

IMPUTACIÓN AL JEFE
O SUPERIOR JERÁRQUICO
DE ESTRUCTURAS DELICTIVAS
–O CON TENDENCIA DELICTIVA–
DE LOS EXCESOS COMETIDOS
POR SUS SUBORDINADOS:
ANÁLISIS DE TRES NIVELES PARA
LA IMPUTACIÓN AL INDIVIDUO
POR EL INJUSTO COLECTIVO*

*José Manuel Rojas Salas***

Resumen: En este trabajo se indaga si es posible imputar a los jefes (militares o asimilados) o superiores jerárquicos de estructuras delictivas –o con tendencia delictiva– los excesos cometidos por sus subordinados. Para solucionar este

* Parte de este trabajo es el resultado de la investigación académica que realicé para optar por el título de doctor en derecho en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, España. Agradezco a todas las personas que me ayudaron a terminar exitosamente este proyecto, en especial a mi directora de tesis, la Prof. Dra. Nuria Pastor Muñoz. También al Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD), fundación que mediante una beca me permitió realizar una estancia de investigación en Universidad de Halle-Wittenberg, bajo la dirección del Prof. Dr. Joachim Renzikowski.

** Doctor en derecho (*Ph. D.*) de la Universidad Pompeu Fabra (España). ORCID: 0009-0004-4685-7920. Correo electrónico: josemanuel1449@gmail.com. Fecha de recepción: 17 de marzo de 2023. Fecha de aceptación: 2 de julio de 2023. Para citar el artículo: Rojas, José Manuel. “Imputación

problema jurídico, en primer lugar, se analizan ese tipo de estructuras a partir de distintos enfoques. En segundo lugar, se precisa brevemente qué se entiende por “excesos” en términos jurídico-penales. En tercer lugar, se plantea una propuesta de solución a partir de un enfoque metodológico de tres niveles en los que es preciso establecer, primero, el fundamento de la responsabilidad del individuo en el contexto de la acción colectiva, segundo, la calificación de su intervención y, tercero, el alcance de la imputación subjetiva del injusto.

Palabras clave: imputación, jefe militar, jefe militar asimilado, superior jerárquico, exceso, subordinados, estructuras delictivas, fundamento de la responsabilidad, autoría y participación, imputación subjetiva, dolo, culpa, imprudencia, preterintención, omisión.

CRIMINAL RESPONSIBILITY OF THE COMMANDER OR THE SUPERIOR OF CRIMINAL –OR CRIMINALLY INCLINED– STRUCTURES FOR THE EXCESSES COMMITTED BY THEIR SUBORDINATES: THREE LEVELS ANALYSIS FOR DETERMINE AN INDIVIDUAL’S LIABILITY FOR COLLECTIVE ACTION

Abstract: This research studies if it is possible to charge commanders (military or acting as a such) or superiors of criminal –or criminally inclined– structures for the excesses committed by their subordinates. To solve this legal problem, firstly, those kinds of structures are analyzed from different approaches in order to determine the scope of the study. Secondly, the meaning of “excesses” is briefly explained in criminal-legal terms. Thirdly, a solution is proposed based on a three levels of analysis methodological approach in which it is necessary to establish, first, the foundation of the individual’s responsibility in the context of collective action, second, the qualification of their intervention and, third, the scope of the subjective responsibility (*mens rea*).

Keywords: criminal liability, military commander, acting military commander, hierarchical superior, excess (abuse), subordinates, criminal structures, basis of responsibility, principals and accessories, mental element of the crime (*mens rea*), intention, recklessness, unintentional crime, omission.

al jefe o superior jerárquico de estructuras delictivas –o con tendencia delictiva– de los excesos cometidos por sus subordinados: Análisis de tres niveles para la imputación al individuo por el injusto colectivo”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 45, n.º 118 (enero-junio de 2024), pp. 99-144.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v45n118.04>.

INTRODUCCIÓN

Desde el punto de vista jurídico-penal resulta problemático el tratamiento de aquellos casos en los que, en el seno de las estructuras jerárquicas –más o menos rígidas– propias de organizaciones delictivas o con tendencia delictiva, los subordinados, valiéndose de su vinculación a la organización, cometen conductas punibles que van más allá de las órdenes que les fueron inicialmente impartidas. En ese tipo de casos no está claro cuáles son los fundamentos y límites de la imputación a los jefes, comandantes o superiores jerárquicos que, si bien no intervienen en la ejecución del delito, contribuyen de manera sustancial propiciando las condiciones necesarias para que sea cometido. Los siguientes ejemplos pueden ser útiles para ilustrar el objeto de estudio planteado.

1. Por instrucciones de su comandante, un grupo armado organizado ocupa por la fuerza una población. Aprovechando las condiciones de indefensión en la que se encuentran sus habitantes, sus subordinados cometen actos de violencia sexual contra las mujeres y adolescentes de la zona, pese a que ello no había sido contemplado en las órdenes inicialmente impartidas.

2. A partir de una política de incentivos establecida desde los altos mandos de la fuerza pública, dirigida a obtener mayores resultados operacionales en la lucha contra grupos alzados en armas, algunos militares cometen ejecuciones extrajudiciales. Hacen pasar a personas inocentes como “casos de bajas en combate”, con el objetivo de obtener beneficios, como ascensos, viajes al exterior o condecoraciones. No hay evidencias de que los altos mandos hayan ordenado directamente la comisión de tales delitos.

El propósito de este trabajo es responder si en este tipo de casos es posible imputar a los comandantes, jefes militares, asimilados o superiores jerárquicos de estructuras delictivas –o con tendencia delictiva– las conductas delictivas cometidas por sus subordinados que exceden el objeto principal de la organización o de las órdenes impartidas. La vinculación de dichos jefes o superiores con las estructuras que lideran y el papel que desempeñan –es decir, el riesgo creado– no pueden ser ignorados en la valoración del injusto, pero tampoco constituyen por sí mismos el fundamento de la imputación, en tanto esa mera condición no es suficiente para atribuir responsabilidad por cualquier hecho delictivo. Por tanto, resulta necesario identificar los fundamentos y límites de la responsabilidad jurídico-penal en este tipo de escenarios.

Para resolver este problema jurídico, este trabajo está estructurado en tres partes. En la primera de ellas se identifican los tipos de estructuras delictivas que son objeto de estudio, esto es, las estructuras delictivas –o con tendencia delictiva– como sistemas de injusto complejos. Luego se ofrecerá una definición de “excesos” en el marco del Derecho penal, con el fin también de delimitar el objeto de

estudio. En tercer lugar, se indicará una propuesta de solución para el caso del ordenamiento jurídico-penal colombiano, a partir de los principios dogmáticos del Derecho penal de tradición jurídica europeo-continental¹.

I. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR “ESTRUCTURAS DELICTIVAS” O “CON TENDENCIA DELICTIVA”?

Si bien es frecuente escuchar expresiones como “crimen organizado”, “organizaciones delictivas”, “aparatos organizados de poder”, “estructuras criminales”, etc., muchas veces no es claro a qué se hace referencia, en tanto han sido utilizadas para referirse a un sinnúmero de actividades o asociaciones de personas relacionadas con el crimen. No es claro si dentro de dichos conceptos se incluyen organizaciones empresariales o públicas desde las cuales se cometen delitos, cuántos integrantes deben tener o qué requisitos adicionales deben cumplir para considerarlas como un ente independiente de sus miembros. Por ello, el propósito de esta primera parte es encontrar una definición de estructuras delictivas –o con tendencia delictiva– que sirva posteriormente para ofrecer una propuesta de solución al problema jurídico planteado.

Arrojar una definición de este tipo no es una tarea sencilla, principalmente porque estos conceptos son frecuentemente utilizados para referirse fenómenos sociales, mientras que aquí se intenta abstraerlos para darle un sentido jurídico-penal. Además, porque las instituciones del derecho penal están diseñadas a partir de ciertas categorías dogmáticas que se han estructurado tradicionalmente para identificar la responsabilidad penal individual, mientras que dichos fenómenos obedecen a una realidad social de criminalidad colectiva en la que se dificulta aplicar tales criterios².

La primera ocasión en que se empleó la expresión “crimen organizado” fue en Estados Unidos en 1896, para referirse a ciertas actividades ilícitas que estaban siendo encubiertas por las autoridades locales³. Con el paso del tiempo este concepto ha

1 Sobre la –incorrecta– aplicación directa en el ordenamiento jurídico colombiano de algunos institutos dogmáticos del Derecho penal internacional, como el artículo 28 del Estatuto de Roma que consagra la denominada “responsabilidad de mando”, véase en Rojas Salas, José Manuel. “¿Aplicación directa del artículo 28 del Estatuto de Roma en el ordenamiento jurídico colombiano?”, en *Derecho Penal Contemporáneo Revista Internacional*, n.º 73, octubre-diciembre 2020, Bogotá, Legis, pp. 59-93.

2 Véase al respecto: Zúñiga Rodríguez, Laura. “Autoría y participación en el ámbito de la criminalidad organizada a la luz del derecho comparado y del derecho internacional”, en *Críticas al funcionalismo normativista y otros temas actuales del Derecho Penal. Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Yvan Montoya Vivanco (coord.), Palestra, Lima, 2011, pp. 59-99.

3 La expresión “crimen organizado” fue utilizada por primera vez en 1896, en el reporte anual de la New York Society for the Prevention of Crime, que lo empleó para referirse a las actividades de juego y prostitución que estaban encubiertas por funcionarios. Véase en Paoli, Letizia/Vander

variado y ha sido utilizado globalmente para referirse a una más amplia variedad de fenómenos e incluso a ciertos grupos de individuos –como las mafias italianas, los carteles mexicanos o los diferentes grupos armados organizados o delictivos organizados en Colombia–. En esa medida, se trata de un concepto bastante amplio que puede ser abordado a partir de distintos enfoques, como el normativo, el sociológico, el criminológico, entre otros⁴.

A partir de un enfoque estrictamente normativo se puede identificar en las regulaciones sobre este tipo de fenómenos delictivos una marcada tendencia a abarcar en su concepto la mayor cantidad de conductas posibles y diferenciarlo de las meras asociaciones esporádicas para cometer uno o pocos delitos, de poca gravedad o de manera instantánea, las cuales son calificadas como “asociación estructurada” o “grupo criminal”, así como una preocupación en los últimos años por la criminalidad organizada transnacional. Algunas definiciones en el ámbito internacional pueden encontrarse en la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional, firmada en Palermo los días 12 al 15 de diciembre de 2000 y aprobada por la Resolución 55/25 de la Asamblea General; en la Decisión Marco de la Unión Europea 2008/841/JAI; en España, en la Ley Orgánica 5/2010 que incorporó al Código penal los delitos de organizaciones y grupos criminales; en Alemania, la definición adoptada en 1986 por los ministros de interior y justicia en la que se hacía mayor énfasis en el tema de la empresa criminal, con gran influencia en otros Estados europeos. En Colombia pueden encontrarse las definiciones de “Grupo Armado Organizado” –GAO– y “Grupo Delictivo Organizado” –GDO– en la Ley 1908 de 2018 y de “estructuras armadas organizadas de crimen de alto impacto” en la Ley 2272 de 2022⁵.

Las investigaciones criminológicas sobre las organizaciones delictivas han topado con dificultades para identificar los rasgos que identificarían a este tipo de

Beken, Tom. “Organized Crime: a contested concept”, en *The Oxford Handbook of Organized Crime*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 15.

- 4 Mientras que para un sector de la doctrina resulta imposible dar una definición única de organización criminal, pues estas abarcan fenómenos diversos, véase: Zaffaroni, Eugenio. “Il crimine organizzato: una categorizzazione fallida”, en Moccia, Sergio (org.), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, p. 79; otros autores consideran posible ofrecer una única definición que permite distinguir este fenómeno de otras formas de delincuencia colectiva. Véase: Medina Ariza, Juan. “Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado”, en Ferré Olivé/Andrade Borralló (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva/Fundación El Monte, 1999, p. 111; Zúñiga Rodríguez, Laura. *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal, Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Comares, Granada, 2009, p. 27; íd. “Criminalidad organizada, Derecho penal y sociedad: apuntes para un análisis”, en *El desafío de la criminalidad organizada*, Comares, Granada, 2006, p. 39 y ss.
- 5 Estos términos incorporados a rango normativo ya venían siendo utilizados por la fuerza pública, en tanto estaban referenciados en las Directivas del Ministerio de Defensa 016 y 017 de 2016 y 037 de 2017.

estructuras como un fenómeno particular diferenciable de cualquier otra forma de delincuencia colectiva, esencialmente porque los instrumentos criminológicos tradicionales no han sido concebidos para estudiar las interacciones sistemáticas en el interior de las propias organizaciones delictivas, entre los grupos criminales o entre estos y otros sistemas sociales, esto es, no están diseñados para enfocar una comunicación de sistemas sociales más complejos. En mi criterio, una aproximación a este fenómeno a partir de la teoría de los sistemas sociales complejos no solo resulta válida sino incluso más útil para lo que aquí es objeto de estudio⁶.

Luhmann, padre de la teoría de los sistemas sociales complejos, diferencia tres tipos de sistemas sociales: la integración, la organización y la sociedad. La integración se caracteriza por la presencia física de sus integrantes, quienes se perciben mutuamente y llevan a cabo la comunicación entre sí; este sistema dura mientras dura la co-presencialidad de los interactuantes; la organización se caracteriza por la capacidad de condicionar la pertenencia, en tanto para ingresar y permanecer a una organización una persona debe satisfacer las condiciones establecidas por el sistema organizacional; y la sociedad se caracteriza como un sistema que comprende todas las comunicaciones. Hoy en día es un sistema único, global: la sociedad mundial⁷. Las organizaciones para Luhmann son sistemas complejos formados por comunicaciones de decisiones. Un sistema complejo formado por decisiones supone que éstas servirán como premisas para otras decisiones. Para que ello funcione es necesario que las decisiones –aunque sean pasajeras– puedan fijar ciertas determinaciones de sentido y sean capaces de indicar los puntos críticos en que el decidir posterior se plantea en contradicción con el decidir anterior. Esto quiere decir que las decisiones van abriendo y cerrando caminos para el decidir posterior. Sin embargo, dado que se trata siempre de decisiones, es posible que el decidir posterior se aparte del camino preferido –señalado– por el decidir previo⁸. Esto resulta muy importante para el objeto de la investigación, en la medida en que explica cómo se encuentra constituida la causalidad para la toma de decisiones en las organizaciones, incluidas las tomadas por los miembros ubicados en la parte inferior de estas estructuras, las cuales tienen su justificación en decisiones previas de los superiores. Sin embargo, es importante aclarar que sólo se trata de un proceso causal y, como se verá más adelante, para imputarle a alguien un hecho como propio es necesaria además una valoración de su conducta.

6 Hay quienes consideran inadecuado recurrir a la teoría de las organizaciones en este tipo de escenarios, argumentando para ello que se trata de una teoría bastante abstracta. Véase en Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el Derecho penal económico”, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013.

7 Luhmann, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, 1990, p. 35.

8 Véase en Rodríguez, *Gestión organizacional*, 2006, p. 101.

Bajo esta óptica, la organización es entendida como un sistema social en el que se desarrollan procesos de comunicación y decisión⁹. Las organizaciones –incluso las delictivas– se distinguen de otro tipo de sistemas sociales –como las interacciones y las sociedades– por su capacidad de condicionar la pertenencia; es decir, de poner condiciones que deben ser cumplidas por quienes las integran. Se trata de sistemas sociales complejos estructurados verticalmente, lo cual significa que en ellas existen distintos niveles desde los que se toman decisiones, que esas decisiones son comunicadas y que existe poder para reducir la alternatividad en quienes están encargados de ejecutarlas, esto es, se presenta un fenómeno de selectividad¹⁰.

Desde esta perspectiva, las estructuras delictivas a las que aquí se hace referencia abarcan fenómenos como “los sistemas de injusto constituido orientados criminalmente” mencionados por Lampe¹¹, o los “poderes abiertamente criminales” mencionados por Ferrajoli¹², esto es, asociaciones delictivas como las mafias o los carteles en los que es más que evidente la orientación criminal de la organización. Igualmente, en este concepto también se incluyen el “injusto de Estado y estructuras estatales criminalmente pervertidas” (Lampe) o “la criminalidad de los poderes públicos” (Ferrajoli), es decir, organizaciones estatales corruptas en las que se presenta un abuso generalizado del poder. Sin embargo, este concepto no abarca los “sistemas con tendencia criminal” (Lampe) o la “criminalidad de los grandes poderes económicos” (Ferrajoli)¹³. Esto en la medida en que, si bien se trata de asociaciones ilícitas cuyas verdaderas actividades están orientadas criminalmente, en este tipo de sistemas sociales no se presentan la jerarquía y la obediencia de igual forma como en los anteriores, por lo cual los criterios imputación a los individuos que los integran varían de forma considerable y escapan de lo que aquí es objeto de estudio.

En esa medida, si bien el problema de imputación que se estudia en este trabajo no solo atañe a las organizaciones criminales en sentido estricto, sino a otro tipo de sistemas sociales de tipo organizativo en los que intervienen varios individuos, con

9 Hay quienes consideran inadecuado recurrir a la teoría de las organizaciones en este tipo de escenarios, argumentando para ello que se trata de una teoría bastante abstracta. Véase en Ortiz de Urbina Gimeno, Iñigo. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el Derecho penal económico”, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013.

10 Luhmann, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, Grupo Planeta, Madrid, 1990, p. 35.

11 Véase en Lampe, Ernst-Joachim. “Injusto del sistema y sistema de injusto”, en *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, Carlos Gómez-Jara (trad.), Lima, Grijley, 2003, pp. 98 y ss.

12 Ferrajoli, Luigi. “Criminalidad y globalización”, en Carbonell, Miguel/Vásquez, Rodolfo (comp.). *Globalización y Derecho*, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 149.

13 Véase en Carnevali Rodríguez, Raúl. “Hacia un injusto penal de la criminalidad organizada. Una propuesta a modo de *lege ferenda*”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte n.º 2, 2014, pp. 70 y ss.; Ferrajoli. “Criminalidad y globalización”, en Carbonell, Miguel/Vásquez, Rodolfo (comp.). *Globalización y Derecho*, 2009, p. 149.

distintos aportes y competencias, que finalmente ocasionan el resultado típico –esto es, sistemas de injusto constituido, en palabras de Lampe–, lo que las distinguiría de cualquier tipo de agrupación es precisamente su carácter institucional –de institución antisocial–, que, en palabras de Silva Sánchez: “hace de ella (s) no solo algo más que la suma de sus partes, sino también algo independiente de la suma de sus partes”¹⁴. Desde esta perspectiva, las estructuras delictivas son entendidas aquí como sistemas sociales en los que se desarrollan procesos de comunicación y decisión, en los que se da la coordinación planificada de las actividades de un grupo de personas para procurar el logro de un objetivo o propósito explícito y común, a través de la división de trabajo y funciones, y a través de una jerarquía de autoridad y de responsabilidad. Aquella existe independientemente de quienes la componen y se caracteriza por la distinción de roles y competencias en quienes la integran¹⁵.

II. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR “EXCESOS” EN TÉRMINOS JURÍDICO-PENALES?

Si bien existen algunas referencias en el Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000) al término “exceso”, realmente no se trata de una categoría jurídica propia por sí misma, sino de un concepto utilizado comúnmente en el lenguaje para referirse a aquellos eventos que se desenvuelven más allá de lo inicialmente previsto o, tal y como lo define la Real Academia de la Lengua: “cosa que sale en cualquier línea de los límites de lo ordinario o de lo lícito”¹⁶. Así, por ejemplo, puede referirse a las conductas punibles derivadas del uso excesivo de la fuerza pública de parte de un oficial encargado del cumplimiento de la ley, las cuales pueden ser tipificadas en distintos delitos dependiendo de los hechos (tortura, tortura en persona protegida, abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, lesiones personales, homicidio, homicidio en persona protegida, etc.).

En esa medida, para darle un sentido jurídico-penal a esta expresión es preciso recurrir a las categorías dogmáticas que sí están previstas en la legislación, como lo son, por ejemplo, las formas de autoría y participación, la omisión, el dolo, la imprudencia, la preterintención, etc. Por ello, las consecuencias jurídicas de los casos de “excesos” dependerán de la interpretación y valoración del operador jurídico con base en todas estas figuras jurídicas. Por ejemplo, es regular escuchar la expresión “autor intelectual” en el lenguaje ordinario; sin embargo, no se trata

14 Véase en Silva Sánchez, Jesús María. “¿‘Pertenencia’ o ‘intervención’? Del delito de ‘pertenencia a una organización’ a la figura de la ‘participación a través de organización’ en el delito”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Emilio Octavio de Toledo y Ubieta, Manuel Gurdíel Sierra, Emilio Cortés Bechiarelli (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 1069 y ss.

15 Véase en Schein, Edgar, *Psicología de la organización*, México, Prentice Hall, 1982., p. 14.

16 Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, 22.ª ed., Madrid, 2022, consultado en <https://dle.rae.es/exceso>.

de un término previsto en la legislación y, por tanto, no tiene una consecuencia jurídica por sí misma, ya que puede tratarse de un determinador, un coautor o incluso de un autor mediato dependiendo de la calificación que hayan utilizado los operadores jurídicos en el caso concreto¹⁷.

Lo mismo ocurre con la palabra “excesos”, en tanto tiene un sentido en el uso cotidiano del lenguaje, pero sus consecuencias en términos jurídicos dependerán de la forma en la que los operadores jurídicos hayan interpretado los hechos y las categorías dogmáticas previstas en la legislación. Por tanto, es preciso referirse a cada una de dichas categorías dogmáticas para precisar qué elementos o criterios las identifican y, de esta forma, determinar si es posible encajar dichos “excesos” anteriormente mencionados en cada una de ellas.

III. PROPUESTA DE SOLUCIÓN

Es usual que la respuesta al interrogante de hasta qué punto debe responder jurídicamente el jefe, comandante o superior de una estructura delictiva parta directamente de las formas de calificación de la intervención en el delito, como, por ejemplo, la autoría mediata a través del dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder¹⁸, la coautoría¹⁹, la inducción²⁰ o –en el escenario internacional– a partir de

17 Ejemplo tomado de: Orozco López, Hernán Darío. “Graduación de la intervención delictiva de los miembros del Secretariado de las antiguas FARC en el caso de graves privaciones de la libertad”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 42, n.º 113, julio-diciembre 2021, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 19.

18 Tesis formulada por Claus Roxin en “Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate”, en *GA*, 1963, pp. 193 y ss., Posteriormente desarrollada por él mismo en diversas publicaciones, incluida *Täterschaft und Tatherrschaft (Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal)*. Esta tesis ha sido adoptada por diversos tribunales extranjeros e internacionales. En Colombia, destacan las siguientes decisiones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia: sentencia del 23 de febrero de 2010, proceso n.º 32.805; sentencia del 14 de septiembre de 2011, proceso n.º 32.000, magistrado ponente: Alfredo Gómez Quintero; sentencia del 26 de septiembre de 2012, radicado n.º 32.850; sentencia del 12 de febrero de 2014, radicado 40214, magistrado ponente: Gustavo Enrique Malo; sentencia del 7 de julio de 2021, radicado 52858, magistrada ponente: Patricia Salazar Cuéllar.

19 En Colombia se destacan las siguientes decisiones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las que esta tesis ha sido aplicada: sentencia del 7 marzo de 2007, proceso n.º 23825, magistrado ponente: Javier Zapata Ortiz; sentencia del 26 de abril de 2007, proceso n.º 25.889, magistrados ponentes: Sigifredo Espinosa Pérez y Álvaro Orlando Pérez Pinzón; sentencia del 8 de agosto de 2007, proceso n.º 25.974, magistrada ponente: María del Rosario González de Lemos; sentencia del 12 septiembre de 2007, proceso n.º 24448, magistrado ponente: Augusto J. Ibáñez Guzmán; sentencia del 23 de febrero de 2009, proceso n.º 29418, magistrada ponente: María del Rosario González de Lemos; sentencia del 2 de septiembre de 2009, proceso 29221, magistrado ponente: Yesid Ramírez Bastidas; sentencia de única instancia proferida el 16 de septiembre de 2009, proceso n.º 29640.

20 En Colombia se destacan las siguientes decisiones de Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las que ha sido aplicada: sentencia del 3 de diciembre de 2009, proceso de única instancia n.º 32.672; sentencia del 18 de marzo de 2010, proceso de única instancia n.º 27.032.

otras formas de intervención, como la empresa criminal conjunta²¹, el control conjunto del crimen²², la responsabilidad de mando –si es que es entendida como una forma de intervención en el delito cometido por otro y no como un delito autónomo, tema que aún no es pacífico en la doctrina²³– e incluso aplicaciones mixtas de algunas de estas figuras, como en el caso de la coautoría mediata²⁴. Sin embargo, en realidad, dichas formas de intervención responden a la pregunta de cómo debe responder el autor o partícipe de las conductas delictivas que se le atribuyen.

Creo que, más allá de las discusiones sobre la correcta o incorrecta utilización de una u otra forma de calificación de la intervención delictiva, se incurre en un error al partir directamente de ellas sin previamente haber resuelto un problema jurídico aún mayor, como lo es la fundamentación de la responsabilidad jurídico-penal del individuo por el hecho cometido por una estructura delictiva bajo su mando o dirección –o lo que es igual, el fundamento de la responsabilidad individual por el injusto colectivo–. Posteriormente, a partir de dicha labor, es posible entrar a discutir la calificación autoría o participación que le corresponde a cada uno de los intervinientes²⁵. Luego, en caso de que dichos niveles de análisis sean superados, considero que es necesario uno adicional sobre el problema de la imputación subjetiva del injusto. Estos niveles de análisis son escalonados y excluyentes, de tal forma que, si no se supera el primero, no tiene sentido continuar con los siguientes²⁶.

21 Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. Caso *Tadic*. Fallo de la Sala de Apelaciones. 15 de julio de 1999. Fallo de la Sala de Apelaciones, párr. 227.

22 Corte Penal Internacional, Caso *Lubanga*, Sala previa al juicio. Decisión de confirmación de cargos de 29 de enero de 2007, párr. 320.

23 Véase al respecto: Rojas Salas, José Manuel, *Fundamento y límites de la responsabilidad jurídico-penal del superior jerárquico de organizaciones delictivas por los delitos cometidos por sus subordinados. Sobre la posibilidad de imputar al superior los excesos del subordinado*, tesis doctoral, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2022, pp. 86 y ss.

24 Véase al respecto el fallo reciente de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Consultas, auto 019 del 26 de enero de 2021 en el “caso n.º 01. Toma de rehenes y graves privaciones de la libertad cometidas por las FARC-EP”; en el que se recurrió a esta figura mixta que ya había sido utilizada por la Corte Penal Internacional en el caso *Katanga y Ngudiolo Chui*.

25 Este modelo metodológico ha sido desarrollado por Robles Planas, Ricardo en *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Barcelona, Atelier, 2007, pp. 15- 21; íd. “Los dos niveles de la intervención en el delito (el ejemplo de la intervención por omisión)”, en *InDret*, Barcelona, 2012, pp. 2 y ss.

26 Creo que este modelo metodológico no está muy alejado de la tesis de la doble imputación – inicialmente propuesta por Marxen y desarrollada en Colombia por Perdomo Torres–, según la cual en escenarios de “macro-criminalidad” la conducta no puede ser analizada únicamente desde la perspectiva de la realización aislada o individual, sino que también debe considerarse el “contexto” en el que se desarrolla y, en esa medida, el sentido que adquiere como un “hecho total” (*Gesamttat*). Véase en Marxen, Klaus. “Intervención en un injusto sistemático grave.

A continuación se desarrollarán cada uno de dichos niveles de análisis en el marco del problema jurídico planteado.

A. Análisis de primer nivel: Fundamento de la responsabilidad individual por el injusto colectivo

En la actualidad es claro que el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal únicamente puede establecerse a partir de la competencia de un sujeto en relación con la protección de un bien jurídico o con el control de una fuente de riesgos, y la incidencia de dicha posición en relación con el hecho típico. Es decir, para encontrar ese fundamento se debe partir de un análisis de imputación objetiva en el que se determine cuál es el riesgo creado –o el riesgo no evitado en el caso de los delitos omisivos– y la realización de dicho riesgo. En este primer nivel de análisis es indiferente si la intervención del superior jerárquico es activa (por intermedio de una orden expresa) u omisiva (por la no evitación de un riesgo típico), en tanto lo importante es identificar si dicho individuo tenía un deber frente al riesgo, que finalmente se ve materializado en la realización del hecho delictivo.

En ese análisis de imputación objetiva hay varias instituciones dogmáticas que tienen incidencia en relación con el tema objeto de estudio. En primer lugar, es preciso determinar cuál es el alcance del principio de auto-responsabilidad y si se trata de una barrera insalvable en este tipo de escenarios de responsabilidad del jefe (militar o asimilado) o superior jerárquico por los delitos cometidos por sus subordinados. Este principio puede entenderse en dos dimensiones, tanto como la responsabilidad por el hecho propio (promover la responsabilidad por la organización libre del ámbito de competencia de cada persona), como la no responsabilidad por el hecho ajeno (garantizar la no responsabilidad por hechos que forman parte de un ámbito de competencia ajeno); esta última dimensión no es otra cosa que la prohibición de regreso²⁷. En esa medida, la doctrina es clara

Consideraciones sobre una teoría jurídico-penal internacional del delito”, en *Autores, partícipes y superiores en la Justicia Transicional*, Yesid Reyes (coord.), Nuria Pastor Muñoz (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 30 y ss.; Perdomo Torres, Jorge Fernando. *Modelo normativista de imputación en macrocriminalidad y crímenes internacionales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022, pp. 60 y ss.; también: Fiscalía General de la Nación, *Directiva 001 del 27 de marzo de 2016*, Bogotá, 2016, p. 28.

27 Véase en Cancio Meliá, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Librería Bosch, Barcelona, 2001, p. 261; Izquierdo Sánchez, Cristóbal. *Estafas por omisión*, Atelier, Barcelona, 2018, p. 70; Reyes Alvarado, Yesid. *Imputación objetiva*, tercera edición, Bogotá, Temis, 2005, p. 346, para quien “un correcto entendimiento del principio de auto-responsabilidad supone no solo que debe responder por sus actuaciones quien sea psicofísicamente apto para ello, sino además, que por determinadas actuaciones solo se debe responder en cuanto dichos comportamientos puedan ser válidamente esperados del respectivo sujeto”; Robles Planas, Ricardo. *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 109, quien

en que dentro de las excepciones para que aplique la prohibición de regreso se encuentran precisamente los casos en los que el sujeto se encuentra en una posición de garante²⁸, las cuales, como se verá en seguida, se presentarían en los casos que aquí son abordados (bien sea por injerencia o por asunción).

1. *La competencia del superior jerárquico de estructuras delictivas comunes (la injerencia)*

Para el caso de los superiores jerárquicos de organizaciones delictivas comunes –es decir, no institucionales–, su deber se configura a partir de su ámbito de competencia por organización, es decir, en virtud de deberes que tiene cualquier persona a partir de sus libertades individuales de no afectar las esferas jurídicas ajenas. La doctrina denomina “negativos” a los deberes de este tipo, precisamente porque consisten en mantener el propio ámbito de competencia sin afectar el de los otros (deberes de aseguramiento) y, en caso de que sí los afecten, surgen deberes de revocación de ese *output* peligroso (deberes de revocación o salvamento)²⁹.

señala que con el principio de auto-responsabilidad “no sólo se reconoce que todo individuo debe responder por las consecuencias del ejercicio de su libertad, sino también se garantiza no hacer responsable a alguien por un hecho que no es consecuencia del ejercicio de su autonomía individual, sino de la de otro”; íd., *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Barcelona, Atelier, 2007, pp. 17-20.

28 Véase en Feijóo Sánchez, Bernardo José. *Límites de la participación criminal. ¿Existe una «prohibición de regreso» como límite general del tipo en Derecho penal?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

29 Véase en Baldó Lavilla, Francisco, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 43 y ss.; Navas, Iván. “Acción y omisión en la infracción de deberes negativos en Derecho penal”, en *Política Criminal*, vol. 10, n.º 20, diciembre 2015, pp. 680 y ss.; Orozco López, Hernán Darío. *La intervención delictiva en los delitos de organización*, Bogotá, Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2008, pp. 21 y ss.; Pawlik, Michael. “El funcionario policial como garante de impedir delitos”, Marcelo Lerman y Marcelo A. Sancinetti (trad.), en *InDret*, 2008, p. 15, para quien, “Dado que por ordenamiento jurídico liberal se entiende, primariamente, aquel que le garantiza a sus ciudadanos el reconocimiento de libertad de organización, los deberes de garante tienen que presentarse, en cierto modo, como factores de costo de un balance, en cuya columna del haber esté la garantía de libertad de organización. Con esta perspectiva, entonces, los deberes de garante están legitimados por el hecho de que sustentan aquellas condiciones de la libertad de organización que ante todo hacen operable su reconocimiento por el Derecho, es decir, que la convierten en una parte de libertad *real*”; Perdomo Torres, Jorge Fernando. “El concepto del deber jurídico”, en *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, t. 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 232 y ss.; íd., *Estudios penales a partir de libertad y solidaridad*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 41; Silva Sánchez, Jesús María. “¿Quién debe responder de los ilícitos medioambientales? Sujetos y criterios de imputación de responsabilidad por ilícitos medioambientales”, en *Empresa y delito en el nuevo Código Penal*, Enrique Bacigalupo (coord.), Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1997, p. 160.

Tal y como lo menciona Perdomo Torres, en este tipo de escenarios surge una posición de garante por injerencia, es decir por la creación antijurídica de un riesgo próximo para la esfera de otro, que finalmente se ve afectada debido al actuar precedente³⁰. Para que se configure una posición de garante de este tipo es necesario, en primer lugar, el incumplimiento de los deberes de aseguramiento y revocación de la propia esfera de organización que da lugar a una situación de riesgo, y que, como consecuencia ello, se ocasione una lesión al bien jurídico; en segundo lugar, que dicho comportamiento precedente sea antijurídico; y, en tercer lugar, que dicha lesión pueda ser considerada previsible desde una perspectiva *ex ante*³¹. Cada uno de dichos elementos será desarrollado a continuación.

a. Incumplimiento de los deberes de aseguramiento y revocación

En relación con el incumplimiento de los deberes de aseguramiento y revocación por parte del titular de la esfera de organización del superior jerárquico, es importante resaltar que el carácter ilícito de las actividades propias de la organización a la cual pertenece un sujeto no lo libera de sus deberes como ciudadano, sino que legitima la posibilidad de imputación de los peligros que esa misma actividad ilícita represente para los demás. En este sentido, Jakobs, en el contexto del análisis de las organizaciones paramilitares del artículo 28 del ECPI, señala que dichas organizaciones “son instituciones peligrosas, y el ‘propietario’ de una institución de tales características tiene la obligación –*sit venia verbo*– de garantizar la seguridad, lo cual significa que tiene que velar [*sic*] nadie perteneciente a la misma actúe criminalmente, es decir, que se exceda del objeto criminal de la banda y sus acciones”³². Así, pese a que no existe una relación de superioridad jerárquica de carácter legal, el jefe de la banda sí debe vigilar y controlar los actos cometidos por los miembros de la organización que él dirige y, en esa medida, también cuenta con el deber de

30 Si bien este autor no está de acuerdo con la inclusión de la antijuridicidad del comportamiento previo como un elemento de la injerencia. Véase en Perdomo Torres, Jorge Fernando. *Modelo normativista de imputación en macrocriminalidad y crímenes internacionales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022, pp. 95 y ss.

31 Véase sobre la injerencia: Bacigalupo, Enrique. *Principios de Derecho penal*, Buenos Aires, Akal, 1997, p. 399 y ss.; Dopico Gómez-Aller, Jacobo, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006; Jakobs, Günther. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001; *íd.*, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, segunda edición, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 974 y 982; Perdomo Torres, *Estudios penales a partir de libertad y solidaridad*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 53 y ss.; *íd.* *Posición de garante en virtud de confianza legítima especial*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p. 36; Roxin, Claus. “Injerencia [*sic*] e imputación objetiva”, en *Revista Penal*, n.º 19, Universidad de Huelva, 2007, pp. 155 y ss.

32 Jakobs, Günther. “Participación”, Yamila Fakhouri (trad.), en *XXXV Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Procesos de Paz y Justicia Transicional*, Jaime Bernal Cuéllar (comp.). Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 129.

evitar la causación de un daño como consecuencia del ejercicio de la libertad. Quien delinque tiene el deber de suspender sus actividades ilícitas, de no exteriorizar los peligros potenciales propios de la naturaleza de su actividad o, de asegurarlos, una vez se hayan exteriorizado³³.

b. Antijuridicidad del comportamiento previo

En cuanto a la antijuridicidad del comportamiento previo, resulta importante hacer referencia a las palabras de Silva Sánchez, quien ha sostenido –con base en los postulados de Lampe– que una organización delictiva es un sistema penalmente antijurídico (*strafrechtliches Unrechtssystem*), esto es, un sistema social en el que las relaciones entre los elementos del sistema (básicamente, personas) se hallan funcionalmente organizadas para obtener fines delictivos. Por este motivo, la organización criminal conforma un injusto “por su mera existencia”, sin que tenga que manifestarse en acción alguna, esto es, constituye “un estado de cosas antijurídico”³⁴. En un sentido similar se encuentra Maurach, para quien los individuos pertenecientes a organizaciones delictivas han transgredido el derecho de asociación por el mero hecho de pertenecer a esas estructuras apartadas de la legalidad, por lo cual puede hablarse en estos casos de un “abuso del derecho”³⁵. Así mismo, es evidente que también se comparte la posición de Jakobs, para quien los integrantes de asociaciones criminales y terroristas se han “autoexcluido” del “derecho de los ciudadanos”, por lo que

33 “El aparato de poder ajeno a la legalidad no solo no debe emplearse, sino que, sobre todo, ha de manejarse con seguridad cada vez que se pone en marcha”. *Ibid.*, p. 129.

34 Silva Sánchez, Jesús María. “¿‘Pertenencia’ o ‘intervención’? Del delito de ‘pertenencia a una organización’ a la figura de la ‘participación a través de organización’ en el delito”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Manuel Gurdíel Sierra, Emilio Cortés Bechiarelli (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 1075-1076. Para este autor, en el momento actual del Derecho Penal se pueden identificar tres velocidades en las que avanza. La primera de ellas sería para las formas de criminalidad a las que se les imponen penas privativas de la libertad, para las que deben mantenerse de modo irrestricto los principios político-criminales, reglas de imputación y principios procesales clásicos. La segunda velocidad se aplicaría a “ilícitos de acumulación o peligro presunto”, esto es, a conductas alejadas de la creación de un peligro real para bienes individuales, por lo que cabría para ellas flexibilizar las sanciones previstas en los principios y reglas clásicos atendiendo a la menor gravedad de dichas conductas. La primera y la segunda velocidad pertenecerían al “Derecho penal de los ciudadanos” descritos por Jakobs, mientras que en la tercera velocidad se encontraría el “Derecho penal del enemigo”, en el que coexistirían la imposición de penas privativas de libertad y, a pesar de su presencia, la «flexibilización» de los principios político-criminales y las reglas de imputación. Esta tercera velocidad es para Silva Sánchez, muy a su pesar, “inevitable”. Véase en Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2006, pp. 165-188.

35 Maurach, Reinhart, *BT*, 1978, p. 670. Citado por: Silva Sánchez, Jesús María. “¿‘Pertenencia’ o ‘intervención’? Del delito de ‘pertenencia a una organización’ a la figura de la ‘participación a través de organización’ en el delito”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Manuel Gurdíel Sierra, Emilio Cortés Bechiarelli (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 1073.

para ellos aplica un “Derecho penal de enemigos”, debido a que han manifestado su intención de ubicarse al margen del derecho³⁶.

c. Previsibilidad

La previsibilidad es de suma importancia para los casos que aquí se analizan, en la medida en que no es posible hacer responsable al jefe o superior jerárquico de todas las conductas criminales desplegadas por sus subordinados. Tiene que haber un límite en el plano objetivo, el cual es precisamente que el resultado haya sido previsible en el momento de su intervención, esto es, desde una perspectiva *ex ante*. La previsibilidad depende de muchos factores que se deben analizar dependiendo de cada caso concreto, tal vez el más importante sea la cantidad y el tipo de información que es puesta en conocimiento del superior jerárquico, la cual le permitiría inferir la comisión de ciertos delitos por parte de sus subordinados bajo determinadas circunstancias³⁷. La previsibilidad abarca no sólo aquellas conductas delictivas que se haya ordenado cometer, también se extiende a aquellas conductas de los subordinados que era razonable que el superior se representara, teniendo en cuenta el contexto del caso concreto en el que se desarrolla la comunicación entre los integrantes de la estructura delictiva, por ejemplo, el pasado violento del subordinado, la vaguedad del mensaje instigador, la indisciplina o desorganización del grupo bajo su mando o la razonable oposición de las víctimas y, por ende, el uso de la violencia excesiva por parte de los subordinados³⁸.

36 En sus palabras: “[S]i el delincuente ya no proporciona garantía cognitiva alguna de su personalidad, la lucha contra el delito va al unísono con la lucha contra él. Entonces, ciertamente ya no es persona, sino fuente potencial de delitos, enemigo”. Véase en Jakobs, *Personalität und Exklusion im Strafrecht*, 2001, pp. 447 y ss., 462-463. Citado por: Silva Sánchez, Jesús María. “¿‘Pertenencia’ o ‘intervención’? Del delito de ‘pertenencia a una organización’ a la figura de la ‘participación a través de organización’ en el delito”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Manuel Gurdíel Sierra, Emilio Cortés Bechiarelli (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 1073.

37 Sin embargo, como se verá más adelante, en ciertos casos el hecho de que a raíz de su propia intención el superior jerárquico no cuente con dicha información no impide que se configure la posición de garante, es decir en los casos de ignorancia deliberada.

38 Para casos de violencia sexual cometida por los subordinados, resulta importante establecer los factores mencionados en Lista de Chequeo de Investigación y Judicialización de Violencia Sexual de la Fiscalía General de la Nación, tales como “la naturaleza violenta del ataque, plan o campaña donde se dieron los hechos; la generación de circunstancias que aumentan la vulnerabilidad o riesgo de las víctimas en ejecución del plan (ej.: la separación de hombres y mujeres; la falta de supervisión de los guardias que custodiaban a las mujeres detenidas); los antecedentes violentos de los miembros del grupo participantes del plan, reportados en declaraciones o informes; el tipo de tropa involucrada en la ejecución del plan (ej.: reputación violenta, sin entrenamiento); las actitudes discriminatorias asumidas por la tropa respecto de poblaciones vulnerables; el rol activo o fundamental del alto mando en operaciones en las que ocurrieron hechos de violencia sexual o la creación de un ambiente de tolerancia que facilitó los hechos; la posición de liderazgo y su participación en reuniones de alto nivel que le permitieron conocer la ocurrencia de los hechos de violencia sexual; el uso de representaciones sexualizadas de una

2. *Objeciones a la posibilidad de aplicar la injerencia en casos de crimen organizado*

La Corte Suprema de Justicia ha mencionado que no es posible recurrir a este tipo de posición de garante para casos en los que se discute la responsabilidad jurídico-penal de superiores jerárquicos de organizaciones delictivas, en tanto, además de los elementos mencionados anteriormente, también sería necesario identificar que el riesgo creado con el comportamiento precedente sea próximo para el bien jurídico tutelado, entendiendo dicha proximidad como una cercanía temporal³⁹. No obstante, esta interpretación resulta cuestionable, en tanto este requisito no ha sido interpretado de esta forma por la doctrina referida por la misma Corte en esta decisión. Jescheck y Weigend sí mencionan que el actuar precedente en la injerencia debe provocar un “peligro cercano (adecuado) del ocasionamiento [*sic*] del daño”⁴⁰, pero se refieren a que el peligro creado tenga la connotación suficiente para ocasionar el daño al bien jurídico protegido, mas no a una cercanía temporal. Expresamente señalan al respecto, haciendo referencia a lo dicho por Stratenwerth sobre la injerencia, que este autor “recurrir con acierto a la aptitud del comportamiento previo para la producción del resultado y el deber de su impedimento que de ello resulta”⁴¹. En relación con otros autores, ni Roxin ni Jakobs mencionan este elemento en los trabajos que han realizado sobre la injerencia⁴², como tampoco lo menciona Dopico Gómez-Aller en el más riguroso estudio que sobre esta temática se ha hecho en lengua castellana⁴³.

En esa medida, si bien el artículo 25 del Código Penal colombiano menciona la palabra “próximo” para referirse a la injerencia, dicha proximidad está referida a que la “situación antijurídica” de riesgo tenga la connotación suficiente para afectar “el bien jurídico correspondiente”. Esto significa que no está vinculada

parte de la población como propaganda de guerra; acciones que muestren que el aparato y sus miembros estaban siendo equipados para incurrir en violencia sexual (dotación de condones, viagra, servicio de enfermería para aborto, planificación forzada)”. Véase en Fiscalía General de la Nación, *Lista de Chiqueo de Investigación y Judicialización de Violencia Sexual, Módulo 2: Planeación de la investigación de violencia sexual*, 2017, pp. 43-44.

39 Véase en Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia del 5 de diciembre de 2018, radicado n.º 50236, magistrado ponente: Eugenio Fernández Carlier.

40 Véase en Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Miguel Olmedo Cardenete (trad.), Granada, Comares, 2002, p. 673.

41 Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Miguel Olmedo Cardenete (trad.), Granada, Comares, 2002, p. 673, nota al pie 53.

42 Véase en Jakobs, Günther. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001; Roxin, Claus. “Injerencia [*sic*] e imputación objetiva”, en *Revista Penal*, n.º 19, Universidad de Huelva, 2007, pp. 29 y ss.

43 Véase en Dopico Gómez-Aller, Jacobo, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 841 y ss.

a una temporalidad estricta –cuya cuantificación sería bastante subjetiva y, por tanto, carente de seguridad jurídica–, sino a la relevancia de la situación de riesgo creada en relación con la conducta delictiva finalmente realizada. Esta valoración de relevancia del riesgo creado en relación con el riesgo finalmente realizado no es otra cosa que un juicio de imputación objetiva⁴⁴.

Al respecto, también resultan de particular relevancia las palabras de Silva Sánchez en relación con la lejanía entre la aportación de un miembro de una organización delictiva y la posterior comisión de un delito por parte de otro miembro gracias a dicha aportación. Este autor entiende que, pese a que la aportación de un miembro de una organización delictiva pueda ser considerada de “escasa entidad” y haberse efectuado de modo genérico y con mucha antelación, al ser posteriormente actualizada y concretada por la misma organización a la hora de la comisión de uno o varios delitos determinados, puede serle imputada a aquel, pese a que dicho miembro no tuviese conocimiento de las circunstancias de tiempo, lugar, sujetos e incluso de la concreción fáctica en la que se ejecutará el hecho delictivo, aclarando desde luego que “es necesario que la probabilidad de integración de unas y otras aportaciones aparezca ex ante como real, y no hipotética, y que sea cuantitativamente significativa”⁴⁵. Aquí, pese a que las aportaciones pueden verse como “naturalísticamente” alejadas de la ejecución del hecho, hay una plena “conexión normativa” (de sentido) que legitima tal imputación⁴⁶. Por ello, pese a que la aportación previa del miembro de la estructura sea genérica, incluso desconociendo concretamente a quién ni cuándo ni qué delito va a favorecer, es posible imputarle responsabilidad en los casos de producción del hecho delictivo concreto, con fundamento en su: “intervención abstracta en la organización (*abstrakte Organisationbeteiligung*) cuyo título es la accesoriedad que, en lugar de referirse al hecho concreto del modo preciso, viene referida de modo abstracto a la organización (*abstraktorganisationsbezogene Unrechtsakzessorietät*)”⁴⁷.

3. *La competencia del superior jerárquico de estructuras delictivas institucionales (la asunción)*

En cuanto a la responsabilidad penal que les asiste a los superiores jerárquicos, jefes o comandantes de estructuras delictivas –o con tendencia delictiva– de origen

44 Sobre los componentes de dicho juicio de imputación objetiva, véase principalmente en Reyes Alvarado, Yesid. *Imputación objetiva*, tercera edición, Bogotá, Temis, 2005, pp. 51 y ss.; *ídem*. “Intervención delictiva e imputación objetiva”, en *ADPCP*, vol. 60, 2007, pp. 113 y ss.

45 Silva Sánchez, Jesús María. “¿‘Pertenencia’ o ‘intervención’? Del delito de ‘pertenencia a una organización’ a la figura de la ‘participación a través de organización’ en el delito”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Manuel Gurdíel Sierra, Emilio Cortés Bechiarelli (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 1069 y ss.

46 *Ibíd.*, pp. 1084-1085.

47 *Ídem*.

estatal o institucional, resulta importante la teoría de los delitos de infracción de deber, cuyo origen se encuentra en las obras de Roxin. Este autor advirtió que existen ciertos delitos en los que el legislador no caracterizó a los autores con base en el dominio del hecho, esto es, con base en una cualidad externa, sino en virtud de la infracción de un deber, una cualidad interna –una relación especial con el contenido del injusto del hecho–, motivo por el cual solo podría ser calificado como autor quien infringiere dicho deber⁴⁸.

Jakobs tiene una interpretación distinta de los delitos de infracción de deber que también resulta importante en este análisis. Para él, los deberes positivos proceden de las instituciones básicas para la estructura social y que le son impuestos al ciudadano por su vinculación a ellas. Aquí el sujeto no ha creado el peligro, su responsabilidad se sustenta en la solidaridad que surge por pertenecer a dichas instituciones, son deberes positivos porque el sujeto está obligado a proteger (una protección especial) los ámbitos ajenos contra ciertos riesgos. Este tipo de deberes cobija a su titular de un estatus especial que le obliga a configurar un mundo en común con determinadas personas. Es decir, contrario a los deberes negativos, aquí la obligación no consiste en no afectar esferas de organizaciones ajenas, sino, por el contrario, en proteger esas esferas de organización de diversas fuentes de peligro, incluso de la suya propia⁴⁹.

Este es precisamente el caso de los superiores jerárquicos, jefes o comandantes de estructuras estatales, quienes se encuentran obligados a controlar y supervisar las conductas de sus subordinados. Se trata de unos deberes especiales en la medida en que obligan a su titular a tomar las medidas que sean necesarias para evitar que sus supervisados cometan conductas delictivas. La fuente de dichos deberes especiales no es la injerencia, sino la asunción de la protección de un bien jurídico o del control de una fuente de riesgos, de tal forma que en caso de que sean incumplidos les asiste una posición de garante institucional por las consecuencias que se deriven de la omisión de tales deberes⁵⁰. Así, los funcionarios cobijados con este tipo de deberes funcionales son responsables no solo por su simple incumplimiento, sino por el resultado lesivo que se genere a partir de ello⁵¹.

48 Véase en Roxin, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo (trad.), Marcial Pons, Barcelona, 2000, pp. 385 y ss.

49

50 Jakobs entiende que la asunción de asumir determinado rol genera una “confianza cualificada en la constancia de esquemas de comportamiento, es decir, de la responsabilidad en virtud de incumbencia institucional”; es decir, se trata de una posición de garante en virtud de una competencia institucional. Véase en Jakobs, Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, segunda edición, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 987.

51 Véase al respecto: Pawlik, Michael. “El funcionario policial como garante de impedir delitos”, Marcelo Lerman y Marcelo A. Sancinetti (trad.), en *InDret*, 2008, p. 15.

En esa medida, los deberes positivos también cobijan los deberes de supervisión y control por parte de los superiores respecto de las conductas que realicen sus subordinados, en tanto se encuentran en una relación de jerarquía en el marco de la función pública. Específicamente en relación con los miembros de la fuerza pública, pueden ser responsables por las graves violaciones a los derechos humanos cometidos por sus subordinados, bien sea porque directamente ordenaron la comisión de tales delitos o porque omitieron prestar la seguridad que les correspondía. En estos casos, para que un miembro de la fuerza pública sea garante se requiere que en concreto recaiga dentro de su ámbito de competencia (material, funcional y territorial) el deber específico de proteger los derechos vulnerados.

En este sentido se encuentra a Pawlik, para quien el Estado, a través de sus funcionarios –especialmente los policiales–, es el garante de impedir delitos, asegurando con ello su propio cometido como institución, esto es, proteger los derechos de sus ciudadanos⁵². Ello, según este autor, de ninguna forma podría reprocharse en el sentido de que cualquier incumplimiento de las funciones del Estado daría lugar a una sanción jurídico-penal, pues “el deber de los órganos estatales del que aquí se trata –de contraponerse a los abusos punibles de posiciones jurídicas de los ciudadanos–, constituye el núcleo del núcleo, por así decirlo, de los cometidos estatales, que no ha sido puesto en duda ni por quienes abogan por un Estado minimalista [...], no es meramente un cometido, sino propiamente el cometido fundamentalísimo del Estado”⁵³.

De modo similar se ha manifestado Perdomo Torres, para quien el Estado moderno es garante del cumplimiento de determinadas tareas, en especial de aquellas dirigidas a la protección de los ciudadanos ante atentados contra su posición jurídica dentro de la sociedad, por lo cual, en su sentir, “los miembros de las fuerzas militares y de policía son garantes por ser representantes del Estado y, en este sentido, por tener el deber de salvaguardar los intereses en lo que tiene que ver con el respecto de los bienes jurídicos de la población, así como en los concerniente a la estabilidad interior y exterior de la nación”⁵⁴.

A la hora de actualizar la posición de garante del Estado en el funcionario concreto juega un papel relevante su “rol como representante del Estado”⁵⁵ y, específicamente en cuanto a la realización de delitos por parte de sus subordinados, entra

52 Ibid., p. 14.

53 Ibid., p. 17.

54 Perdomo Torres, Jorge Fernando. “El Estado como garante. Algunas consideraciones a propósito de la sentencia SU-1184 de 2001, Corte Constitucional de Colombia”, en *Anuario de Derecho Constitucional. Análisis de jurisprudencia de la Corte Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 245.

55 Pawlik, Michael. “El funcionario policial como garante de impedir delitos”, Marcelo Lerman y Marcelo A. Sancinetti (trad.), en *InDret*, 2008, p. 19.

en consideración una norma del Código Penal alemán que Jakobs califica como de “clarividencia dogmática sorprendente”⁵⁶. Se trata del segundo párrafo del § 357, donde se dispone que el titular de un cargo público encargado de supervisar o controlar los actos realizados por otro servidor público incurre en el castigo previsto para los actos antijurídicos que este último haya cometido, en tanto se encuentren en el marco de los “asuntos sometidos a su vigilancia y control”⁵⁷.

Así mismo, Weigend, refiriéndose al fundamento de la responsabilidad del jefe o superior jerárquico en el ámbito del Derecho penal internacional, entiende que en el caso de los jefes militares esta se desprende de su posición de autoridad y control, de la que se deduce una confianza en que dominan los peligros que surgen de las personas que deben vigilar. Sostiene que las tropas suponen una considerable fuente de peligro para personas y cosas por el hecho de estar armadas. Así, debido a la posición que se les ha encomendado a los jefes militares –con su consentimiento– y a su poder de mando, pueden y deben dominar dicha fuente de peligro. Igualmente, señala que a dicho fundamento se suma el hecho de que “la generalidad confía en el cumplimiento activo del deber por parte del superior militar: quien tiene relación con unidades militares no confía en la racionalidad del soldado individual, sino en que sus superiores empleen el potencial peligroso de los sujetos armados únicamente para fines militares razonables, así como que controlen e impongan el cumplimiento de sus mandatos”⁵⁸.

56 Jakobs, Günther. “Participación”, Yamila Fakhouri (trad.), en *XXXV Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Procesos de Paz y Justicia Transicional*, Jaime Bernal Cuéllar (comp.). Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 126.

57 En igual orientación, manifiesta Jakobs que se encuentra el artículo 28 del Estatuto de Roma, pues en virtud de esta norma: “[E]l superior jurídico responde, como autor, por lo que sucede en su ámbito, en la medida en que la infracción de un deber positivo constituye un injusto *proprio*, no derivado del injusto del subordinado”. Por tanto, “si un superior militar no interviene cuando sus subordinados disparan contra civiles indefensos, se convierte en autor de las lesiones y muertes resultantes”: *ibíd.*, p. 127. En mi opinión, no creo que sea posible encasillar al artículo 28 del Estatuto de Roma como una cláusula de responsabilidad propia o impropia, en tanto tiene elementos de ambas. Por un lado, sería asimilable a la comisión por omisión en la medida en que contiene una extensión de la responsabilidad por el resultado típico cometido por otro sujeto, esto es por el crimen internacional que finalmente es cometido por los subordinados. Sin embargo, también contiene elementos de una responsabilidad propia si se entiende que recoge descripciones típicas por la falta de realización de determinadas conductas que por sí mismas podrían entenderse como varios crímenes independientes, por ejemplo, no poner en conocimiento tales crímenes ante las autoridades encargadas de su investigación y enjuiciamiento, conducta que se realizaría *ex post facto* y, por tanto, no tendría ninguna conexión causal con los crímenes cometidos por los subordinados. Véase en Rojas Salas, José Manuel, *Fundamento y límites...*, tesis doctoral, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2022, pp. 88-89.

58 Weigend, Thomas. “Consideraciones sobre la responsabilidad del superior en derecho penal internacional”, en *Autores, partícipes y superiores en la Justicia Transicional*, Yesid Reyes (coord.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 131.

4. *La delegación de competencias*

Puede presentarse que, dada la magnitud de la estructura a través de la cual se haya realizado el injusto, las competencias hayan sido delegadas de un sujeto a otro. En este tipo de supuestos, en principio no sería posible atribuirle el resultado típico al delegante, en tanto el responsable en primera instancia sería el delegado –además de quien haya ejecutado el delito–, es decir, operaría en este caso una prohibición de regreso. Piénsese que si no fuera así, todos los delitos cometidos por un agente de la fuerza pública serían atribuibles a los máximos comandantes o incluso a los jefes de Estado. Por el contrario, si dicha delegación de competencias se realizó correctamente, el superior puede contar con la confianza de que los delegados conducirán su propia conducta correctamente y sólo se puede esperar una eventual comisión de delitos en caso de que se presenten motivos concretos para ello⁵⁹.

No obstante, la doctrina ha señalado que sobre el delegante recaen unos deberes remanentes o competencias residuales, cuyo incumplimiento lo sigue haciendo responsable por el resultado, esto es, lo cobija de una posición de garante residual por el riesgo. Por tanto, para que opere una exención de responsabilidad –prohibición de regreso– en virtud de una delegación de competencias, es preciso demostrar no solo que esta operó de forma válida, sino que el sujeto cumplió debidamente con dichos deberes remanentes⁶⁰.

Se puede identificar dos categorías de deberes residuales para el caso de jefes o superiores jerárquicos. En la primera estarían los deberes la selección y formación de sus subordinados, cuya infracción daría lugar a una responsabilidad *in eligendo*. En segundo lugar están los deberes de control, vigilancia y supervisión, cuya infracción daría lugar a una responsabilidad *in vigilando*⁶¹. En cuanto a los primeros, consisten en elegir adecuadamente a quien se delegan las competencias, de tal forma que incurriría en una falta a este deber quien elige a un personal no

59 Sobre el principio de confianza, véase en Bautista Pizarro, Nathalia, *El principio de confianza en un derecho penal funcional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, pp. 17 y ss. Jakobs, Günter. *Derecho penal*, 1997, 7/51-55a; Reyes Alvarado, Yesid. *Imputación objetiva*, 2005, p. 142; Piña Rochefort, Juan Ignacio/Cox Vial, Francisco. “Consideraciones sobre la vigencia del principio de confianza en la imputación en el seno de la empresa”, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Jesús María Silva Sánchez y Fernando Miró Linares (coord.), La Ley, Madrid, 2013, p. 190.

60 Véase en Fejjó Sánchez, Bernardo, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Reus, Madrid, 2007, p. 190; Silva Sánchez, Jesús María, “¿Quién debe responder de los ilícitos medioambientales? Sujetos y criterios de imputación de responsabilidad por ilícitos medioambientales”, en *Empresa y delito en el nuevo Código Penal*, Enrique Bacigalupo (coord.), Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1997, pp. 167-170.

61 Garrocho Salcedo, Ana María. “Los delitos de omisión de los mandos militares y superiores civiles ante la comisión de crímenes internacionales en el código penal español”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, n.º 17 (enero de 2017), p. 78.

adecuado para el cumplimiento de determinadas tareas, especialmente de aquellas consistentes en la protección de un bien jurídico o con el control de una fuente de riesgos. Por ejemplo, es una infracción a este deber seleccionar a un funcionario con antecedentes de violaciones a los derechos humanos para el manejo de situaciones de protesta social. En caso de que no se haya seleccionado el personal ya formado para determinada tarea, se cuenta con el deber de procurar su formación, bien sea en cuestiones técnicas o tácticas para el debido cumplimiento las tareas encomendadas –por ejemplo, en el manejo de armas de fuego–, como en la forma de reacción ante determinadas circunstancias –por ejemplo, cómo reaccionar ante la violencia–.

En relación con los segundos, una vez realizada la delegación, el jefe o superior jerárquico mantiene los deberes de control y supervisión en una menor medida, dependiendo del grado de complejidad de la estructura. A medida que esta sea más compleja y los jefes o superiores jerárquicos ostenten una posición cada vez más alejada, este tipo de deberes estarían más orientados hacia la gestión de la estructura para prevenir que los subordinados cometan delitos⁶². En el caso de los jefes militares, tal y como lo menciona Garrocho Salcedo, una vez realizada la delegación el superior mantiene el deber de exigir informes periódicos al delegado y mantenerse al tanto de las operaciones realizadas, para poder intervenir en caso de que haya un peligro para bienes jurídicos⁶³.

Así mismo, la doctrina también es clara al señalar que, en caso de que el superior jerárquico tenga conocimiento de conductas incorrectas de sus subordinados, está en la obligación de tomar las medidas a su alcance para evitar que dichas conductas se sigan cometiendo o que haya mayores afectaciones a bienes jurídicos. En esa medida, en caso de no adoptar dichas medidas, el superior jerárquico respondería por la no evitación dolosa de los crímenes cometidos por sus subordinados⁶⁴.

B. Análisis de segundo nivel: calificación de la intervención

Una vez superado el primer nivel de análisis correspondiente al fundamento de la responsabilidad del jefe o superior jerárquico por los delitos cometidos por sus subordinados, corresponde calificar su intervención en el hecho delictivo. En mi

62 Véase en Feijóo Sánchez, Bernardo. “Responsabilidad penal del superior y tratamiento jurídico-penal de la obediencia del subordinado”, en *Memento penal*, Fernando Molina Fernández (coord.), 2011, p. 1747.

63 Garrocho Salcedo, Ana María. “Los delitos de omisión de los mandos militares y superiores civiles ante la comisión de crímenes internacionales en el código penal español”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, n.º 17 (enero de 2017), p. 79.

64 Garrocho Salcedo, Ana María. “Los delitos de omisión de los mandos militares y superiores civiles ante la comisión de crímenes internacionales en el código penal español”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, n.º 17 (enero de 2017), pp. 79-80.

opinión, en el ordenamiento jurídico-penal ordinario colombiano la imputación al jefe, comandante o superior jerárquico de estructuras delictivas de los excesos cometidos por sus subordinados debería ser construida a partir de la comisión por omisión por vía del artículo 25 del Código Penal⁶⁵. Si bien es cierto que puede existir o no una orden previa del superior jerárquico para la comisión de delitos (es decir, una actuación comisiva), lo cierto es que el problema jurídico consiste en establecer si es posible imputarle el no haber evitado que ese subordinado se excediera en las órdenes que le fueron inicialmente impartidas. Es decir, se puede identificar al menos dos momentos relevantes, el primero cuando el jefe o superior jerárquico crea un riesgo, bien sea al ordenar directamente la comisión de un delito –por ejemplo, la privación de la libertad de locomoción de los pobladores de un municipio (caso 1)– o la realización de actividades riesgosas –por ejemplo, promover una política para incentivar las “bajas en combate” de los grupos guerrilleros (caso 2)–; el segundo momento se daría cuando ese jefe, superior jerárquico o comandante no impide que a partir de ese riesgo creado sus subordinados cometan delitos que exceden lo inicialmente planteado (por ejemplo, los delitos sexuales en el caso 1 o el homicidio de ciudadanos inocentes en el caso 2), teniendo el deber de hacerlo. Como se vio previamente, dicho deber surge de la competencia del sujeto, bien sea a partir de la injerencia, en el caso de organizaciones delictivas comunes, o a partir de la asunción de protección de bienes jurídicos o de control de fuentes de riesgo, en el caso de estructuras estatales o institucionales corruptas.

La calificación de la intervención en los delitos de comisión por omisión es uno de los temas más polémicos en la teoría de la autoría y la participación, a tal punto que es común escuchar que se trata del “capítulo más oscuro y confuso de la ciencia del Derecho penal”⁶⁶. Puede encontrarse en este sentido posturas muy diversas, desde las que sostienen que el omitente sólo puede ser calificado como

65 Otra discusión diferente es lo que sucede en ordenamientos jurídicos como el alemán o el español, en los que, atendiendo los compromisos asumidos con la ratificación del Estatuto de Roma, han expedido en sus ordenamientos internos normas sobre la responsabilidad de mando, que, si bien están inspiradas en el artículo 28 del ECPI, no lo transcriben de forma mecánica, sino que armonizan esta forma de responsabilidad con los principios del derecho local, como los de legalidad, tipicidad y culpabilidad (modelo de implementación mixto, en tanto se codifican en la legislación interna el contenido de algunas normas del estatuto de roma, pero dicha codificación no es ni exhaustiva ni mecánica o automática). Véase al respecto: Rojas Salas, José Manuel. “¿Aplicación directa del artículo 28 del Estatuto de Roma en el ordenamiento jurídico colombiano?”, en *Derecho Penal Contemporáneo Revista Internacional*, n.º 73, octubre-diciembre 2020, Bogotá, Legis, pp. 59-93.

66 Kantorowicz, Hermann. “Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft”, en *Monats-schrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, 1910/11; Orozco López, Hernán Darío. *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten: Eine Untersuchung zur Begründung und Verteilung strafrechtlicher Verantwortung*, Mohr Siebeck, Freiburg im Breisgau, 2018.

autor (concepto unitario de autor)⁶⁷ hasta aquellas según las cuales únicamente puede calificarse su intervención en el plano de la participación⁶⁸. En el medio se puede encontrar teorías diferenciadoras, según las cuales es posible establecer algunos criterios para distinguir autoría y participación en este tipo de casos, tales como el dominio del hecho⁶⁹, la posición de garante⁷⁰, la identidad estructural con la comisión activa⁷¹ o el grado de la configuración del injusto⁷².

En mi opinión, el baremo para catalogar la intervención del omitente –el jefe o superior jerárquico, para el problema jurídico objeto de análisis– en el plano de la autoría o de la participación no puede provenir de la gravedad del delito, sino de criterios dogmáticos para que el operador jurídico valore los hechos sometidos a su juicio⁷³. Creo que en dicha valoración resulta de gran utilidad el baremo del “grado de configuración del injusto” –propuesto por Robles Planas– para calificar la intervención del omitente en casos de pluralidad de conductas típicas que dan lugar al resultado típico⁷⁴.

67 Véase: Kaufmann, Armin, *Dogmática de los delitos de omisión*, Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (trad.), Marcial Pons, Barcelona, 2006, p. 307; Grünwald, Gerald. “Die Beteiligung, durch unterlassen”, en *GA*, 1959, pp. 111-123. Citado en Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (trad.), Marcial Pons, Barcelona, 2000, pp. 502-510.

68 Gallas, Wilhelm. “Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbstötung”, en *JZ*, n.º 21, 1960, pp. 649-655; Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, Barcelona, séptima edición, Reppertor, 2005, p. 327.

69 Véase en Luzón Peña, Diego Manuel. “Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación”, en *Libertas Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, vol. 6 (julio), 2017, p. 181.

70 Véase en Schönemann, Bernd, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (trad.), Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2009, pp. 371 y ss.

71 Véase en Silva Sánchez, Jesús María. “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, en *CPC* (38), 1989, pp. 389 y ss.

72 Véase en Robles Planas, Ricardo. *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Barcelona, Atelier, 2007, pp. 74 y ss.; íd., Los dos niveles del sistema e intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión), en *InDret*, Barcelona, 2012, pp. 7 y ss.

73 Orozco López plantea una muy interesante tesis según la cual es posible una distinción cuantitativa y no meramente cualitativa entre la autoría y la participación; sin embargo, sus postulados, tal y como él lo advierte, se circunscriben para el ámbito de delitos comisivos y dolosos, por lo que no resultan aplicables para casos como los que aquí son objeto de análisis. Véase en Orozco López, Hernán Darío. “La graduación de la intervención delictiva. Líneas generales del modelo tipológico de la influencia sobre el hecho [*Tatprägung*]”, en *InDret*, Barcelona, 2021.

74 Así también lo sostiene Weigend, para quien “no puede ser que [...] se mida sin más a todas las personas implicadas de algún modo en un hecho por el mismo rasero y se les castigue como autores, pues la diferenciación entre diversas formas de intervención en el hecho, más próximas

Aplicando dicho criterio al problema jurídico aquí planteado es claro que, pese a que el jefe, comandante o superior jerárquico ha intervenido en el hecho, no lo ha configurado plenamente y por ello el inferior jerárquico se ha excedido, actuando con plena capacidad y libertad, esto es, de manera auto-responsable. Si bien dicha auto-responsabilidad no excluye la imputación al jefe, comandante o superior jerárquico que ha intervenido en la configuración del injusto, sí es relevante para calificar su intervención, en tanto dicho exceso demuestra que ha perdido la “capacidad de influir”⁷⁵ sobre el sujeto auto-responsable.

Por ello, en mi opinión, en este tipo de supuestos lo más apropiado sería calificar su intervención como partícipe. Creo que cuando el subordinado se excede en la ejecución material de lo que inicialmente le fue ordenado, la participación del jefe o superior jerárquico adquiere un papel secundario. Es el agresor inmediato, al ser un ser libre y no un mero instrumento, quien decide si realiza lo que se le ha indicado u otro delito y la forma en lo que lo hará. El jefe, comandante o superior jerárquico responderá por el riesgo creado sólo en la medida en que efectivamente sea realizado por el autor y, por tanto, de forma accesoria a tal realización. La calificación de la intervención concreta dependerá de las figuras de participación que se tengan previstas en el respectivo ordenamiento jurídico. Así, en el ordenamiento colombiano, debería responder como cómplice. Aunque, nuevamente, es importante aclarar que dicho análisis corresponde al operador jurídico con base en los elementos sometidos a su juicio en el caso concreto.

C. Análisis de tercer nivel: Imputación subjetiva del injusto

El propósito de este acápite no es realizar una descripción detallada del estado del arte de la imputación subjetiva del injusto en Derecho penal, tarea que sobrepasaría el propósito de este trabajo. Por el contrario, se trata de determinar, con base en las instituciones dogmáticas de esta parte del injusto, cómo se podría estructurar correctamente la imputación subjetiva al jefe o superior jerárquico de estructuras

y más lejanas, más intensas y marginales, así como en la distinción entre conducta dolosa y conducta meramente imprudente-inconsciente, se encarna la idea irrenunciable de justicia según la cual cada uno debe recibir lo que merece (lo cual se corresponde con la medida de su concreta implicación en el hecho que se le ha de imputar). Esta idea es irrenunciable precisamente en derecho penal, pues el derecho penal tiene, como casi ninguna otra materia del derecho, carácter expresivo, porque, por consiguiente, la fuerte intervención del Estado frente al autor del delito se justifica precisamente con la necesidad de expresar de forma ostensible el sentimiento de justicia de la generalidad”. Weigend, Thomas. “Consideraciones sobre la responsabilidad del superior en derecho penal internacional”, en *Autores, partícipes y superiores en la Justicia Transicional*, Yesid Reyes (coord.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 134-135.

75 Schünemann, Bernd, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (trad.), Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2009, p. 377.

delictivas –o con tendencia delictiva– por su intervención omisiva en los excesos cometidos por sus subordinados⁷⁶.

En el tipo subjetivo se examina el fuero interno de quien emprendió una acción o incurrió en la omisión de cumplir con un deber que le correspondía, creando o aumentando un riesgo jurídicamente desaprobado, a causa del cual lesionó o puso en peligro un bien jurídico⁷⁷. Se entiende que el tipo penal puede ser atribuido al individuo subjetivamente en virtud de su comportamiento doloso o imprudente (dolo o culpa)⁷⁸ y, en el caso del ordenamiento jurídico colombiano, también a título preterintencional. Si bien este análisis es realizado en el ámbito del tipo subjetivo, parte de la idea de que nadie puede ser considerado responsable de un hecho sin que haya contado con libertad para cometerlo: “sólo aquel comportamiento que es evitable merece ser castigado como delito”⁷⁹.

1. Alcance de la imputación subjetiva dolosa

Tradicionalmente se ha entendido que un sujeto actúa dolosamente cuando sabe que está realizando un tipo penal y además quiere tal realización, es decir, se han considerado dos elementos como constitutivos de la imputación subjetiva dolosa: el conocimiento –o elemento intelectual, cognitivo o cognoscitivo– y la voluntad –o elemento volitivo–, pese a que este último es discutido por buena parte de la doctrina⁸⁰, en especial en otros países, como España o Alemania, en los que la definición del dolo no está directamente incorporada en la ley⁸¹.

76 Análisis más profundos y detallados sobre la imputación subjetiva del injusto pueden encontrarse en Posada Maya, Ricardo. “El dolo en el Código penal de 2000”, en *Revista Digital de la Maestría de Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, n.º 1, 2009, pp. 37 y ss.; Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999; Ruiz López, Carmen Eloísa, *La graduación del delito imprudente*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011; Sotomayor Acosta, Juan Oberto y Gallego García, Gloria María. “El dolo eventual en el Código penal colombiano: entre limitaciones dogmáticas y exigencias político criminales”, en *Nuevo Foro Penal*, n.º 60, abril 1999, pp. 7-29.

77 Parte de la doctrina aún no comparte la ubicación del dolo y la culpa en la tipicidad, que fue una consecuencia del concepto de “acción final” propuesto por Welzel. Al respecto: Reyes Alvarado, Yesid. *Imputación objetiva*, tercera edición, Bogotá, Temis, 2005, p. 65 y ss.

78 Véase en Ragués i Vallès, Ramón. “Valoración de la prueba y determinación procesal del dolo”, en *Revista internacional Derecho Penal Contemporáneo*, n.º 48, julio-agosto 2014, p. 7.

79 Ragués i Vallès, Ramón. “Valoración de la prueba y determinación procesal del dolo”, en *Revista internacional Derecho Penal Contemporáneo*, n.º 48, julio-agosto 2014, p. 7; un análisis sobre el dolo en el ordenamiento jurídico colombiano puede encontrarse en Posada Maya, Ricardo. “El dolo en el Código penal de 2000”, en *Revista Digital de la Maestría de Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, n.º 1, 2009, pp. 37 y ss.

80 Véase en Posada Maya, Ricardo. “El dolo en el Código penal de 2000”, en *Revista Digital de la Maestría de Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, n.º 1, 2009, p. 86; Sotomayor Acosta, Juan Oberto y Gallego García, Gloria María. “El dolo eventual en el Código penal colombiano: entre limitaciones dogmáticas y exigencias político criminales”, en *Nuevo Foro Penal*, n.º 60, abril 1999, pp. 7-29;

Así mismo, se ha entendido que el dolo puede presentarse en tres modalidades: dolo directo de primer grado, el dolo directo de segundo grado y el dolo eventual. El dolo directo de primer grado se presenta cuando concurren de modo inequívoco dichos elementos –el conocimiento y la voluntad–, por lo cual “se califica a esta modalidad como ‘el paradigma más perfecto del dolo’⁸²; aquí, el “autor persigue la realización del delito”⁸³. El dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias se presenta cuando “el autor considera (prácticamente) seguro que se producirá el resultado concomitante al emplear el medio de acción por él elegido o al alcanzar el resultado (es inevitable), la voluntad de realización abarca también esa consecuencia”⁸⁴. En el dolo eventual el resultado se presenta como probable pero el agente decide dejarlo librado al azar⁸⁵. Sin embargo, hay una dificultad para distinguir este tipo de dolo de la culpa consciente o con representación, tema sobre el que tanto la doctrina como en la jurisprudencia han realizado extensas contribuciones, pero sigue sin ser un tema pacífico ni resuelto⁸⁶.

En esa medida, han sido varios los aportes académicos orientados a sentar una base que sirva para realizar esta diferenciación⁸⁷. La teoría del consentimiento, inicialmente propuesta por Feuerbach, postula que si se analizan los hechos desde una perspectiva *ex post*, y aun así el autor consintiera en su realización, estaríamos en presencia de un dolo eventual; por el contrario, si no consintiera en ella, se trataría de una culpa consciente. Esta teoría fracasó, entre otros motivos, por la imposibilidad de saber qué era lo que sucedía en la mente del criminal, además de que promulgaba por un derecho penal de autor y no de acto, en el que no se analizara la actividad desplegada por el sujeto agente, sino si estaba o no arrepentido de su actuar, lo cual iba en flagrante contravía de los principios básicos del

81 Véase en Posada Maya, Ricardo. “El dolo en el Código penal de 2000”, en *Revista Digital de la Maestría de Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, n.º 1, 2009; Ruiz López, Carmen Eloísa, *La graduación del delito imprudente*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 34.

82 Ragués i Vallès, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 44.

83 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, 2011, p. 271.

84 Welzel, *Derecho penal alemán*, 1993, p. 81. Frente a este tipo de dolo existe cierta inconformidad por parte de algunos autores como Puppe, quienes consideran que aquí no es claro cómo puede presentarse el elemento de la voluntad. Véase en Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 47.

85 Posada Maya, Ricardo. “El dolo en el Código penal de 2000”, en *Revista Digital de la Maestría de Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, n.º 1, 2009, p. 105. 37.

86 Véase en Posada Maya, Ricardo. “El dolo en el Código penal de 2000”, en *Revista Digital de la Maestría de Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, n.º 1, 2009, p. 37 y ss.; Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 53-153.

87 Pueden encontrarse más tesis a las aquí mencionadas en Posada Maya, Ricardo. “El dolo en el Código penal de 2000”, en *Revista Digital de la Maestría de Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, n.º 1, 2009, pp. 37 y ss.; sin embargo, en mi opinión, más que nuevas teorías se trata de desarrollos o variantes de las tesis que aquí son planteadas.

derecho penal, al que sólo le es permitido analizar el mundo exterior, la actividad desplegada por el individuo, y no sus pensamientos.

Por otra parte, la teoría de la representación sostiene que el agente debe responder por un hecho doloso cuando “sin querer propiamente la realización del tipo, actúa siendo consciente (representándose) de que existe un cierto riesgo de dicha realización”⁸⁸, es decir, cuando “ha previsto al menos como posible la producción del resultado y, a pesar de ello, continúa realizando la acción”⁸⁹. Una vertiente de esta posición es la teoría de la probabilidad, según la cual “el salto entre dolo e imprudencia está en función únicamente del grado de probabilidad con que el autor se haya representado la realización de la conducta típica”⁹⁰ o, lo que es igual, cuando el agente realiza un juicio de mayor grado intelectual, sobre la probabilidad de la producción del resultado típico⁹¹.

La mayoría de los autores ha acogido esta última posición. Sin embargo, son varias las objeciones que se pueden levantar sobre ella: como que solamente descansa en criterios cuantitativos que son muy difíciles y en algunos casos imposibles de identificar, o en que premia a los sujetos más irreflexivos que asumen como improbables sucesos que en realidad tienen bastantes visos de acaecer. Menciona Molina Fernández⁹² que el problema relativo a la distinción entre el dolo eventual y la culpa consciente es similar a “la cuadratura del círculo”, esto es, irresoluble en tanto parte de las descripciones que hemos formulado a partir del lenguaje de realidades que realmente no pueden enmarcarse en una figura. Señala en este sentido que es muy difícil de determinar la distinción que hace el legislador entre algo probable y algo posible.

En mi opinión, “el mundo de las ideas”, al que se refería Platón, por el hecho de estar inmerso en una constelación distinta a la experiencia (empirismo), no deja de ser conocimiento. Esto es, tal y como lo manifiesta Kant: “todo conocimiento empieza con la experiencia, pero no por eso todo él procede de la experiencia”⁹³. Igualmente, para Hegel la realidad surge tanto del pensamiento como del objeto, esto es, existe una identidad entre el mundo natural y el mundo inteligible⁹⁴. Por tanto,

88 Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 66.

89 Posada Maya, Ricardo. “El dolo en el Código penal de 2000”, en *Revista Digital de la Maestría de Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, n.º 1, 2009, p. 48.

90 Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 67.

91 Posada Maya, Ricardo. “El dolo en el Código penal de 2000”, en *Revista Digital de la Maestría de Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, n.º 1, 2009, p. 50.

92 Molina Fernández, Fernando. *La cuadratura del dolo, problemas irresolubles, sorites y Derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 10 y ss.

93 Kant, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, Bergua, Madrid, 1970, A-50, B-74.

94 Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse* 3.ª ed. Verlag von Felix Meiner, Leipzig, 1930, apéndice al § 106.

no creo que se pueda desechar una construcción dogmática simplemente con el argumento de que tiene su origen en una idea que no puede ser verificada en la práctica (en el mundo empírico). Si fuera así, sencillamente no tendrían cabida ni la economía, ni los derechos humanos, ni las otras categorías dogmáticas del Derecho penal, en tanto sus postulados no podrían identificarse de forma tangible⁹⁵. Específicamente respecto de la diferencia entre culpa consciente y dolo eventual, creo que hay unas propuestas de *lege ferenda* muy valiosas en la doctrina que serían de gran utilidad en la práctica y además permitirían mayor seguridad jurídica para casos difíciles en los que identificar tal distinción no es tan sencillo⁹⁶. Sin embargo, mientras no se incorporen dichas propuestas en la legislación jurídico-penal, la única herramienta con la que se cuenta para realizar tal diferenciación es la dogmática jurídico-penal.

Para lo que es objeto de estudio en este trabajo, creo que resultan valiosos los aportes de Silva Sánchez, quien, en una recensión escrita en 1987 sobre un texto de Schünemann, indicó las bases sobre las cuales debería construirse una concepción del dolo que lo distinga de la culpa, específicamente de la culpa inconsciente. Para él, un planteamiento correcto debe partir de la comprensión de que (1) el elemento esencial del dolo es el conocimiento del riesgo desde una perspectiva *ex ante*; (2) la voluntad de la acción no es un elemento del dolo, sino precisamente de la acción, que puede dar lugar a un tipo doloso o imprudente; (3) la persecución del resultado (*Absicht*, intención) o voluntad es un elemento del injusto característico de una clase de dolo, pero no sustituye el conocimiento y su verdadera relevancia viene dada por el incremento del riesgo para el bien jurídico; (4) los elementos subjetivos del injusto constituyen una realidad bipolar, compuesta tanto de un elemento objetivo de sentido (riesgo para el bien jurídico) y un elemento subjetivo, que es el dolo (conocimiento); (5) en la culpa inconsciente el sujeto no conoce el riesgo que implica su conducta, como por ejemplo, cuando introduce en un análisis una valoración equivocada⁹⁷.

A partir de dichos planteamientos, Raguès i Vallés indica que lo decisivo para el dolo es, exclusivamente, que existen riesgos objetivamente relevantes y que los sujetos han sido conscientes de ellos. Con base en ello y en otras consideraciones, este mismo autor propone la siguiente definición que compartimos del dolo. Para él, “existe dolo cuando, a partir del sentido social de un hecho y de las circunstancias que lo acompañan, puede afirmarse de modo inequívoco que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento objetivamente típico atribuyéndole la concreta

95 Al respecto: Harari, Yuval Noah. *Sapiens: de animales a dioses*, Debate, 2014, pp. 170 y ss.

96 Véase en Ruiz López, Carmen Eloísa. *La graduación del delito imprudente*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

97 Silva Sánchez, Jesús Marfá. “Recensión a Schünemann, GA, 1985”, en *ADPCP*, 1987, p. 545.

capacidad de realizar un tipo penal”⁹⁸. Las aportaciones de Silva Sánchez y Ragués i Vallès resultan muy importantes para lo que aquí es objeto de estudio. Gracias a ellas partimos de que la imputación subjetiva dolosa se debe sustentar en el conocimiento, mientras que la voluntad hace parte de la valoración de la acción típica.

Estas discusiones dogmáticas tienen gran relevancia para el tema objeto de análisis, en la medida en que la calificación subjetiva en un determinado caso como delito doloso o imprudente prácticamente definiría una condena –bastante alta por cierto, teniendo en cuenta las penas previstas para los delitos dolosos en Colombia– o una absolución. Pese a la renuncia de cierta parte de la doctrina a encontrar una línea divisoria entre dolo e imprudencia, creo que se trata de una tarea indispensable. No obstante, en contraposición con parte de la doctrina colombiana que insiste en incluir al elemento volitivo como parte de la imputación subjetiva dolosa, comparto la posición de buena parte de la doctrina española y alemana, que únicamente identifica al conocimiento del riesgo (o elemento intelectual o intelectivo, si se prefiere) como esencial para la configuración del injusto subjetivo doloso⁹⁹.

2. Alcance de la responsabilidad subjetiva imprudente o culposa

Existen varias concepciones de lo que debe entenderse como delito culposo o imprudente, cada una de ellas dependiendo del modelo de injusto que se adopte. Desarrollar cada una de ellas desbordaría el propósito de este trabajo. Aquí se parte de la idea de que el fundamento de los delitos imprudentes no es otro que la infracción del deber –objetivo– de cuidado, bien sea infringiendo un mandato o una prohibición, como consecuencia de lo cual se produce un resultado típico. Tanto los delitos dolosos como los imprudentes o culposos cuentan con la misma estructura en el tipo objetivo, la diferencia entre ellos se encuentra precisamente en el plano del tipo subjetivo¹⁰⁰.

98 Ragués i Vallès, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 521.

99 Sin embargo, entiendo que las consecuencias de este planteamiento son algo paradójicas, en la medida en que ambas formas de imputación –objetiva y subjetiva– se encuentran íntimamente ligadas en este tipo de escenarios, por cuanto, si la determinación del conocimiento requerido por el dolo se hace a través del significado social de la conducta, la cual se construye a partir de las expectativas que se ciernen sobre el individuo; y, si la imputación objetiva se encuentra sustentada en las posiciones de garante, que a su vez también se construyen sobre las expectativas que recaen sobre las personas, entonces dicha clasificación pierde relevancia y ambas formas de injusto –objetivo y subjetivo– pasan a ser uno solo: normativo. En ese sentido se encuentra Pérez Barberá, para quien el dolo “no es una propiedad empírica, sino una propiedad normativa, porque es en función de ella que una conducta penalmente relevante se enjuicia como más o menos disvaliosa y que, además, el autor resulta obligado a actuar conforme a estándares objetivos”. Pérez Barberá, Gabriel. *El dolo eventual: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, p. 817.

100 Véase este tema ampliamente desarrollado en Ruiz López, Carmen Eloísa. *La graduación del delito imprudente*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 33 y ss.

No encuentro posible una imputación al jefe, comandante o superior jerárquico por vía de la comisión por omisión imprudente por los excesos cometidos por sus subordinados, sino únicamente de tipo doloso¹⁰¹. En primer lugar, porque en los delitos culposos o imprudentes rige un principio de tipificación cerrada y excepcional, según el cual únicamente pueden ser imputados cuando se tiene prevista esta modalidad dentro de la parte especial del Código Penal, por lo cual quedarían por fuera de dicha imputación muchas conductas que hacen parte del ámbito de responsabilidad de los jefes o superiores jerárquicos en estructuras delictivas, dentro de las cuales se encontrarían, por ejemplo, casos de delitos relacionados con la violencia sexual cometida por subordinados. En segundo lugar porque, incluso si se tratara de un delito regulado como culposo –por ejemplo, homicidio–, particularmente para casos como los que aquí se están estudiando, en los que el inferior jerárquico se ha excedido de las instrucciones recibidas, dicho exceso pone en evidencia una auto-responsabilidad de su parte y que el hecho se le debe atribuir a él como principal responsable, esto es como autor, mientras que a quienes contribuyeron, así sea de forma omisiva, únicamente se les puede calificar como partícipes de dicho resultado, en tanto no es su hecho delictivo –su propia obra, en palabras de Hegel¹⁰²– sino el de otro, el subordinado. En esa medida, teniendo en cuenta que la doctrina mayoritaria inadmite la posibilidad de una participación imprudente –posición que aquí se comparte en tanto se exige un doble dolo del partícipe¹⁰³–, no sería posible utilizar esta vía para atribuir responsabilidad al jefe o superior jerárquico. Por tanto, creo que si no es posible identificar una

101 Una opinión diferente tiene: Garrocho Salcedo, Ana María. “Los delitos de omisión de los mandos militares y superiores civiles ante la comisión de crímenes internacionales en el código penal español”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, n.º 17 (enero de 2017), p. 75.

102 Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse* 3.ª ed. Verlag von Felix Meiner, Leipzig, 1930, p. 355. Citado en Reyes Alvarado, Yesid. *Imputación objetiva*, tercera edición, Bogotá, Temis, 2005, p. 51, íd. “Fundamentos teóricos de la imputación objetiva”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, n.º 97, 1991, p. 935.

103 La doctrina y la jurisprudencia mayoritaria inadmiten la posibilidad de una participación imprudente, esto es, entienden que en los delitos culposos o imprudentes rige un concepto unitario de autor según el cual no es posible distinguir entre autoría y participación –en lo que estoy de acuerdo, pues, la intervención a título de partícipe exige un doble dolo, es decir dirigido tanto a provocar la resolución criminal (en el caso de la inducción) o a colaborar (en el caso de la complicidad o cooperación necesaria), como a que el autor efectivamente realice el delito, por tanto, es inadmisibles una participación imprudente–; o bien, admitiendo tal diferenciación, se postula la impunidad –por falta de tipicidad– del partícipe. Véase al respecto: Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte General*, 2011, p. 409; Horvitz Lennon, María Inés. “Autoría y participación en el delito imprudente”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 10, Universidad de Chile, Santiago, 2007, p. 146; contrarios a dicha posición se encuentran: Feijóo Sánchez, Bernardo. “Una polémica doctrinal interminable: ¿son típicas en el Derecho penal español la participación imprudente y la participación en el delito imprudente?”, *La Ley*, 2000-1; íd. “La participación imprudente y la participación en el delito imprudente en el Derecho penal español: reflexiones provisionales sobre la normativización de la autoría y la participación y comentario a la STS de 21 de marzo de 1997 (RJ, 1997, 1948)”, en Quintero Olivares/Morales

responsabilidad dolosa de su parte en ese tipo de supuestos –así sea a título de dolo eventual–, no es posible imputarle el hecho en comisión por omisión.

3. Alcance de la responsabilidad subjetiva preterintencional

El Código Penal colombiano consagra una tercera modalidad de responsabilidad subjetiva a título preterintencional, esto es, cuando el “resultado, siendo previsible, excede la intención del agente” (artículo 24 CP). Tradicionalmente se ha denominado a estos eventos *versari in re illicita*, que en la época medieval se resolvían atribuyendo responsabilidad a quien causara un resultado lesivo como consecuencia de una conducta inicial ilícita, incluso si aquél fuese fortuito o imprevisible¹⁰⁴. En nuestro medio, el antecedente de esta figura se encuentra en el Derecho penal italiano, luego en el Derecho penal español¹⁰⁵ y, como consecuencia ello, su llegada al ordenamiento jurídico colombiano¹⁰⁶. Pese a que ha sido eliminada en varios ordenamientos jurídicos¹⁰⁷, en Colombia se mantuvo con la Ley 599 de 2000 hasta la actualidad.

Comparto la posición de varios autores que consideran que se trata de una figura que debería ser eliminada del ordenamiento jurídico colombiano¹⁰⁸, en tanto se trata de un vestigio de responsabilidad objetiva, por lo cual riñe con el principio de culpabilidad y, por ello, es contraria a la Constitución Política (artículos 1, 5 y 29). En esa medida, casos este tipo deberían ser solucionados con base en las normas de concurso de conductas punibles¹⁰⁹.

Precisamente por su difícil sostenimiento en un sistema jurídico en el que se respete principios como el de culpabilidad, han sido polémicas las discusiones doctrinales

Prats (eds.). *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, 2001.

104 Véase en Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte general*, 2011, p. 308 y ss.; Ruiz López, Carmen Eloísa. *La graduación del delito imprudente*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 114.

105 En el caso español, con la denominada “Reforma Urgente y Parcial al código penal de 1983”, se exigió expresamente al menos imprudencia para poner imputar el resultado y en el Código Penal de 1995 se erradicó por completo los vestigios de la *versari in re illicita* al suprimir la atenuante de la preterintencionalidad y también algunos delitos cualificados por el resultado, con lo que la jurisprudencia ha condenado por imprudencia en aquellos eventos en los que la desproporción entre el hecho doloso primero y el causado es grande. Véase en Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte general*, 2011, p. 308 y s.

106 Ruiz López, Carmen Eloísa. *La graduación del delito imprudente*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 111 y ss.

107 Ídem.

108 Ídem.

109 Ídem.

y jurisprudenciales sobre su naturaleza¹¹⁰. En la actualidad se entiende que se trata de una forma de imputación mixta: por un lado, por el comportamiento inicial doloso y, por otro, por el resultado a título culposo o imprudente. Por esta razón, entendiendo que la preterintención cobija una responsabilidad por el resultado final a título culposo o imprudente, no encuentro viable jurídicamente la imputación a título preterintencional de la participación en el delito cometido por otro, que es el objeto de que es el objeto de estudio en este trabajo; es decir, no creo que sea admisible una participación preterintencional. Así, en el caso de los excesos cometidos por los subordinados, si dichos resultados eran previsibles desde una perspectiva *ex ante*, lo apropiado es una imputación del tipo subjetivo a partir del dolo eventual, con base en los planteamientos mencionados anteriormente.

No obstante, en caso de una opinión diferente en el sentido de que sí sea posible la participación en el delito preterintencional, resulta importante mencionar que para esta modalidad de responsabilidad por el injusto, al igual que en el caso de los delitos culposos o imprudentes, rige el principio de tipificación cerrada y excepcional. Por tanto, sólo son punibles cuando expresamente se encuentran señalados por la ley, que son los casos de homicidio y aborto preterintencional. En esa medida, no es posible imputar por esta vía otro tipo de delitos, como, por ejemplo, violencia sexual o desaparición forzada cometidos por los subordinados.

4. ¿Qué sucede en casos de ignorancia deliberada?

En escenarios de ignorancia deliberada –o *willful blindness*, según el origen anglosajón de la expresión¹¹¹–, en los que el autor o partícipe se coloca a sí mismo

110 Véase en Molina López, Ricardo. *La preterintención en el Derecho Penal colombiano*, Medellín, Comlibros, 2006; Trujillo, Laura. *El homicidio preterintencional: concepto y análisis jurisprudencial en Colombia*, Universidad EAFIT, Medellín, 2014; Velásquez, Fernando. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, segunda edición, Bogotá, Temis, 2004, pp. 323-325.

111 Si bien la tesis de la equiparación del desconocimiento provocado al conocimiento efectivo fue desarrollada en el *common law* desde la segunda mitad del siglo XIX, en los casos *Regina v. Sleep* (sentencia del juez inglés Willes de 1861) y *Spurr v. United States* (sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos de 1989), no fue sino hasta la década de 1970, a partir del caso *United States v. Jewell*, que empezó a aplicarse de manera generalizada para los casos de transporte de droga. En este caso la defensa del acusado alegó que éste desconocía que llevaba en un compartimento secreto de su coche 110 libras de marihuana al cruzar la frontera entre México y Estados Unidos; sin embargo, la Sala de Apelaciones del 9.º Circuito no atendió su recurso al considerar que “la ignorancia deliberada y el conocimiento positivo presentan un mismo grado de culpabilidad [...] uno ‘sabe’ hechos de los cuales está menos que absolutamente seguro. Por lo tanto, actuar ‘a sabiendas’ no es necesariamente actuar solo con conocimiento positivo, sino también actuar con conciencia de la alta probabilidad del hecho en cuestión”. Véase en Kaplan, John/Weisberg, Robert/Binder, Guyora. *Criminal Law: Cases and Materials*, séptima edición, Nueva York, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 225; Oxman, Nicolás. *Sistemas de Imputación Subjetiva en Derecho Penal: El Modelo Angloamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 103; Ragués i Vallès, Ramón. *La ignorancia deliberada en Derecho*

en una situación de ceguera ante las consecuencias de sus propios hechos, la previsibilidad es el criterio para valorar si el resultado típico se le puede imputar al superior jerárquico a título doloso. En los países de tradición jurídica europea continental con influencia germánica los casos de ignorancia deliberada han sido abordados mediante la figura del dolo eventual¹¹². Incluso un sector minoritario de la doctrina entiende que se trata de supuestos de “dolo indirecto” sustentado en la “falta de lealtad al derecho”¹¹³. Esto se explica en la medida en que el dolo en la dogmática penal europea continental con influencia germánica tiene un amplio espectro, que abarca tanto supuestos en los que se actúa voluntariamente, como aquellos en los que se actúa con indiferencia frente a su ocurrencia o se deja librado al azar.

No obstante, la forma en que se ha utilizado esta figura ha sido objeto de fuertes críticas. Tal vez la crítica con más peso ha consistido en que la aplicación de la ignorancia deliberada a título de dolo eventual se trataría de un caso de dolo sin conocimiento, lo cual resulta polémico y contradictorio en la medida en que, si bien se ha aceptado que la voluntad no es un elemento indispensable para que se configure la imputación subjetiva dolosa, se ha mantenido al conocimiento como un requisito indispensable de esta forma de responsabilidad desde el tipo subjetivo. En mi opinión, si el individuo se coloca a sí mismo en una situación de ignorancia ante posibles delitos que se deriven de su propia conducta, ello necesariamente implica un primer momento o estadio en el que previó una posible afectación que se hubiese podido evitar protegiendo el bien jurídico o controlando la fuente de riesgo. En ese primer momento es posible identificar el conocimiento requerido para que se configure una imputación subjetiva dolosa. Por tanto, si es posible identificar dicha previsibilidad, no encuentro inconveniente alguno en la imputación del resultado a título de dolo eventual. En esa medida, el único baremo para identificar si se está ante un caso de ignorancia deliberada atribuible a título de dolo eventual es el carácter previsible de la ocurrencia del hecho¹¹⁴.

En esa medida, la posición de garante del sujeto nuevamente adquiere un papel relevante. Es preciso establecer si el sujeto tenía un deber de mantenerse informado de las conductas de sus subordinados y las obligaciones que se derivaran del tipo de información puesta en su conocimiento. Sumado a ello, el contexto en el que se desarrolla la comunicación dentro de la organización también adquiere

penal, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 10 y ss.; íd. “Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal”, en *Discusiones* (XIII-2), 2013, pp. 13 y ss.

112 Véase en Ragués i Vallès, Ramón. *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 10 y ss.

113 Véase en Jakobs, Günther. “Indiferencia como dolo indirecto”, en *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 347.

114 Véase: Feijóo Sánchez, Bernardo. “La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial”, en *InDret*, 2015, p. 7.

gran relevancia. Estos elementos le permiten al operador jurídico valorar si en un determinado caso el “hombre de detrás” se colocó a sí mismo en una situación de desconocimiento concreto frente a la realización del injusto, pese a haber contribuido con la creación del riesgo que finalmente se realizó¹¹⁵. Por tanto, se considera que en los casos en que la competencia del sujeto le obliga a tener conocimiento de las conductas delictivas realizadas por sus subordinados, y pese a ello deliberadamente se ubica a sí mismo en una situación de ignorancia frente a dichos hechos, deben ser abordados en el plano subjetivo a través de la figura del dolo eventual. Esto en la medida en que dicha ignorancia deliberada revela una indiferencia en relación con los resultados que se puedan derivar de la situación de riesgo por él creada.

CONCLUSIONES

El injusto cometido por estructuras delictivas –o con tendencia delictiva– es, generalmente, el resultado de actuaciones colectivas, en las que distintas contribuciones son relevantes para el resultado típico. Sin embargo, no es una tarea sencilla identificar si, desde la perspectiva jurídico-penal, es posible imputar el delito finalmente cometido a quien se encuentra en la cumbre de la estructura, pero no interviene directamente en su ejecución. Esa situación se torna incluso más compleja cuando el hecho delictivo no es el resultado del cumplimiento de una orden precisa, sino de un exceso en los crímenes cometidos por los subordinados.

Para resolver este problema jurídico, se partió por definir dos conceptos objeto de estudio: las estructuras delictivas –o con tendencia delictiva– y los excesos, a partir de un enfoque jurídico-penal. Se acogió un concepto de las primeras como sistemas sociales complejos estructurados verticalmente, lo cual significa que en ellas existen distintos niveles desde los que se toman decisiones, que esas decisiones son comunicadas y que existe poder para reducir la alternatividad en quienes están encargados de ejecutarlas, esto es, se presenta un fenómeno de selectividad. Lo que las distinguiría de cualquier tipo de agrupación es su carácter institucional –de institución antisocial–, que, en palabras de Silva Sánchez, “hace de ella(s) no solo algo más que la suma de sus partes, sino también algo independiente de la suma de sus partes”¹¹⁶.

En relación con la definición de “excesos”, si bien se encontraron varias referencias a esta palabra en la ley penal colombiana, se hizo evidente que en realidad

115 Véase en Ragués i Vallès, Ramón. “Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal”, en *Discusiones* (XIII-2), 2013, pp. 32 y ss.

116 Silva Sánchez, Jesús María. “¿‘Pertinencia’ o ‘intervención’? Del delito de ‘pertinencia a una organización’ a la figura de la ‘participación a través de organización’ en el delito”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Manuel Gurdíel Sierra, Emilio Cortés Bechiarelli (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 1069 y ss.

no se trata de una categoría jurídica por sí misma, sino de un concepto utilizado comúnmente en el lenguaje para referirse a aquellos eventos que se desenvuelven más allá de lo inicialmente previsto. Para darle un sentido jurídico-penal es preciso recurrir a las categorías dogmáticas que sí están previstas en la legislación, como lo son, por ejemplo, las formas de autoría y participación, la omisión, el dolo, la imprudencia, la preterintención, etc. Por ello, las consecuencias jurídicas de los casos de “excesos” dependerán de la interpretación y valoración que el operador jurídico de a los hechos con base en dichas categorías dogmáticas.

Una vez definidos dichos conceptos, se prosiguió a analizar a fondo el problema jurídico planteado. Se encontró que las respuestas que regularmente se encuentran en la doctrina y en la jurisprudencia acerca del problema del alcance de la responsabilidad jurídico-penal del superior jerárquico por los delitos cometidos por sus subordinados parten directamente de las formas de calificar la intervención de estos sujetos, sin previamente haber identificado el fundamento de su responsabilidad. Se identificó que esta es una línea metodológica problemática, en tanto, si no se define previamente ese fundamento, no tiene ningún sentido realizar un análisis de calificación de la intervención. Por ello, en este trabajo se propuso un modelo metodológico sustentado en tres niveles de análisis para resolver este tipo de casos, en los que no está claro cómo imputar el injusto colectivo al individuo.

En el primer nivel de análisis, sobre el fundamento de la responsabilidad del jefe o superior jerárquico por los delitos cometidos por sus subordinados, se identificó que debe partir de un estudio sobre la creación –o no evitación– y realización de riesgo, esto es, a partir de un juicio de imputación objetiva, en el que se debe valorar el contexto de la pertenencia a una estructura y el significado que dicha pertenencia tiene en la realización del hecho colectivo, que finalmente es ejecutado o materializado por el subordinado. En ese análisis de imputación objetiva hay varias instituciones dogmáticas que tienen incidencia en relación con el tema objeto de estudio, tales como el principio de auto-responsabilidad, la prohibición de regreso y, especialmente, las posiciones de garante, en tanto estas son las que finalmente permiten identificar el fundamento de la responsabilidad del superior jerárquico por los delitos cometidos por sus subordinados. Se encontró que el fundamento de la responsabilidad de jefes o superiores jerárquicos en el caso de estructuras criminales comunes es la competencia por organización, específicamente la injerencia (tal y como lo sostiene Perdomo Torres), entendida aquí como la creación antijurídica de un riesgo próximo (suficiente para causar el daño) para la esfera de otro, que finalmente se ve afectada debido al actuar precedente y que hubiese sido previsible desde una perspectiva *ex ante*.

En cuanto a los jefes o superiores jerárquicos de estructuras estatales, también se encuentran cobijados por una posición de garante, la cual se basa en una competencia institucional que le impide al funcionario configurar su marco de actuación libremente, pues, debido a la asunción de la protección de bienes jurídicos o del

control de fuentes de riesgo, tiene un estatus especial que lo obliga a restringirse al cumplimiento de sus funciones, esto es, a ciertos deberes positivos. Tales deberes positivos también cobijan los deberes de control y supervisión por parte de los jefes o superiores respecto de las conductas que realicen sus subordinados, especialmente cuando se trata de miembros de la fuerza pública, en la medida en que pueden ser responsables por las graves violaciones a los derechos humanos cometidos por sus subordinados, bien sea porque directamente ordenaron la comisión de delitos o porque omitieron prestar la seguridad que les correspondía. En estos casos, para que un miembro de la fuerza pública sea garante, se requiere que en concreto recaiga dentro de su ámbito de competencia (material, funcional y territorial) el deber específico de proteger los derechos vulnerados.

En el segundo nivel de análisis, sobre la calificación de la intervención en el injusto colectivo, se concluyó que la imputación al jefe o superior jerárquico de estructuras delictivas por el exceso cometido por sus subordinados puede realizarse en el plano de la omisión. Si bien puede que haya una orden o instrucción previa para la comisión de un delito, finalmente lo que se le reprocha es la no evitación del resultado típico. Puede encontrarse en este sentido posturas muy diversas, desde las que sostienen que el omitente sólo puede ser calificado como autor (concepto unitario de autor) hasta aquellas según las cuales únicamente puede calificarse su intervención en el plano de la participación. En el medio se puede encontrar teorías diferenciadoras, según las cuales es posible establecer algunos criterios para distinguir autoría y participación en este tipo de casos, tales como el dominio del hecho, la posición de garante, la identidad estructural con la comisión activa o el grado de la configuración del injusto. Acogiendo los postulados de esta última, se llegó a la conclusión de que, para los casos objeto de estudio, el exceso de los subordinados revela que el papel secundario –menos intenso– del jefe o superior jerárquico en la configuración del injusto, por lo cual resulta más apropiado calificar su intervención como partícipe, específicamente cómplice.

En el tercer nivel de análisis se abordaron algunas instituciones dogmáticas sobre la imputación subjetiva del injusto y su incidencia en relación con el tema objeto de estudio. Se llegó a la conclusión de que si se acoge la tesis expuesta previamente sobre la calificación del jefe o superior como partícipe –por su intervención menos intensa en la configuración del injusto–, entonces no es admisible la imputación ni imprudente o culposa ni preterintencional para este tipo de casos, sino únicamente a título doloso, concretamente a título de dolo eventual. En esa medida, adquiere un valor relevante para este tipo de casos la discusión acerca de la distinción entre el dolo eventual y la culpa consciente o con representación, pues, prácticamente, la calificación subjetiva en una u otra categoría dogmática definiría una condena –bastante alta, teniendo en cuenta las penas previstas para los delitos dolosos en Colombia– o una absolución para este tipo de casos. En mi opinión, pese a la renuncia de cierta parte de la doctrina a encontrar una línea divisoria entre ambas categorías dogmáticas (tarea que califican como una

cuadratura del círculo), creo que no solo se trata de una tarea que sí es posible, sino que además es indispensable. No obstante, en contraposición con parte de la doctrina colombiana que insiste en incluir al elemento volitivo como parte de la imputación subjetiva dolosa, comparto la posición de buena parte de la doctrina española y alemana, que únicamente identifica al conocimiento del riesgo (o elemento intelectual o intelectivo, si se prefiere) como esencial para la configuración del injusto subjetivo doloso. Incluso, en casos de ignorancia deliberada, creo que sigue siendo posible identificar este elemento en el marco de la previsibilidad del exceso que puedan cometer los subordinados.

BIBLIOGRAFÍA

Bacigalupo, Enrique. *Principios de Derecho penal*, Buenos Aires, Akal, 1997.

Baldó Lavilla, Francisco, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Bosch Barcelona, 1994.

Bautista Pizarro, Nathalia, *El principio de confianza en un derecho penal funcional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

Cancio Meliá, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Librería Bosch, Barcelona, 2001.

Carnevali Rodríguez, Raúl. “Hacia un injusto penal de la criminalidad organizada. Una propuesta a modo de *lege ferenda*”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte n.º 2, 2014.

Dopico Gómez-Aller, Jacobo, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

Feijóo Sánchez, Bernardo José. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Reus, Madrid, 2007.

Feijóo Sánchez, Bernardo José. “La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial”, en *InDret*, 2015.

Feijóo Sánchez, Bernardo José. *Límites de la participación criminal. ¿Existe una «prohibición de regreso» como límite general del tipo en Derecho penal?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

Feijóo Sánchez, Bernardo José. “Una polémica doctrinal interminable: ¿son típicas en el Derecho penal español la participación imprudente y la participación en el delito imprudente?”, *La Ley*, 2000.

Feijóo Sánchez, Bernardo José. “La participación imprudente y la participación en el delito imprudente en el Derecho penal español: reflexiones provisionales sobre la normativización de la autoría y la participación y comentario a la STS de 21 de marzo de 1997 (RJ, 1997, 1948)”, en Quintero Olivares y Morales Prats (eds.). *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, 2001.

Feijóo Sánchez, Bernardo José. “Responsabilidad penal del superior y tratamiento jurídico-penal de la obediencia del subordinado”, en *Memento penal*, Molina Fernández (coord.), Madrid, Francis Lefebvre, 2011.

Ferrajoli, Luigi. “Criminalidad y globalización”, en Carbonell, Miguel/Vásquez, Rodolfo (comp.). *Globalización y Derecho*, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

Fiscalía General de la Nación. Directiva 0001 de 27 de marzo de 2016, por medio de la cual “Se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano”, Bogotá, 2016.

Fiscalía General de la Nación. *Lista de Chequeo de Investigación y Judicialización de Violencia Sexual, Módulo 2: Planeación de la investigación de violencia sexual*, Bogotá, 2017.

Gallas, Wilhelm. “Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbstötung”, en JZ, n.º 21, 1960.

Garrocho Salcedo, Ana María. “Los delitos de omisión de los mandos militares y superiores civiles ante la comisión de crímenes internacionales en el código penal español”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, n.º 17 (enero de 2017).

Gimbernat Ordeig, Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*, Buenos Aires, B de F, 2006.

Gómez Benítez, José Manuel. “La parte General del Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *Actualidad penal*, n.º 41, 2003.

Grünwald, Gerald. “Die Beteiligung, durch unterlassen”, en GA, 1959, pp. 111-123.

Harari, Yuval Noah. *Sapiens: De animales a dioses*, Debate, 2014.

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse* 3.^a ed. Verlag von Felix Meiner, Leipzig, 1930.

Herzberg, Rolf D. “Autoría mediata e inducción en las organizaciones formales”, Nuria Pastor Muñoz (trad.), en *Aparatos organizados de poder*, Yesid Reyes y Hernán Darío Orozco (editores), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.

Herzberg, Rolf D. “Mittelbare Täterschaft und Anstiftung informalen Organisationen”, en Kunt Amelung (ed.). *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Sinzheim, 2000.

Horvitz Lennon, María Inés. “Autoría y participación en el delito imprudente”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 10, Universidad de Chile, Santiago, 2007.

Izquierdo Sánchez, Cristóbal. *Estafas por omisión*, Atelier, Barcelona, 2018.

Jakobs, Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, segunda edición, Madrid, Marcial Pons, 1997.

Jakobs, Günther. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

Jakobs, Günther. “Indiferencia como dolo indirecto”, en *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 347.

Jakobs, Günther. “Participación”, Yamila Fakhouri (trad.), en *XXXV Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Procesos de Paz y Justicia Transicional*, Jaime Bernal Cuéllar (comp.). Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.

Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Miguel Olmedo Cardenete (trad.), Granada, Comares, 2002.

Kant, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, Bergua, Madrid, 1970.

Kantorowicz, Hermann. “Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft”, en *Monats-schrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, 1910/11.

Kaplan, John/Weisberg, Robert/Binder, Guyora *Criminal Law: Cases and Materials*, séptima edición, Nueva York, Wolters Kluwer Law & Business, 2012.

Kaufmann, Armin *Dogmática de los delitos de omisión*, Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (trad.), Marcial Pons, Barcelona, 2006.

Lampe, Ernst-Joachim. “Injusto del sistema y sistema de injusto”, en *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, Carlos Gómez-Jara (trad.), Lima, Grijley, 2003.

Luzón Peña, Diego Manuel. “Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación”, en *Libertas Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, vol. 6 (julio), 2017.

Medina Ariza, Juan. “Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado”, en Ferré Olivé/Andrade Borralló (eds.). *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva/Fundación El Monte, 1999.

Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, Barcelona, séptima edición, Reppertor, 2005.

Molina López, Ricardo. *La preterintención en el Derecho Penal colombiano*, Medellín, Comlibros, 2006.

Orozco López, Hernán Darío. *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten: Eine Untersuchung zur Begründung und Verteilung strafrechtlicher Verantwortung*, Mohr Siebeck, Freiburg im Breisgau, 2018.

Orozco López, Hernán Darío. “Graduación de la intervención delictiva de los miembros del Secretariado de las antiguas FARC en el caso de graves privaciones de la libertad”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 42, n.º 113, julio-diciembre 2021, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Orozco López, Hernán Darío. “La graduación de la intervención delictiva. Líneas generales del modelo tipológico de la influencia sobre el hecho [Tatprägung]”, en InDret, Barcelona, 2021.

Orozco López, Hernán Darío. *La intervención delictiva en los delitos de organización*, Bogotá, Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2008.

Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el Derecho penal económico”, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013.

Oxman, Nicolás. *Sistemas de Imputación Subjetiva en Derecho Penal: El Modelo Angloamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Pérez Barberá, Gabriel. *El dolo eventual: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

Piña Rochefort, Juan Ignacio/Cox Vial, Francisco. “Consideraciones sobre la vigencia del principio de confianza en la imputación en el seno de la empresa”, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Jesús María Silva Sánchez y Fernando Miró Llinares (coord.), La Ley, Madrid, 2013

Paoli, Letizia/Vander Beken, Tom. “Organized Crime: a contested concept”, en *The Oxford Handbook of Organized Crime*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

Pawlik, Michael. “El funcionario policial como garante de impedir delitos”, Marcelo Lerman y Marcelo A. Sancinetti (trad.), en *InDret*, 2008.

Perdomo Torres, Jorge Fernando. *Estudios penales a partir de libertad y solidaridad*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

Perdomo Torres, Jorge Fernando. “El concepto del deber jurídico”, en *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, t. 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Perdomo Torres, Jorge Fernando. *Modelo normativista de imputación en macrocriminalidad y crímenes internacionales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022

Perdomo Torres, Jorge Fernando. *Posición de garante en virtud de confianza legítima especial*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

Posada Maya, Ricardo. “El dolo en el Código penal de 2000”, en *Revista Digital de la Maestría de Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, n.º 1, 2009.

Ragués i Vallès, Ramón. *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2008.

Ragués i Vallès, Ramón. “Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal”, en *Discusiones*, (XIII-2), 2013.

Ragués i Vallès, Ramón. “Valoración de la prueba y determinación procesal del dolo”, en *Revista internacional Derecho Penal Contemporáneo*, n.º 48, julio-agosto 2014.

Ruiz López, Carmen Eloísa, *La graduación del delito imprudente*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

Renzikowski, Joachim. “Verantwortlichkeit in Hierarchien”, en *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Matthias Kaufmann y Joachim Renzikowski (coord.), Frankfurt am Main, Peter Lang, 2004.

Renzikowski, Joachim, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997.

Reyes Alvarado, Yesid. “Fundamentos teóricos de la imputación objetiva”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, n.º 97, 1991, pp. 933-968.

Reyes Alvarado, Yesid. *Imputación objetiva*, tercera edición, Bogotá, Temis, 2005.

Reyes Alvarado, Yesid. “Intervención delictiva e imputación objetiva”, en *ADPCP*, vol. 60, 2007.

Robles Planas, Ricardo. *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Barcelona, Atelier, 2007

Robles Planas, Ricardo. *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

Robles Planas, Ricardo. “Los dos niveles del sistema e intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)”, en *InDret*, Barcelona, 2012.

Rojas Salas, José Manuel. “La aplicación directa del artículo 28 del Estatuto de Roma en el ordenamiento jurídico colombiano”, en *Revista de Derecho Penal Contemporáneo*, Legis, Bogotá, vol. 73, pp. 10 y ss.

Rojas Salas, José Manuel, *Fundamento y límites de la responsabilidad jurídico-penal del superior jerárquico de organizaciones delictivas por los delitos cometidos por sus subordinados. Sobre la posibilidad de imputar al superior los excesos del subordinado*, tesis doctoral, Universidad Pompeu Fabra, 2022.

Rotsch, Thomas. “¿Dominio del hecho en virtud de organización?”, Jaime Winter (trad.), en *Aparatos organizados de poder*, Yesid Reyes y Hernán Darío Orozco (editores), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.

Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo (trad.), Marcial Pons, Barcelona, 2000.

Roxin, Claus. “Ingerencia [sic] e imputación objetiva”, en *Revista Penal*, n.º 19, Universidad de Huelva, 2007.

Roxin, Claus. “Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate”, en *GA*, 1963, pp. 193 y ss.

Sotomayor Acosta, Juan Oberto y Gallego García, Gloria María. “El dolo eventual en el Código penal colombiano: entre limitaciones dogmáticas y exigencias político criminales”, en *Nuevo Foro Penal*, n.º 60, abril 1999, pp. 7-29.

Schein, Edgar, *Psicología de la organización*, México, Prentice Hall, 1982.

Schünemann, Bernd, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, oaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (trad.), Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2009, pp. 371 y ss.

Silva Sánchez, Jesús María. “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, *CPC* (38), 1989, pp. 375 y ss.

Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del Derecho penal*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2006.

Silva Sánchez, Jesús María. “¿Quién debe responder de los ilícitos medioambientales? Sujetos y criterios de imputación de responsabilidad por ilícitos medioambientales”, en *Empresa y delito en el nuevo Código Penal*, Enrique Bacigalupo (coord.), Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1997.

Silva Sánchez, Jesús María. “¿‘Pertinencia’ o ‘intervención’? Del delito de ‘pertenencia a una organización’ a la figura de la ‘participación a través de organización’ en el delito”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Manuel Gurdíel Sierra, Emilio Cortés Bechiarelli, (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Trujillo, Laura. *El homicidio preterintencional: concepto y análisis jurisprudencial en Colombia*, Universidad EAFIT, Medellín, 2014.

Velásquez, Fernando. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, segunda edición, Bogotá, Temis, 2004.

Weigend, Thomas. “Consideraciones sobre la responsabilidad del superior en derecho penal internacional”, en *Autores, partícipes y superiores en la Justicia Transicional*, Yesid Reyes (coord.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. “Il crimine organizzato: una categorizzazione fallida”, en Moccia, Sergio (org.). *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.

Zúñiga Rodríguez, Laura. “Autoría y participación en el ámbito de la criminalidad organizada a la luz del derecho comparado y del derecho internacional”, en *Críticas al funcionalismo normativista y otros temas actuales del Derecho Penal. Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Yvan Montoya Vivanco (dir.), Palestra, Lima, 2011, pp. 59-99.

Zúñiga Rodríguez, Laura. “Criminalidad organizada, Derecho penal y sociedad: apuntes para un análisis”, en *El desafío de la criminalidad organizada*, Comares, Granada, 2006.

Zúñiga Rodríguez, Laura. *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal, Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Comares, Granada, 2009.

Jurisprudencia

Corte Penal Internacional. Caso *Lubanga*, Sala previa al juicio. Decisión de confirmación de cargos del 29 de enero de 2007.

Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala de Casación Penal:

- Sentencia de única instancia de 16 de septiembre de 2009, proceso n.º 29640.
- Sentencia del 3 de diciembre de 2009, proceso n.º 32672.
- Sentencia del 18 de marzo de 2010, proceso n.º 27.032.
- Sentencia del 23 de febrero de 2010, proceso n.º 32.805.
- Sentencia del 14 de septiembre de 2011, proceso n.º 32.000, magistrado ponente: Alfredo Gómez Quintero
- Sentencia del 26 de septiembre de 2012, radicado n.º 32850.
- Sentencia del 12 de febrero de 2014, radicado 40214, magistrado ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández.
- Sentencia del 7 de julio de 2021, radicado 52858, magistrada ponente: Patricia Salazar Cuéllar:

– Sentencia del 5 de diciembre de 2018, radicado n.º 50236, magistrado ponente: Eugenio Fernández Carlier.

Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Consultas, auto 019 del 26 de enero de 2021, “caso n.º 01. Toma de rehenes y graves privaciones de la libertad cometidas por las FARC-EP”.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. Caso *Tadic*. Fallo de la Sala de Apelaciones. 15 de julio de 1999.