarse la responsabilidad personal de los individuos. Al respecto, en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal de Núremberg involucra el aspecto de la responsabilidad internacional del individuo, mediante el cual se afrontó el problema de la falta de consenso de todos los Estados al momento de

su formulación. No obstante, abrió un importante hito sobre el desarrollo y consolidación de la responsabilidad internacional del individuo, (Pérez 2008: 211-215) más aún si se considera que la responsabilidad internacional dejó de atribuirse de manera exclusiva a los Estados en tanto sujetos principales dentro del Derecho Internacional, para ahora ser atribuida a individuos que han perpetrado graves crímenes contra los derechos humanos en un determinado territorio, y que de igual forma, recae la obligación principal de los propios Estados de juzgar a tales individuos.

En ese entendido, se busca que la impunidad no siga siendo la recompensa de aquellos que cometen los más atroces crímenes internacionales y violaciones contra los derechos humanos. Además de los tantos criminales que nunca han sido procesados, un número mayor de criminales en conflictos internos han evadido la justicia. El tamaño del daño humano que se ha producido desde la segunda guerra mundial por los conflictos de carácter no internacional, excede enormemente la suma de muertes en las dos guerras mundiales. (Córdoba 2001: 60)

Cabe destacar en este punto, que de la responsabilidad penal individual, deriva la responsabilidad penal del dirigente o superior en virtud de un aparato organizado de poder, donde en lo que respecta a los requisitos de la existencia de responsabilidad del superior o por mando, en los casos "Celebici" y "Blaskic", el Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia estipuló los siguientes:

- a. Existencia de una relación superior-subordinado;
- b. El conocimiento del superior o el superior con razones para conocer que el acto estaba por ser o se había cometido;
- c. El fracaso del superior de tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir el acto criminal o castigar al autor para ello.

De esta manera, el Tribunal sostuvo que individuos en posiciones de autoridad pueden incurrir en responsabilidad penal sobre la base de su posición de *facto* al igual que de *jure* como superiores. De modo similar, una posición de mando no puede ser determinada solo por referencia a un estatus formal, sino por la posesión actual, o no-posesión, de poderes de control sobre las acciones de los subordinados. Sin embargo, la responsabilidad es excluida si tal control estuvo ausente o remoto, si el superior creció de habilidad material para prevenir y castigar la comisión de estos delitos.

Más aún, la responsabilidad por mando se extiende también a civiles, superiores no militares, pero sólo al punto que ejerzan un grado de control sobre sus subordinados que sea similar al de los comandantes militares. Esta posición confirma el artículo 28 del Estatuto de Roma. (Ambos 2006: 149)

Bajo esta misma línea y en lo que respecta al elemento subjetivo, de conformidad con el Derecho internacional consuetudinario el Estatuto de Roma, sólo se puede hacer responsable al superior de crímenes cometidos por el subordinado cuando se tuvo conocimiento de ello o al menos debió tenerlo. Con ello se reducen los requisitos del artículo 30 del Estatuto en cuanto al aspecto interno del hecho en el ámbito de la responsabilidad del superior. De esta forma, la jurisprudencia acude a diversos criterios para determinar bajo qué condiciones se considera que el superior debió haber sabido de la futura comisión delictiva del subordinado. Según el Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia, el derecho internacional consuetudinario admite una presunción de desconocimiento imprudente siempre que el superior haya dispuesto de información. Así, los elementos para determinar la imprudencia se concretan y diferencian aún más en el estatuto de Roma: según el artículo 28 (a) (i) es suficiente por lo que se refiere a los dirigentes militares que en razón de las circunstancias del momento hubiere debido saber que un subordinado cometería un crimen de derecho internacional. Lo decisivo es si el superior hubiera tenido conocimiento de la comisión delictiva del subordinado en caso de haber ejercitado correctamente sus deberes. (Werle 2005: 231-232)

Por otra parte, y como consecuencia de lo anterior, la responsabilidad penal del superior puede venir delimitada por la figura de la autoría mediata mediante aparatos organizados de poder, donde al respecto hay que recalcar que la penalización de delitos ha sufrido un desarrollo paulatino a través de la historia del derecho penal, aunque conservando el importante elemento subjetivo que la escuela positiva había introducido con respecto a la intencionalidad y el carácter doloso del accionar, así como la facilidad probatoria para individualizar al autor que también ejecutaba el hecho mediante procesos de subsunción objetivamente verificables (Roxin 2000). Tal condición es una pauta de suma importancia para determinar la autoría de quien comete un determinado delito, más aún si el sujeto, reconocido e individualizado, ejecuta su acción con un carácter intencional. (Huertas, Amaya y Malte 2013: 10)

Así pues, en términos de Claus Roxin (Roxin 2000), debe comprenderse que el contexto delictivo que hemos esbozado demuestra que estamos frente a crímenes de guerra, de Estado y de organizaciones que no pueden aprehenderse adecuadamente con los solos hechos del delito individual; de allí se deduce que las figuras jurídicas de autoría, inducción y complicidad, que están concebidas a la medida de los hechos individuales, no pueden dar debida cuenta de tales sucesos colectivos, contemplados como fenómeno global. Pero ello no nos exime de la obligación de considerar los comportamientos de los intervinientes a título individual en tales hechos también desde la perspectiva dogmática del delito individual

Por tanto, para que se configure la existencia de la autoría mediata se debe cumplir con determinados requisitos y elementos tales como:

a) El dominio del hecho final social lo posee quien está detrás del instrumento: Es necesario que el dominio del hecho lo tenga el llamado hombre de atrás pues si lo posee el instrumento o lo comparte este con aquel o un tercero, se debe pensar en otra forma de concurso de personas del hecho punible.

b) La subordinación del instrumento: El sujeto que es utilizado debe encontrarse subordinado al hombre de atrás, por lo que todos los presupuestos de la punibilidad deben concurrir en este último y referirse solo a él. Ese sometimiento puede darse por coacción, error, incapacidad de culpabilidad o por actuación de buena fe del instrumento.

c) Existencia de un hecho doloso: Es indispensable además que se trate de un hecho doloso pues esta figura no es admisible en los casos culposos o imprudentes en los que no existe dominio del hecho.

d) Que el tipo penal no requiera un autor idóneo: Debe tratarse de una descripción típica que no requiera realización corporal o personal de la acción típica por parte del autor como tipos de propia mano.

e) Como mínimo un actuar con trascendencia penal: El instrumento debe realizar una conducta penalmente relevante pues si en su actuar se presente una de las causas de inexistencia se descarta la figura de la autoría mediata (Velázquez 2009: 890-891).

A lo anterior, cabe agregar que debe haber visibilidad del dominio, lo que implica que tanto el ejecutor como el hombre de atrás poseen distintas formas del dominio del hecho, que no

se excluyen entre sí. Evidentemente el ejecutor o autor material del delito poseerá el dominio de la acción, el cual se derivará de la consumación de un determinado acto del hecho (Ambos 2008b: 276). Además, para la identificación de un actuar al margen de la legalidad, de la estructura del dominio de la organización se deduce que éste solo puede existir allí donde la estructura en su conjunto se encuentra al margen del ordenamiento jurídico, puesto que en tanto que la dirección y los órganos ejecutores se mantengan en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las ordenes 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 (Ambos 2008b: 277).

Ahora bien, en el campo específico del Derecho penal internacional, con el artículo 25 (3) (a) del Estatuto de Roma, se hizo énfasis en esta nueva figura jurídica como la de la autoría mediata, de manera que según esta norma también es punible como autor quien comete el hecho “por conducto de otro”. También el “ordenar” la comisión de un hecho en el sentido del artículo 25 (3) (b) se corresponde estructuralmente más con la categoría de la autoría mediata que con la de la participación, pues también en este caso existe la estructura de imputación vertical típica de la autoría mediata.

Sin embargo, a consideración de Kai Ambos (2005: 196-197) el Derecho penal internacional no ofrece puntos de partida para una elaboración dogmática de la autoría mediata, pues con muy buena voluntad la autoría mediata puede ser identificada, de todos modos, en la forma de dominio por organización en el proceso a los juristas de Núremberg, pero en todo caso, una interpretación estrictamente apegada al texto de la jurisprudencia permite concluir que el dominio por organización sólo ha sido reconocido en procesos nacionales. Si bien este modo de autoría mediata en forma de dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder goza de cierta vigencia internacional, sus presupuestos necesitan sin embargo, una concretización adicional, pues se plantea el interrogante de qué tan alto debe estar situado el autor mediato en la jerarquía de mando para que le pueda ser reprochado el dominio del autor directo por medio de un aparato organizado de poder.

Al respecto, se debe destacar que el grado de dominio ha de estar determinado por la capacidad de consecución de las actividades delictivas propias de las actividades del aparato organizado

de poder, por lo que el sitio donde se sitúa el autor mediato, a nuestro parecer debe estar definido por la manera en que sus órdenes se hacen efectivas, la inmediatez, la capacidad de fungibilidad y la puesta en marcha de un plan o política de que derive la perpetración de crímenes de gran envergadura.

Finalmente, cabe mencionar que respecto al aspecto de la fungibilidad del ejecutor, éste aparece como el factor decisivo que permite fundamentar el dominio de la voluntad, pues tal intercambiabilidad del ejecutor llega hasta el punto de que el hombre de atrás no necesita conocerle personalmente, ya que debido a la organización puede confiar en que cumplirá sus órdenes sin conocimiento personal alguno. La fungibilidad existe cuando en el caso de que la persona que recibe la orden se niegue a cumplirla, no puede impedir el hecho, sino únicamente sustraer su contribución al mismo. Por su parte, el hombre de atrás sí puede evitar la consumación dando una contraorden. El ejecutor si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje, sustituible en cualquier momento, en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de atrás, junto con él al centro del acontecer. De esta forma, el hombre de atrás se convierte en la figura central del hecho, a pesar de la pérdida de proximidad directa del mismo, lo cual se compensa con la medida de dominio organizativo que va aumentando según se asciende en escala jerárquica del aparato. (Faraldo 2004: 28)

#### **4. El caso colombiano sobre la responsabilidad de altos dirigentes por comisión de crímenes internacionales. disyuntivas y aciertos**

Adentrándonos al caso Colombiano, la responsabilidad de altos dirigentes viene determinada por la comisión de crímenes atentatorios a los derechos humanos en el marco de un conflicto armado de carácter interno. Ello por supuesto, responde a un patrón de conducta sistemático y prolongado en el tiempo, lo que implica que muchos de estos crímenes tengan el carácter de imprescriptible. Además, se evidencia muchos casos que tales prácticas van precedidas de la figura de la autoría mediata mediante aparatos organizados de poder, con evidencia de los requisitos y características analizados precedentemente.

Es así, que la aplicación de la teoría de la autoría mediata en Colombia ha sido cuestionada a partir del artículo 29 del Código Penal, ya que éste establece que es autor quien actúa por sí mismo o "utilizando a otro como instrumento". Se recalca,

entonces, que sólo las dos formas de autoría mediata clásicas o tradicionales, la coacción ajena y el engaño, respetarían el postulado normativo, pero la tercera forma desarrollada por Roxin no lo haría, en la medida en que la autoría mediata mediante estructuras de poder, el hombre material, el "hombre de adelante", actúa plenamente responsable. De esta forma, se trata de un reproche válido, en sentido dogmático. Sin embargo, si se toma en cuenta el requisito de la fungibilidad de los autores materiales, puede pensarse que éstos son responsables en principio pero luego pasan a ser una especie de instrumentos. (Aponte 2011: 239)

Ejemplo de ello, se evidencia cuando en el proceso de Justicia y Paz, decenas de narraciones en las que se confiesa, por parte de patrulleros rasos, que éstos eran enviados en grupos de tres o cuatro a cometer crímenes bajo la amenaza de que si no lo hacía uno, lo hacía el siguiente o el siguiente. Son por tanto, casos de fungibilidad y la decisión de persecución y reproche tiene lugar más en el ámbito político-criminal: no se trata de perdonar a autores materiales responsables, sino de sancionar con el mayor rigor y teniendo en cuenta a limitación de los recursos, a los mayores responsables. (Aponte 2011: 240) Ello de igual forma se va a ver reflejado ante un eventual y no muy lejano escenario de postconflicto armado en Colombia, pues con la consecución del Acuerdo sobre la creación de una jurisdicción especial para la paz, se pone de manifiesto que la jurisdicción investigará, juzgará y sancionará, los más graves crímenes contra los derechos humanos, perpetrados por los mayores responsables, lo que en este caso por supuesto haría referencia a los altos dirigentes de estructuras de poder tanto estatales como las que estaban vinculadas a grupos guerrilleros al margen de la ley. Por tanto, cabe destacar la viabilidad de la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, cuando lo que se pretende es el juzgamiento y sanción por comisión de graves crímenes dentro del conflicto armado colombiano, y así mismo, evitar la impunidad respecto de quienes tuvieron a su disposición todo el aparataje criminal.

Aun con lo anterior, en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, tradicionalmente se venía evidenciando reticencia a la aplicación de la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, donde en el caso de la "Masacre de Machuca", en el contexto del cual se alegó con mucho fundamento por el agente del Ministerio Público que interpuso el recurso de casación y por la vista fiscal del delegado ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que

se debía castigar a la cúpula del ELN con base en la precitada teoría, y a manera de dolo eventual, la Sala Penal de la Corte no aceptaba en ningún caso la teoría, pues seguía aplicando la teoría de la coautoría impropia. (Aponte 2011: 240-241)

Ahondando en el mencionado caso, lo hechos tuvieron lugar el 18 de octubre de 1998 en el pueblo de Machuca, en el área de Segovia-Antioquia. Con el fin de perjudicar la economía e infraestructura de petróleo en Colombia, varios miembros de la Compañía Cimarrón del Ejército Nacional de Liberación hicieron explotar una bomba en el oleoducto Cusiana-Coveñas, provocando su destrucción y el derrame de una considerable cantidad de petróleo. Dado que la explosión tuvo lugar en un cerro el petróleo derramado descendió por las laderas a la localidad de Machuca, destruyendo numerosas viviendas y provocando la muerte de más de cien pobladores. Aunque la Fiscalía no pudo identificar a los ejecutores materiales del ataque, acusó a los siete miembros del Comando Central del Ejército Nacional de Liberación, así como a los tres comandantes de la Compañía Cimarrón que operaba en el área en la que se produjeron los hechos. Así, la Sala Penal concluyó que los responsables pertenecían a una organización jerárquica que actuaba al margen de la ley, sin embargo los ejecutores materiales de la Compañía Cimarrón, decidieron libremente y con conocimiento llevar a cabo el ataque como una manera de contribuir a la puesta en marcha de los hechos. Por tanto, las actividades fueron ejecutadas al margen de sus convicciones ideológicas y no como resultado de haber sido víctimas de engaño ni instrumentalización. (Olásolo 2011: 194-195)

Así, en la sentencia condenatoria del 07 de marzo de 2007, la Sala Penal de la Corte sí aludió al concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. No obstante, el máximo tribunal de justicia no aplicó esta figura jurídica, sino que juzgó que concurría la responsabilidad por coautoría. De este modo, el tribunal mantuvo su tradicional enfoque en lo tocante a la distinción entre los conceptos de instigación, autoría mediata y coautoría impropia. (Olásolo 2011: 193)

Ello, a pesar de que ya en la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía, aproximadamente desde el año 2004, se venía aplicando esta teoría en casos emblemáticos. Por ejemplo, en el proceso de radicado No. 1556 del 13 de mayo de 2005, en el cual un indígena fue hallado responsable como miembro de un grupo guerrillero de diversas conductas imputadas, la Fiscalía establece la necesidad de entender que en las estructuras organizadas de carácter ilegal como los son los

grupos subversivos, existe una manifestación del dominio mediato del hecho, como es el dominio de la voluntad en virtud de dichas estructuras de poder organizadas. (Aponte 2011: 241)

Sin embargo, la Sala Penal de la Corte avanza en la aplicación de teorías, pues es en el año 2010 que parece consolidarse esta tendencia de avanzar en las fórmulas de imputación de responsabilidad al superior jerárquico. Por ejemplo, en providencia del 23 de febrero de 2010, proceso con radicado No. 32805, se hace referencia a la figura de la autoría medita, agregando la figura del instrumento responsable. De esta manera, la Sala reconoce que debe cambiar su postura y aceptar el avance conceptual alrededor de este tema, donde señala que el debate doctrinal y los desarrollos de la jurisprudencia extranjera, llevaron a la Corte a variar su jurisprudencia en punto a que la autoría mediata sólo se presenta cuando una persona, sin pacto tácito o expreso, utiliza a otra como simple instrumento para que realice el hecho objetivamente típico. El fenómeno ocurre entonces, cuando el hombre de atrás es el único responsable, porque el instrumentalizado no realiza conducta, o despliega conducta que no es típica u obra en concurrencia de una causal de no responsabilidad, o es inimputable. (Aponte 2011: 245)

Con todo, se evidencia que el cambio de jurisprudencia debe responder no sólo a la influencia del desarrollo que de la teoría de la autoría medita en aparatos organizados de poder se ha hecho en la jurisprudencia extranjera, sino ante todo, como respuesta a la impunidad latente de altos dirigentes que en mucho se reflejará dentro del proceso de posconflicto y el tratamiento jurídico que se dará respecto a crímenes graves atentatorios a los derechos humanos, así como a los esfuerzos y resultado que sobrevengan de ello como voluntad del Estado Colombiano de hacer visibles la verdad, justicia, y reparación, o pena de legítima intervención de la Corte Penal Internacional.

Finalmente, y como lo señalaría la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tratándose de casos de macro criminalidad, los procesos penales no deben limitarse a identificar las responsabilidades penal individuales, sino que la debida diligencia en la investigación debe tener un horizonte más amplio que permita develar patrones y estructuras. Estas dos dimensiones de los procesos penales no están desconectadas, pues la determinación de los aspectos estructurales y sistémicos puede resultar necesaria para imputar responsabilidades individuales. Igualmente, en un contexto de justicia transicional en el que

las autoridades se enfrentan al juzgamiento de violaciones masivas, es necesario que las investigaciones judiciales se orienten de conformidad con una perspectiva sistémica, pues de este modo, la verdad que surja de los procesos judiciales puede contribuir a la construcción de una verdad más comprehensiva. (Uprimny, Sánchez L. y Sánchez N. 2013: 107)

### Conclusiones

Con todo, se evidencia que para un proceso de postconflicto no muy lejano para el contexto de Colombia, es imperativo que en el marco de ejecución del Acuerdo para la creación de una jurisdicción especial para la paz, se atribuyan las correspondientes responsabilidades penales individuales a los altos dirigentes o de mando de las estructuras organizadas de poder que han

perpetrado crímenes graves contra los derechos humanos, siendo organizaciones tanto de creación y con auspicio de entes estatales, así como de grupos guerrilleros organizados al margen de la ley, quienes al día de hoy como partes negociadoras, deben dar cumplimiento de prerrogativas coherentes para la investigación, juzgamiento y sanción y que con ello se propenda por erradicar la latente impunidad que se impone en nuestros días. Ello debe ser una manifestación no sólo de voluntad y capacidad del Estado Colombiano de sancionar graves crímenes internacionales, sino además, una muestra del importante camino que se construirá tras la puesta en marcha de tales sanciones, en pro de la recuperación de la confianza en la institucionalidad y ante todo, en desarrollo y reconocimiento de los derechos de las miles de víctimas que ha dejado la guerra.



### Referencias

- Ambos, K (2005) La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática. Bogotá: Editorial Temis.
- \_\_ (2006) Temas de derecho penal internacional y europeo. Madrid: Marcial Pons.
- \_\_ (2008a) El marco jurídico de la justicia de transición. Bogotá: Editorial Temis.
- \_\_ (2008b) ¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el derecho penal internacional? Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia.
- \_\_ (2012) Ensayos actuales sobre derecho penal internacional y europeo. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez y Pontificia Universidad Javeriana.
- Aponte, A. (2011) Persecución penal de crímenes internacionales. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer; Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez.
- Córdoba, J. (2001) Derecho Penal Internacional. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Faraldo, P. (2004) Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Gil, A. (1999) Derecho penal internacional. Madrid: Editorial Tecnos.
- Guerrero, O. (2003) Corte Penal Internacional. Comentarios a la Sentencia C-578 de 2002 de la Corte Constitucional. Bogotá: Legis Editores.
- Huertas, O.; Amaya, C. y Malte, G. (2013) "Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Tras la sombra del mando fugitivo: del dominio y la instrumentalización del delito", Revista Opinión Jurídica (Vol. 12, No. 23) 81-98.
- Olásolo, H. (2011) Ensayos de derecho penal y procesal internacional. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Pérez, J. (2008) La Responsabilidad Internacional del Individuo por crímenes de guerra. Perú: Ara Editores.
- Roxin, C. (2000) Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Madrid: Marcial Pons.
- Szczaranski, C. (2004) Culpabilidad y sanciones en crímenes contra los derechos humanos. Chile: Fondo de Cultura Económica.
- Uprimny, R.; Sánchez, L. y Sánchez, N. (2014) Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada. Bogotá: Dejusticia.
- Velázquez, F. (2009) Derecho penal, parte general. Bogotá: Librería Jurídica Comlibros.
- Werle, G. (2005) Tratado de Derecho Penal Internacional. Valencia: Tirant Lo Blanch.