

# **REFLEXIONES SOBRE LA APLICABILIDAD DE LA “TEORÍA DE AUTORÍA MEDIATA EN APARATOS ORGANIZADOS DE PODER” EN COLOMBIA**

ALEXANDRA HERNÁNDEZ NORIEGA\* , JUAN PABLO CABALLERO RODRÍGUEZ\*\*  
MARÍA DEL ROSARIO ARANGO ZAMBRANO\*\*

## **RESUMEN**

En este artículo sostenemos que la masacre de Machuca ocurrida en 1998 abre cabida a la “Teoría de la Autoría Mediata en Estructuras Organizadas de Poder” en el ámbito jurídico colombiano. El problema a tratar, radica en torno al análisis de la aplicabilidad de la teoría, habida cuenta que el artículo 29 del Código Penal colombiano limita la responsabilidad a quien realice *“la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento”*. Para probar la viabilidad de la aplicación de la teoría en el caso colombiano el artículo se divide en tres partes: en la primera se plantea la teoría de Roxin sobre la autoría mediata en virtud de estructuras de poder. En la segunda parte se hará una aproximación a problemas que se han presentado en la aplicación de esta teoría por los tribunales internos que han hecho uso de ella, y veremos cómo el Estatuto de Roma pone fin a algunas discusiones doctrinales sobre la teoría. Finalmente, se analizará el artículo 29 del Código Penal colombiano que nos permite afirmar que debe hacerse una interpretación amplia de dicha norma que permita la

Fecha de recepción: 30 de abril de 2008  
Fecha de aceptación: 29 de julio de 2008

---

\* Pontificia Universidad Javeriana. Estudiante de derecho. Octavo semestre. Contacto: [Lale\\_ahn@hotmail.com](mailto:Lale_ahn@hotmail.com)

\*\* Pontificia Universidad Javeriana. Estudiante de derecho. Octavo semestre.

aplicación de la teoría en cuestión, como se muestra por el concepto del procurador en el caso Machuca.

**Palabras clave:** autoría mediata en estructuras organizadas de poder, dominio del hecho, coautores, participación.

## **THOUGHTS ON THE APPLICABILITY OF “THEORY OF MEDIATE AUTHORSHIP IN ORGANIZED POWER STRUCTURES” IN COLOMBIA**

### **ABSTRACT**

*The Machuca massacre gives room to the discussion of the theory of the “control of the act in an organized system of power” in Colombia. The problem relies in analyzing the applicability of the theory taking into account that the article 29 of the Colombian Penal Code sets out boundaries to the attribution of liability by stating that only those who commit acts by themselves or using other as an instrument can be held responsible for a felony. In order to evidence that this theory can be use in Colombia this article will be divided in three main parts: The first one will present the theory of Claus Roxin; the second part will address some problems of the application of this theory by national tribunals, and will analyze how does the Rome Statute face this discussion; In the third section we will focus on the Colombian Penal Code, to conclude that this theory could be applied in Machuca case.*

**Key words:** *theory of control of the act in an organized system of power, command responsibility, coauthors, participation.*

### **INTRODUCCIÓN**

La teoría del dominio del hecho en estructuras organizadas de poder, planteó una alternativa a un problema de la realidad jurídica penal de mediados del siglo XX derivado del juzgamiento de personas cuyas conductas específicas no encajaban dentro de un tipo de desarrollo conceptual tradicional sobre autoría, dado el esquema

tradicional de autores y partícipes, en el que el autor era considerado con el perpetrador material del delito.

En efecto, los hechos ocurridos en Europa durante la Segunda Guerra Mundial, demostraron que los crímenes cometidos por la maquinaria nazi, involucraban la participación de varios individuos integrantes de esta estructura jerárquica. Así, surge la necesidad de crear un esquema de responsabilidad adecuado a las necesidades del derecho penal internacional, que permita juzgar a los responsables de las grandes violaciones de los derechos humanos. Se plantea entonces, el *“desarrollo de un sistema mixto de responsabilidad individual-colectiva, en el cual la organización criminal como un todo sirve como el ente sobre el cual se basa la atribución de la responsabilidad penal”*<sup>1</sup>.

Por ello, el presente escrito, busca hacer una aproximación a algunas de las dificultades que han surgido al momento de aplicar la teoría de la autoría mediata en estructuras organizadas de poder. Así, el primer capítulo de este artículo plantea la teoría de Claus Roxin. El segundo capítulo, se concentrará en discusiones identificadas en los casos en los que se ha aplicado esta teoría, a saber: (1) ¿La estructura de poder debe actuar al margen del ordenamiento jurídico? (2) ¿Cómo diferenciar entre autores y partícipes? (3) El problema de la legalidad, cuando la ley no consagra expresamente la autoría mediata como una forma de participación. Finalmente se harán algunas reflexiones sobre la posibilidad de aplicación de la teoría en Colombia, y veremos el tratamiento dado al caso Machuca.

## I. LA AUTORÍA MEDIATA EN ESTRUCTURAS DE PODER

A partir de la teoría del hecho, CLAUS ROXIN introduce en 1963 la doctrina del dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, como una forma autónoma de autoría mediata. ROXIN, trata entonces la clasificación de dominio del hecho por voluntad, dentro de la cual expone una subdivisión que incluimos para la comprensión de nuestro escrito, a saber:

- a. Autoría mediata como error causal ciego (error y coacción).
- b. Autoría mediata en el evento en que el sujeto pueda intercambiarse libremente (aparatos organizados de poder).

---

1 ESER, ALBIN, "Individual Criminal Responsibility". *The Rome Statute of International Criminal Court: a commentary*. Editado por ANTONIO CASSESE, PAOLA GAETA y JHON R.W.D. JONES. Oxford University Press; New York, 2002, pág. 795.

Nos centraremos exclusivamente en el tema b.

## De los elementos de la teoría

El penalista alemán KAI AMBOS, con fundamento en la teoría de Roxin, concluye en su libro *La teoría del hecho en virtud de aparatos organizados de poder* que

“El dominio por organización tiene como presupuesto la existencia de una organización estructurada de modo jerárquico y estricto y un dominio del hecho del hombre de atrás sobre ejecutores fungibles”<sup>2</sup>.

Partiendo de esta definición, describiremos a grandes rasgos los presupuestos de la doctrina mayoritaria sobre imputación del superior jerárquico.

La exigencia de la ubicación en el ámbito de una organización de estructura jerárquica como requisito para la aplicación de la teoría, tiene que ver con la existencia del “hombre de atrás”:

“(…) este enjuiciamiento distinto se basa en el funcionamiento peculiar del aparato, que (...) está a disposición del hombre de atrás. Una organización así despliega una vida independiente de la identidad variable de sus miembros. Funciona “automáticamente, sin que importe la persona individual del ejecutor”<sup>3</sup>.

El hombre de atrás es entonces, quien “*puede dirigir la parte de la organización que le está subordinada sin tener que dejar a criterio de otros la realización del delito*”<sup>4</sup>. Siendo esto así, la teoría no sólo aplicaría a la persona ubicada en la cima de la cadena de poder sino también a todos los “eslabones intermedios”, que dentro del ámbito sobre el cual ejercen dominio, sean determinantes de un delito<sup>5</sup>.

En concordancia con lo anterior, la fungibilidad se refiere a la irrelevancia de la persona individual del ejecutor, ligada a la idea de la negación de este mismo como instrumento y a la ubicación de la organización en su lugar como tal. Cada persona, en palabras de ROXIN, funciona como un “engranaje” en función del poder de la

---

2 AMBOS, KAI, “Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder”. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998 pág. 56.

3 ROXIN, CLAUDIUS, “Autoría y dominio del hecho en el derecho penal”. Ediciones Jurídicas y Sociales: Madrid, 2000, pág. 275.

4 Ibidem, pág. 276.

5 Ibidem, pág. 276.

organización. “Una organización así estructurada, desarrolla una vida que es independiente de la cambiante composición de sus miembros, digamos que funciona con un elevado grado de automatismo”<sup>6</sup>.

En conclusión, para la aplicación de la teoría de la autoría mediata en estructuras de poder, se requiere de una estructura jerárquica en la organización, sobre la cual el “hombre de atrás” debe tener un dominio efectivo, de tal forma que se asegura la comisión del acto delictivo. Si uno de los miembros de la organización se niega a ejecutar el hecho punible, otro estará dispuesto a producir el acto en su lugar. Es decir, carece de importancia la individualización de los miembros subordinados de la organización. A continuación, trataremos algunos problemas jurídicos que han surgido en sus intentos de aplicación.

## II: ¿CÓMO SE HA APLICADO LA TEORÍA?

Si bien esta teoría fue planteada por ROXIN en la década de los sesenta, su utilización práctica en el mundo ha sido mínima. La aplicabilidad de la teoría se centra en tribunales internos que juzgaron hechos de violación grave a los derechos humanos, tales como: La Corte Federal Alemana en el caso de los disparos del muro, fallado en 1997<sup>7</sup>; la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, en el juicio a las juntas militares argentinas<sup>8</sup>; el Tribunal peruano en los crímenes cometidos por los guerrilleros de Sendero luminoso<sup>9</sup>; y la Procuraduría General de la Nación, en Colombia, con el planteamiento sobre la teoría para el caso de la masacre de Machuca cuya tesis, vale decir, no fue acogida por la Corte Suprema de Justicia<sup>10</sup>.

En estos casos, identificamos tres problemas jurídicos fundamentales a ser desarrollados a continuación: En primer lugar, analizaremos qué grupos organizados son aquellos en los que se configuran los supuestos para aplicar la teoría. En segundo

---

6 Ibidem, pág. 277; MEINI, IVÁN, “La autoría mediata en virtud del dominio sobre la organización”, en: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, n° 4, año 2003, Editorial Grijley, Lima, pág. 265.

7 Véase: AMBOS, KAI, Traducción de CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ, “Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales en el muro”. Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

8 Cámara Federal de la capital en lo criminal y en lo correccional, “Juicio a las juntas militares”, Buenos Aires, Argentina. Capítulo 8, Autoría mediata. 9 de diciembre de 1985.

9 Véase: PEDRAGLIO, SANTIAGO, “A propósito del proceso judicial contra Abimael Guzmán y la dirigencia senderista”. *Revista del Instituto de Democracia y Derechos Humanos*. Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima, 2007.

10 Véase: FARFÁN M., FRANCISCO JAVIER, “La masacre de Machuca: autoría mediata a través de aparatos organizados de poder”. *Institutos de Estudios del Ministerio Público*, Bogotá. 2006.

lugar, para atribuir responsabilidad penal al superior jerárquico de una organización por hechos perpetuados por sus subalternos, vale preguntarse a qué título debe ser condenado: como coautor, inductor o autor mediato. En último lugar, haremos referencia al problema de legalidad de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder.

## **1. ¿La estructura de poder debe actuar al margen del ordenamiento jurídico?**

ROXIN limita el dominio de la organización a los aparatos al margen de la legalidad, en el entendido que mientras

“la dirección y los órganos que se mantienen en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las órdenes de cometer delitos no pueden fundamentar el dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y normalmente excluyen el cumplimiento de las órdenes antijurídicas, y con ello el poder de voluntad del sujeto de atrás”<sup>11</sup>.

Siguiendo la línea argumentativa, si se ejecuta una orden ilegal no se actúa con el aparato sino a sus espaldas; por tanto, no debería aplicársele la teoría<sup>12</sup>.

Así, el planteamiento de ROXIN encuentra su margen de aplicación en dos tipos de organizaciones: El aparato de poder organizado no estatal, y aquel del Estado que actúa al margen del ordenamiento jurídico. En el primer caso, la teoría se aplica a las

“organizaciones criminales (incluyendo las organizaciones terroristas) destinadas a mantener o incrementar niveles de poder con una estructura de organización y de mando correspondientemente estricta”<sup>13</sup>

y en las empresas en las cuales la actividad delictiva como objeto de la misma supera las actuaciones no criminales.

De acuerdo con lo anterior, las actuaciones criminales ocasionales perpetuadas por una empresa no constituirían eventos sobre los cuales sería aplicable la teoría. Sin embargo, el asunto no es tan simple como parece: resulta problemático algunas

---

11 *Op. cit.*, MEINI, pág. 281.

12 *Ibidem*, pág. 281.

13 *Op. cit.* AMBOS, KAI, “Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder”, pág. 44.

veces identificar los elementos de organización jerárquica y de fungibilidad dentro de la organización<sup>14</sup>. De no comprobar la presencia de dichos elementos, esta situación, a criterio de ROXIN, no encajaría dentro de su desarrollo teórico.

Así las cosas, el solo hecho de estar frente al crimen organizado no necesariamente implica la aplicabilidad de la teoría del “dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas”<sup>15</sup>. Una solución práctica al asunto, es ver la concurrencia de los elementos de organización de carácter jerárquico lineal y de fungibilidad, empresa poco fácil al parecer de AMBOS.

En la segunda hipótesis, ROXIN considera que en los casos en los que la propia ley autoriza comportamientos contrarios a valores de democracia y dignidad humana, se debe entender que el aparato actúa al margen del orden jurídico, y por lo tanto, la teoría es aplicable. Tal es el caso del nazismo y del proceso contra los antiguos comandantes de las juntas militares argentinas.

De acuerdo con lo anterior, ROXIN excluye de manera clara la situación en la cual, en el seno de la organización, la “*iniciativa particular*” es realizada independientemente del modo de funcionar de ésta<sup>16</sup>. De esta manera, la teoría de ROXIN no podría aplicarse en los casos de crímenes cometidos por los agentes de un Estado social de derecho. Sin embargo, este requisito es cuestionado por KAI AMBOS, quien sostiene que la desvinculación del derecho no es indispensable para argumentar el dominio por organización<sup>17</sup>.

Respecto de los aparatos de poder de organización estatal, AMBOS afirma que el presupuesto de ROXIN resultaría problemático en dos situaciones: En el caso en que el aparato conformara el ordenamiento mismo “...*estando integrada en éste, (...) aprovechando los “cauces del derecho” (Roxin) para la común satisfacción de intereses*”<sup>18</sup>; o en una segunda hipótesis en donde existiera una dualidad de sistemas jurídicos: “*el ordenamiento “normal” que tiene como cometido luchar contra la criminalidad común, y el ordenamiento “anormal”, “pervertido” que constituye la base normativa del aparato estatal de poder que opera de*

---

14 Ibidem, pág. 46.

15 *Op. cit.*, ROXIN, pág. 720.

16 No hace referencia a la actuación al margen de un derecho positivo sino a un *supra* conjunto de valores, propios de las sociedades civilizadas y del Estado de derecho. *Op. cit.*, MEINI, págs. 282 y 283; ver en este sentido: *Op. cit.* AMBOS “Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder”, pág. 43.

17 Ibidem, pág. 52.

18 Se puede dar en aparatos no estatales. Véase: Ibidem, pág. 52.

*modo clandestino*<sup>19</sup>. Es decir que, en las organizaciones que ostentan el poder estatal, a pesar de la existencia de normas vinculantes para la sociedad, el Estado actúa contra o por fuera de ese marco normativo.

De otra parte, en las organizaciones por fuera del Estado,

“lo que debe caracterizar a tales formaciones colectivas es no sólo una organización rígida, independiente del cambio de los miembros concretos, sino también una orientación a fines del aparato en su conjunto contraria al ordenamiento jurídico estatal y que vulnera las normas penales positivas”<sup>20</sup>.

En la práctica, la teoría ha sido aplicada a diferentes tipos de organización: el de carácter estatal, en el sentido estricto que plantea ROXIN en el caso del juzgamiento a los miembros de las juntas militares que gobernaron Argentina durante la dictadura. En la acusación contra FUJIMORI, en la cual se acudió a la teoría de la autoría mediata en virtud de estructuras organizadas de poder, se ve más cercano al planteamiento de AMBOS, pues es menos claro el régimen dictatorial, y a su vez, los militares miembros de la Colina, estaban integrados en el ordenamiento “aprovechando” los cauces del derecho<sup>21</sup>. Este tipo de autoría ha sido igualmente aplicado a grupos al margen de la ley como a las guerrillas, en el caso peruano y en el planteamiento de la Procuraduría colombiana en la masacre de Machuca.

En este punto, el Estatuto de Roma no establece ninguna diferencia<sup>22</sup>. La práctica demuestra que esta doctrina se aplica en estructuras jerárquicas, las cuales son características de algunas organizaciones de la mafia, así como en algunos sistemas militares<sup>23</sup>. En suma, esta teoría puede aplicarse a cualquier estructura de poder de organización jerárquica-lineal, ya sea de origen estatal o al margen de la ley.

En cualquiera de estos casos, nos encontramos frente a organizaciones cuyos actos requieren de la intervención de varios de sus miembros. Por esta razón, existe una discusión doctrinal que busca determinar si el “hombre de atrás” debe ser juzgado a título de coautor, partícipe o autor mediato.

---

19 Ibidem, pág. 53.

20 *Op. cit.*, MEINI, pág. 278.

21 Véase: Entrevista a Antonio Maldonado, ex procurador de la República de Perú, Crímenes de Colina no son una casualidad, Diario *La República*. Lima, Perú, septiembre 29 de 2007.

22 Véase: Artículo 25.2.a. del Estatuto de Roma del 17 de julio de 1998.

23 Véase: ESER, ALBIN, “Individual Criminal Responsibility”. *The Rome Statute of International Criminal Court: a commentary*. Editado por ANTONIO CASSESE, PAOLA GAETA y JOHN R.W.D. JONES. Oxford University Press; New York, 2002, pág. 795.



## 2. ¿Coautoría, participación o autoría mediata?

Al pretender distinguir entre partícipes y autores, el concepto de la autoría mediata plantea una problemática: Determinar la responsabilidad en crímenes complejos que debido a su naturaleza son cometidos por estructuras organizadas y no por un solo individuo, implica un gran reto y esfuerzo para el derecho penal, en la medida que se debe adaptar

“el sistema tradicional de imputación individual (...) a las necesidades del derecho penal internacional, dirigido al desarrollo de un sistema mixto de responsabilidad individual-colectiva, en el cual la organización criminal como un todo sirve como el ente sobre el cual se basa la atribución de la responsabilidad penal”<sup>24</sup>.

Entre los doctrinantes existe un desacuerdo en cuanto a si los supuestos sobre los cuales ROXIN basa su teoría, son en un mayor grado coherentes con otras figuras como la coautoría y la inducción. De ahí que JESCHEK desarrolle la tesis de la coautoría afirmando que “*la persona situada en la cúspide, justamente porque domina la organización, es coautor*”<sup>25</sup> basado en la suposición que no cabe concebir al “*autor detrás del autor*”. Otros autores como JACKOBS, afirman que “*habría un acuerdo entre los participantes en el hecho que los convertiría en coautores*”<sup>26</sup>.

Sin embargo, ROXIN sostiene que

“la circunstancia de que la persona de la cúspide deje por completo la ejecución en manos del instrumento que muchas veces se moviliza sin conocimiento personal suyo, habla en contra de estimar coautoría”<sup>27</sup>.

En efecto, el consentimiento previo requerido para que se configure una coautoría supone como mínimo un reparto de papeles para realizar un delito específico y no puede deducirse de la aceptación de formar parte de una organización delictiva<sup>28</sup>.

Otro argumento a favor de la autoría mediata, afirma que esta forma de responsabilidad es “*la única modalidad de autoría que permite al autor no participar en la fase ejecutiva de los hechos*”<sup>29</sup>. Esto se traduce en que si el

---

24 *Op cit.*, ESER, pág. 795.

25 *Op. cit.*, ROXIN, pág. 725.

26 Citado por MEINI, *op. cit.*, MEINI pág. 268.

27 *Ibidem*, pág. 269.

28 “Una cosa es acordar formar parte de una organización delictiva, y otra totalmente distinta acordar la perpetración de un determinado delito que dé lugar a la coautoría”, *op. cit.*, MEINI, pág. 268.

29 *Ibidem*, pág. 270.

*hombre de atrás* no participa en la fase de la ejecución del delito sino que en lugar de ello, su contribución se circunscribe exclusivamente en impartir una orden (típico acto de preparación), éste no podría ser considerado como coautor<sup>30</sup>.

Las acciones individuales en el seno de la maquinaria de poder organizada, considerada como autoría simultánea, es la figura que utiliza BOCKELMANN cuando reconoce la “falta conjunta del hecho” para poder considerar la coautoría. Sin embargo, este autor no reconoce la tesis de “el autor detrás del autor”<sup>31</sup>.

En consecuencia, la diferencia fundamental entre autoría mediata y coautoría consiste en que la primera está estructurada de manera vertical en la escala de poder, de arriba hacia abajo; y la coautoría, en sentido horizontal, es decir, en forma simultánea o en pareja<sup>32</sup>.

Quienes sostienen que el hombre de atrás es un instigador, argumentan que “cuando una autoridad ideológica o institucional puede determinar a otro a realizar algo, se trata de una fuerte forma de instigación”<sup>33</sup>. Esto es así, si se acepta que el concreto ejecutor puede negarse a cumplir la orden. Es decir, que no puede haber instigación cuando el ejecutor se encuentra ya resuelto a cometer el crimen<sup>34</sup>. La calificación de los sujetos que están detrás del ejecutor, o en la cúspide de la organización, como inductores o instigadores y no como autores mediatos ni coautores, sería tanto como sostener que el dominio real y el poder del jefe de la organización que imparte órdenes, carece de importancia<sup>35</sup>.

El principio de autonomía aplicado al ejecutor resulta “inadecuado” para ROXIN, como criterio de delimitación entre autoría y participación para hablar de inducción, por cuanto el inductor tendría que escoger un autor potencial y vencer su resistencia. La inducción entonces, tiene como premisa que el autor directo y el hecho sean susceptibles de ser influidos por el inductor. Esta hipótesis se diferencia del caso de HITLER, quien a través de su aparato de poder desencadenó miles de crímenes sin tener que seleccionar un autor específico, pues la organización estaba a su disposición y seguía las órdenes impartidas dentro de la estructura jerárquica nazi.

---

30 Ibidem, pág. 270.

31 Ibidem, pág. 271.

32 Ibidem, pág. 271; *op. cit.*, ESER, pág. 793.

33 Herzberg, citado por *op. cit.*, MEINI, pág. 273.

34 *Op. cit.*, MEINI, pág. 274.

35 Véase en este sentido. Ibidem, pág. 275.

Así, “*si lo que se valora es el injusto de la organización, habrá que afirmar autoría mediata del hombre de detrás, pues él domina la organización*”<sup>36</sup>. En definitiva, como el inductor domina al inducido, este dominio del “hombre de atrás” favorece la figura de la autoría mediata en lugar de la de inducción. Estos debates teóricos, son el fundamento para evitar la aplicación de la doctrina y en muchos casos han logrado que los autores mediatos sean responsabilizados como partícipes.

En el Estatuto de Roma, la autoría mediata en estructuras de poder (organisation sherrschaft), fue incorporada en el artículo 25-3-a. Para establecer si existe o no autoría mediata, el Estatuto sigue un punto medio marcado por los siguientes parámetros: (1) Que el autor mediato cumpla con todos los elementos del crimen, requeridos por el Estatuto; es decir, que cualquier calidad personal requerida por los elementos del crimen (tales como la condición de oficial o soldado), así como la ausencia de cualquier causal de justificación o excusa de su parte, tiene que evaluarse respecto al autor mediato<sup>37</sup>. (2) “*Cualquier circunstancia que excluya la culpabilidad de la persona que él utilizó como instrumento es irrelevante*”<sup>38</sup>. Al afirmar que “*el autor mediato es imputable, sin importar si la otra persona es o no responsable*”<sup>39</sup>, el Estatuto proporciona claridad con respecto a dos puntos controvertidos: la autoría mediata independientemente considerada de la responsabilidad del autor directo o instrumento, y al enumerar algunos de los factores que excluyen la responsabilidad, sugiere la autoría indirecta incluso con cualquier deficiencia del instrumento<sup>40</sup>. (3) Debe entenderse que el intermediario debe ser usado como un instrumento, es decir, que no basta inducir o solicitarle a una persona que cometa un crimen. En vista de que el Estatuto no limita los instrumentos de los cuales se puede servir el autor mediato, cualquier modalidad puede encajar dentro de este marco, siempre y cuando exista un grado de predominancia y control sobre el intermediario<sup>41</sup>. La diferencia es difícil de establecer en la práctica, y si la norma no es interpretada de forma estricta, es posible volver en cierta medida al modelo del autor unitario, es decir, tratar de igual manera a autores y partícipes.

Por ende, para poder aplicar adecuadamente la teoría de la autoría mediata en estructuras de poder, y

“atribuirle el crimen cometido por el autor directo al hombre de atrás, como suyo, es necesario que haya suficiente control por parte del autor indirecto sobre el directo, de tal

---

36 Ibidem, pág. 275.

37 *Op. cit.*, ESER, pág. 794.

38 Ibidem, pág. 794.

39 Artículo 25-2-a del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

40 *Op. cit.*, ESER, pág. 794.

41 Ibidem, pág. 794.

forma que este control se pueda asimilar a la relación entre el superior y el subordinado en la responsabilidad del comandante<sup>42</sup>.

El punto más confuso es el relativo a las órdenes: El Art. 25-2-b del Estatuto de Roma, establece las diferentes formas de participación entre las cuales menciona “ordenar” un crimen. Esta figura se presenta en

“relaciones comandante-subordinado, (en las cuales) el superior usa su poder de mando sobre personas que están obligadas a obedecerle. De hecho su culpabilidad es mayor, en comparación con la de sus subordinados<sup>43</sup>”.

ESER afirma que éste es un caso típico de autoría mediata en estructuras de poder; en consecuencia, *“enunciar “ordenar” como una forma de instigación no es sólo superfluo, pero quizás incluso inapropiado degradar una forma de autoría a simple complicidad<sup>44</sup>”*, implicaría volver a la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*, y la aplicación del art. 25-2-b retrocedería el avance hecho por el mismo Estatuto de Roma al consagrar expresamente la autoría mediata en estructuras de poder, como un tipo de autoría.

La teoría de la autoría mediata en estructuras de poder es importante en la medida en que permite que el “hombre de atrás” sea considerado como autor y no como partícipe, dentro de una estructura de responsabilidad compleja que sirve, a diferencia de la teoría clásica, para establecer de manera más razonable la responsabilidad por crímenes cometidos por estructuras organizadas de poder. De su inclusión expresa en el Estatuto de Roma, se proporciona claridad sobre la aplicación de dicha teoría, en especial, en lo referente a la irrelevancia de la responsabilidad del autor material para la determinación de la responsabilidad del autor mediato; por lo menos en el caso particular del Estatuto.

Asumiendo que el hombre de atrás es un autor, se ha planteado el problema de saber si el título de responsabilidad en cuestión, está comprendido dentro del término “autor” contemplado en numerosas leyes penales. Esta discusión es relevante cuando se trata de determinar si la imputación a título de autor mediato en virtud de estructuras de poder, viola o no el principio de legalidad cuando esta forma de responsabilidad no está consagrada expresamente en la ley.

---

42 Ibidem, pág. 795.

43 Ibidem, pág. 769.

44 Ibidem, pág. 797.

### **3. ¿La palabra “autores” en la ley incluye la modalidad de autoría mediata aquí discutida?**

Códigos de distintas nacionalidades, consagran el sistema tradicional de imputación individual, el cual hace compleja la penalización de los crímenes cometidos por las denominadas estructuras organizadas de poder. Esto, debido a que comprende como autores, únicamente a los que materialmente perpetúan el crimen. Así surge la necesidad del derecho penal de desarrollar

“un sistema mixto de responsabilidad individual-colectiva, en el cual la organización criminal como un todo sirve como, el ente sobre el cual se basa la atribución de la responsabilidad penal”<sup>45</sup>.

En efecto, los defensores de la teoría clásica promueven el debate acerca de la autoría mediata en estructuras de poder, cuando ésta no se encuentra consagrada expresamente como una forma de autoría para imputar la responsabilidad, casi siempre con un argumento muy lógico como es la protección del principio de legalidad. En los tribunales internos de diferentes países se asumen diferentes posturas:

En el caso de Argentina, el tema de legalidad,

“se basa en el artículo 514 del Código de Justicia Militar y en la parte final del Código Penal argentino, ya que el código claramente enfatiza en que la pena se extiende a quienes hubieran determinado a otro cometer el acto ilícito”<sup>46</sup>.

Según la jurisprudencia de España, Alemania y Argentina, la autoría mediata es una subcategoría de la autoría, así el mediato no realice por sí mismo la conducta típica<sup>47</sup>.

En la resolución de acusación de la Fiscalía Suprema Penal de la República del Perú en contra del ex presidente ALBERTO FUJIMORI, se encuentra la teoría claramente enunciada dentro del artículo 23 del Código Penal:

---

45 AMBOS. Capítulo Responsabilidad Penal Individual en el Derecho Penal Supranacional. pág. 13.

46 MACEDO, FRANCISCO, *Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos*. (Lima: IDEHPUCP, abril de 2007), pág. 3 (EDUARDO ANDRÉS BERTONI, Autoría mediata por Aparatos Organizados de Poder Antecedentes y Aplicación Práctica).

47 *Ibidem*, pág. 8.

“Autoría, autoría mediata y coautoría. El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción”<sup>48</sup>. (Subrayas fuera del texto).

En relación con la legislación chilena, gran parte de los doctrinantes plantean que,

“aunque el Código Penal chileno no contenga como tal explícitamente la teoría de la autoría mediata, es posible incluirla en el código mediante una interpretación extensa de la norma, ya que según la doctrina al incluir la autoría en el código debería sobreentenderse que la autoría mediata está incluida dentro de ese artículo de manera implícita”<sup>49</sup>.

El postulado del Estatuto de Roma es abierto en relación con los consagrados en ciertas legislaciones internas que

*“requieren que el intermediario sirva como instrumento (Artículo 28 del Código Penal español) o limitan la autoría mediata a la instrumentalización de personas... inimputables (Artículo 33(2) Russian Ugolovnyi kodeks)”*<sup>50</sup>. “El Estatuto de Roma es probablemente el primer instrumento internacional en el cual está regulado expresamente la modalidad de autoría, a través del uso de otra persona como instrumento”<sup>51</sup>. El artículo 25-3-a consagra: “Una persona es penalmente responsable... si: a) comete un crimen... a través de otra persona”<sup>52</sup>

y adiciona expresamente que el autor mediato responde, así el ejecutor sea o no penalmente responsable, permitiendo la imputación aún cuando el “instrumento” es consciente y responsable por el hecho; es decir, que no se requiere que quien tenga el dominio del hecho lo realice a través de una persona que lo ejecute por error o coacción<sup>53</sup>.

## **El Código Penal colombiano**

Particularmente en Colombia encontramos diversos grupos al margen de la ley, de reconocida notoriedad internacional, tales como las FARC, las AUC y el ELN, que ostentan características propias del modelo descrito de organización de poder; por

---

48 Código Penal peruano.

49 RÍOS ARENALDI, JAIME, “De la autoría mediata en general y de si en Chile su inexpressividad legal constituye una laguna de punibilidad”. Polít crim, n° 2, A4, pág. 23.

50 *Op. cit.*, ESER, pág. 793.

51 *Ibidem*, pág. 793.

52 Artículo 25-3-a. Estatuto de Roma.

53 *Op. cit.*, ROXIN, pág. 277.

esta razón, haremos una breve reflexión en torno al artículo 29 del Código Penal y a la autoría mediata.

*“ARTÍCULO 29. AUTORES. Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento. (...)”<sup>54</sup>* (Subraya fuera del texto).

Una interpretación gramatical de la expresión “a otro” daría a entender que se trata de la utilización de una persona diferente de aquella que concibió el hecho punible para la posterior ejecución del mismo. Si partimos de la utilización del ejecutor material como instrumento, estaríamos aludiendo a la idea de que esta persona no podría llegar a ser responsable de la comisión del acto, dada la connotación que en sentido estricto alude la palabra instrumento. Bajo este entendido, no mediaría la voluntad del que realizó directamente la conducta, debido a que esta persona habría sido inducida bien sea por error o por coacción, caso en el cual indistintamente se excluiría su relevancia penal. De esta manera, se dejaría por fuera cualquier tipo de consideración acerca de las estructuras organizadas de poder. Esta es precisamente la crítica que realizó KAI AMBOS respecto del artículo 29 del Código Penal colombiano, ya que para él, este artículo no se ajusta a los elementos esenciales de la teoría. Así entonces, una posibilidad de aplicación necesariamente debe referirse a una interpretación amplia y no gramatical de la norma.

De la misma manera, SANCINETTI propone el análisis de cada tipo penal para la atribución de responsabilidad<sup>55</sup>:

“la autoría mediata no requiere una definición legal que habilite esta forma de imputación de un hecho ajeno, como si fuera propio; porque la interpretación de los tipos penales es lo que permite concluir si un cierto hecho cometido por un hombre a través de otro, realiza el tipo legal... es una cuestión de hermenéutica, de interpretar la significación del tipo penal respectivo”.

No podemos negar que la aplicación de la teoría mediata en estructuras organizadas de poder reviste una particular importancia en el caso colombiano. A diario se registra la ocurrencia de actos terroristas perpetrados por la guerrilla o los paramilitares, con el fin de causar zozobra en la población. La situación de conflicto permanente constituye una razón de peso para replantear la viabilidad de la incorporación de la teoría en nuestra cultura jurídica. Lo anterior sería posible a través de la concientización sobre la necesidad de un cambio de enfoque en la doctrina y la jurisprudencia que interpreta el artículo 29 ó mediante una eventual reforma al Código Penal. En nuestra opinión, es preciso acoger la segunda opción

---

54 Código Penal colombiano, art. 29.

55 *Op cit.*, BERTONI: Pie de pág. 11, pág. 9.

ya que facilitaría la aplicación de la teoría si en la definición legal de *autor* se le incorpora expresamente el elemento de la teoría mediata en aparatos organizados de poder. La necesidad de esta incorporación se hace evidente, si tenemos en cuenta que la Corte Suprema de Justicia no acogió una interpretación amplia del artículo 29 del Código Penal, propuesta por la Procuraduría en el caso Machuca al cual haremos una aproximación.

## **El caso Machuca**

El once de octubre de 2006, FRANCISCO FARFÁN MOLINA, entonces procurador primero delegado para la Casación Penal, emitió su concepto solicitando a la Honorable Corte Suprema de Justicia casar parcialmente la sentencia emitida por el Tribunal de Antioquia que excluía la autoría de los delitos de homicidio simple, lesiones personales y terrorismo por los cuales habían sido condenados en primera instancia algunos de los líderes del ELN, en razón a su relación con los hechos sucedidos el 18 de octubre de 1998 en Antioquia, cuando en la mañana de ese día, el Ejército de Liberación Nacional (ELN), instaló un artefacto explosivo en el oleoducto Cusiana-Coveñas, que al detonar causó un derrame de petróleo que arrasó con el corregimiento de Machuca ubicado en la parte baja de la colina. El desastre dejó 67 muertos y 18 heridos.

En su concepto, FARFÁN, indicó acertadamente respecto del tema que nos concierne, que:

“Ni en la acusación, ni en la sentencia de segunda instancia se atribuyó a los procesados responsabilidad en calidad de determinadores, es decir, como instigadores u ordenadores de un acto terrorista aislado, sino como mandantes en la condición de líderes de un aparato organizado de poder que entre sus consignas o acciones criminales preordenadas había dispuesto de manera general atentar contra la estructura petrolera y energética del Estado que combaten, asumiendo las perniciosas consecuencias que ello genera, en lo cual intervienen como autores mediatos de los atentados que en cumplimiento de esa política realmente ejecutan los operarios que son instrumentalizados como piezas fungibles o intercambiables de la organización criminal”<sup>56</sup>.

Si nos detenemos a analizar los tres presupuestos fácticos en los que se basa la teoría mediata en estructuras organizadas de poder (1. Estructura lineal-jerárquica de la organización, 2. Dominio —del hecho— efectivo de los procesados sobre la organización, 3. Fungibilidad de los ejecutores concretos) de manera integral con

---

56 Véase: FARFÁN MOLINA, FRANCISCO, Concepto procurador primero delegado para la Casación Penal.



los hechos del caso Machuca, veremos claramente cómo se configura cada uno de ellos. El ELN comporta una formación calificada por ellos mismos como “*una estructura político-militar que irradia todo el país con capacidad operativa, acompañando las expresiones de las luchas sociales, con un mando centralizado, elegido democráticamente...*”<sup>57</sup>, son un cuerpo organizado de tal manera que permite suponer el cumplimiento del requisito lineal-jerárquico del que hemos hablado. Del acervo probatorio acreditado en el proceso se hace evidente además, que la voladura del oleoducto no surgió de las voluntades particulares de los ejecutores materiales sino bajo el completo dominio de los dirigentes vinculados a un proceso en desarrollo de las políticas de la organización. Luego en esto mismo y en la fuerza que como movimiento la organización detenta, se fundamenta el último elemento que supone que la identidad de los subordinados que llevaron a cabo el plan en el caso Machuca fue irrelevante para el cumplimiento de las órdenes impartidas por el ELN.

La Corte en sentencia de casación, confirma la condena de 40 años por los delitos anteriormente mencionados a los dirigentes del ELN a la vez que a los ejecutores materiales como coautores a título de dolo eventual:

“El elemento esencial de este delito consiste en que la lesión o puesta en peligro efectivo de aquellos bienes jurídicos no pueden ser evitados a través de los medios normales, pues su existencia queda a merced de un curso causal que el sujeto ya no puede controlar, es decir, su integridad queda en manos del azar”<sup>58</sup>.

Respecto de la teoría de la coautoría, en contra de nuestra línea de argumentación, la Corte dijo que se trataba en efecto de una división previa del trabajo, fundamentada en un sistema de doctrinas y políticas comunes a todo el grupo.

Aunque la referencia expresa a la teoría desarrollada por ROXIN contenida en el concepto del procurador no fue acogida en la sentencia de casación, claramente abrió espacios a la discusión sobre nuevas fórmulas de imputación en nuestro país y logró un efecto aún más profundo: cuestionó la manera en que se están forzando figuras jurídicas como la de la coautoría o la inducción para encajarlas en situaciones que buscan declarar la responsabilidad de la cúpula de organizaciones subversivas, especialmente cuando la población civil se ve seriamente afectada. De la misma manera, la renuencia a acoger figuras que se ajusten de forma adecuada a fenómenos propios de la realidad colombiana, podría dar cabida a la ausencia de castigo de actos que en su esencia fundamental fueron concebidos por dirigentes

---

57 *Voces de Colombia*. Página oficial del Ejército de Liberación Nacional de Colombia [http://www.nodo50.org/elvoces/index.php?option=com\\_content&task=section&id=9&Itemid=63](http://www.nodo50.org/elvoces/index.php?option=com_content&task=section&id=9&Itemid=63)

58 FARFÁN MOLINA, FRANCISCO, Concepto procurador primero delegado para la Casación Penal.

de organizaciones al margen de la ley, entendidas éstas en el sentido anteriormente expuesto.

## CONCLUSIONES

El Estatuto de la Corte Penal Internacional constituye el *summum* de varios logros respecto al reconocimiento de la teoría mediata en estructuras organizadas de poder, algunos de los cuales zanján la discusión doctrinal y facilitan su aplicación.

En primer lugar, al no hacer ninguna diferenciación, el Estatuto muestra que esta teoría se puede aplicar tanto a grupos al margen de la legalidad como a organismos del Estado, siempre que éstos tengan una estructura jerárquica, que haya un dominio efectivo sobre la organización y que sus miembros sean fungibles. Esta afirmación es confirmada por la aplicación que los tribunales internos han hecho de la teoría.

En segundo lugar, el Estatuto de Roma es el primer instrumento internacional que incorpora expresamente la teoría, como una forma de autoría. Así, se confirma que es esta la figura más apropiada para establecer la responsabilidad en crímenes complejos de competencia de la Corte Penal Internacional. En consecuencia, *el hombre de atrás* no debe ser juzgado a título de coautor ni de instigador sino como autor mediato.

Finalmente, al tener el Estatuto condición de tratado internacional que obliga a los *Estados parte*, éstos deben incorporar dichas normas en su legislación interna. En consecuencia el problema de legalidad tratado en este escrito debe superarse, en la medida que los países miembros del Estatuto de Roma están obligados a incorporar en las legislaciones internas esta forma de autoría.

Ahora, aun cuando la norma no contemple expresamente la autoría mediata en estructuras de poder, ella debe ser interpretada con criterio amplio, de tal forma que para los crímenes complejos se considere al *hombre de atrás* como autor mediato y no como un simple partícipe. Es decir, al aceptar que la expresión “a otro” no se refiere exclusivamente a una persona física, hay que entender que el instrumento no es el autor directo como tal, sino la organización. De esta manera, el ejecutor de la conducta y el autor mediato pueden ser responsables por el mismo hecho en calidad de autores.

Teniendo en cuenta que en Colombia existen aparatos de poder estructurados jerárquicamente, de cuyos miembros puede predicarse la fungibilidad, y la disposición para el cumplimiento de órdenes provenientes de aquellos individuos que están en

la cúspide de dichas organizaciones, podemos concluir que esta teoría puede aplicarse en nuestro país.

Parecería poco sensato entonces, que en un país como Colombia donde se encuentran estructuras organizadas de poder en el sentido dado por ROXIN tales como las FARC y el ELN y los grupos paramilitares, los jueces de la República negaran la aplicación de una teoría como es la *mediata en estructuras de poder*. Más aun, si tenemos en cuenta que esta teoría es prácticamente inaplicable en otros lugares del mundo (contadas excepciones) debido a que el grado de organización de los grupos dedicados al crimen anteriormente nombrados y singularmente considerados, son una rareza. Todo lo anterior nos permite afirmar que en el caso Machuca, era factible y apropiado establecer la responsabilidad de los comandantes del ELN en calidad de autores mediatos.

Somos incisivos al contextualizar la permanente situación de conflicto que se vive en Colombia para proponer la aceptación general de la teoría en nuestra cultura jurídica. Pero, como la doctrina ni la jurisprudencia son fuentes formales de derecho se hace imperativo salvar el escollo a través de una reforma al Código Penal. En definitiva, si a la definición legal de *autor* se adiciona expresamente la frase que hable sobre la utilización de aparatos organizados de poder para la realización de una conducta relevante para el derecho penal tal cual hemos expresado, la propuesta concreta para la redacción del artículo sería:

“**ARTÍCULO 29. AUTOR.** Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo, o utilizando una estructura organizada de poder o a otro como instrumento. (...)”.

## **BIBLIOGRAFÍA**

AMBOS, KAI, “Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 1998.

AMBOS, KAI, Traducción de Claudia López Díaz. “Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales en el muro”. Ed: Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

AMBOS, KAI, “Nuevo derecho penal internacional”, Ciudad de México, 2002.

AMBOS, KAI, “Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility”. *Journal of International Criminal Justice*. Oxford University Press: Oxford.

Cátedra Hendler: [http://www.catedrahendler.org/material\\_in.php?id=4](http://www.catedrahendler.org/material_in.php?id=4)

*Código Penal Colombiano*, Art. 29. Autoría.

*Código Penal de la República de Perú*, Art. 23 Autoría, Autoría Mediata y Coautoría.

Entrevista a ANTONIO MALDONADO, ex procurador de la República de Perú, Crímenes de Colina no son una casualidad, Diario *La República*, Lima, Perú, septiembre 29 de 2007.

ESER, ALBIN, "Individual Criminal Responsibility". *The Rome Statute of International Criminal Court*: Edited by Antonio Cassese, Paola Gaeta y Jhon R.W.D. Jones. Oxford University Press; New York, 2002.

Estatuto de Roma del 17 de julio de 1998.

FARFÁN M., FRANCISCO JAVIER, "La masacre de Machuca: autoría mediata a través de aparatos organizados de poder". Institutos de estudios del Ministerio Público. Bogotá, 2006.

FARFÁN MOLINA, FRANCISCO, Concepto procurador primero delegado para la Casación Penal, ([http://209.85.207.104/search?q=cache:g5Y41z9OcskJ:websql.procuraduria.gov.co/relatoriaweb/dependencia/1CasacionPenal/casacion/2006/23825%2520\(Machuca\)%2520octubre.doc+oleoducto+cusiana+cove%C3%B1as+eln+sentencia+corte+suprema+de+justicia+sala+de+casacion+penal&hl=es&ct=clnk&cd=2&gl=co](http://209.85.207.104/search?q=cache:g5Y41z9OcskJ:websql.procuraduria.gov.co/relatoriaweb/dependencia/1CasacionPenal/casacion/2006/23825%2520(Machuca)%2520octubre.doc+oleoducto+cusiana+cove%C3%B1as+eln+sentencia+corte+suprema+de+justicia+sala+de+casacion+penal&hl=es&ct=clnk&cd=2&gl=co))

"*Juicio a las juntas militares*", Cámara Federal de la capital en lo criminal y en lo correccional, Buenos Aires, Argentina. Capítulo 8, Autoría mediata. 9 de diciembre de 1985.

MEINI, IVÁN, "La autoría mediata en virtud del dominio sobre la organización", en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, n° 4, Editorial Grijley, Lima, 2003.

MACEDO, FRANCISCO, "Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos". (Lima: IDEHPUCP, abril de 2007), pág. 33. (EDUARDO ANDRÉS BERTONI, Autoría mediata por Aparatos Organizados de Poder Antecedentes y Aplicación Práctica).

Página Web <http://www.derechos.net/doc/tpi.html>

PEDRAGLIO, "A propósito del proceso judicial contra Abimael Guzmán y la dirigencia senderista (...)", Pontificia Universidad Católica de Perú, *Revista del Instituto de Democracia y Derechos Humanos*. Lima, Perú, 2007.

PELÁEZ BARDALES, JOSÉ ANTONIO, Primera Fiscalía Suprema en lo Penal, Poder Judicial de Perú, Dictamen 2275-2007, Expediente N° 19-2001, Sala Penal Especial, Lima Perú 29 de octubre de 2007, ([http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/Documentos/dictamen\\_2275-2007\\_1FSP\\_MPFN\\_091107.pdf](http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/Documentos/dictamen_2275-2007_1FSP_MPFN_091107.pdf))

RÍOS ARENALDI, JAIME, "De la autoría mediata en general y de si en Chile su inexpresividad legal constituye una laguna de punibilidad". *Polít Crim*, n° 2. A4, 1-23.

ROXIN, CLAUDIUS, *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*. Ediciones jurídicas y sociales: Madrid, 2000.

Voces de Colombia. Página oficial del Ejército de Liberación Nacional de Colombia [http://www.nodo50.org/elnvoces/index.php?option=com\\_content&task=section&id=9&Itemid=63](http://www.nodo50.org/elnvoces/index.php?option=com_content&task=section&id=9&Itemid=63)