



**FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
MONOGRAFÍA DE GRADO**

**ESTUDIO JURISPRUDENCIAL COMPARADO DE LA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE
LA VOLUNTAD EN VIRTUD DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER, COMO
INSTRUMENTO DE LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD EN MATERIA DE VIOLACIÓN DE
DERECHOS HUMANOS EN COLOMBIA.**

AUTORES

**DAVID FERNANDO LUNA CARRILLO
JORGE ANDREY CÁCERES MALAGÓN**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
BUCARAMANGA
2011**

**ESTUDIO JURISPRUDENCIAL COMPARADO DE LA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE
LA VOLUNTAD EN VIRTUD DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER, COMO
INSTRUMENTO DE LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD EN MATERIA DE VIOLACIÓN DE
DERECHOS HUMANOS EN COLOMBIA.**

AUTORES

**DAVID FERNANDO LUNA CARRILLO
JORGE ANDREY CÁCERES MALAGÓN**

**PROYECTO DE GRADO PRESENTADO COMO REQUISITO PARA OBTENER EL TITULO DE
ABOGADO**

**DIRECTOR DEL PROYECTO
JAVIER ALEJANDRO ACEVEDO GUERRERO
ABOGADO, MSC**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
BUCARAMANGA**

2011

RESUMEN

TÍTULO*: ESTUDIO JURISPRUDENCIAL COMPARADO DE LA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN VIRTUD DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER, COMO INSTRUMENTO DE LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD EN MATERIA DE VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN COLOMBIA.

AUTORES:** LUNA CARRILLO, DAVID FERNANDO Y CÁCERES MALAGÓN, JORGE ANDREY.

PALABRAS CLAVE: AUTORÍA MEDIATA POR ORGANIZACIÓN, GRAVES CRÍMENES, DERECHOS HUMANOS, APARATOS DE PODER, DERECHO PENAL.

DESCRIPCIÓN:

El presente trabajo de grado, tiene como objetivo principal describir la evolución dogmática de la Autoría Mediata Por Organización en el marco jurídico colombiano, a partir del estudio de sentencias emblemáticas adoptadas en el seno de tribunales extranjeros, así como en el mismo ordenamiento jurídico nacional, con el ánimo de establecer si esta puede constituirse en una herramienta de imputación penal, capaz de ofrecer una respuesta adecuada desde el derecho, frente a la necesidad de luchar contra el lamentable cuadro generalizado de impunidad que en materia de graves violaciones a los Derechos Humanos se presenta en Colombia.

Para tales efectos, hemos dividido nuestro estudio en tres capítulos: en el primero de ellos realizamos un acercamiento dogmático al concepto de la autoría mediata por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder – o autoría mediata por organización- a partir de la descripción doctrinal que frente a esta se presenta, y tomamos posición frente a ella; en el segundo de los capítulos intentamos establecer una relación de transversalidad entre la aplicación de la figura y la protección de los derechos humanos; y finalmente en el tercer capítulo realizamos un estudio jurisprudencial comparado de la figura, a partir de los casos peruano, argentino y colombiano, estableciendo así la evolución jurisprudencial de la autoría mediata por organización en el sistema jurídico colombiano según los parámetros de aplicación internacional que la misma ofrece.

* Trabajo de Grado

** Facultad de Ciencias Humanas, Escuela de Derecho y Ciencia Política, Director: Dr. Javier Alejandro Acevedo Guerrero.

ABSTRACT

TÍTULO*: COMPARATIVE JURISPRUDENTIAL STUDY OF INDIRECT PERPETRATION BY MEANS OF CONTROL OVER AN ORGANIZED APPARATUS OF POWER, AS TOOL FOR COMBATING IMPUNITY IN VIOLATION OF HUMAN RIGHTS IN COLOMBIA.

AUTHORS:** LUNA CARRILLO, DAVID FERNANDO Y CÁCERES MALAGÓN, JORGE ANDREY.

KEY WORDS: INDIRECT PERPETRATION, MOST SERIOUS CRIMES, HUMAN RIGHTS, STRUCTURES OF POWER, CRIMINAL JUSTICE.

DESCRIPTION:

This work degree aims to describe the dogmatic evolution of indirect perpetration by means of control over an organized apparatus of power in the Colombian legal framework, based on the study of decisions taken by emblematic foreign courts and national courts with the aim to establish whether this can become a tool of indictment, capable of providing an adequate response from the law, facing the need to combat the widespread pattern of impunity in respect of serious violations of Human Rights in Colombia.

For this purpose, we have divided our study into three chapters: the first one did a dogmatic approach to the concept of perpetration by means of control over an organized apparatus of power - responsibility for organization-, to make our own opinion; in the second chapter we have tried to establish a relationship between the application of the figure and the protection of human rights; and finally in the third chapter, we have done a comparative jurisprudential study of the figure, from the cases of Perú, Argentina and Colombia, to establish the jurisprudential evolution of indirect perpetration by means of control over an organized apparatus of power in the Colombian legal system in accordance with the international application settings that it offers.

* Work Degree

** Humanities Faculty, School of Law and Political Science, Director: Javier Alejandro Acevedo Guerrero.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	PÁG. 11
OBJETIVO GENERAL	PÁG. 19
1. AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN VIRTUD DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER – ACERCAMIENTO DOGMÁTICO.	PÁG. 21
1. CUESTIONES PRELIMINARES	PÁG. 21
2. LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO	PÁG. 27
3. EL DOMINIO DEL HECHO Y LAS FORMAS DE INTERVENCIÓN EN EL DELITO	PÁG. 32
4. OTRAS FORMAS DE IMPUTACIÓN PENAL CONSIDERADAS POR LA DOCTRINA PARA IMPUTAR CRÍMENES DE LOS SUBORDINADOS AL DIRIGENTE	PÁG. 35
5. LA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE LA VOLUNTAD, EN VIRTUD DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER – PLANTEAMIENTO INICIAL	PÁG. 40
6. LA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE LA VOLUNTAD, EN VIRTUD DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER – ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSIÓN DOCTRINAL.	PÁG. 43
6.A) EL APARATO ORGANIZADO DE PODER Y SU AUTOMATICIDAD	PÁG. 43
6.B) LA FUNGIBILIDAD – UN ELEMENTO PROBLEMÁTICO	PÁG. 46
6.C) LA DESVINCULACIÓN DEL DERECHO	PÁG. 55
2. LA TRANSVERSALIDAD ENTRE LA APLICACIÓN DE LA AUTORÍA MEDIATA POR ORGANIZACIÓN Y EL COMBATE CONTRA LA IMPUNIDAD EN MATERIA DE VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS.	PÁG. 63
1. CUESTIONES PRELIMINARES	PÁG. 63
1.A. NOCIÓN DE MACROCRIMINALIDAD	PÁG. 65

1.B. AUTORÍA MEDIATA POR ORGANIZACIÓN Y SU RELACIÓN CON LA MACROCRIMINALIDAD Y LAS GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS	PÁG. 66
1.C. EL DEBER GENERAL DE GARANTÍA Y LA PROSCRIPCIÓN DE LA IMPUNIDAD	PÁG. 70
1.D. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE LAS GRAVES VIOLACIONES CONTRA LOS DERECHOS HUMANOS	PÁG. 77
1.E. LA RELACIÓN DE TRANSVERSALIDAD ENTRE LA APLICACIÓN DE LA AUTORÍA MEDIATA POR ORGANIZACIÓN Y EL COMBATE CONTRA LA IMPUNIDAD EN MATERIA DE VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS	PÁG. 81
3. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL COMPARADO DE LA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN VIRTUD DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER	PÁG. 90
1. EL CASO ARGENTINO	PÁG. 90
I.I. JUICIO A LAS JUNTAS	PÁG. 90
1.1.A. HECHOS RELEVANTES	PÁG. 90
1.1.B. POSICIÓN DEL ENTE ACUSADOR	PÁG. 107
1.1.C. POSICIÓN DE LA DEFENSA	PÁG. 111
1.1.D. DECISIÓN JURISDICCIONAL	PÁG. 112
1.1.E. FÓRMULA DE IMPUTACIÓN	PÁG. 121
1.1.F. ANÁLISIS CRÍTICO	PÁG. 124
2. EL CASO PERUANO	PÁG. 127
2.1. JUICIO A ABIMAEEL GUZMÁN REINOSO	PÁG. 127
2.1.A .HECHOS RELEVANTES	PÁG. 127

2.1.B. POSICIÓN DEL ENTE ACUSADOR	PÁG. 131
2.1.C. POSICIÓN DE LA DEFENSA	PÁG. 134
2.1.D. DECISIÓN JURISDICCIONAL DE PRIMERA INSTANCIA	PÁG. 135
2.1.E. FÓRMULA DE IMPUTACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA	PÁG. 142
2.1.F. FÓRMULA DE IMPUTACIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA	PÁG. 147
2.1.G. ANÁLISIS CRÍTICO	PÁG. 151
2.2 JUICIO A ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI	PÁG. 154
2.2.A. HECHOS RELEVANTES	PÁG. 154
2.2.B. POSICIÓN DEL ENTE ACUSADOR	PÁG. 167
2.2.C. POSICIÓN DE LA DEFENSA	PÁG. 174
2.2.D. DECISIÓN JURISDICCIONAL	PÁG. 175
2.2.E. FÓRMULA DE IMPUTACIÓN	PÁG. 180
2.2.F. ANÁLISIS CRÍTICO	PÁG. 189
3. EL CASO COLOMBIANO	PÁG. 193
3.1 CUESTIONES PRELIMINARES	PÁG. 193
3.2 CASO MACHUCA Y LA SOLUCIÓN DE COAUTORÍA IMPROPIA	PÁG. 195
3.2.A. HECHOS RELEVANTES	PÁG. 196
3.2.B. POSICIÓN DEL ENTE ACUSADOR	PÁG. 198
3.2.C. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA	PÁG. 199
3.2.D. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA	PÁG. 201
3.2.E. POSICIÓN DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN	PÁG. 203
3.2.F. SENTENCIA DE CASACIÓN Y FÓRMULA DE IMPUTACIÓN	PÁG. 208
3.2.G. ANÁLISIS CRÍTICO	PÁG. 212

3.2.H. REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL	PÁG. 215
3.2.H.1. MASACRE DE LA GABARRA	PÁG. 215
3.2.H.2. CASO RAIMUNDO RUEDA LEAL Y JESÚS MANUEL HERNÁNDEZ ARROYO	PÁG. 221
3.3 CASO ÁLVARO GARCÍA	PÁG.227
3.3.A. HECHOS RELEVANTES	PÁG. 227
3.3.B. POSICIÓN DEL ENTE ACUSADOR	PÁG. 230
3.3.C. POSICIÓN DEL ACUSADO Y LA DEFENSA	PÁG. 232
3.3.D. DECISIÓN JURISDICCIONAL	PÁG. 233
3.3.E. FÓRMULA DE IMPUTACIÓN	PÁG. 238
3.3.F. ANÁLISIS CRÍTICO	PÁG. 241
3.3.G. REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL – CONFIGURACIÓN DE LA DOCTRINA LEGAL PROBABLE	PÁG. 242
3.3.G.1. CASO ÁLVARO ARAUJO CASTRO	PÁG. 242
3.3.G.2. CASO HUMBERTO DE JESÚS BUILES	PÁG. 248
3.4 CASO ALFONSO PLAZAS VEGA	PÁG.252
3.4.A. HECHOS RELEVANTES	PÁG. 252
3.4.B. POSICIÓN DEL ENTE ACUSADOR	PÁG. 254
3.4.C. POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO	PÁG. 256
3.4.D. POSICIÓN DEL REPRESENTANTE DE LAS VÍCTIMAS	PÁG. 258
3.4.E. POSICIÓN DE LA DEFENSA	PÁG. 260
3.4.F. DECISIÓN JURISDICCIONAL	PÁG. 263
3.4.G. FÓRMULA DE IMPUTACIÓN	PÁG. 274
3.4.H. ANÁLISIS CRÍTICO	PÁG. 277
4. CONCLUSIONES	PÁG. 279
BIBLIOGRAFÍA	PÁG. 285

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de grado surge del interés común de quienes en él trabajamos, de estudiar mecanismos que desde el derecho, contribuyan al mejoramiento de la protección de los Derechos Humanos en Colombia, teniendo en cuenta que la impunidad en materia de violaciones graves¹ a los Derechos Humanos² supone una deuda del Estado Colombiano para con la víctimas de aquellas.

Esta deuda estriba en la ausencia de protección judicial, en el desconocimiento del derecho a la verdad, a la obtención de justicia y a la reparación integral; pero lo más importante, en la inexistencia de mecanismos que impidan la repetición de estas conductas, tanto en consideración de las víctimas concretas de las violaciones enjuiciadas, como de aquellos que pueden llegar a sufrirlas. Siendo así, la erradicación de la impunidad y la consecuente protección de los derechos históricamente menoscabados, se logrará no solo con la declaración –nacional o internacional- de responsabilidad del estado, sino también, con la garantía de que aquellos perpetradores de crímenes que afectan a toda la humanidad, serán investigados, juzgados y sancionados.

En este contexto, puede decirse que los fenómenos delictivos van aparejados con la complejidad propia de las nuevas relaciones que se establecen entre los diferentes actores sociales, es decir, que conforme aumentan y se articulan los vínculos entre las personas, y entre estas y las autoridades estatales, tienden a desarrollarse nuevas formas de criminalidad que exigen una respuesta eficaz del derecho, con miras a salvaguardar los distintos tipos de bienes jurídicamente tutelados.

¹ En el presente trabajo, este tipo de violaciones han de ser entendidas de acuerdo a los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Cfr. *Infra* Pág. 42

² Noción que debe entenderse como el *corpus iuris* integrado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DDHH), el Derecho Internacional Humanitario (DIH) y el Derecho Penal Internacional (DPI)

De esta manera, puede afirmarse que de un tiempo para acá, ha venido gestándose un fenómeno que podríamos denominar Macrocriminalidad, el cual se caracteriza por la comisión generalizada de delitos, por medio de la intervención de un número más o menos extenso de ejecutores, cuyos móviles apuntan de manera general hacia un fin común-antijurídico; y dentro del cual puede observarse una suerte de patrón común de configuración.

La historia ha registrado escandalosos y dolorosos episodios en diferentes partes del mundo, en distintas épocas y con diferentes actores, en donde se han presentado graves violaciones a los Derechos Humanos de la población civil. Tales violaciones se han caracterizado, en su mayoría, por haber sido ordenadas y auspiciadas por altos dirigentes de organizaciones que en su momento han ostentado un gran poder, y que han sido algunas veces de carácter estatal y otras veces de carácter no estatal, o para estatal. Dichos aparatos, organizados de forma jerárquica-disciplinada, con estructuras de mando escalonado, en las que un determinado sujeto está en condiciones de dar órdenes sin que existan dudas de que estas serán cumplidas por uno cualquiera de sus subordinados, comportan un desafío creciente para el derecho penal contemporáneo, ya que suponen la ejecución de hechos delictivos con la intervención de distintos sujetos ubicados en diferentes niveles de un aparato, cuyos aportes han de ser valorados jurídicamente, de modo que permitan comprender cabalmente la totalidad del delito, garantizando la imputación de responsabilidades penales a cada uno de los intervinientes y ponderando de manera adecuada la trascendencia y significación de cada una de las conductas de los distintos sujetos.

En este sentido, se sabe que el genocidio cometido contra diferentes sectores de la población civil, en campos de concentración durante la segunda guerra mundial, por parte del régimen nazi; las masivas y sistemáticas desapariciones, torturas, homicidios y demás crímenes cometidos contra disidentes políticos en la época de las dictaduras del cono sur; las masacres, incursiones armadas indiscriminadas y actos de terrorismo, cometidas por agrupaciones guerrilleras en países como

Perú, han tenido como factor denominador común el haber ocurrido de acuerdo a los mandatos impartidos por los individuos ubicados en los niveles superiores de decisión de las organizaciones de poder.

Sin embargo, si bien es claro que estos individuos no han cometido de propia mano los delitos desplegados por las organizaciones que han dominado, sí se han servido de su posición de mando dentro de las organizaciones para desencadenar cursos de acción cuya consecuencia lógica, por las características de los aparatos que se analizaron *supra* ha sido y será, la realización de conductas criminales por sus subordinados responsables, pese a lo cual, los dirigentes habrán de ser considerados autores de estos delitos, en virtud del dominio que ejercen de manera directa sobre la organización.

Por su parte, Colombia no ha sido ajena a la violación sistemática de los Derechos Humanos durante su historia reciente³, de hecho, sus especiales condiciones políticas, económicas y socio-culturales y el grave conflicto armado padecido durante décadas y recrudecido en la actualidad, nos presenta un catálogo bastante amplio y lamentable de violaciones a los Derechos Humanos pese a las obligaciones internacionales adquiridas, relativas al deber general de garantizar el ejercicio pleno de los derechos reconocidos convencionalmente.

Como es sabido, del deber general de garantía, se desprenden las obligaciones particulares de *investigar, juzgar y sancionar* a los responsables de las violaciones a derechos humanos, lo cual no obsta para que Colombia presente un altísimo grado de impunidad⁴, en lo que al establecimiento y atribución de responsabilidad penal hacia los dirigentes de aparatos organizados de poder se refiere, debida en gran medida a que muchas de estas violaciones han sido producidas en el marco del conflicto armado y cometidas por los grandes aparatos de poder, estatales y no estatales (principalmente grupos guerrilleros y paramilitares) existentes en el

³ Informe anual de la CIDH ante la OEA, 2009, Capítulo IV Situación de Derechos Humanos en Colombia.

⁴ Sexto Informe sobre la situación de Derechos Humanos en Colombia, Comité de Derechos Humanos de la ONU, 2010.

Estado, con lo cual se ha originado una dificultad fáctica, probatoria y jurídica con miras investigar, juzgar y sancionar a los dirigentes o altos mandos. Lo grave entonces de la persistencia de la impunidad, es la consolidación de un marco generalizado de impunidad, que ha sido definido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”.⁵

Siendo así, ha surgido la necesidad de desarrollar una herramienta de imputación jurídica, no solo capaz, sino también adecuada desde el punto de vista de la dogmática penal, de fincar responsabilidad penal a aquellos que la doctrina ha denominado “autores de escritorio”, quienes no obstante no haber participado de propia mano en la comisión de los delitos, sí han sido los principales responsables de su realización. Esta figura debe contar con ciertas características especiales, pues ha quedado claro que las figuras clásicas de imputación penal han resultado insuficientes, o cuando menos inadecuadas para los requerimientos actuales de la persecución penal de la macrocriminalidad, características que entre otras cosas, deben responder a la necesidad de reformular el clásico principio de la responsabilidad penal, pasando de una consideración individual, a una consideración de responsabilidad penal colectiva u organizacional; que reconsidere los supuestos de participación en el delito, pasando de una concepción eminentemente fáctica a una que combine supuestos tanto fácticos como normativos del dominio del hecho; y que permita a su vez el replanteamiento de la prueba teniendo presente que dichas consideraciones normativas y supuestos de responsabilidad colectiva u organizacional deben complementar las exigencias probatorias que se requieren para condenar penalmente, principalmente tratándose de aquellos personajes que se ubican en el vértice de las estructuras organizadas de poder.

⁵ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ivcher Bronstein (Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú), sentencia del 6 de febrero de 2001, párr. 186; y Caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú), Sentencia del 31 de enero de 2001, párr. 123.

A esta necesidad, la jurisprudencia y la doctrina han intentado dar respuesta con la formulación de nuevas figuras de imputación o con la reformulación de figuras ya existentes e incluso con la afirmación de que algunas figuras de imputación penal clásicas suponen una herramienta útil, sin que sea necesario replantearlas. En este orden de ideas, figuras como *“la responsabilidad del superior”* utilizada en el seno de tribunales penales internacionales; *“la coautoría”* defendida por reconocidos doctrinantes como Jakobs; la *“coautoría impropia”* nacida del seno de respetados juristas como Alfonso Reyes Echandía; el *“Joint Criminal Enterprise”* utilizada también en tribunales penal internacionales; y *“la autoría mediata por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder”* de creación del profesor Claus Roxin e incorporada como formula de imputación penal en el seno de tribunales penales de carácter interno en varias naciones, con situaciones, si se quiere, un poco similares a la colombiana, entre otras, conforman un amplio, pero confuso panorama de soluciones, que en muchas ocasiones no logran ofrecer una solución que satisfaga los requerimientos aquí planteados, es decir, efectividad y adecuación dogmática.

Ahora bien, la ultima de las teorías anteriormente esbozadas, es decir *“la autoría mediata por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder”* parece ser, en principio, aquella que ofrece una solución no solo útil sino adecuada y lo suficientemente fundamentada desde la dogmática penal, susceptible de ser aplicada como herramienta en la lucha contra la impunidad en materia de violación de Derechos Humanos.

Sin embargo, mal haríamos en adelantar un estudio sobre una institución, sin antes haber fijado unos parámetros dentro de los cuales se va a adelantar el mismo.

Con ello, quiere decirse que es indispensable conocer y manejar, de antemano, ciertos conceptos, tales como: autor mediato, entendido como aquel que se sirve de otro para realizar la comisión de hechos típicos, manteniendo sin embargo, el

dominio del hecho, a través del dominio de la voluntad del ejecutor, bien sea por coacción, error, utilización de inimputables o en virtud de maquinarias organizadas de poder.

Derivado de ello, el autor mediato a través de aparatos organizados de poder, podrá ser denominado a su vez, como “autor detrás del autor”, “hombre de atrás”, bien “autor de escritorio” o expresiones similares que denoten la característica de ser un autor plenamente responsable el encargado de dominar una organización y a través de ella cometer crímenes ejecutados por autores también penalmente responsables que actúan incrustados dentro de la dinámica propia del mecanismo.

En este sentido, se tendrá como punto de partida el que “la medida de responsabilidad más bien aumenta cuanto más alejado se esté de aquel que con sus manos hace funcionar el arma asesina y mas se acerque a uno de los puestos superiores de la cadena de mando” (Roxin. 1999, p. 274) ya que dicho distanciamiento, implica mayor medida de “dominio organizativo” sobre el aparato.

Por su parte el aparato organizado de poder se entenderá como aquella maquinaria de carácter formal, estructurada jerárquica-disciplinariamente, sea estatal o no estatal, dentro de la cual se desencadenan procesos reglados, a partir de cierta automaticidad en su funcionamiento que la hace independiente de la libre voluntad de los miembros subordinados a quienes imparten las órdenes y tienen la seguridad de que estas serán cumplidas.

A su vez, criterios tales como fungibilidad y predisposición serán entendidos como la intercambiabilidad de los ejecutores directos, y la disposición de los ejecutores para recibir y ejecutar las órdenes recibidas desde instancias superiores respectivamente.

El termino macrocriminalidad deberá entenderse como aquellos “comportamientos conforme al sistema y adecuados a la situación dentro de una estructura de

organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectiva” (Ambos, 2005. p.21).

Por último, la noción de impunidad se entenderá como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”.⁶ Incluida también toda violación a derechos reconocidos por instrumentos internacionales con fuerza vinculante en el derecho interno colombiano.

Ahora, a partir de las anteriores definiciones propuestas, concebidas como los supuestos básicos y mínimos de partida en que se fundamenta la presente investigación podemos decir que la figura de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, de hecho ha sido aplicada por tribunales nacionales en el hemisferio, como herramienta en la investigación, juzgamiento y condena de altos dirigentes de organizaciones estatales y no estatales que en su momento han ostentado el poder suficiente para cometer graves violaciones a los Derechos Humanos, como es el caso de los juicios a las Juntas Militares argentinas y los procesos seguidos en el Perú contra Abimael Guzmán jefe del Partido Comunista del Perú – Sendero Luminoso (PCP-SL) y Alberto Fujimori ex presidente peruano.

Así mismo Colombia, de un tiempo para acá ha explorado algunas formas que le permitan juzgar y condenar a los dirigentes de organizaciones estatales y no estatales que en su momento han ordenado o auspiciado crímenes que suponen graves violaciones a los Derechos Humanos. Sin embargo, la herramienta de imputación penal que han utilizado para ello no ha sido demasiado convincente, y ello ha dado lugar al surgimiento del interrogante en torno a si estas formulas suponen una herramienta adecuada desde el punto de vista de la dogmática penal

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ivcher Bronstein (Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú), sentencia del 6 de febrero de 2001, párr. 186; y Caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú), Sentencia del 31 de enero de 2001, párr. 123.

para obtener, y comprensiva desde la valoración fáctica de los acontecimientos macrocriminales, para la condena de los responsables de estos delitos.

Con ello, el presente trabajo, mediante un estudio comparado de jurisprudencia internacional y nacional, relativa a la aplicación judicial de la figura de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, pretende dar luces frente a la forma adecuada y comprensiva de imputar los crímenes de los subordinados a los dirigentes, partiendo de que de la implementación real de esta figura en los procedimientos judiciales internos se desprende la materialización del imperativo de administrar justicia frente a los individuos penalmente responsables que se situaron en las mas altas esferas de decisión para impartir órdenes delictivas, con la consecuencia práctica de la desactivación de la intervención subsidiaria y coadyuvante de los tribunales internacionales, tanto en materia de responsabilidad internacional del estado (Corte Interamericana de Derechos Humanos), como en punto de responsabilidad penal individual de carácter internacional (Corte Penal Internacional).

Por todo lo anterior, la implicación práctica de esta investigación se hace notoria, ya que puede convertirse en una herramienta de utilidad para los operadores jurídicos en la medida en que fundamenta la aplicación de una figura de imputación de responsabilidad penal, a partir de la extrapolación de las consideraciones esbozadas en sentencias emblemáticas en sede de tribunales foráneos, al contexto nacional en materia de violaciones a los derechos humanos cometidas por organizaciones cuyos rasgos fundamentales y formas de acción, se adecuan a la noción de aparatos organizados de poder, logrando así, consolidar un modelo riguroso que le otorgue eficacia al derecho penal en punto de sanción a los responsables aun cuando en el vértice la organización los autores de escritorio, no tengan las manos manchadas de sangre.

Siendo así, este trabajo discurrirá de la siguiente manera:

Luego de hacer un acercamiento conceptual al tema de la figura de la autoría mediata por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, y de intentar tomar una posición doctrinal al respecto, intentaremos establecer una relación de transversalidad entre las obligaciones contraídas por el estado colombiano en materia de protección de los Derechos Humanos⁷ y la aplicación de autoría mediata por dominio sobre organización.

Realizado lo anterior, nos introduciremos en el estudio jurisprudencial⁸ comparado de la figura de la autoría mediata por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder a partir del estudio de tres casos producidos en la jurisdicción argentina y peruana, para luego intentar dar luces sobre la posible aplicación en la jurisdicción nacional, a través del análisis de tres sentencias producidas dentro del sistema jurídico colombiano que han juzgado y establecido responsabilidad penal a dirigentes de aparatos organizados de poder que han cometido graves crímenes contra los Derechos Humanos, para con ello, identificar la fórmula de imputación penal utilizada, describir la evolución que ha tenido cada una de ellas respecto de las anteriores e identificar las fortalezas y flaquezas de la jurisprudencia nacional en relación con la extranjera para con ello dar cuenta de la situación actual de la figura, y su eventual utilidad con miras al combate contra la impunidad.

OBJETIVO GENERAL

Establecer, desde una perspectiva jurisprudencial comparada, la evolución histórica de la figura de la autoría mediata por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder en el sistema jurídico colombiano a partir del

⁷ En concreto su obligación general de garantía, y las correlativas obligaciones de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de su violación

⁸ En este estudio se analizará detalladamente cada una de las piezas jurisprudenciales, desglosando los hechos relevantes –con citas textuales *in extenso* para preservar y divulgar la verdad judicial establecida-, la posición de cada una de las partes intervinientes en punto del tema propuesto, así como la identificación de la fórmula de imputación empleada por los falladores de instancia.

estudio de casos en los que esta ha sido aplicada por tribunales extranjeros en procesos caracterizados por la existencia de violaciones graves a los Derechos Humanos perpetradas por aparatos organizados de poder.

1. AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN VIRTUD DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER – ACERCAMIENTO DOGMÁTICO.

1. CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de abordar el tema de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, es necesario precisar de manera preliminar, las distintas teorías que pretenden explicar el concepto de autor, así como los enfoques metodológicos desde los que parten, para desembocar finalmente en la teoría que sustenta la implementación de la figura jurídica que pretendemos estudiar.

En este orden de ideas, la dogmática penal ha sostenido a lo largo de su historia, diferentes teorías que pretenden fundamentar el concepto de autor, las cuales han cambiado conforme el pensamiento científico-social y filosófico ha mutado. Así las cosas, desde el punto de vista del acercamiento metodológico al concepto de la autoría, encontramos diversas teorías: las causales, las teleológicas, las ontológicas, entre otras; a su vez y más recientemente han proliferado diversas doctrinas sobre esta figura (las objetivo-formales, las objetivo-materiales, las subjetivas, las del interés, y finalmente la del dominio del hecho) ubicándose unas entre la existencia de distintas formas de participación en el delito (autores y partícipes) y otras, situadas en la orilla, que defiende un criterio unitario de autor.

Desde el punto de vista del acercamiento metodológico, las teorías causales de la autoría, producto del positivismo naturalista (superadas ya desde principios del siglo XX), que sometían las ciencias del espíritu a las ideas de las ciencias naturales, pretendían reducir los fenómenos jurídicos a meros cursos o concatenaciones causales, lo cual significaba que el derecho penal se ocupaba de los distintos intervinientes en un delito según el grado de su aportación causal a producir el resultado de la acción típica.

Según Roxin, estas teorías como punto de partida metodológico, dejan margen para dos concepciones distintas:

“Cabe clasificar las concepciones defendibles a partir de este, en dos grandes grupos, que se distinguen, en que o bien se consideren equivalentes todas las condiciones del resultado, o bien se crea poder reconducir, cada una de las formas de participación a distintas formas de causación”
(Roxin, 1999, p. 24)

De lo anterior, puede concluirse a partir de la primera concepción, un criterio unitario de autor, y de la segunda, que aunque parte de la existencia de diversas formas de participación, traslada su diferenciación al plano de lo subjetivo, dando paso con ello a la doctrina subjetiva de la participación, la cual analizaremos posteriormente, anticipando desde ya que en todo caso, no nos ofrece una fundamentación teórica convincente de la autoría. Por todo lo anterior, concluye Roxin diciendo: “está ya fuera de discusión que la categoría de la causalidad, por más que los fenómenos del mundo exterior le estén sometidos, no puede aportar nada a la comprensión de relaciones jurídicas de sentido y significado” (Roxin, 1999, p. 25).

Ahora bien, el concepto de autoría, abordado desde la teoría teleológica, halla sus raíces en la escuela neokantiana, en su vertiente de la llamada filosofía de los valores. Esta distinguía entre el reino del ser y el reino de los valores, concebía los fenómenos culturales como producto de la transformación de la realidad por parte del espíritu humano, a los cuales este dota de un sentido y finalidad determinados, a partir de lo cual, los principios de regulación y los significados jurídicos se establecen en la realidad, solo a partir de la formación de conceptos derivados de la idea misma de su finalidad.

Al respecto Roxin se pronuncia de esta manera:

“La idea de que hay que determinar el concepto de autor con auxilio de un planteamiento valorativo no arroja conclusión alguna sobre con arreglo a que criterios ha de llevarse a cabo esta valoración [...] Por el contrario, al distinguir entre autoría, inducción y complicidad no son evidentes en absoluto los puntos de vista valorativos de la ley. Existe allí, el peligro de que todos, inadvertidamente, interpreten la ley contaminándola con su propia opinión.” (Roxin, 1999, p.30)

En este orden de ideas, el planteamiento teleológico conduce a resultados arbitrarios y por lo tanto es un método inútil, en el entendido de que todo método tiene su valor en la medida que ofrezca soluciones concretas a un problema determinado, sin dejarlo abierto a cualquier posibilidad imaginable.

Por su parte, las teorías ontológicas de la autoría, surgieron con la superación del neokantismo en los años treinta del siglo XX, y partían del rechazo de considerar a la materia jurídica como el “resultado de un material informe por medio de conceptos jurídicos valorativos” (Roxin, 1999. p. 32) asumiendo, por el contrario, que los ámbitos materiales regulados por el derecho eran deducibles únicamente a partir de la propia materia jurídica, a través de sus principios, de los cuales se extraen datos previos que el legislador no puede desconocer, ni dotarlos de sentido a partir de ideas informes, sino que los reconoce en su actuar legislativo. Como bien lo señala Roxin: “estas teorías tendrían que llevar a determinar el concepto de autor, no atendiendo al fin de la norma, sino recurriendo a estructuras ontológicas o formaciones de sentido previas al ordenamiento jurídico” (Roxin, 1999, p. 33)

Lo que en últimas planteaban las teorías ontológicas, era que los conceptos jurídicos, incluyéndose en ellos, el de autor, inductor o cómplice, estaban presentes de manera previa a su configuración normativa, en el plano material, en

la realidad, eran captables por los sentidos, luego solo era necesario aprehenderlos de una manera correcta; en este sentido Welzel, uno de sus expositores, plantea que “la diferencia estructural entre autoría y participación no reside en preceptos de Derecho positivo, sino en estas manifestaciones esenciales del actuar final dentro de un mundo social” (Welzel, 1939. p. 501)

Sin embargo, el quid del asunto como lo manifiesta Roxin, es determinar dentro de una multiplicidad de datos previos, carentes en principio de una significación concreta, cuáles de estos y porque no los otros ofrecen la clave para resolver los problemas de la autoría y la participación criminal.

Finalmente, pareciera que Roxin se decide por un dualismo metodológico, en donde reconoce y toma para sí, algunos aspectos de la teoría ontológica y otros de la teoría teleológica, señalando lo siguiente:

“Las materias de la regulación jurídica no reciben su contenido de sentido del legislador, del juez o del investigador, sino que éste es algo previo, dado a través de legalidades y estructuras de desarrollo ontológicas, éticas y – en sentido lato – sociales. Ahí reside lo correcto del método captador de la esencia y el sentido y lo incorrecto del puro pensamiento teleológico. Pero depende del arbitrio del legislador y de sus criterios valorativos cuál de las numerosas diferenciaciones previas, dadas, quiere convertir en base de su regulación, ahí reside lo correcto del modo de proceder teleológico y lo incorrecto de una consideración que pretenda ligar al legislador a determinados datos previos” (Roxin, 1999, p. 39).

Con base en lo anterior, Roxin plantea que es necesario partir de un principio orientador para determinar el concepto de autor, cual es, el de considerar al

mismo -al autor- como figura central del acontecer en forma de acción, lo cual lleva a desechar las teorías “secundarias” que determinan al autor a partir de un procedimiento de sustracción, con la tesis de que autor es todo aquel que no es participe; y las “extensivas” que dan un tratamiento similar a autores, inductores y cómplices; concluyendo entonces que son las figuras del cómplice y el inductor quienes gravitan alrededor del autor como figura central del acontecer delictivo.

Habiendo definido ya el enfoque metodológico a partir del cual definiremos, siguiendo a Roxin, el concepto de autor, debemos analizar brevemente las distintas teorías que respecto de él surgieron antes de la teoría del dominio del hecho, y que se dividen entre las que conciben a la figura central del acontecer delictivo como un criterio único y las que intentan diferenciarlo respecto de los otros partícipes en el delito.

Dentro de las teorías diferenciadoras, podemos encontrar, en primer lugar, la teoría formal-objetiva, cuyo principal defensor ha sido Ernst Beling, la cual básicamente plantea que autor es todo aquel que ejecuta la acción descrita en el tipo penal, de lo cual se obtiene, que como no todos los intervinientes en el delito pueden realizar la acción ejecutiva, por ende no todos podrían entenderse como autores. A la luz de esta teoría, el criterio de determinación de la autoría no se agota en la relación causal entre la conducta y el resultado, ya que se parte del supuesto de que pueden existir comportamientos que sean causa del delito aun cuando no pueden ser subsumidos dentro de la acción descrita en el tipo. En otras palabras, “no siempre, entonces, es autor aquel que causa el resultado, o que pone una condición para que sobrevenga; lo es aquel que, habiéndolo causado, además realiza una acción que está comprendida por la figura delictiva” (Márquez Cárdenas, 2002, p. 62).

La mayor fortaleza de esta teoría radica en que, como lo afirma Roxin, “entiende el hecho individual en su totalidad como acción con sentido social, situando a aquel

que ejecuta por sí mismo, como autor, en el centro de su consideración” (Roxin, 1999 p. 58).

Sin embargo, la utilidad de esta teoría es puesta en duda, en lo que nos atañe, por su incapacidad para justificar la autoría mediata, ya que si el autor mediato no realiza por sí mismo la ejecución del tipo, sino que se sirve de otro para llevarlo a cabo, tal situación da al traste con la definición propuesta por la teoría formal-objetiva haciéndola inapropiada como constructo para entender los alcances de la autoría mediata.

Por otra parte, se han propuesto teorías subjetivas, las cuales, para delimitar la autoría frente a la participación acuden a elementos “intrapésicos, como la voluntad, la intención, los motivos y actitudes de los partícipes” (Roxin. 1999, p. 71) ya que todas las aportaciones objetivas de los intervinientes tienen el mismo valor con respecto a la causalidad del resultado. Empero, el inconveniente de dicha teoría recaería sobre la dificultad probatoria que entraña, ya que no hay una forma confiable y respetuosa de los derechos de los procesados, que permita determinar el carácter de la voluntad del sujeto que lleva a cabo la ejecución de una acción típica, es decir, no es posible precisar si el sujeto ha querido el hecho como propio o ajeno, ni cuáles eran los móviles que lo impulsaban. Al tiempo que desconocen la apreciación de elementos externos, determinables objetivamente, sin los cuales necesariamente se llegarían a conclusiones, por decirlo menos, peregrinas.

También, han surgido teorías objetivo-materiales, que en contraposición de las objetivo-formales que encontraban el criterio diferenciador en relación con la acción descrita en el tipo; proponen valorar la trascendencia material del aporte realizado.

Dentro de estas, encontramos la llamada teoría de la necesidad de la aportación causal, que parte de la interconexión necesaria de las acciones de cooperación en

la ejecución del delito, la cual como subraya Roxin, “resulta inútil como criterio general de delimitación, debido a su punto de partida causal, metodológicamente incorrecto” (Roxin, 1999. p 60).

Por su parte la teoría de la supremacía intenta la delimitación de la participación criminal, a partir de la identificación en el caso concreto, de la existencia de relaciones de coordinación, subordinación o supremacía, la cual pese a que no recibió un nivel de aprobación adecuado en la doctrina, se erige como lo anota Roxin en “precursora directa de la teoría del dominio del hecho” (Roxin, 1999, p. 70)

Precisamente, como variedad de las teorías objetivo-materiales, encontramos la teoría del dominio del hecho, la cual, antes de adoptar su contenido actual, fue acuñada de manera incipiente por algunos teóricos del derecho, y dada su importancia en el presente trabajo -en tanto sirve como base teórica para la determinación de la autoría y nos permite abordar de una manera metodológicamente correcta la autoría mediata por organización- nos disponemos a exponerla en detalle en el siguiente acápite.

2. LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO.

El primero en utilizar la expresión “dominio del hecho” fue Hegler en su monografía sobre los elementos del delito (Hegler, 1915, pp. 19-44 y 184-232 citado por Roxin, 1999, p. 81). Sin embargo, aún cuando Hegler considera el concepto del “dominio del hecho” como concepto básico del derecho penal, tomándolo como un elemento de la figura del autor, lo entiende a la luz de los requisitos que determinan la culpabilidad jurídico penal, pero no lo utiliza para la delimitación de la participación penal.

Para tales menesteres, es Herman Bruns el primero en utilizar el dominio del hecho, para delimitar los conceptos de autoría y participación sintetizando sus

ideas en que: “La autoría se basa en la posibilidad del dominio del hecho inherente desde el principio al comportamiento” (Bruns, 1932, p. 72 citado por Roxin, 1999, p. 83).

Sin embargo, es Lobe quien plantea la primera formulación cabal de la idea del dominio del hecho.

“Lo esencial para la autoría no es [...] solo la existencia de una voluntad con el contenido de cometer el hecho como propio, sino que la realización de esta voluntad, debe tener lugar de manera que el *hecho se ejecute bajo su dominio*; que la voluntad también domine y dirija la ejecución tendente a su realización [...] En la participación falta el dominio de la acción ejecutiva, encaminada a realizar el resultado, siendo esta acción más bien desencadenada y dominada por la voluntad de otro.” (Lobe, 1933, p. 123 citado por Roxin, 1999, p. 86)

Con todo, es a Hans Welzel a quien históricamente se ha reconocido como el fundador de la teoría del dominio del hecho, a partir de su planteamiento de que solo es autor quien “mediante la dirección consciente y final del curso causal hacia el resultado típico, es señor sobre la realización del tipo” (Welzel, 1969. p. 491 citado por Márquez Cárdenas, 2002. p.122). Pese a ello Welzel no considera al dominio final del hecho como el único criterio determinante de la autoría, pues a él deben acompañarse además otros dos elementos, la identificación de unos requisitos objetivos en la persona del autor; y la extracción de algunos elementos subjetivos del mismo concepto de autoría.

Al respecto señala:

“Solo cuando se reúnen estos tres requisitos del autor existe autoría. Aquel a quien le falta uno de ellos queda necesariamente descartado como autor” (Welzel, 1939, p. 543 citado por Roxin, 1999, p. 88)

No obstante lo anterior, Welzel exige para la comisión de ciertos delitos, un cuarto elemento para la configuración de la autoría: que se cometa de propia mano, elemento que desarrolla posteriormente y que sirve de base para su posición actual de la teoría del dominio del hecho, que niega la posibilidad de que exista el autor detrás del autor.

“La autoría mediata por medio de un sujeto actuante directo que a su vez es autor, resulta un despropósito. Quien determina a un autor a un hecho no es sino inductor, y no hay voluntad de autor que pueda convertirlo en autor” (Welzel, 1947, p. 650 citado por Roxin, 1999, p. 90)

Lo dicho, nos conduce a desechar el planteamiento teórico de Welzel en la presente monografía, en tanto que, como se había anticipado, aquí se parte de una aceptación teórica de la existencia de la autoría mediata en contraposición a conceptos como el del inductor o coautor, utilizables obviamente en otros aspectos de la participación penal. Por lo demás, otros autores como Maurach, Lange y Gallas parten también de la aceptación del dominio del hecho solo para la fundamentación de delitos dolosos, los cuales deben cometerse de propia mano, mientras se mantiene el curso doloso del hecho típico, es decir, se adhieren a la doctrina de la teoría final de la acción de Welzel, lo cual nos conduce a la misma conclusión anterior y por tanto también deben ser rechazadas como sustrato teórico en lo que aquí nos concierne.

Instalados ya en la teoría del dominio del hecho, y sobre la base del criterio formal orientador o punto de partida metodológico adoptado por Roxin y expuesto *supra*⁹, ha de reconocerse, que dicha caracterización, en cierto sentido, es una idea plástica que debe ser dotada de contenido para llegar a ser útil dentro la esfera de la aplicación del derecho.

Lo anterior, se logra si se emplea la teoría del dominio del hecho ya mencionada, toda vez, que en palabras de Roxin, “en la búsqueda del contenido del dominio del hecho siempre está implícita la del concepto correcto de autor” (Roxin. 1999, p. 130).

En este orden de ideas, el dominio del hecho, desde la perspectiva en que ha de entenderse el presente trabajo, debe tenerse como un concepto abierto, en el sentido de que permite comprender las circunstancias cambiantes de la realidad, sin descuidar la exigencia de lograr un cierto grado de determinación en torno a lo cual pretende definir (la autoría), es decir, la teoría del dominio del hecho tendrá un carácter descriptivo, según el cual no pretende indicar exhaustivamente todos los elementos de la autoría al tanto que se mantiene atenta a admitir nuevos contenidos en aras de adecuarse a las diversas situaciones en materia de intervención en el delito.

Por ello, la teoría del dominio del hecho esta llamada a registrar “las distintas formas de la intervención en el suceso delictivo que se encuentran empíricamente y describir para cada grupo de casos cómo surge la idea del dominio del hecho” (Roxin. 1999, p. 147), dejando al “encargado de aplicar el derecho un cierto margen de maniobra en la solución del caso concreto, pero teniendo un principio regulativo o indicador de la dirección por seguir” (Márquez Cárdenas. 2002, p. 136).

⁹ El cual se resume en que el concepto de autor, está reservado para el hombre clave del acontecer delictivo.

Por otra parte y de manera más reciente, la teoría del dominio del hecho ha recibido fuertes críticas provenientes principalmente de la teoría normativizante de Jakobs y su escuela, quienes la tildan de excesivamente naturalística y ontológica, pasando entonces a abogar por la conversión de todos los delitos de dominio a delitos de deber, de manera tal que lo realmente determinante no sea el dominio que sobre el delito pueda tener el autor, sino “la competencia organizativa para que en su ámbito no ocurran cosas” (Cuello Contreras, 2009. p. 171). Sin embargo, el propio Jakobs reconoce implícitamente que a través de esta teoría no es posible delimitar la autoría de la participación cuando afirma que en punto de la diferenciación entre coautoría y participación puede ser “útil todavía el concepto naturalístico de el dominio del hecho” (Jakobs p. 93.95, citado por Cuello Contreras, 2009. p. 171) lo cual nos lleva a concluir, contrario a lo que piensa el autor que acabamos de citar¹⁰, que la teoría normativizante de Jakobs, por lo menos en su estado actual, conduce a una teoría unitaria de autor la cual desechemos de entrada ya en el acercamiento metodológico de este trabajo, por lo que sigue siendo, en nuestra opinión, la teoría del dominio del hecho la base correcta sobre la cual puede edificarse al autoría mediata por organización.

Así las cosas, lo que corresponde es aplicar el concepto abierto del dominio del hecho a las distintas formas de autoría, partiendo de la premisa de que bajo la óptica de esta teoría lo importante no es quien ejecuta la conducta descrita en el tipo, ni quien causa el resultado, sino quien, en el caso concreto, domina la realización del tipo penal, y así, en lo pertinente para los fines de esta investigación, apuntar hacia la figura de la autoría mediata, que describe a quien se sirve de otra persona para la ejecución de la acción típica¹¹, para precisar el alcance de esta modalidad, y arribar al terreno de la comisión del delito a través de aparatos organizados de poder.

¹⁰ Para Cuello Contreras, una y otra teoría sirven igual para fundamentar el concepto de autoría, y antes bien deben integrarse para formar lo que él ha llamado un sistema lógico-funcional.

¹¹ La autoría mediata encuentra asidero legal en el ordenamiento jurídico colombiano, en el artículo 29 de la Ley 599 de 2000 según el cual: “Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo *o utilizando a otro como instrumento*”(Subrayas fuera del texto original)

3. EL DOMINIO DEL HECHO Y LAS FORMAS DE INTERVENCIÓN EN EL DELITO.

Antes de llegar a explicar la figura de la autoría mediata, es necesario poner de presente las distintas formas de intervención en el hecho criminal, a partir de la figura central del dominio del hecho, es decir, desde la óptica del autor.

En este orden de ideas tenemos la distinción común entre autoría directa o única, autoría mediata y coautoría; el primero teniendo un dominio sobre la acción, el segundo teniendo un dominio sobre la voluntad y el último teniéndolo sobre el hecho funcional.

Es así como el dominio de la acción se caracteriza por la realización del hecho criminal por parte del autor, de propia mano, de forma dolosa y libre, siendo esta la forma más clara y por excelencia en la que se domina el hecho criminal. Al respecto Roxin sostiene:

“No puede dominarse un hecho de manera más clara que cuando lo realiza uno mismo; no se puede mantener en las propias manos de modo más firme que cuando se actúa de propia mano” (Roxin, 1999, p. 152).

Ahora bien, el dominio funcional del hecho, que caracteriza la coautoría, está definido por dos elementos: uno de tipo objetivo y otro de tipo subjetivo. El objetivo hace referencia al aporte funcional del hecho punible, de una manera coordinada y transversal, es decir, que todos los intervinientes en el delito, tienen por la naturaleza de las tareas asignadas, el dominio funcional del hecho, dependiendo de cada uno de ellos que este se realice o no; y el subjetivo caracterizado por el acuerdo común y anterior de realizar el hecho. Al respecto el profesor Fernando Velásquez, señala: “Para poder responsabilizar a una persona como coautor se requiere la presencia tanto del elemento objetivo (aporte esencial al hecho, con dominio funcional del hecho en la fase ejecutiva) como del

subjetivo (acuerdo, decisión o resolución delictiva común)” (Velásquez, 2007, p. 452-454 citado por López Díaz, 2008, p. 171)

En punto de la coautoría se pueden establecer dos formas de configuración: La coautoría propia y la coautoría impropia, deslindadas así por la doctrina colombiana, liderados por el ex presidente de la Corte Suprema de Justicia, Alfonso Reyes Echandía, quien como lo expresa López, consideraba que:

“había coautoría propia cuando cada uno de los autores desarrollaba, integral y simultáneamente, la misma conducta típica que había sido previamente acordada; por el contrario, la coautoría impropia se presenta cuando un mismo hecho típico había sido realizado comunitariamente, pero con división de trabajo, por varias personas que lo asumían como propio, aunque la intervención de cada una de ellas, tomada en forma separada, no se adecuara por sí misma al tipo penal.”¹²

Siguiendo las tesis del profesor Echandía, la Corte Suprema de Justicia, se ha venido pronunciando desde la década de los 80 a favor del reconocimiento de la existencia de la coautoría impropia, como fórmula correcta de imputación penal. Así, en sentencia de 9 de septiembre de 1980, la Sala de Casación Penal sostuvo:

“Serán coautores quienes a pesar de haber desempeñado funciones que por sí mismas no configuren el delito, han actuado como copartícipes de una empresa común – comprensiva de uno o varios hechos - que, por lo mismo, a todos pertenece como conjuntamente suya” (C.S.J, 9 de Septiembre de 1980. M.P. Alfonso Reyes Echandía)

¹² López, C. (2008) El Caso Colombiano, En Kai Ambos. De, Imputación De Crímenes De Los Subordinados Al Dirigente. Bogotá: Temis S.A. (pp. 169-170)

Tesis que mantuvo la Corte hasta hace muy poco, en sentencias como la del caso Machuca en marzo de 2007 y reiterada en la sentencia por la masacre de la Gabarra en septiembre de ese mismo año, y en otra del 23 de febrero de 2009, en donde condenó a miembros de la cúpula de las AUC por infracciones al DIH, sentencias cuya adecuación penal analizaremos posteriormente, pero que sin embargo se han consolidado, en el plano interno, como una figura de imputación jurídica que ha sido aplicada en la imputación y posterior condena de graves violaciones a los Derechos Humanos.

Ahora bien, el dominio de la voluntad, que caracteriza la autoría mediata se distingue porque falta la acción ejecutiva del sujeto de atrás. Esta puede presentarse en virtud de coacción sobre el ejecutor directo, por cuenta del error de este, por la utilización de inimputables; o bien a través de estructuras organizadas de poder. Cuatro modalidades que comparten, como rasgo común, la circunstancia de que el autor mediato ejercita el dominio del hecho a través del dominio de la voluntad de los ejecutores, para lo cual debe entenderse, que es su voluntad la que funge como voluntad rectora del ejecutor-instrumento, con lo cual este último ejecuta directamente la acción típica mientras el resultado puede atribuírsele como propio al autor mediato que no a ha realizado de propia mano la conducta descrita en el tipo penal.

El dominio de la voluntad en virtud de coacción puede presentarse, a través de las situaciones que generalmente comprenden el estado de necesidad ya sea de necesidad coactiva, necesidad simple, de un estado de necesidad supralegal exculpante o de otras análogas.

Por su parte el dominio de la voluntad en virtud de error, está caracterizada en general, por los supuestos de la teoría del error, pudiendo ser de tipo inculpable o con imprudencia inconsciente, con imprudencia consciente, sin conciencia de antijuridicidad, entre otras.

En lo que tiene que ver con el dominio de la voluntad por utilización de inimputables, esta puede presentarse ya sea por la utilización de menores de edad¹³ o de personas inimputables por su condición síquica, o socio cultural.

4. OTRAS FORMAS DE IMPUTACIÓN PENAL CONSIDERADAS POR LA DOCTRINA PARA IMPUTAR CRÍMENES DE LOS SUBORDINADOS AL DIRIGENTE.

Antes de adentrarnos en el estudio de la autoría mediata por organización, queremos abordar la consideración doctrinal minoritaria que la desconoce como una forma correcta de imputación penal, asumiendo que estos crímenes deben ser abordados, para unos desde la coautoría y para otros desde la inducción.

En lo que tiene que ver con la coautoría, Jescheck¹⁴ plantea que por estar en la cúspide del dominio de la organización, precisamente porque domina el aparato, el dirigente será coautor de los delitos que cometan sus subordinados en cumplimiento de sus órdenes, en atención a que el ejecutor directo es plenamente responsable del hecho.

Por su parte Jakobs¹⁵ acudiendo a una consideración más normativa que fáctica del dominio del hecho establece que:

“no existe –como lo afirma Roxin– un dominio superior de cualidad propia, sino que quienes emiten las órdenes y quienes las ejecutan son *jurídicamente* de igual rango, por lo demás, el ejecutor *jurídicamente* no actúa de modo automático, sino que se deja corromper por la orden, siendo este acto responsable” (Ambos, 1998. p. 26)

¹³ Para el caso colombiano son inimputables los menores de 14 años.

¹⁴ Jescheck, AT, 1998. p. 607. Citado por Roxin, C (2000) Autoría Y Dominio Del Hecho En Derecho Penal. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales S.A. P. 725.

¹⁵ Citado por Ambos, K (1998) Dominio Del Hecho Por Dominio De La Voluntad En Virtud De Aparatos Organizados De Poder. Bogotá: Universidad Externado De Colombia p. 26

Con base en lo anterior Jakobs, considera que el acuerdo común de realizar la conducta, se configura por la consciencia común de dirigentes y ejecutores, de que los hechos delictivos van a llevarse a cabo de acuerdo con las instrucciones dadas por la dirección del aparato, no siendo necesario entonces que dirigente y ejecutor se conozcan, o que el primero participe directamente de la ejecución concreta del hecho.

Como lo afirmamos *supra* la coautoría exige, para su configuración, dos elementos; uno subjetivo (el acuerdo común y previo de cometer el ilícito) y uno objetivo (la participación concreta de los autores de manera coordinada y transversal en la ejecución del hecho)¹⁶ sin embargo la doctrina y los jueces han dado en los últimos años virajes importantes apoyando en algunos momentos la primacía del elemento subjetivo y en otras la del elemento objetivo.

Así, la doctrina española ha pasado de la teoría del acuerdo previo, que coincide en líneas generales con la doctrina colombiana de la coautoría impropia¹⁷, a la teoría del aporte esencial en la fase ejecutiva, que exige que el coautor realice actos típicos en la fase ejecutiva, sin importar si este ha participado ya en la fase preparatoria del delito, pues en tal caso deberá actualizar su aporte en la ejecución típica del hecho. Al respecto Alicia Gil señala:

“Para considerar al dirigente u organizador como coautor sería exigible, por lo menos que el mismo actualizará su contribución durante la fase de ejecución y que además ello se considere esencial para la comisión del delito”¹⁸

Ahora bien, Roxin, refiriéndose a la concepción normativista de la responsabilidad de los intervinientes para definir la coautoría, planteada por Jakobs, expresa: “no

¹⁶ Cfr. Página 20

¹⁷ Cfr. Página 20

¹⁸ Gil, A (2008) El Caso Español, En Kai Ambos. De, Imputación De Crímenes De Los Subordinados Al Dirigente. Bogotá: Temis S.A. (pp. 104)

es figura rectora de la coautoría la responsabilidad de los intervinientes, pues igualmente responsable es también el inductor, que no por eso es coautor” (Roxin, 2000. p. 726). Y con respecto a la consideración de Jescheck de que el carácter conjunto de la resolución del hecho quedaba restablecido por la pertenencia a la organización, Roxin considera que la sola pertenencia a la organización no supe el requerimiento del acuerdo previo exigido por la figura.

En consideración a lo anterior, Roxin¹⁹, apoyado por Ambos²⁰ plantea tres argumentos, que consideramos suficientes, para desvirtuar la coautoría como forma correcta de imputación de los crímenes de los subordinados a los dirigentes en el marco de la macrocriminalidad: i) La falta de la resolución conjunta del hecho, es decir del acuerdo previo y común entre dirigente y ejecutor para realizarlo, en tanto que muchas veces uno y otro ni siquiera se conocen; ii) La falta de la ejecución conjunta del hecho, dado que como ya lo veíamos este requisito exige que el coautor participe directamente de la realización de actos típicos en fase ejecutiva, situación que no se presenta en el caso del autor detrás del autor, en tanto que este se limita a dar la orden, sin importar quien la cumple; y iii) Que la coautoría en contraposición directa con la figura defendida en esta tesis, supone una relación delictual transversal entre los coautores, en un plano de igualdad material, que es ajena en la autoría mediata por organización, dado que la naturaleza de los aparatos de poder, es precisamente su carácter jerárquico donde existe una relación vertical y no horizontal, entre dirigente y ejecutor. Consideraciones que Kai Ambos resume de la siguiente manera:

“El alejamiento del hecho y el desconocimiento del hombre de atrás, del concreto devenir del hecho y del ejecutor del hecho, excluyen una cointervención en régimen de reparto de tareas [...] la coautoría precisamente no refleja de modo

¹⁹ Roxin, C (2000) Autoría Y Dominio Del Hecho En Derecho Penal. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales S.A. (pp. 726)

²⁰ Op. cit. Ambos, K (1998) Dominio Del Hecho Por Dominio De La Voluntad En Virtud De Aparatos Organizados De Poder. Bogotá: Universidad Externado De Colombia. (pp. 29)

adecuado las jerarquías de mando que son inmanentes a la criminalidad organizada” (Ambos, 1998. p. 29).

Ahora bien, como solución al problema del instrumento doloso plenamente responsable -ejecutor-, como consideración conceptual que impediría el dominio del hecho por parte del autor detrás del autor, algunos doctrinantes²¹ manifiestan que la inducción sería la mejor manera de imputar estos crímenes, en tanto que la realización dolosa y responsable por parte del ejecutor, se interpondría entre la orden y hecho delictivo, impidiendo de esta manera, que el dirigente tuviera el dominio del hecho.

Al respecto Roxin, manifiesta que la posibilidad de considerar como inductores a los dirigentes de aparatos organizados de poder que han ordenado la comisión de graves delitos, no comprende de manera adecuada su dominio real del hecho, puesto que:

“el inductor tiene que empezar por buscar un autor, el autor de despacho solo tiene que dar la orden; el inductor debe tomar contacto con el autor potencial, enrolarlo para su plan, y en su caso vencer su resistencia; todo lo cual puede ahorrárselo el que manda en un organización jerárquica. (Roxin, 2000. p. 728)

Es decir, que entre inductor y ejecutor se produce una tensión de voluntades, en donde la voluntad del inductor logra sobreponerse sobre la voluntad del ejecutor.²² En este sentido la voluntad del ejecutor inicialmente se encuentra ajustada a derecho y por tanto debe ser vencida por la del inductor, quien pese a

²¹ Herzberg, Köhler y Reizikowski en la doctrina alemana, citados por Roxin, C (2000) Autoría Y Dominio Del Hecho En Derecho Penal. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales S.A. P. 727; Gimbernat, Díaz y García, entre otros, en la doctrina española, citados por: Gil, A (2008) El Caso Español, En Kai Ambos. De, Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Bogotá: Temis S.A. (pp.112)

²² La cual es casi inexistente en el supuesto de organizaciones jerárquicas, como las descritas para el caso de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, ya que el dirigente no tiene que realizar ningún acto de convencimiento o destrucción de la voluntad del ejecutor.

todo no tiene la certeza de que el delito se vaya a cometer, en tanto que su dominio sobre la voluntad del ejecutor puede desaparecer en el momento de la ejecución material del crimen, lo cual lleva a concluir, que quien posee realmente el dominio del hecho, es el ejecutor directo y no el inductor. Por esta razón Roxin manifiesta: “Aquel que, no obstante, propugne inducción, debe decir adiós a la teoría del dominio del hecho y delimitar autoría y participación con otros criterios” (Roxin, 2000. p. 728).

Como sustento jurídico-político²³ del anterior planteamiento y de la importancia de que graves violaciones a los derechos humanos reciban un tratamiento judicial adecuado, Roxin pone como ejemplo a personajes como Hitler o Stalin, manifestando que fue obra suya la comisión de las atrocidades que ya todos conocemos, y aun cuando no lo hicieron solos, el mayor grado de responsabilidad penal recae sobre ellos, por lo tanto: “Decir que no son autores de sus delitos, sino que se limitaron a inducir a otros, contradice los adecuados principios de la imputación social, histórica e incluso jurídica en concepto de autor” (Roxin, 2000. p. 728).

Una posición similar sostiene Ambos, cuando manifiesta: “La *inducción* ha de rechazarse sobre todo porque deja en un segundo plano el decisivo punto de vista del dominio del hecho por parte del hombre de atrás” (Ambos, 1998, p. 30). En tanto que:

“Una comparación entre la inducción y la autoría mediata conduce a la conclusión de que esta última no solo aprehende de modo más adecuado el contenido del injusto de la conducta de los hombres de atrás, sino que, además, se inscribe de modo más armónico en la teoría general de la participación” (Ambos, 1998. p. 3

²³ Así lo considera Kai Ambos en su obra Ambos, K (1998) Dominio Del Hecho Por Dominio De La Voluntad En Virtud De Aparatos Organizados De Poder. Bogotá: Universidad Externado De Colombia

Finalmente podemos concluir, que ni coautoría ni inducción son criterios de imputación válidos a la hora de imputar graves crímenes contra los derechos humanos cometidos por aquellos, que desde la cúspide de organizaciones criminales ordenan su comisión, puesto que si bien, en el pasado han sido utilizados, ello se ha debido más a la necesidad de encontrar soluciones, si se quiere de emergencia, que como fórmulas con la suficiente adecuación dogmática que permitan combatir, por un lado la impunidad y por el otro respetar los derechos de quienes son procesados y condenados.

En este orden de ideas, se hace necesario entonces, reconciliar estos dos conceptos a través de la Autoría Mediata Por Dominio De La Voluntad En Virtud De Aparatos Organizados De Poder, figura que pasamos a estudiar a continuación.

5. LA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE LA VOLUNTAD, EN VIRTUD DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER – PLANTEAMIENTO INICIAL.

El profesor alemán Claus Roxin, debido a la necesidad criminológica de imputar de manera correcta a aquellos autores de escritorio al estilo Eichmann, que valiéndose de aparatos organizados de poder ordenaban la comisión de lo que hoy conocemos como graves crímenes contra los derechos humanos, planteó la idea de la autoría mediata en virtud de maquinarias o estructuras de poder organizadas, en la cual, el denominado “sujeto de atrás” dispone de una maquinaria personal que le permite cometer crímenes a través de interpuesta persona, sin que la decisión autónoma de esta importe, dadas las características propias del funcionamiento del aparato. El planteamiento de esta nueva forma de autoría mediata, lo justifica con la necesidad de encontrar una fórmula que permita la imputación penal individual, a partir de la concepción de sucesos criminales colectivos, para los cuales los criterios de imputación penal clásicos no se ajustan,

por estar estos concebidos para perseguir crímenes individualmente cometidos y no contextos de acción macrocriminales.

Al respecto manifiesta:

“Debemos anticipar que somos conscientes de que crímenes de guerra, de Estado y de organizaciones como los que aquí se analizan no pueden aprehenderse adecuadamente con los solos baremos del delito individual. De donde se deduce que las figuras jurídicas de autoría, inducción y complicidad, que están concebidas a la medida de los hechos individuales, no pueden dar debida cuenta de tales sucesos colectivos, contemplados como fenómeno global.” (Roxin, 1999, p. 270).

Según la posición inicial de Roxin, los fundamentos estructurales de estas maquinarias son, por una parte la existencia de una estructura de poder jerárquica y automática, cuya automaticidad se predica a partir de la independencia del aparato con respecto a la individualidad de sus miembros, es decir que el aparato funciona de manera autónoma y automática, sin consideración a las características particulares de los individuos que a él pertenecen, resaltando que:

“este enjuiciamiento distinto se basa en el funcionamiento peculiar del aparato, que en nuestros ejemplos está a disposición del sujeto de detrás. Una organización así despliega una vida independiente de la identidad variable de sus miembros. Funciona “automáticamente” sin que importe la persona individual del ejecutor. (Roxin, 1999, p. 272)

Por otra parte, considera como elemento fundamentador del dominio por organización, la fungibilidad del ejecutor, es decir, la posibilidad de que este sea

sustituible a voluntad, por tratarse de un mero engranaje en la maquinaria, sosteniendo como corolario de lo anterior que “el factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en tales casos [...] reside, pues, en la fungibilidad del ejecutor.” (Roxin, 1999, p. 272)

Así mismo, Roxin también definió como indispensable, lo que se ha denominado como desvinculación o alejamiento del derecho de los aparatos, esto es, el hecho de que operen al margen de la legalidad, ya que si ellos se encontraran vinculados a un ordenamiento jurídico, las ordenes de cometer delitos no podrían fundamentar dominio alguno, toda vez que las leyes ostentarían una supremacía mayor que aquellas, excluyendo de plano el acatamiento de ordenes antijurídicas. Permitiendo concluir que los crímenes así cometidos, corresponderían a un delito de propia mano, cuya responsabilidad solo sería atribuible al ejecutor directo, pues solo este tendría el dominio del hecho. Frente a esto, manifiesta Roxin: “Así pues, en tales casos no se actúa *con* el aparato, sino contra él, quedando excluidos de entrada del ámbito del posible dominio de la organización.” (Roxin, 1999, p. 277)

Al amparo de este último requisito, Roxin identifica dos manifestaciones típicas de la autoría mediata por organización: el primero, al que califica de ser el más frecuente, lo describe como las situaciones en las que quienes ostentan el poder estatal con ayuda de organizaciones subordinadas a ellos cometen delitos; y la segunda forma básica, la describe como los hechos delictivos cometidos por organizaciones clandestinas, al margen de la ley, que se caracterizan por tener formas de organización rígidas, jerarquizadas, cuyos fines contrarían en sí mismo el régimen jurídico estatal y que alcanzan un poder tal, que pueden ser tenidos como “Estados dentro del Estado”.

Finalmente hay que agregar, que como elemento material del dominio por organización, Roxin propone una reconfiguración del principio de responsabilidad penal, debiendo pasar, en punto de esta teoría, de una consideración individual concreta a una responsabilidad normativo-abstracta que implica que: “la pérdida

de proximidad al hecho se compensa por la medida de dominio organizativo que va aumentando según se asciende en la escala jerárquica del aparato” (Roxin. 1999, p. 274).

En suma, podría decirse que el autor mediato en virtud de aparatos organizados de poder, para Roxin, es aquel que puede dirigir una parte de la organización, de manera tal que puede impartir órdenes a sus subordinados, y en virtud del dominio de la voluntad que le corresponde, utiliza sus facultades para cometer delitos, sin que importe si la comisión se realiza “por propia iniciativa o en interés de instancias superiores y a ordenes suyas” (Roxin. 1999, p. 275). Que pueda dirigir una parte de la organización, en lugar de que se le exija ubicarse en el vértice de la misma, deja abierta la posibilidad para que se conciba la idea un poder de mando escalonado, con una cadena larga de autores detrás del autor, en que cada dirigente controla “un eslabón de la cadena total que se prolonga hacia arriba, concluyendo con el primero que imparte las ordenes.” (Roxin. 1999, p. 274)

Por otra parte, aun cuando se le reconoce a Roxin la postulación de esta forma de autoría mediata, y se acepta mayoritariamente su adecuación penal, existe en la doctrina actual una discusión bastante problemática sobre la configuración de sus elementos, discusión que pasaremos a esbozar de forma general.

6. LA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE LA VOLUNTAD, EN VIRTUD DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER – ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSIÓN DOCTRINAL.

6.A) EL APARATO ORGANIZADO DE PODER Y SU AUTOMATICIDAD

En lo que tiene que ver con la automaticidad o la misma existencia de un aparato organizado de poder, la doctrina no ha generado un mayor debate al respecto, conformándose, en términos generales, con la descripción que de ellos hace Roxin, la cual podemos resumir, en que son organizaciones que

independientemente de su naturaleza estatal o no estatal, deben tener de manera previa a la ejecución del delito, una organización estructurada jerárquicamente, rígida y con el poder y la dimensión suficiente para ejecutar graves violaciones a los derechos humanos, y que funcionen automáticamente, esto es, de manera independiente a la de sus integrantes.

De lo anterior, surge diáfano que quien sea imputado a través de esta figura de la comisión de algún crimen, debe tener un poder real de mando sobre el aparato o un parte de él, desde donde pueda impartir la orden ilícita, con la seguridad de que esta va a ser cumplida por alguno de sus subalternos.

Sin embargo, la crítica de fondo más común a esta teoría, parte de la consideración de sus detractores, de que el principio de responsabilidad imposibilita la imputación a título de autoría mediata a personas distintas del ejecutor directo de la conducta.

Kai Ambos, para resolver la aparente contradicción de un posible dominio sobre un ejecutor penalmente responsable, propone una distinción entre injusto individual e injusto colectivo (presente en la macrocriminalidad) según la cual:

“Un principio estricto de responsabilidad ha de fracasar en el contexto del injusto colectivo, porque no puede aprehender el injusto del hombre de atrás ya por definición, en cuanto que parte de la autorresponsabilidad como principio liberal y jurídico-individual. Desde un punto de vista general, es necesario reflexionar y cuestionar las reglas tradicionales del Derecho penal individual en los supuestos de ejecución del hecho por parte de otro en el contexto de conductas de macrocriminalidad. La circunstancia de que el hombre de atrás – a diferencia de los casos “normales” de autoría mediata – no domina de modo directo, sino (solo) indirecto a

través del aparato, conduce a una responsabilidad en virtud de competencia funcional (como “autor de escritorio”, emisor de las órdenes, planificador, autor intelectual, etc.), dicho brevemente: a una responsabilidad con base en un *injusto de organización en lugar de injusto individual*. (Ambos, 1998, p.31)

Cuando defiende la tesis de que la responsabilidad aumenta conforme crece la distancia hacia el hecho, Ambos afirma la existencia de un dominio de organización escalonado en virtud del cual, adquiere relevancia la facultad para dar órdenes, sin importar que ella esté ubicada en “cualquier punto del aparato organizado de poder” (Ambos, 1998, p.38). A pesar de lo anterior, el citado autor deja en claro, que no se puede descender mucho más allá del funcionario medio ya que es indispensable el *dominio sobre* una organización y derivado de ello, un *dominio mediante* dicha organización, dominio que “se acumula y se hace más denso en la medida en que se incrementa el poder de decisión y la disponibilidad de recursos personales” (Ambos, 1998, p.39).

También precisa, que el dominio por organización solo puede darse dentro de aparatos de poder formal, en el sentido de organizaciones estructuradas “de modo jerárquico lineal y que consist(an) en un número suficientemente grande de ejecutores intercambiables” (Ambos, 1998, p. 47) ya sean estos estatales o no estatales.

Así mismo, Iván Meini²⁴ sostiene, bajo la misma línea de argumentación, que el dominio ejercido por el hombre de atrás sobre el ejecutor directo, es indirecto en la medida en que se ejecuta sobre la organización, de suerte tal que como el ejecutor, funcionalmente hace parte del aparato, el dominio que sobre este tenga el autor mediato, determina a su vez el dominio sobre la persona del ejecutor.

²⁴ Meini, I, (2008) El Caso Peruano, En Kai Ambos. De, Imputación De Crímenes De Los Subordinados Al Dirigente. Bogotá: Temis S.A. (pp.138)

Tesis que es apoyada por el mismo Roxin, cuando posteriormente a su planteamiento inicial explica como respuesta a sus críticos, cual es realmente el instrumento del que se vale el autor mediato, expresando:

“el “instrumento” que posibilita al hombre de atrás la ejecución de sus órdenes, no es sólo y ni siquiera mayoritariamente aquél que con sus propias manos ocasiona la muerte de la víctima. El verdadero instrumento es más bien el aparato como tal.” (Roxin, 2006. p. 4)

De lo anterior podemos concluir que, la existencia de un aparato organizado de poder -en cuyo interior, según Mallarino²⁵, se pueden establecer tres roles diferentes: los autores por mando, los autores por organización y los autores ejecutivos-, al cual se le puede mirar en su conjunto como un sujeto global de imputación, transforma la consideración individual del principio de responsabilidad, pasando así, en punto de la lucha contra la macrocriminalidad, a una consideración del injusto colectivo y por ende una responsabilidad del hecho total.

6.B) LA FUNGIBILIDAD – UN ELEMENTO PROBLEMÁTICO

Ahora bien, frente al requisito de la “fungibilidad” del ejecutor, la doctrina se ha manifestado contradictoriamente en el sentido de que no ha logrado ponerse de acuerdo con respecto a si la fungibilidad puede fundamentar el dominio de la voluntad y por ende la autoría mediata por organización, tal como lo planteó Roxin. En este sentido podemos encontrar básicamente tres posturas: la primera que defiende el planteamiento inicial de Roxin, liderados obviamente por el mismo autor, a quien adhieren otros autores²⁶; la segunda que desconoce tajantemente este elemento como fundamento del dominio por organización y lo reemplaza por

²⁵ Mallarino, E, (2008) El Caso Argentino, En Kai Ambos. De, Imputación De Crímenes De Los Subordinados Al Dirigente. Bogotá: Temis S.A. (pp. 59)

²⁶ Entre otros, Ezequiel Mallarino; Claudia López y Alicia Gil, en Ambos, K (Coord), Malarino, E., Guzmán, J.L., Gil Gil, A., Meini, I., López Díaz, C. (2008) Imputación De Crímenes De Los Subordinados Al Dirigente. Bogotá: Editorial Temis S.A

el de “predisposición del ejecutor para realizar la orden” defendida por autores como Meini, Murmann y Schroeder, entre otros; y finalmente una posición que pudiéramos llamar ecléctica, liderada por el profesor Kai Ambos, que plantea la reformulación de este concepto, pasando de la consideración de una fungibilidad concreta a un concepto de fungibilidad abstracta.

En la medida que ya conocemos el planteamiento fundamental sobre la fungibilidad propuesta por Roxin, pasaremos a analizar las otras dos posiciones, la liderada por Meini y la expuesta por Ambos, no obstante, sobre el primero de estos autores, volveremos más adelante, cuando intentemos tomar una posición propia frente a este elemento en particular.

Así las cosas, Meini, en el estudio de la aplicación de la figura de la autoría mediata por organización en el caso peruano, no considera como elemento del dominio por organización el carácter sustituible de los ejecutores, ya que la posibilidad de sustitución, es únicamente un dato fáctico, que a lo sumo, concede al autor mediato mayor probabilidad de que su orden sea cumplida, pero no fundamenta este tipo de dominio, máxime si se tiene en cuenta la forma particular de composición de cuadros en ciertas organizaciones no estatales, en que los miembros parecieran no ser sustituibles ni reemplazables, porque “requieren cierta especialización criminal”²⁷

Meini sustenta su posición a partir de la siguiente consideración:

“Esto se demuestra si se analiza con detenimiento la propia razón sobre la cual se erige la posibilidad de sustituir al ejecutor: cuando el ejecutor destinatario de la orden desiste de cumplirla otro le suplirá, pero no se responde a la pregunta (porque simplemente no se puede) de qué pasa si

²⁷ Op. Cit. Meini, I, (2008) El Caso Peruano, En Kai Ambos. De, Imputación De Crímenes De Los Subordinados Al Dirigente. Bogotá: Temis S.A. (pp.135)

la razón que llevó al destinatario original a no obedecer la orden es compartida por el resto de los ejecutores del aparato de poder”²⁸

En nuestra opinión, en el evento de que la situación que fundamenta el planteamiento de este autor ocurriese, no estaríamos frente a un aparato de poder, con las características que se han descrito *supra*, respecto de la cuales, como ya lo afirmábamos, existe un consenso general dentro de la doctrina, y considerando, que el elemento esencial de un aparato de poder es precisamente su carácter rígido y jerárquico, sería entendible e incluso factible, que en su interior se produjese la desobediencia de alguno de sus elementos con respecto a la ejecución de una orden concreta, pero si esta se convirtiera en una situación generalizada, estaríamos entonces frente a una organización deliberativa, carente del esencial requisito de subordinación, y no frente a un aparato organizado de poder.

No obstante y con base en el planteamiento que acabamos de discutir, Meini sostiene que la idea de la “predisposición de los ejecutores directos” frente a la comisión de ilícitos es el elemento importante para definir el dominio por organización, ya que en sus palabras:

“Si el encargado de llevar a cabo la orden desiste y otro le reemplaza, y se asegura así el cumplimiento de la orden, es porque el reemplazante, al igual que la mayoría de los que componen el colectivo de ejecutores, está dispuesto a cumplirla. En otras palabras, se encuentran dispuestos a cumplir con los mandatos de las instancias superiores [...] Y siendo que esta predisposición es anterior a su participación en la realización del hecho delictivo, es un presupuesto de su

²⁸ Ídem, p. 136

intervención en la ejecución del hecho dominado por el hombre de atrás²⁹.

Pese a que reconocemos que el elemento de la “especialidad” se torna bastante fuerte a la hora de rebatir la fungibilidad como elemento determinante del dominio del hecho por parte del hombre de atrás, en tanto que dadas las condiciones actuales de algunas organizaciones con las características del aparato organizado de poder (sobre todo las de tipo no estatal), estas no pueden contar con un número amplio de ejecutores intercambiables, y estos a su vez deben reunir unas cualidades muy específicas que les permitan ejecutar las acciones; consideramos que, sin embargo la solución planteada por Meini, a partir del supuesto fáctico ya descrito, no resulta satisfactoria, en tanto que como ya lo analizamos, dicha situación desdice del aparato como tal y no de la fungibilidad como elemento determinante del dominio por parte del autor mediato, que se sirve del aparato para ordenar la comisión de hechos delictivos.

Finalmente Kai Ambos, como anticipamos *supra*, opta por una tesis ecléctica en tanto que reconoce al elemento de la fungibilidad como determinante para establecer el dominio del hecho del autor de atrás, considerando que “la teoría del dominio por organización supera la libertad ajena del hombre de adelante con el criterio de *fungibilidad*. Puesto que quienes ejecutan directamente el hecho, son solamente ruedecillas intercambiables en el engranaje del aparato de poder, al hombre de atrás no le interesa quien cumple sus ordenes” (Ambos, 2005. p. 220) razón por la cual “esta forma independiente de la autoría mediata se funda en la fungibilidad del autor directo y en el dominio automático del subordinado, condicionado por medio de aquel aparato” (Ambos, 2008. p.27).

Sin embargo también reconoce las críticas realizadas principalmente por Rotsch y Herzberg, dirigidas principalmente a que el criterio de fungibilidad no puede fundamentar dominio, en tanto que la fungibilidad concreta del ejecutor no puede

²⁹ Ídem , p. 138

presentarse en todos los casos, asegurando entonces que “la pretensión de validez general del criterio de la fungibilidad se refuta ya por la existencia de *un* caso contrario, anulando con ello la idoneidad del criterio para fundamentar el dominio por organización en todos los casos posibles” (Ambos, 2005. p. 222).

Como sustento del anterior planteamiento, los mencionados autores aducen la imposibilidad fáctica de que los guardias del muro de Berlín, pudieran ser reemplazados inmediatamente, si se hubiesen negado a disparar contra quien pretendía saltarse el muro, pues de haberlo hecho, quien intentaba huir simplemente hubiese podido lograr su cometido y por tanto, el aparato no hubiese tenido tiempo de cambiar al ejecutor y garantizar así el cumplimiento de su orden.³⁰

La anterior situación nos parece suficientemente convincente para sustentar la posición de la falta de fungibilidad concreta del ejecutor en todos los casos y por ende la imposibilidad de tener este criterio como fundamento del dominio del hecho del autor de atrás, en tanto que así considerado, este criterio solo ofrecería un potencial o eventual dato fáctico del caso, pero no un criterio dogmático para fundamentar el dominio del hecho por organización.

Para solucionar este “déficit empírico de fundamentación que se ha constatado”³¹ en punto del criterio de la fungibilidad, Ambos recurre al “criterio material de libertad” propuesto por Murmann³² a partir del cual plantea, que el Estado en su posición de garante de los derechos humanos y debido a su deber de protección que de ello resulta, tiene frente a sus ciudadanos, un poder de lesión especial, basado en la relación de dependencia, incluso normativa, que tienen los ciudadanos para con su Estado. Al respecto Murmann manifiesta:

³⁰ Herzeberg, en Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 37, citado por Ambos, K (2005) La Parte General Del Derecho Penal Internacional. Montevideo: Konrad – Adenauer - Stiftung. (B). p. 222.

³¹ Ambos, K (2005) La Parte General Del Derecho Penal Internacional. Montevideo: Konrad – Adenauer - Stiftung. (B). p. 224.

³² Murmann, Nebentäterschaft (2003) p.160 y ss. Citado por Ambos Íbidem

“La relación de dependencia entre ciudadano y Estado sería aquí comparable con la posición de garante en los delitos de omisión. También aquí el garante sería responsable porque lesiona frente a la víctima el deber especial de protección o de custodia que resulta de la posición de garante” (Murmman, 1993. p. 189, citado por Ambos, 2005. p. 225).

Lo anterior significa, que el Estado al mantener relaciones de reconocimiento³³ para con sus ciudadanos, tiene la facultad de lesionarlos de manera especial, con la comisión de un delito que los afecte en un determinado bien jurídico protegido, relación que bien puede ser de carácter vertical, es decir de Estado-ciudadano, y que implicaría en punto de la violación de los derechos humanos que en cabeza del ciudadano radican, una trasgresión del deber general de respeto a ellos por parte del Estado. Y por otro lado puede ser de carácter horizontal, esto es ciudadano-ciudadano, que al ser trasgredidos implicarían un desconocimiento de la obligación general de garantía de protección de los derechos humanos.

Lo anterior puede resumirse en que, el Estado puede desconocer los Derechos Humanos de las personas, bien cuando dispone directamente de la trasgresión de sus derechos, es decir cuando él, a través de un aparato de poder que le pertenece, ordena cometer delitos en contra de sus ciudadanos, o bien cuando no previene, investiga, juzga y sanciona a los individuos que amparados por un aparato de poder organizado y de naturaleza no estatal, han atentado contra los derechos de otros seres humanos, desconociendo así, su relación de reconocimiento horizontal para con estos últimos. Sin embargo sobre el desconocimiento de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos por parte de los estados se volverá *infra*, cuando tratemos la transversalidad entre la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder y la protección de los Derechos Humanos.

³³ En el sentido que a este tipo de interacciones atribuye Kant.

De todo lo anterior, podemos concluir que Ambos intenta reformular el concepto de fungibilidad concreta, fortaleciéndolo con una consideración normativa, relativa a las relaciones de reconocimiento existentes entre el Estado y sus ciudadanos o de estos entre sí, para de esta manera fundamentar de manera adecuada el criterio de fungibilidad desde un punto de vista abstracto, que permita establecer el dominio del hecho por parte del sujeto de atrás en la comisión de delitos por parte de aparatos organizados de poder, concluyendo que:

“La obligación especial del Estado frente al ciudadano – que lo obliga a protegerlo y le prohíbe lesionarlo y que, al mismo tiempo, entraña un poder de lesión especial dentro de esta relación - proporciona, por tanto, una fundamentación normativa del dominio del hecho en todos los casos en los cuales se niega la fungibilidad ya por motivos empíricos”
(Ambos, 2005. p. 225)

Sin embargo y pese a estar de acuerdo con este autor, en lo que tiene que ver con el déficit empírico de una fungibilidad concreta y la necesidad de fortalecerlo de manera tal que pueda fundamentar el dominio por organización, estamos en desacuerdo con que dicha corrección se haga a partir de un concepto abstracto y no de otro igualmente empírico.

Pues bien, cuando se constata el mencionado déficit en el criterio de la fungibilidad, Ambos intenta solucionarlo, apelando a una corrección normativa – el criterio de libertad material de Murmann- lo cual en nuestra opinión supone una especie de ruptura conceptual del argumento, que pareciera llevarnos a otro punto de la argumentación de la autoría mediata, esto es, al de la reconfiguración normativa del principio de responsabilidad, sin ofrecer entonces una solución correcta al problema que se plantea. Esto ocurre cuando se precisa la necesidad de solucionar la pérdida de control fáctico del autor mediato en la ejecución del

hecho, y se recurre entonces a la corrección normativa de la responsabilidad según el nivel de mando (punto de vista del Top Down).

Es decir, Ambos pretende dar una solución de igual naturaleza tanto para el tema de la responsabilidad, como para el tema de la fundamentación de la fungibilidad, corrigiendo esta última también desde una consideración normativa-abstracta, lo que conlleva una solución a nuestro juicio incorrecta, en tanto que el tema la responsabilidad es un concepto normativo (responsabilidad penal del agente) y por el contrario la fungibilidad es un concepto empírico (intercambiabilidad del ejecutor) razón por la cual en el primero si es válida una corrección igualmente normativa y en el segundo no, pues tal corrección debe ser por principio de coherencia igualmente empírica.

En resumen, podríamos concluir que aunque el postulado de Ambos, ofrecería una base jurídico filosófica que reforzaría la razón de la aplicación de la autoría como fórmula de imputación penal, no ofrece una respuesta satisfactoria a la hora de corregir el déficit empírico de la fungibilidad, razón por la cual debe encontrarse otro argumento, esta vez con una base igualmente empírica que solucione el problema.

En este orden de ideas Roxin, manifiesta que “es recomendable no apoyar exclusivamente la autoría mediata en este criterio” (Roxin, 2006. p. 9), con lo cual, por un lado reconoce en cierta medida las críticas que se le han hecho al elemento fungibilidad, y por otro, propone un nuevo elemento que es al tiempo independiente y complementario de esta, el cual denomina “la considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor” (Roxin, 2006. p. 9).

Para describir este nuevo elemento, Roxin parte del planteamiento de que quien ejecuta la orden delictiva dispuesta a través del aparato desvinculado del derecho, no está en las mismas condiciones personales que quien decide cometer un delito de manera individual -así uno y otro realicen una conducta ilícita de igual

naturaleza- en tanto el primero se encuentra, a diferencia del segundo, sometido a condiciones e influencias previas que ejerce sobre él el aparato, y que lo pueden llevar a cometer delitos que en otras condiciones seguramente no habría osado o no habría podido. Así lo expresa Roxin, cuando advierte:

“Parto de que aquél que en un aparato organizado de poder desvinculado del derecho lleva a cabo el último acto que realiza el tipo, tiene una posición distinta a un autor individual que se tiene que desenvolver por sí mismo. Aquél se halla sometido a numerosas influencias específicas de la organización, que, a decir verdad, en modo alguno excluyen su responsabilidad, pero lo hacen, sin embargo, “más preparado para el hecho” que otros potenciales delincuentes y que, vistas en conjunto, incrementan la probabilidad de éxito de una orden y contribuyen al dominio del hecho de los hombres de atrás.” (Roxin, 2006. p. 10).

Sin embargo, esta elevada disponibilidad del ejecutor a realizar el hecho no puede determinarse con base en elementos intrapsíquicos o psicológicos del ejecutor, pues de ser así caeríamos en el error metodológico de subsumir la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder dentro de la esfera de las teorías subjetivas ya rechazadas en el presente estudio. Por el contrario, a la elevada disponibilidad del ejecutor a realizar el hecho, debe llegarse a través de la identificación de características o condiciones objetivas en cabeza del ejecutor, como por ejemplo su ideología política, su elevada dependencia económica del aparato, su afán de trascender dentro de la organización, e incluso como lo señala Roxin, en el convencimiento negativo de que si no es él quien realiza la acción, otro de todas formas la realizará, todo ello aunado al convencimiento en muchos casos, de que su crimen quedará impune, como lo afirma Roxin cuando dice:

“Pero un fenómeno típico de la organización es también un empeño excesivo en prestar servicio, sea por arribismo, sea por afán de notoriedad, por ofuscación ideológica o también a causa de impulsos criminales sádicos o de otro tipo, a los que el miembro de una organización tal cree poder ceder impunemente.”(Roxin, 2006. p. 10)

Finalmente, podemos concluir que analizadas conjuntamente la fungibilidad y la considerablemente elevada disposición del ejecutor a realizar el hecho, están llamadas, de manera concurrente, a fundamentar el dominio por organización, donde el recurso al cuarto elemento hace parte de una corrección empírica y no abstracto-normativa frente a la relativización que ha sufrido la fungibilidad individualmente considerada.

6.C) LA DESVINCULACIÓN DEL DERECHO.

Frente a este elemento de la figura, encontramos por un lado a aquellos que respaldan su tesis³⁴ y por otro, a quienes consideran, *inter alia*, que este criterio no ofrece ninguna utilidad práctica para fundamentar el dominio del hombre de atrás sobre el hecho delictivo y por ende lo rechazan como elemento fundamental de la figura³⁵.

Dentro del segundo grupo, Ambos considera que el criterio de la desvinculación del derecho “no constituye una condición ni suficiente ni necesaria del dominio de organización” (Ambos, 1998, p. 57) ya que el dominio del hombre de atrás no se deriva de este rasgo sino de la estructura del aparato y su número intercambiable de ejecutores. Además, porque en determinadas circunstancias, pueden existir aparatos organizados de poder estatales cuyo ordenamiento jurídico es, en sí

³⁴ Entre otros Faraldo Cabana (2004) Responsabilidad. p. 96; Brammsen (2000) Verantwortung. p. 142 y Heine (2001) Heinflüse p. 103. Citados por Ambos, K (2005) La Parte General Del Derecho Penal Internacional. Montevideo: Konrad – Adenauer - Stiftung. (B). p. 234.

³⁵ Principalmente Kai Ambos (2005) *ibidem*; Iván Meini (2008) Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. p.134-135.

mismo, criminal y no podría predicarse desvinculación alguna, respecto del derecho positivo del estado en mención, a pesar de que el dominio por organización continuaría siendo evidente.

En este sentido, Ambos plantea dos posibilidades de desvinculación del derecho: una desvinculación del derecho positivo; y una desvinculación del derecho suprapositivo, el primero refiriéndose al derecho positivizado en las leyes de un Estado y que por tanto sería en principio conocido, al menos desde un punto normativo, por todas las personas que en él residen; y el segundo caracterizado por el derecho natural, no escrito y por tanto aplicable solo de modo excepcional, en tanto que de sus propias características se deduce que solo se aplicaría cuando este sea cognoscible para el ejecutor del hecho, y por tanto una solución a partir de él no tendría ningún sentido “ya que las prohibiciones suprapositivas serían demasiado imprecisas como para poder constituir una barrera normativa a la ejecución concreta del hecho” (Ambos, 2005. p. 236).

En un sentido similar argumenta Meini, al sostener que de entenderse como ordenamiento jurídico “el sistema de valores y principios que rigen la vida en democracia”³⁶ el concepto mismo perdería su capacidad como elemento que determina el dominio del hecho “pues no solo los delitos cometidos desde aparatos de poder confrontarían con tal ordenamiento jurídico, sino que lo haría cualquier delito y hasta las infracciones administrativas” (Meini, 2008. p. 135. *Cursivas del autor*).

Por lo tanto los dos autores, descartan la aplicación del derecho suprapositivo o natural, como referencia al ordenamiento jurídico desde el cual se aleja el aparato, afirmando entonces que por ordenamiento jurídico debe entenderse entonces, el derecho positivo, que rige a un Estado.

³⁶ Op. Cit. Meini, I, (2008) El Caso Peruano, En Kai Ambos. De, Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Bogotá: Temis S.A. (pp.135)

Ahora bien, definido ya, qué entienden por ordenamiento jurídico los dos autores, ellos también coinciden en que este criterio no puede tenerse como determinante del dominio del autor detrás del autor, en tanto que como lo señalamos *supra*, existen casos en que el mismo ordenamiento jurídico faculta, e incluso ordena la comisión delictual. En este sentido argumenta Meini:

“si por ordenamiento jurídico se entiende el conjunto de leyes y normas jurídicas, se caería en el sinsentido de, por ejemplo, negar que los gobiernos de *facto* que tienden a cubrirse con un manto de leyes dadas, precisamente para darle visos de legalidad a sus acciones, pudiera ser considerado un grupo que opera desligado del ordenamiento jurídico”³⁷

Por su parte Roxin, respondiendo a sus críticos, estima que la desvinculación del ordenamiento jurídico no debe entenderse como una desvinculación de todo el ámbito de la acción de la organización sino “solo a los hechos incriminados cometidos en autoría mediata” (Roxin, 1999. p. 556.) lo cual supone, si bien no un replanteamiento del elemento, si una explicación más profunda de este, manifestando pues, que el presente criterio no debe entenderse como un concepto amplio sino como un concepto *limitado*.

Roxin considera que este criterio es necesario para fundamentar la figura por dos razones básicas:

La primera, porque con esta se anularía el impedimento normativo que tendría el autor para ejecutar la orden, permitiéndole de este modo ejecutarla.

“Pues mientras la dirección y los órganos de ejecución permanezcan ligados en principio a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, la orden de cometer delitos no puede

³⁷ *Íbidem*.

operar fundamentando el dominio, porque las leyes tienen un valor normativo más alto y normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas y con ello el poder de voluntad del hombre de atrás” (Roxin, 2000. p. 249).

Y segundo porque la desvinculación del derecho así entendida: “Posibilita la delimitación de la autoría mediata de la inducción en el caso de órdenes en el ámbito de estructuras jerárquicas” (Roxin, 2000. p. 558).

Ahora bien, Roxin en punto de lo que debe entenderse por “ordenamiento jurídico” deja entrever que este no solo se refiere al derecho escrito y nacional de los estados sino también a aquel derecho supranacional positivizado dirigido esencialmente a la protección de los Derechos Humanos, como concepto jurídico universal e imperativo. Al respecto manifiesta: “Las violaciones mas graves a los derechos humanos [...] son evidentes a todo sentimiento jurídico más o menos intacto” (Roxin, 2000. p. 558).

Dicha remisión nos parece acertada, en la medida que si bien, asume como concepto de ordenamiento jurídico al derecho positivo, no lo restringe al plano nacional de los estados, sino que por el contrario, amplía su consideración a aquel ordenamiento jurídico también positivizado, que rige a los estados en general, regulando las relaciones de estos para con sus propios ciudadanos, es decir los Derechos Humanos³⁸, suponiendo esta unidad (derecho nacional - derecho internacional) la barrera normativa de la cual se deben alejar los aparatos para la comisión concreta de un delito, si lo que se quiere es que la orden delictual fundamente dominio del hecho.

Lo anterior, teniendo en cuenta que los Derechos Humanos, ya sea a través de la costumbre generalmente reconocida como fuente de derecho y positivizada

³⁸ Conformados por el Derecho Internacional Humanitario, El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y el Derecho Penal Internacional.

además en instrumentos internacionales, conforman junto con las demás fuentes del derecho internacional,³⁹ todo un cuerpo jurídico plenamente determinado y además de obligatorio cumplimiento para los estados, en tanto que constituyen, en su mayoría, disposiciones de *ius cogens*⁴⁰, esto es, normas imperativas de derecho internacional general, que no admiten acuerdo en contrario, por lo que ningún estado puede anteponerles ni siquiera su legislación interna.

De esta manera tanto el derecho nacional de los estados, como las normas de protección de los derechos humanos, conforman un único cuerpo normativo que debe estar protegido, como lo está el derecho interno, por la presunción de conocimiento de la ley, pues solo así se garantiza el efecto útil de estos y la protección integral del ser humano, posición que en últimas podemos sustentar con base en la teoría monista Kelseniana que establece que derecho internacional y derecho nacional conforman una única unidad jurídica, y que además es compartida también por Faraldo Cabana cuando afirma:

“Debe advertirse que el orden jurídico al que alude Roxin no es únicamente el ordenamiento interno de cada Estado, sino que es también y muy particularmente el ordenamiento jurídico internacional” (Faraldo Cabana, 2005. p. 9)

³⁹ El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece: 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59

⁴⁰ Convención de Viena de 1969. Art. 53 “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

En este orden de ideas, el ex Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Antonio A. Cançado Trindade⁴¹ consideró que el contenido material del concepto de *ius cogens* debía ampliarse a la protección del acceso a la justicia, como un derecho al derecho, lo que supone que en punto de la violación grave a los derechos humanos, es el concepto del ordenamiento jurídico entendido en el sentido que se señaló *supra*, el que debe tenerse en cuenta a la hora de analizar este elemento. Así lo señaló el citado juez:

"Ningún Estado puede considerarse por encima del Derecho, cuyas normas tienen por destinatarios últimos los seres humanos. Los desarrollos contemporáneos *pari passu* del derecho de la responsabilidad internacional del Estado y del derecho penal internacional apuntan efectivamente en la dirección de la preeminencia del Derecho, tanto en las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, como en las relaciones interindividuales" (Voto Concurrente, Juez Antonio A. Cançado Trindade. Caso Barrios Altos Vs. Perú. 2001. p. 26)

De esta manera, las apreciaciones de Meini y Ambos de que, considerar este elemento como esencial para la configuración del dominio por organización, implicaría desconocer aquellas situaciones en las que el ordenamiento jurídico nacional de un estado fuera en sí mismo criminal, como por ejemplo las leyes dictadas por los gobiernos de facto para el encubrimiento de sus más graves crímenes, queda superada en tanto que, si las normas de un estado facultaran, permitieran e incluso ordenaran la comisión macrocriminal en perjuicio de los Derechos Humanos, quedarían aún las obligaciones internacionales de ese estado en materia de protección de los mismos, es decir del derecho positivo internacional que vincula al estado, el cual protegería normativamente a las

⁴¹ Votos razonados Caso Myrna Mack Chang Vs Guatemala; Goiburú y otros Vs Paraguay; y Almonacid Arellano y Otros versus Chile.

personas sometidas a su jurisdicción frente a los abusos de poder de sus dirigentes, razón por la cual, aunque protegidos por el derecho nacional, los aparatos criminales tendrían que apartarse de ese ordenamiento jurídico positivo de carácter supranacional, pues de no hacerlo, es decir si sus dirigentes o el aparato mismo continuara dentro de los cauces del derecho internacional de los derechos humanos, los crímenes que se cometieran pasarían a ser considerados como delitos de propia mano y las órdenes dadas por los dirigentes no podrían fundamentar dominio por organización alguno, considerándose a lo sumo como mera inducción criminal.

Como sustento de lo anterior podemos argumentar, que las leyes de seguridad nacional o antiterroristas promulgadas dentro de gobiernos de facto o de corte autoritario, son una forma de dar visos de legalidad a actos manifiestamente criminales, v.gr. Ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, torturas, masacres, entre otras, razón por la cual si reconociéramos que el alejamiento del ordenamiento jurídico se presenta exclusivamente frente al derecho positivo nacional de un Estado, graves atentados contra los derechos humanos, como los ocurridos en Barrios Altos en el Perú, o aquellos que se cometieron en las dictaduras del cono sur, bajo el auspicio de la operación Cóndor, y que fueron ordenados por la más alta jerarquía de sus estados, no podrían ser conocidos bajo la presente forma de imputación, teniendo entonces razón quienes abogan por la eliminación del criterio de desvinculación del derecho como elemento integrante de la autoría mediata por organización, pues de esta manera se contribuiría a la impunidad, pero si se considera como lo proponemos en el presente trabajo, al ordenamiento jurídico como aquel cuerpo normativo, compuesto por la normas nacionales e internacionales de protección de derechos humanos, además de reconocerse una realidad jurídica actual⁴², dichas violaciones aun cuando protegidas por el derecho interno, estarían en contraposición del derecho internacional y por ende no podrían configurar un

⁴² En el entendido de que los estados ya no están vinculados solo a sus propias normas, sino que también, como sujetos de derecho internacional, están sometidos a unas normas de carácter general y común a todos los estados.

cuadro de impunidad, erigiéndose el ordenamiento jurídico, así considerado, como una barrera normativa de la cual tendrían que alejarse los aparatos criminales.

Al respecto concluye Cançado:

“La cristalización de la responsabilidad penal internacional de los individuos (a la par de la responsabilidad del Estado), y el proceso corriente de criminalización de violaciones graves de los derechos humanos y del Derecho Humanitario, constituyen elementos de crucial importancia para la lucha contra la impunidad, y para el tratamiento a ser dado a violaciones pasadas, en la salvaguardia de los derechos humanos.” (Corte IDH. Caso Goiburú y otros Vs Chile. 2006. Voto Razonado, Cançado Trindade)

2. LA TRANSVERSALIDAD ENTRE LA APLICACIÓN DE LA AUTORÍA MEDIATA POR ORGANIZACIÓN Y EL COMBATE CONTRA LA IMPUNIDAD EN MATERIA DE VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS.

1. CUESTIONES PRELIMINARES

El propósito del presente capítulo es establecer una relación de transversalidad entre la imputación a los dirigentes, situados en el vértice de las estructuras o aparatos organizados de poder, que cometen graves violaciones a los Derechos Humanos frente a las obligaciones internacionales que ha adquirido el Estado colombiano en lo relativo a los deberes de respeto y garantía del ejercicio libre, pleno y efectivo de los derechos en cabeza de todas las personas sometidas a su jurisdicción.

A través de dicho hilo conductor, se busca analizar el modelo de imputación propuesto, bajo el entendido de que de su aplicación concreta frente a las graves violaciones a los derechos humanos realizadas a través de aparatos organizados de poder, depende en gran medida la materialización del imperativo de justicia en aras de desterrar la impunidad dentro del seno de sociedades, que como la colombiana, tienen la meta de reconciliar a víctimas y victimarios, con fundamento en la investigación, persecución, identificación y sanción de los responsables de las graves violaciones a derechos humanos, tales como las enunciadas en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Siguiendo el esquema propuesto, debe entenderse que la figura de imputación que corresponde a la autoría mediata, en virtud del dominio que se ejerce, sobre y a través de aparatos organizados de poder, es ante toda una respuesta del derecho penal que comprende de manera adecuada las nuevas modalidades de comisión de conductas delictivas, ya que en el marco de los comportamientos macrocriminales – dentro de los cuales se inscriben las más graves violaciones de

derechos humanos, dado el contexto masivo, sistemático y generalizado propio de aquellos - , es evidente que existe una dimensión individual, que debe ser enfrentada, no solo con las reglas generales de imputación, sino con herramientas que permitan dar cuenta de la complejidad de los fenómenos delictivos y que así mismo posean la fundamentación jurídica necesaria para la efectiva aplicación de la figura, como instrumento en la lucha contra la impunidad que rodea – sobre todo – a los “autores detrás del autor” en macrocrímenes situados en contextos de acción colectivos, en los cuales la responsabilidad no disminuye conforme crece la distancia respecto de la ejecución material del crimen, sino que antes bien, aumenta, al ir aumentando la distancia del hecho.

El aumento de responsabilidad, en el sentido indicado, ocurre con fundamento en que el dominio sobre la organización, y por ende, sobre la ejecución del hecho delictivo, “se acumula y se hace más denso en la medida en que se incrementa el poder de decisión y la disponibilidad de recursos personales” (Ambos, 1998, p. 39). ¿Quiénes, si no son los miembros de las más altas esferas de dirección, planeación y ejecución de las conductas, poseen un mayor poder de decisión y mayores recursos personales a su disposición? En tanto la respuesta siga pareciendo obvia, ello redundara en la fehaciente necesidad de impartir justicia, adelantando investigaciones serias, imparciales y efectivas que conduzcan a la persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los más altos responsables, con el firme propósito de eludir la perpetuación de la impunidad en la materia y de rescatar de la indefensión a las víctimas de las graves violaciones a sus derechos humanos.

Ahora bien, para una mejor comprensión es preciso responder: a) ¿Que se entiende por “macrocriminalidad”? y así mismo, b) ¿Cuál es la razón por la cual la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, representa una figura de imputación que “comprende” adecuadamente los fenómenos delictivos asociados con la macrocriminalidad y las graves violaciones a los derechos fundamentales?.

1.A. NOCIÓN DE MACROCRIMINALIDAD

En este orden de ideas, la macrocriminalidad comprende fundamentalmente “comportamientos conforme al sistema y adecuados a la situación dentro de una estructura de organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectiva” (Ambos, 2005 (A), p. 16), y en concreto puede referirse, por un lado, a la macrocriminalidad política, esto es, aquella auspiciada y fortalecida por el Estado, y por otro, a la macrocriminalidad proveniente de actores no estatales, bajo el entendido de que estos, en la medida en que también cometen graves crímenes contra los derechos humanos en contextos de ejecución sistemática y generalizada, son sujetos de la aplicación y extensión del concepto de macrocriminalidad, inicialmente propuesto para describir las conductas que eran auspiciadas por aparatos estatales puestos al servicio del crimen.

Estas estructuras macrocriminales poseen rasgos identitarios que son comunes a los actores estatales y no estatales, ya que por el carácter colectivo de los injustos que se cometen, en casi todas las manifestaciones delictivas, encontramos jerarquías de mando que operan como engranajes para el eficaz funcionamiento del aparato, cuyas riendas son llevadas por el denominado “hombre de atrás”. La relevancia de este individuo, con facultades supraordenadoras sobre el aparato, ha sido recientemente relevada por los tribunales superiores alemanes⁴³, bajo el entendido de que posee el dominio del hecho, a través del dominio de la voluntad del ejecutor directo – penalmente responsable – “cuando aprovecha determinadas condiciones marco preconfiguradas por unas estructuras de organización, de modo que dentro de esas condiciones su contribución al hecho, desencadena procesos reglados” (Ambos, 2005, p.12).

⁴³ BGH Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1994, p. 2703 (= BGHSt 40, p. 218); así también BGH Strafverteidiger (StV) 1995, p. 70 (71) y LG Berlin, sentencia de 10.9.1996, autos n° (536) 2 Js 15/92 Ks (2/95) (“generales”), pp. 111 y s Citadas por Ambos, K (1998) Dominio Del Hecho Por Dominio De La Voluntad En Virtud De Aparatos Organizados De Poder. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. p.12

De este modo, podemos afirmar, que a los “hombres de atrás”, autores mediatos en el sentido establecido en el presente trabajo, y situados en el vértice de las organizaciones delictivas, entendidas como agentes de la macrocriminalidad, les corresponde una responsabilidad por conducción, la cual se encuentra sustentada en el hecho de que ejercen un dominio “sobre” el aparato⁴⁴, y en virtud de este, están en capacidad de desplegar un dominio “mediante” o “a través de” dicho aparato sobre la voluntad de los ejecutores directos, individualmente considerados.

1.B. AUTORÍA MEDIATA POR ORGANIZACIÓN Y SU RELACIÓN CON LA MACROCRIMINALIDAD Y LAS GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS

Cuando decimos que la figura de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, es una herramienta de imputación que aprehende de mejor manera la naturaleza y manifestación de las expresiones macrocriminales, lo hacemos en oposición a la idea que afirma que estos autores son en realidad inductores, con sustento en la ausencia del dominio fáctico que debe ser atribuible al “autor” de una conducta punible, y a la responsabilidad penal plena que reviste al ejecutor directo del crimen, aspectos sobre los que volveremos más adelante.

Por lo pronto, sirva decir que en virtud de la posición privilegiada y supraordenadora que le corresponde al hombre de atrás, a este solo le basta un designio de su voluntad, manifestado a través de una orden impartida hacia el aparato que él domina, para que esta se convierta en la ejecución criminal por él deseada, sin que por ello, el hombre de atrás tenga la necesidad de ensuciarse las manos, y mucho menos la de buscar, encontrar y convencer a un sujeto para que cometa un hecho delictivo. El hecho de que el hombre de atrás esté liberado de la necesidad de persuadir a un individuo si quiere materializar sus ordenes delictivas, desdibuja la noción del hombre de atrás como inductor⁴⁵, en tanto dicha figura

⁴⁴ En tanto colectivo de ejecutores potenciales.

⁴⁵ Determinador según el Artículo 30, Inciso 2 del Código Penal Colombiano

requiere que un sujeto convenza o persuada a otro para que este último realice una conducta punible.

Entonces, si analizamos detenidamente la forma en que se desenvuelve una estructura organizada de poder, a partir de sus condiciones marco organizativas, podemos percibir que el hombre de atrás prescinde del elemento psicológico de conquista de la voluntad del ejecutor, y en cambio, emite una orden que sabe de antemano será cumplida, razón por la cual posee el curso causal del suceso, y de contera, es predicable su dominio del hecho, en virtud del dominio de la voluntad del ejecutor directo, a través del dominio directo que ejerce sobre el aparato organizado de poder.

Así las cosas, si bien existen grandes diferencias fácticas entre la conducta criminal de quien organiza y ordena crímenes en masa, respecto del simple inductor a cometerlos, ello no debe dar lugar a que la “convicción intuitiva” (Ambos, 2005, p. 219) de que los organizadores, ubicados en las más altas esferas de decisión y dirección son autores y no inductores sea “simplificada normativamente” (Roxin, 1999, p. 555 citado por ambos, 2005, p. 219) otorgándole al verdadero autor - mediato – del hecho punible, la calificación de determinador a través de una maniobra que desconoce la verdadera naturaleza de las violaciones a que venimos haciendo referencia.

Con lo anterior, puede entenderse como la figura de la autoría mediata representa un instrumento de imputación que permite una “comprensión valorativamente correcta” del hombre de atrás como autor, ya que si algo nos ha enseñado la experiencia es que casi siempre se encuentran “autores de alto nivel que raramente cometen delitos por sí mismos y que, en lugar de ello, emplean niveles intermedios – o bajos – de autores para ejecutar sus planes delictivos” (Ambos, 2008, p. 69) lo cual es un llamado de urgencia hacia el derecho penal, para que desarrolle y adopte sistemas de imputación más sofisticados que permitan dar

cuenta cabal del funcionamiento de los aparatos de poder, y las responsabilidades derivadas del manejo, desde el vértice, de aquellos.

Si así son las cosas, el hecho de que la autoría mediata pueda sufrir de deficiencias en su fundamentación jurídica, no puede ser un acicate para que se proscriba su implementación en pro de una alternativa intuitivamente menos elocuente – cuál sería la determinación – sino que antes bien, debe servir como una exhortación para que se redoblen los esfuerzos investigativos y doctrinales que permitan solidificar las raíces de la figura, como herramienta para la lucha contra la impunidad, en materia de los autores de alto nivel, que usualmente escapan del brazo de la justicia, cuando se trata de la comisión de los más graves crímenes en contra de la humanidad. Precisamente, en el rumbo descrito, se enmarca el presente trabajo, con el objetivo de hacer un aporte jurídico al estudio de la figura para la aplicación efectiva de la misma, en el contexto de violencia que ha padecido, y padece el Estado de Colombia.

Entonces, a partir de la premisa de que las graves violaciones a derechos humanos se presentan en contextos colectivos de comisión, que requieren aparatos organizados de poder, la “convicción intuitiva” que se tiene respecto de dichas manifestaciones, indica que solo los líderes, situados en el vértice de la estructura, pueden dominar la acción colectiva con plena responsabilidad y por ello, el modelo de imputación debe centrarse en el control o supervisión ejercido por los líderes sobre los ejecutores directos a través de las características organizativas que poseen los aparatos de poder organizados.

Del párrafo anterior, se desprende que la importancia práctica de determinar el nivel de control que ejercen los autores mediatos a través de las estructuras organizadas de poder, tiene que ver con la necesidad de individualizar las responsabilidades penales, dentro de contextos colectivos de comisión, de manera que la “determinación del rol, función, posición o estatus de los participantes/acusados en la organización criminal dada y por la calidad y el peso

de su contribución al contexto criminal o crimen colectivo/de grupo” (Ambos, 2008, p. 75). De esta manera, una vez individualizada la responsabilidad de acuerdo a lo indicado, se hace posible la atribución de responsabilidad penal a los dirigentes, en virtud de su dominio sobre las estructuras organizadas satisfaciendo así el imperativo de justicia impuesto al estado colombiano, de acuerdo a las obligaciones internacionales por él asumidas, en materia de la garantía del ejercicio libre y pleno de los derechos humanos reconocidos para los individuos sometidos a su jurisdicción.

Sin embargo, ante esta perspectiva, algún sector de la doctrina ha venido objetando la dificultad empírica de determinar los verdaderos niveles o grados de dominio ejercido por los autores de alto nivel, ya que fuera de la abstracción teórica de la figura, en los casos concretos, la posibilidad de fincar la responsabilidad de estos autores se ve diezmada en la medida en que la distancia que separa a los autores mediatos, con respecto a la ejecución material de los crímenes a manos de autores directos - penalmente responsables también – evidenciaría la pérdida del control factico de la acción delictiva que se pretende atribuir a los autores mediatos.

No obstante los reparos mencionados, el modelo de imputación propio de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, recurre a lo que se ha venido a llamar el punto de vista *top-down*, según el cual, la responsabilidad penal individual crece dentro del aparato organizado de poder, conforme se eleva la ubicación del nivel de mando, de suerte que se ha venido a decir que si el poder factico de control decrece hacia arriba en la jerarquía de mando y esta pérdida es compensada por la mayor responsabilidad de los que están en las esferas más altas, ello viene representando una corrección normativa sobre el punto vista fáctico.

Aunada a esta corrección normativa que se manifiesta de la manera indicada *supra*, que además sirve como respuesta ante los reparos que se oponen a la

autoría mediata, podemos agregar que su comprensión del injusto es mucho más adecuada, si se tiene en cuenta que existe una diferencia entre injusto individual e injusto colectivo, esto es “aquel injusto que se presenta en contextos organizados de poder y acción (macrocriminalidad)” (Ambos, 1998, p. 31) donde el principio de responsabilidad fracasa porque no puede dar cuenta del injusto del hombre de atrás en cuanto que parte de la autorresponsabilidad como principio liberal y jurídico individual.

Conforme a las precisiones realizadas en los acápites a) y b) del presente capítulo, pueden darse por establecidos unos presupuestos conceptuales conforme a los cuales, se busca dar respuesta a los siguientes 3 interrogantes: c) ¿Cuál es el contenido y alcance del deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos que le corresponde al estado colombiano?; d) ¿Qué debe entenderse por “*graves violaciones a los derechos humanos*”, conforme al propósito de evitar que estas queden en la impunidad? y; e) ¿Cómo establecer una relación de transversalidad entre la necesidad de endilgarle responsabilidad penal a los dirigentes de estructuras organizadas de poder, que cometan graves violaciones a los Derechos Humanos a través de aquellas, frente a las obligaciones internacionales que en esta materia ha adquirido Colombia?

1.C. EL DEBER GENERAL DE GARANTÍA Y LA PROSCRIPCIÓN DE LA IMPUNIDAD

Uno de los rasgos distintivos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es lo que se ha venido a denominar, el “efecto vertical”⁴⁶ de los mismos. Este efecto significa que las obligaciones que se derivan de los Derechos Humanos, recaen directamente sobre los estados, imponiéndoles a estos, una serie de deberes que deben ser cumplidos a favor de los titulares últimos de aquellos, es

⁴⁶ “Distintamente de las cuestiones regidas por el Derecho Internacional Público, en su mayor parte planteadas horizontalmente sobre todo en el plano inter-estatal, las cuestiones relativas a los derechos humanos se sitúan verticalmente en el plano intra-estatal, en la contraposición entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones” Corte Interamericana de Derechos Humanos, Voto Concurrente del juez Antonio Cançado Trindade en el Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Excepciones preliminares, sentencia del 4 de septiembre de 1998, párrafo 8, nota 6

decir, todos los seres humanos sometidos a su jurisdicción. Lo anterior, permite concluir, que como correlato de esa relación vertical que se establece entre los estados y los individuos, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos viene a constituirse como una garantía de los derechos de todas las personas, en la medida en que conmina al estado a respetar y garantizar de manera irrestricta todos aquellos derechos cuya titularidad recae en cabeza de los seres humanos.

Esta función de garantía que se le otorga al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha sido corroborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente manera:

“Dicha Convención, así como los demás tratados de derechos humanos, se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo, y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes”⁴⁷.

Sin embargo, correlativo al efecto vertical, existe así mismo el denominado “*efecto horizontal*”, según el cual no solo los Estados tienen la virtualidad de transgredir los derechos de las personas, sino que también los individuos particularmente considerados, tienen la capacidad de vulnerar el goce y ejercicio libre y pleno de los derechos, de suerte tal que al propio estado le corresponde el deber, no solo – negativo - de no irrespetar los derechos, sino además el de impedir de manera diligente y eficaz la vulneración de aquellos, por parte de particulares.

⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia. Sentencia de 15 septiembre de 2005. Fondo, Reparaciones y Costas. Párrafo 104. (Omitidas citas del original)

Conforme a lo dicho, puede verse que el deber de garantía contenido en el Artículo 1.1⁴⁸ de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) es una consecuencia de uno de los rasgos inherentes a la naturaleza de los derechos humanos, como lo es el “*efecto horizontal*”. Cuando decimos consecuencia, es porque a partir del efecto horizontal, es posible desarrollar conceptualmente el contenido y el alcance del deber de garantía con respecto a la conducta que debe desplegar el estado en aras de la realización efectiva de los derechos humanos.

En ese orden de ideas, el deber de garantía impuesto a los estados contiene un imperativo inverso al derivado del deber de respeto, ya que mientras este implica el deber negativo del estado de abstenerse de penetrar esferas protegidas por los derechos en favor de los seres humanos, aquel comporta la existencia de deberes positivos que compelen al estado a implementar todas las medidas que sean adecuadas, necesarias, y efectivas en aras de impedir el menoscabo de los derechos de todos los individuos con ocasión de la acción u omisión de cualquiera de las ramas del poder público, o de los particulares que actúen con el apoyo, tolerancia o aquiescencia de alguna de aquellas.

Por “deberes positivos” deben comprenderse, en concreto, los deberes de prevenir⁴⁹ las violaciones de derechos humanos; investigar⁵⁰ seria, imparcial y efectivamente dichas violaciones, de tal manera que la debida diligencia

⁴⁸ “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a **garantizar su libre y pleno ejercicio** a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

⁴⁹ Conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, específicamente en la sentencia del Caso Campo Algodonero vs. México de 16 de Noviembre de 2009, se ha establecido que los deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados: 1) Al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato, 2) Contra un individuo o grupo de individuos determinado y 3) A las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Razón por la cual, del deber de prevención no puede predicarse una responsabilidad ilimitada del Estado con respecto a todas las transgresiones que se presenten en el seno de su territorio. Cfr. Párr. 280 Campo Algodonero vs. México

⁵⁰ En el Caso 19 Comerciantes vs. Colombia con Sentencia de 5 de julio de 2004, párr. 184. La Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló, reiterando su jurisprudencia, que “*la obligación de investigar debe cumplirse “con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa” y que esta, debe “tener un sentido y ser asumida por el [mismo] como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad”* (Omitidas citas del original)

investigativa permita; perseguir, capturar, enjuiciar y sancionar a los responsables con el firme propósito de sustraer a las víctimas de la indefensión ocasionada por las graves violaciones de los derechos humanos, y así mismo impedir la perpetuación de la impunidad⁵¹ que se refleja en la falta de enjuiciamiento y sanción de aquellos autores de alto nivel cometen delitos a través del dominio que ejercen sobre aparatos organizados de poder.

En resumen, el deber general de garantía comprende a su vez, los deberes específicos de prevención, investigación y sanción de los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos como medio para asegurar el libre y pleno ejercicio de todos los derechos reconocidos a favor de las personas. De este modo, mientras que el deber de garantía irradia todas las actuaciones del estado, la figura de imputación propuesta se convierte en una herramienta para la realización de los deberes específicos, en la medida en que, como se ha dicho, comprende mejor los fenómenos delictivos macrocriminales, y por esta vía, ofrece una mejor respuesta ante las violaciones de derechos humanos a través de la correcta atribución de responsabilidad penal a los autores situados en las más altas esferas de decisión en el seno de las estructuras organizadas de poder.

Volviendo sobre lo dicho, debe hacerse énfasis en que conforme a las disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos el Estado puede hacerse responsable internacionalmente por el hecho ilícito así este no pueda serle imputado directamente a alguno de sus agentes. En otras palabras, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que:

“Un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado,

⁵¹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso 19 Comerciantes vs. Colombia. Sentencia de 5 de julio de 2004, párr. 260, haciendo mención de su anterior jurisprudencia, ha definido la impunidad como “*la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana*” y ha establecido en la nota 219 del referido párrafo, que “*el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares*”

por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.”⁵² [Ya que] “El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.”⁵³

En consecuencia, la utilidad de la aplicación concreta de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, se hace visible, ya que permitiría a las autoridades colombianas encargadas de administrar justicia, echar mano de una herramienta jurídica que no solo se adapta adecuadamente a los contextos colectivos y organizados de comisión, sino que además conduciría a que el estado cumpliera cabalmente sus obligaciones internacionales, proscribiendo así la impunidad que históricamente ha beneficiado a los autores de alto nivel.

Sin embargo, de acuerdo a las características propias del deber general de garantía, en el sentido de que los deberes concretos (prevenir, investigar y sancionar) que lo integran son obligaciones de medio más no de resultado, puede agregarse otro elemento a favor de la utilización de la autoría mediata.

Este elemento se refiere a que la obligación de perseguir, se halla limitada empíricamente en razón de la persona. Lo anterior no es una arbitrariedad, ni una

⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Párr. 172

⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Párr.174

renuncia explícita al deber de impartir justicia, sino antes bien, es la constatación de un elemento fáctico que se encuentra presente en los contextos colectivos de comisión de conductas criminales que atentan gravemente contra los derechos humanos.

La naturaleza y características propias de los aparatos organizados de poder a través de los cuales se cometen las más graves violaciones a los derechos humanos, en los cuales es frecuente hallar un gran número de participantes, hace que la labor investigativa del estado sea una tarea ingente. Frente a esto, es claro como el aparato de justicia de un estado de derecho cualquiera cuenta con una limitante de recursos, tanto humanos como económicos, que hacen necesaria la implementación de un sistema de “*persecución selectiva*”, es decir, un mecanismo a través del cual, los esfuerzos del estado se dirijan a seleccionar a aquellos individuos cuyo rango, posición o mando impliquen una mayor responsabilidad en la planeación, ejecución y encubrimiento de los crímenes, de modo que se pueda disponer de mejores oportunidades para impartir justicia, atacando a los grandes criminales y cabecillas, antes que a los miembros rasos o de base. En este sentido, puede afirmarse que la selección de las personas a investigar podría estar supeditada a la naturaleza de los crímenes, así como a la relevancia de los criminales frente a los injustos cometidos.

La noción de “*persecución selectiva*”, fue propuesta por el Fiscal para el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) con respecto a 14 acusados que estaban incluidos en las acusaciones en los casos Omarska y Keraterm. En dicha ocasión, el Fiscal resolvió retirar las acusaciones que pesaban en contra de estos 14 individuos, justificando su proceder, de la siguiente manera:

“In light of that situation, I have re-evaluated all outstanding indictments vis à-vis the overall investigative and prosecutorial strategies of my Office. Consistent with those strategies, which involve maintaining an investigative focus

on persons holding higher levels of responsibility, or on those who have been personally responsible for the [sic] exceptionally brutal or otherwise extremely serious offences, I decided that it was appropriate to withdraw the charges against a number of accused in what have become known as the Omarska and Keraterm indictments, which were confirmed in February 1995 and July 1995 respectively”⁵⁴⁻⁵⁵

Entonces, si se analiza desde la óptica de la persecución selectiva, - empleada a nivel internacional frente a las más graves violaciones de derechos humanos - la autoría medita en virtud de aparatos organizados de poder viene a satisfacer la necesidad empírica de enfocar las investigaciones hacia aquellos sujetos con mayores niveles de responsabilidad, al tiempo que garantiza una mejor comprensión los fenómenos macrocriminales y además se ubica a la vanguardia del derecho penal, como herramienta para el combate eficaz contra la impunidad.

A la luz de lo dicho en el presente acápite, puede partirse de un marco de comprensión claro para el contenido y alcance del deber de garantía paralelo al cual, discurre la figura de la autoría mediata como instrumento idóneo para la vigencia de los derechos humanos; con lo cual, a continuación se tratará de hacer una delimitación del concepto de *“graves violaciones de derechos humanos”*.

1.D. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE LAS GRAVES VIOLACIONES CONTRA LOS DERECHOS HUMANOS

⁵⁴ Comunicado de prensa de 8 de mayo de 1998, p. 1, citado según Prosecutor v Delalic et al. Judgement 20 February 2001 (IT – 96 – 21 - A) p. 206, párr. 597. International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991

⁵⁵ “A la luz de esa situación, he re-evaluado todas las acusaciones pendientes vis á-vis las estrategias globales de investigación y enjuiciamiento de mi Oficina. De acuerdo con esas estrategias, que implicaban mantener un enfoque de investigación sobre personas que ocupaban niveles superiores de responsabilidad, o aquellos que habían sido personalmente responsables de los [sic] excepcionalmente brutal o extremadamente graves delitos, decidí que era conveniente retirar los cargos contra un número de acusados en lo que se conoce como las acusaciones de Omarska y Keraterm, que fueron confirmadas en febrero de 1995 y julio de 1995, respectivamente.” (Traducción no oficial)

La noción correspondiente a las más graves violaciones contra los derechos humanos, ha sido recientemente impulsada y precisada, gracias al establecimiento de la Corte Penal Internacional, un tribunal permanente con capacidad de determinar la responsabilidad penal individual de cualquier persona que haya cometido los que se han considerado los más graves crímenes que atentan contra la dignidad humana, los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Este tribunal implica la garantía de una jurisdicción penal internacional encargada de actuar, siempre que los estados no hubieren podido o querido⁵⁶ cumplir con sus deberes de persecución, juzgamiento y sanción de los responsables de dichos crímenes.

En este sentido, el Estatuto de Roma se presenta como una reacción de la conciencia jurídica de la humanidad frente a los “millones de niños, mujeres y hombres [que] han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad”⁵⁷, a través de la cual se reconoce “que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”⁵⁸. De esta manera, el instrumento matriz de la Corte Penal Internacional proclama que “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo”⁵⁹ y en virtud de ello, el propósito último es el de “poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”⁶⁰ de esta ominosa naturaleza.

Entonces, si la Corte Penal Internacional es el organismo encargado de determinar y establecer la responsabilidad penal individual por la comisión de los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional”, lo

⁵⁶ Cfr. Estatuto de Roma, Artículo 17, Numeral 1, Literales a) y b); y Numeral 2 Literales a), b) y c)

⁵⁷ Estatuto de Roma, Preámbulo, inciso 2

⁵⁸ Estatuto de Roma, Preámbulo, inciso 3

⁵⁹ Estatuto de Roma, Preámbulo, inciso 4

⁶⁰ Estatuto de Roma, Preámbulo, inciso 5

correcto es que para entender el contenido de aquellos, se recurra a lo que dispone para el efecto, el Estatuto de Roma.

Es así, como según el artículo 5° del Estatuto referido, se establece que la Corte Penal Internacional tendrá competencia para los siguientes crímenes: a) Genocidio - Artículo 6; b) De lesa humanidad - Artículo 7; c) De guerra - Artículo 8; d) De agresión - Artículo 9⁶¹. Conforme a dicho artículo 5°, tenemos una idea esquemática del contenido de la figura de los “mas graves crímenes” y mediante ella, podemos entender cual es el campo de aplicación por excelencia de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, dado el contexto colectivo de comisión de dichos crímenes.

Además, al utilizar el Estatuto de Roma como instrumento para atribuir significado concreto a las graves violaciones de derechos humanos de trascendencia para la humanidad, es decir, cuales van a ser consideradas como tales, implícitamente se esta haciendo un reclamo a la jurisdicción nacional del estado colombiano⁶², en la medida en que del carácter complementario de la competencia de la Corte Penal Internacional, se deriva de manera imperiosa la necesidad de que Colombia cumpla sus obligaciones internacionales en materia de la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de estas conductas, para lo cual el modelo de imputación que supone la autoría mediata se

⁶¹ De acuerdo al numeral 2 del Artículo 5°, “La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.” Bajo esta premisa, hoy por hoy, la Corte no está en condiciones de ejercer competencia respecto de este crimen, dado que no se han cumplido los supuestos establecidos en la disposición mencionada.

⁶² ONU. Comisión De Derechos Humanos 61° período de sesiones. Conjunto De Principios Para La Protección Y La Promoción De Los Derechos Humanos Para La Lucha Contra La Impunidad. Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. Principio 20. “*La competencia territorial de los tribunales nacionales en principio sigue siendo la norma en lo tocante a los delitos graves con arreglo al derecho internacional. [...] podrá admitirse la competencia concurrente de un tribunal penal internacional o de un tribunal penal internacionalizado cuando los tribunales nacionales no ofrezcan garantías satisfactorias de independencia e imparcialidad o cuando les resulte materialmente imposible desempeñar debidamente sus investigaciones o su seguimiento de una causa criminal o no estén dispuestos a ello...*”

presenta como un instrumento imprescindible dentro del marco de la persecución selectiva de los autores de alto nivel.

Por otra parte, si se quiere precisar el fundamento de la delimitación propuesta, es útil acudir a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, según la cual el:

“Consenso de la comunidad internacional para la protección de los valores de la dignidad humana y de repudio a la barbarie, es el reconocimiento de un conjunto de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario como crímenes internacionales, cuya sanción interesa a toda la comunidad de naciones por constituir un *core delicta iuris gentium*, es decir, el cuerpo fundamental de “graves crímenes cuya comisión afecta a toda la humanidad y ofende la conciencia y el derecho de todas las naciones.”⁶³ [...] la comunidad internacional fue llegando a un consenso en torno a la necesidad de proscribir en el derecho internacional los crímenes más atroces, cuya gravedad se podía apreciar por las dimensiones en las que ocurrían, por el impacto profundo que tenían sobre la dignidad humana, o por los devastadores efectos que podían

⁶³ La expresión *delicta iuris gentium* fue acuñada en el juicio contra Adolph Eichmann por la Corte de Israel al señalar la necesidad de contar con una jurisdicción universal para juzgar crímenes atroces en los siguientes términos: “Los crímenes atroces se definen como tales tanto en el derecho de Israel como en el de otras naciones. Aquellos crímenes cuya comisión afecta a toda la humanidad y ofende la conciencia y el derecho de todas las naciones constituyen “*delicta iuris gentium*”. Por lo tanto, el derecho internacional antes que limitar o negar la jurisdicción de los Estados con respecto a tales crímenes, y en ausencia de una corte internacional para juzgarlos, requiere que los órganos legislativos y judiciales de cada Estado creen las condiciones para llevar a estos criminales a juicio. La jurisdicción sobre estos crímenes es universal” (Traducción no oficial). En Cr.C (Jm) 40/61, The State of Israel v. Eichmann, 1961, 45 P.M.3, part. II, para. 12, citado por Brown, Bartram. The Evolving Concept of Universal Jurisdiction. En New England Law Review, Vol 35:2, página 384. Ver también <http://www.nizkor.org/hweb/people/eichmann-adolph/transcripts/judgement-002/html>. El término “*core*” fue adicionado posteriormente para referirse al conjunto de crímenes que como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra más graves son objeto de jurisdicción universal por los Estados, independientemente de la nacionalidad del autor o de las víctimas y del lugar en donde fueron cometidos, incluidos la piratería, la esclavitud, la tortura y el *apartheid*. El Estatuto de Roma reconoce la jurisdicción de la Corte Penal Internacional sobre algunos de esos crímenes. (Nota al pie incluida en el original)

tener sobre la paz, la seguridad o la convivencia de la comunidad de naciones”⁶⁴

El camino recorrido por la humanidad ha estado plagado de infinitas desgracias y ha tenido que soportar la ocurrencia de las más grandes aberraciones ejecutadas por el hombre contra el hombre. Sin embargo, tras una historia plagada de víctimas, ha sabido emprender un nuevo reto en el cual, es firme el propósito de disuadir a los futuros criminales, así como también, es denodado el esfuerzo por proscribir la impunidad. En este contexto, los Artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, y los Elementos de los Crímenes que se emplean para precisar individualmente cada uno de los delitos, se transforman en verdaderos instrumentos de protección de los derechos humanos, frente a las más graves violaciones a estos.

Con esto, podemos afirmar que contamos con un marco de referencia para determinar cuales son aquellas conductas que han de ser estudiadas a la luz de la figura de la autoría mediata propuesta, teniendo presente, que se escapa de la órbita del presente trabajo, profundizar en los elementos que componen cada uno de los tipos penales de competencia de la Corte Penal Internacional⁶⁵, ya que ello ameritaría un trabajo independiente, y en el presente, lo que se busca es establecer una relación de transversalidad entre la imputación a los dirigentes, situados en el vértice de los aparatos organizados de poder, que cometen las graves violaciones a los Derechos Humanos descritas, con respecto a la obligación que ha adquirido el Estado colombiano, relativa a la garantía del ejercicio libre, pleno y efectivo de los derechos.

En consecuencia, a continuación se dará paso al desarrollo del interrogante e).

⁶⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 578/2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

⁶⁵ Cfr. Corte Constitucional Sentencia C – 578/2002; Ambos, K. (2004) Problemas Seleccionados En Torno A Los Crímenes Más Graves (Core Crimes) En El Derecho Penal Internacional. Web: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_11.pdf. Fecha de consulta: 21 de febrero de 2011

1.E. LA RELACIÓN DE TRANSVERSALIDAD ENTRE LA APLICACIÓN DE LA AUTORÍA MEDIATA POR ORGANIZACIÓN Y EL COMBATE CONTRA LA IMPUNIDAD EN MATERIA DE VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS

Si existe un vínculo entre la aplicación de la figura de la autoría mediata y el cumplimiento de la obligación internacional de garantía, este se encuentra en la capacidad de comprensión de los fenómenos criminales⁶⁶ que como ya se ha dicho, posee la autoría mediata. Así mismo, la relación no se reduce simplemente a la utilidad valorativa de aquella, sino que además se extiende al campo de la utilidad empírica, ya que como se ha visto, la aplicación de la autoría mediata supone además, la construcción de un modelo de investigación penal en casos de graves violaciones a los derechos humanos, basado en la persecución selectiva de aquellos criminales que por su posición mantuvieron mayores niveles de responsabilidad y dominio sobre los aparatos organizados de poder

Paralelamente a ello, puede afirmarse que el contenido de las graves violaciones a los derechos humanos, esta dado fundamentalmente por el Estatuto de Roma en sus artículos 6, 7 y 8, donde se definen cuales son los crímenes sobre los cuales tiene competencia la Corte Penal Internacional, en tanto su trascendencia, magnitud y lesividad afectan directamente a la humanidad como un todo. En este sentido, se puede establecer una nueva correlación de la siguiente manera: El concepto de los crímenes mas graves pertenece a la esfera del Derecho Penal Internacional, pero en la medida en que este se caracteriza por la complementariedad, el significado y las consecuencias de aquellos se irradia a los ordenamientos jurídicos internos de aquellos estados que han suscrito y ratificado el Estatuto de Roma.

⁶⁶ Fenómenos criminales entendidos desde la perspectiva de las “*graves violaciones a los derechos humanos*”, tal y como se analizó en el acápite d) del presente capítulo.

Lo anterior, ya que como se ha analizado, es a los propios Estados a los que les corresponde de manera prevalente activar su jurisdicción y administrar justicia, persiguiendo, investigando enjuiciando y sancionando a los autores de los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra. En esta lógica, es apenas comprensible como al estado colombiano le corresponde un deber imperativo e irrenunciable en aras de que a través de la aplicación de su derecho penal, pueda satisfacerse el derecho a la justicia que le corresponde a las víctimas en concreto y a la sociedad en general.

Ahora bien, la relación no se da solo desde el plano: Graves Crímenes - Derecho Penal Internacional, sino que también se manifiesta con el vínculo: Deber De Garantía - Derecho Internacional De Los Derechos Humanos ya que es a través de este corpus iuris internacional de protección, que se han establecido los cimientos sobre los cuales se ha erigido la obligación estatal de garantizar el ejercicio libre y pleno de los derechos, mediante la investigación seria, imparcial y efectiva de las violaciones a los derechos humanos para que mediante ella, se pueda lograr el castigo de los responsables.

En este orden de ideas, puede verse como esta doble relación, a primera vista paralela en sus recorridos, en un momento dado confluye, llevando a que el Derecho Penal Internacional se aproxime al Derecho Internacional De Los Derechos Humanos, por vía del reconocimiento y tipificación de los crímenes de mayor gravedad con miras a proveer una protección jurídica eficaz a favor del destinatario último del derecho: El ser humano. Así pues, este punto de encuentro es un claro manifiesto: Busca desterrar estas violaciones, en tanto ofenden a la humanidad en general, toda vez que agreden a los seres humanos, sus víctimas, sustrayéndoles toda "humanidad" por cuenta del desprecio y menoscabo de su dignidad humana.

Conforme a lo anterior, el juez Antonio A. Cançado Trindade ha manifestado:

“La tipificación de los crímenes contra la humanidad es una gran conquista contemporánea, abarcando en mi entender no sólo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos sino también el Derecho Penal Internacional, al reflejar la condenación universal de violaciones graves y sistemáticas de derechos fundamentales e inderogables, o sea, de violaciones del *jus cogens*”⁶⁷

Sin embargo, esta intersección entre el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional De Los Derechos Humanos, por si misma, no da cuenta de la necesidad de la aplicación de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder respecto del deber de garantía que recae en cabeza del Estado colombiano. Empero, es el punto de partida para desarrollar el siguiente razonamiento.

Una vez que se superponen ambas esferas, desde el punto de vista axiológico de la mayor protección del ser humano a través de la tipificación de los más graves crímenes como herramienta contra la opresión estatal y no-estatal, surge una nueva conexión, dada por las condiciones particulares en que históricamente se han manifestado las agresiones, según la cual “La relación entre Derecho Penal Internacional y Derechos Humanos se construye a través de la impunidad universal de las severas violaciones a los Derechos Humanos.” (Ambos, K. 2005, p.15).

Esta nueva proposición, es una constatación derivada de la historia, y parte del supuesto de que la respuesta del derecho ha sido insuficiente en la medida en que son pocas las ocasiones en que ha logrado impartir justicia, investigando y sancionando a los responsables. Así, la existencia y persistencia de la impunidad, constituye una violación en si misma de los derechos humanos, en la medida en

⁶⁷ Corte Interamericana De Derechos Humanos. Caso Goiburú Y Otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones Y Costas. Sentencia De 22 De Septiembre De 2006. Voto Razonado del Juez Antonio A. Cançado Trindade. Párr. 41

que no permite establecer las responsabilidades, ni mucho menos imponer las respectivas sanciones.

Sin embargo, antes de continuar es necesario precisar ciertas nociones relacionadas con el concepto de impunidad, a saber: Existen dos tipos de impunidad, la impunidad jurídica, caracterizada por la carencia de tipos penales adecuados que permitan procesar con las debidas garantías a los responsables; y por otra parte, la impunidad fáctica, derivada de la falta de interés, o falta de capacidad por parte del estado para perseguir diligentemente a los autores de los crímenes.

En el caso colombiano, no puede predicarse un vacío normativo que impida impartir justicia sobre los autores de alto nivel, a través de la tesis de la autoría mediata, ya que no solo el Código Penal vigente consagra este tipo de autoría de manera expresa⁶⁸, sino que también el propio Estatuto de Roma⁶⁹, lo reconoce explícitamente como modalidad de autoría frente a los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional. Entonces bien, dentro de nuestro contexto, podemos afirmar que los casos de impunidad que se presenten dentro de la jurisdicción colombiana, no obedecen a la ausencia de una legislación adecuada para el establecimiento de responsabilidad individual, sino que corresponde, unas veces a la falta de interés por develar la verdad de los hechos, y otras tantas, a la incapacidad del aparato judicial para aproximarse a la verdad material de los crímenes, mediante el procesamiento de los autores responsables.

Desde esta perspectiva, la figura de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, esta llamada para servir de herramienta al derecho, en la tarea de no dejar que los mas graves crímenes queden en la impunidad,

⁶⁸ Artículo 29 de la Ley 599 de 2000 según el cual: “Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo *o utilizando a otro como instrumento*”(Subrayas fuera del texto original)

⁶⁹ Artículo 25, Numeral 3°, Literal a): De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro *o por conducto de otro*, sea éste o no penalmente responsable. (Subrayas fuera del texto original)

procurando establecer de manera comprensiva la responsabilidad penal de los líderes de aquellos aparatos organizados de poder a través de los cuales se ejecutan los crímenes mas atroces, mientras que se enfoca sobre individuos específicos, priorizando las investigaciones en un contexto de limitación de recursos económicos y humanos.

La impunidad debe ser combatida frontalmente, ya que su existencia es un aliciente para la comisión de nuevos crímenes, produce la “erosión de la confianza de la población en las instituciones públicas”⁷⁰, en virtud de lo cual, “se halla la convicción, acogida en el Derecho Internacional De Los Derechos Humanos y en las más recientes expresiones del Derecho Penal Internacional, de que es inadmisibles la impunidad de las conductas que afectan más gravemente los principales bienes jurídicos sujetos a la tutela de ambas manifestaciones del Derecho internacional. La tipificación de esas conductas y el procesamiento y sanción de sus autores --así como de otros participantes-- constituye una obligación de los Estados, que no puede eludirse...”⁷¹

Con esto, quiere decirse que la impunidad es la negación flagrante del deber de garantía, y en contraposición a ello, es necesario que los estados tomen todas las medidas necesarias, suficientes y adecuadas de toda índole, dentro del marco del respeto a los derechos humanos, que se orienten a investigar y sancionar a todos los responsables, evitando “la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares, quienes tienen derecho a conocer la verdad de los hechos”⁷²

Como hemos podido ver, el deber de garantía se descompone a su vez, en los deberes concretos de prevención de las violaciones a los derechos humanos e

⁷⁰ Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Voto Concurrente Del Juez A. A. Cançado Trindade. Párr.4

⁷¹ Corte Interamericana De Derechos Humanos. Caso Barrios Altos Vs Perú. Sentencia de 14 De Marzo De 2001. Voto Concurrente Del Juez Sergio García Ramírez. Párr. 13

⁷² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia. Sentencia de 15 septiembre de 2005. Fondo, Reparaciones y Costas. Párr. 297. (Omitidas citas del original)

investigación y sanción⁷³ de todos los responsables por la comisión de aquellas. De los últimos dos deberes, se extrae un derecho a favor tanto de las víctimas como de la sociedad, derivado de “un principio emergente que sostiene que frente a violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, el estado se encuentra obligado a investigar los hechos ocurridos con la finalidad de revelar la verdad sobre los hechos y circunstancias en las cuales se cometieron dichas violaciones” (Huerta Díaz, O. Et Al, 2008, p.76)

De este modo, uno de las consecuencias más evidentes y nocivas que apareja la impunidad, es que no permite conocer los mecanismos con que funcionaron los aparatos criminales, por cuenta de los cuales se ejecutaron las violaciones en perjuicio de los seres humanos que integran una sociedad. A la luz de esto, el derecho a la verdad, revelada a través del procedimiento penal como ultima ratio, emerge como uno de los cimientos más importantes, si se quiere lograr la reconciliación⁷⁴ en el seno de sociedades que han sido atravesadas y desgarradas por hechos de violencia que jamás deberían repetirse.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuya función es la promoción y la defensa de los derechos humanos, ha dicho que “el derecho a conocer la verdad con respecto a graves violaciones de los derechos humanos,

⁷³ “La obligación de investigar, y en su caso enjuiciar y sancionar, adquiere particular intensidad e importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados; más aún pues la prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigarla y sancionar a sus responsables han alcanzado carácter de ius cogens. La impunidad de esos hechos no será erradicada sin la consecuente determinación de las responsabilidades generales –del Estado- y particulares –penales de sus agentes o particulares-, complementarias entre sí. Por ende, basta reiterar que las investigaciones y procesos abiertos por los hechos de este caso corresponden al Estado, deben ser realizados por todos los medios legales disponibles y culminar o estar orientados a la determinación de toda la verdad y la persecución y, en su caso, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos.” Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso La Cantuta Vs. Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. (Fondo, Reparaciones y Costas) Párr.157. (Omitidas citas del original)

⁷⁴ “No existe reconciliación justa y durable sin que sea aportada una respuesta efectiva a los deseos de justicia; el perdón, acto privado, supone, en tanto que factor de reconciliación, que la víctima conozca al autor de las violaciones cometidas contra ella y el opresor esté en condiciones de manifestar su arrepentimiento” ONU. Comisión De Derechos Humanos. Subcomisión De Prevención De Discriminaciones Y Protección De Las Minorías 49 Sesión. La Administración De La Justicia Y Los Derechos Humanos De Los Detenidos, La Cuestión De La Impunidad De Los Autores De Violaciones De Los Derechos Humanos (Civiles Y Políticos), Informe Final Elaborado Y Revisado Por M. Joinet En Aplicación De La Decisión 1996/119 De La Subcomisión. Párr. 26

así como el derecho a conocer la identidad de quienes participaron en ellos, constituye una obligación que todo Estado parte en la Convención Americana debe satisfacer, tanto respecto a los familiares de las víctimas como a la sociedad en general. Tales obligaciones surgen fundamentalmente de lo dispuesto en los artículos 1(1), 8(1), 25 y 13 de la Convención Americana”⁷⁵

Así las cosas, el deber de garantía debe significar para el Estado la realización de las investigaciones con la debida diligencia frente a las graves violaciones de derechos humanos, así como el denodado esfuerzo por sancionar a los responsables, a través de lo cual, podríamos afirmar que se instrumentalizarían estos deberes concretos, en procura de realizar el derecho – tanto individual de las víctimas, como colectivo de la sociedad - a conocer la verdad plena, completa y pública sobre los hechos,” sus circunstancias específicas y quiénes participaron en ellos, [ya que ello] forma parte del derecho a reparación por violaciones de los derechos humanos, en su modalidad de satisfacción y garantías de no repetición. El derecho de una sociedad a conocer íntegramente su pasado no sólo se erige como un modo de reparación y esclarecimiento de los hechos ocurridos, sino que tiene el objeto de prevenir futuras violaciones.”⁷⁶

Una vez que hemos analizado los elementos existentes, es consecuente afirmar que existe una relación de transversalidad entre la necesidad de imputación de responsabilidad a los hombres de atrás, a través de la autoría mediata frente al deber general de garantía al que se encuentra obligado el estado colombiano, respecto de los individuos sometidos a jurisdicción.

Dicha transversalidad se construye a partir de la confluencia del Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional De Los Derechos Humanos en punto de la tipificación de los crímenes de genocidio, lesa humanidad y de guerra, como los

⁷⁵ Comisión Interamericana De Derechos Humanos. Informe N° 37/00 De 13 De Abril De 2000. Caso 11.481. Párr. 142. (Citas del original omitidas)

⁷⁶ Comisión Interamericana De Derechos Humanos. Informe N° 37/00 De 13 De Abril De 2000. Caso 11.481. Párr. 148. (Citas del original omitidas)

mas graves atentados contra los derechos humanos, y la humanidad general; así como por el ambiente de impunidad fáctica que históricamente ha rodeado aquella clase de crímenes, en particular frente a los autores de alto nivel, situados en lo mas alto de las estructuras de poder a través de las cuales cometen los crímenes, sin necesidad de ensuciarse directamente las manos.

Con esto, damos por establecidos unos presupuestos necesarios para abordar el estudio jurisprudencia comparado, asumiendo que la figura en estudio es una eficaz herramienta del derecho, a través de la cual se puede asegurar la garantía del ejercicio de los derechos, toda vez que sirve para adelantar investigaciones que comprenden mejor la naturaleza de los hechos delictivos de mayor magnitud, y acude en auxilio del derecho a la verdad, mediante un proceso penal⁷⁷ contra los presuntos responsables, dentro del cual se garanticen no solo los derechos de los imputados, sino que también se pretendan restablecer los derechos de las victimas, bajo el entendido de que la aplicación del derecho penal dentro de este marco de conductas, convierte a la justicia penal, en verdadera justicia en materia de derechos humanos⁷⁸ a sabiendas de que “el Derecho de los derechos humanos es el último recurso racional del cual dispone el Estado antes de caer en la barbarie.” (Faúndez Ledesma, 2004, p. 9)

⁷⁷ “Los Estados emprenderán investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y adoptarán las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente...” ONU. Comisión De Derechos Humanos 61º período de sesiones. Conjunto De Principios Para La Protección Y La Promoción De Los Derechos Humanos Para La Lucha Contra La Impunidad. Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. Principio 19. Deberes De Los Estados En Materia De Administración De La Justicia

⁷⁸ “La justicia sobre derechos humanos pretender ser “ejemplar” y “aleccionadora”. Sirve al “conocimiento de la verdad” y a la “rectificación política y social”. En otros términos, no se confina ni satisface con la decisión escueta sobre la controversia --que, por lo demás, ha cesado--, sino busca aleccionar acerca de los factores de vulneración de derechos fundamentales, las prácticas violatorias, el padecimiento de las víctimas, las exigencias de la reparación que va más allá de las indemnizaciones o las compensaciones patrimoniales, el conocimiento general de las faltas cometidas. En este sentido, reviste un carácter más acusadamente social, histórico, moral, pedagógico, que otras expresiones de la justicia pública [...] Nos hallamos, en suma, ante una forma sui generis de justicia que ingresa en los valores políticos y morales de una sociedad y revisa las relaciones entre el poder político y el ser humano”. Corte Interamericana De Derechos Humanos. Voto Razonado Del Juez Sergio García Ramírez. Caso La Cantuta Vs Perú. Sentencia De La Del 29 De Noviembre De 2006. Párrs. 20 Y 21

3. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL COMPARADO DE LA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN VIRTUD DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

1. EL CASO ARGENTINO

1.1. JUICIO A LAS JUNTAS

La presente sentencia fue expedida el 9 de Diciembre de 1985 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, siguiendo la Causa Nº 13/84 en contra de las juntas militares que detentaron de facto el poder desde 1976 hasta 1983 en el denominado Proceso de Reorganización Nacional. Durante este periodo, inscritas dentro de un inocuo marco legal de lucha contra la subversión, las fuerzas militares ejecutaron de manera sistemática y generalizada una serie de conductas en contra de la población civil, las cuales, con ocasión de sus rasgos identitarios, dieron lugar a la aplicación judicial pionera de la figura de la autoría mediata por organización.

1.1.A. HECHOS RELEVANTES

El proceso fue adelantado contra JORGE RAFAEL VIDELA, con el grado de Teniente General en situación de retiro efectivo del Ejército Argentino; EMILIO EDUARDO MASSERA, con el grado de Almirante en situación de retiro efectivo de la Armada Argentina; ORLANDO RAMÓN AGOSTI, con el grado de Brigadier en situación de retiro efectivo de la Fuerza Aérea Argentina; ROBERTO EDUARDO VIOLA, con el grado de Teniente General en situación de retiro efectivo del Ejército Argentino; ARMANDO LAMBRUSCHINI, con el grado de Almirante en situación de retiro efectivo de la Armada Argentina; OMAR DOMINGO RUBENS GRAFFIGNA, con el grado de Brigadier en situación de retiro de la Fuerza Aérea Argentina; LEOPOLDO FORTUNATO GALTIERI, con el grado de Teniente Coronel en situación de retiro efectivo del Ejército Argentino; JORGE ISAAC ANAYA, con el grado de Almirante en

situación de retiro efectivo de la Armada Argentina; y BASILIO ARTURO IGNACIO LAMIDOZO, con el grado de Brigadier General en situación de retiro efectivo de la Fuerza Aérea Argentina.

Se inició la actuación con motivo del Decreto Nº 158 del Poder Ejecutivo Nacional de fecha 13 de diciembre de 1983, que dispuso someter a juicio sumario ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, a los nombrados, con relación a los delitos de homicidio, privación ilegal de la libertad y tormentos, sin perjuicio de otros ilícitos de que resulten autores inmediatos o mediatos, e instigadores o cómplices, los oficiales superiores mencionados.

ANTECEDENTES DEL SISTEMA EN QUE SE DESARROLLARON LOS HECHOS.

El año de 1970 marcó el comienzo de un periodo caracterizado por la generalización y gravedad del fenómeno terrorista dentro del territorio de la republica de Argentina. Dicho periodo contó, no solo con una pluralidad de organizaciones de distinto cuño ideológico, sino que estuvo marcado por el gran número de acciones terroristas y la espectacularidad de muchas de ellas.

La Cámara Federal decidió abordar el problema del terrorismo, toda vez que a su juicio, dada la complejidad y gravedad del fenómeno, este revestía capital importancia como antecedente de los hechos materia de juzgamiento. En este orden de ideas, se estableció que durante los años 1969 y 1970 surgieron públicamente los principales grupos subversivos cuyo accionar cobró mayor relevancia y peligrosidad, a mediados de los años 70, haciendo presencia en todo el territorio argentino, con prevalencia en las zonas urbanas y obligando al gobierno de Maria Estela Martínez de Perón a promulgar los decretos 2770, 2771 y 2772 de 1975, para disponer “el empleo de las Fuerzas Armadas en todo el territorio del país y la centralización de la conducción de la lucha.”⁷⁹

⁷⁹ Capítulo II, Literal A

A la sazón, existieron diferentes grupos subversivos, tales como: a) las Fuerzas Armadas Revolucionarias (F.A.R.), que fueron creadas a partir de 1977 con cuadros provenientes del Partido Comunista Revolucionario (P.C.R.), con la finalidad declarada, de apoyar inicialmente al movimiento guerrillero impulsado por Ernesto Guevara y que en 1974 se fusionaron con Montoneros; b) Ejército Montonero. Esta organización reconoció sus antecedentes más lejanos en el Movimiento Revolucionario Peronista (1955) y también en el Frente Revolucionario Peronista (1965), pero empezó a tomar forma a partir de 1966, consolidándose con ese nombre en 1970; c) Ejército Revolucionario del Pueblo (E.R.P.). Surge como apéndice armado del Partido Revolucionario de los Trabajadores (P.R.T.) en 1970, como consecuencia del quinto congreso del partido que, a su vez, había adherido a la Organización Latinoamericana de Solidaridad; d) También actuaron públicamente las llamadas Fuerzas Armadas de Liberación, que tienen origen común en las Fuerzas Armadas Revolucionarias ya que también se constituyeron como desprendimiento del Partido Comunista Revolucionario y las Fuerzas Armadas Peronistas en cuyo génesis participaron las mismas corrientes que mayoritariamente se identificaron con Montoneros.

Las manifestaciones subversivas se caracterizaron por la atribución pública de los hechos, y el ocultamiento de la adscripción a los grupos, como mecanismo para hacer posible la expansión e infiltración en las estructuras oficiales y no oficiales, a través de la asunción de estilos de vida que no hicieran levantar sospechas sobre la vinculación subversiva.

Teniendo en cuenta que el objetivo de las agrupaciones subversivas era el alzamiento frente al régimen constitucional vigente y la toma del poder político, paralelamente empezó a gestarse una organización conocida entonces como Alianza Anticomunista Argentina (Triple A), de cuño ideológico diametralmente opuesto a la insurgencia, cuyo objetivo fue combatir ilegalmente a la subversión a través de una serie de conductas entre las que se encontraba la desaparición forzada de personas. Esta agrupación, se caracterizaba también por asumir

públicamente la responsabilidad de los atentados, así como por consignar leyendas del tipo “somos subversivos” junto a los cadáveres de sus víctimas.

Dentro de este contexto, y como se mencionó, el fenómeno de la desaparición forzada de personas empezó a hacerse notable, en la medida en que no se volvía a saber del paradero o la suerte de las víctimas y las autoridades no lograban el esclarecimiento de los hechos. Prueba de ello, ha quedado en las declaraciones del Doctor Eduardo Rabossi, rendidas en juicio, según el cual:

“La Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas recabó la información sobre 19 casos ocurridos en 1973, 50 casos ocurridos en 1974, 359 casos ocurridos en 1975 y 549 casos en el primer trimestre de 1976, consignando que en noviembre de 1975 se produjeron 35 desapariciones, en diciembre del mismo año, 90, desapariciones, en enero de 1976, 155 desapariciones, en febrero de 1976, 84 desapariciones, y en marzo del mismo año, 310 desapariciones.”⁸⁰

Para el año 1975, conforme al paulatino aumento de los atentados subversivos, y su extensión en el territorio, el gobierno constitucional consideró que estaba en peligro la vida de la nación y dictó legislación especial para prevenir y reprimir en el terrorismo, dictando el decreto 261/75 encomendando al “Comando General del Ejército ejecutar las operaciones militares necesarias para neutralizar y/o aniquilar el accionar de los elementos subversivos en la Provincia de Tucumán”⁸¹.

Además del citado Decreto 261/75, fueron dictados los decretos 2770, 2771 y 2772, los cuales, a su vez, fueron reglamentados a través de la directiva 1/75 del Consejo de Defensa, del 15 de octubre del mismo año, según la cual, sería el

⁸⁰ Capítulo VI, Penúltimo Párrafo

⁸¹ Capítulo VIII

Ejército el responsable primario de la conducción de las operaciones antiterroristas.

Durante el juicio, la Cámara tuvo la oportunidad de interrogar a los integrantes del Gobierno Constitucional que suscribieron los decretos 2770,2771 y 2772, del año 1975, los señores Ítalo Argentino Luder, Antonio Cafiero, Alberto Luis Rocamora, Alfredo Gómez Morales, Carlos Ruckauf y Antonio Benítez. En esa ocasión manifestaron que la legislación especial fue dictada con sustento en que las guerrillas habían rebasado la capacidad de acción de las policías, y “que por “aniquilamiento” debía entenderse dar término definitivo o quebrar la voluntad de combate de los grupos subversivos, pero nunca la eliminación física de esos delincuentes.”⁸² Esta precisión terminológica, referida al alcance normativo del término aniquilamiento, tenía por propósito establecer que en modo alguno podía interpretarse en el sentido de permitir “la eliminación física de los delincuentes subversivos, fuera del combate y aún después de haber sido desarmados y apresados.”⁸³

De lo ya visto, se extrae que el gobierno constitucional, al momento de su derrocamiento, tenía toda una estructura legal y operativa que le permitía enfrentarse al terrorismo de manera efectiva, lo cual se hace más notorio, si se tiene en cuenta que tras la llegada del gobierno militar de facto, la legislación no sufrió cambios sustanciales “aunque en lugar de usar en plenitud tales poderes legales, el gobierno militar prefirió implementar un modo clandestino de represión.”⁸⁴

Con respecto a cada uno de los procesados en la causa, en relación con el arma a la que pertenecían dentro de las fuerzas armadas, la Cámara realizó un recuento del tiempo de permanencia en los cargos, de la siguiente manera:

⁸² Ídem

⁸³ Ídem

⁸⁴ Capítulo IX, Numeral 2°

El Teniente General (R) Jorge Rafael Videla se desempeñó como Comandante en Jefe del Ejército durante el lapso comprendido entre el 24 de marzo de 1976 y el 31 de julio de 1978. Lo sucedió el Teniente General (R) Roberto Eduardo Viola quien ocupó dicho cargo hasta el 28 de diciembre de 1979, fecha en que pasó a retiro siendo reemplazado por el Teniente General (R) Leopoldo Fortunato Galtieri, quien permaneció como comandante hasta el 18 de junio de 1982.

El Comando en Jefe de la Armada fue desempeñado sucesivamente por el Almirante (R) Emilio Eduardo Massera entre el 24 de marzo de 1976 y el 15 de septiembre de 1978, por el Almirante (R) Armando Lambruschini, a continuación y hasta el 12 de septiembre de 1981, y por el Almirante (R) Jorge Isaac Anaya desde esta fecha hasta el 1° de octubre de 1982.

La Fuerza Aérea tuvo como comandantes sucesivamente al Brigadier General (R) Orlando Ramón Agosti, desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 25 de enero de 1979, al Brigadier General (R) Omar Domingo Rubens Graffigna, hasta el 17 de diciembre de 1981 y al Brigadier General (R) Basilio Arturo Ignacio Lami Dozo hasta el 17 de agosto.”

Ahora bien, dentro de un contexto de presencia y agresión subversiva, y tomando en consideración la respuesta del gobierno constitucionalmente establecido a esta, lo correcto es proceder a observar las circunstancias de hecho concretas, realizadas durante el “Proceso de Reorganización Nacional” por la Junta Militar que son materia del presente juicio.

Con la llegada del gobierno militar, se produjo un aumento significativo y generalizado en todo el territorio argentino en el número de desapariciones forzadas de personas caracterizadas por la:

“Detención de personas por grupos de individuos fuertemente armados invocando casi siempre pertenecer a

fuerzas de seguridad con la posterior desaparición de aquéllas y lo infructuoso de las tentativas para lograr su paradero, y el consiguiente resultado negativo de los recursos presentados ante los organismos oficiales.”⁸⁵

A juicio de la Cámara, de la generalización⁸⁶ del fenómeno, y de la sistematicidad en su manifestación, se desprendía “un cuadro presuncional grave, preciso y concordante que dem[ostraba] el importante aumento en el número de personas privadas clandestinamente de su libertad, en todo el país, a partir del 24 de marzo de 1976.”⁸⁷

Por lo tanto, el Tribunal procede a precisar las características comunes, que evidenciaban la sistematicidad y la plantación superior de las conductas.

1) En primer lugar los secuestros eran realizados por miembros de las fuerzas de seguridad que procuraban ocultar su identidad “apareciendo en algunos casos disfrazados con burdas indumentarias o pelucas.”⁸⁸

Al respecto, la testigo, María Kubik Marcoff de Lefteroff relató en audiencia: “... los vecinos contaron que eran catorce camionetas, pasaban con megáfonos por la cuadra gritando Ejército Argentino, nadie salga afuera, nadie mire...”⁸⁹;

2) En segundo lugar, se caracterizaban por la intervención de un número considerable de personas fuertemente armadas.

3) En tercer lugar, se estableció que antes de realizar las operaciones ilegales, se procedía a avisar a las autoridades policiales de la zona, en lo que se denominaba

⁸⁵ Capítulo XI

⁸⁶ La Cámara estableció que entre el 24 de marzo de 1976 y el 18 de agosto de 1982 se presentaron 7936 desapariciones forzadas.

⁸⁷ Capítulo XI

⁸⁸ Ídem, Numeral 1)

⁸⁹ Ídem

un pedido de area libre “que permitía se efectuaran los procedimientos sin la interferencia policial, ante la eventualidad de que pudiera ser reclamada para intervenir.”⁹⁰

4) En cuarto lugar, los secuestros se caracterizaban por ocurrir durante la noche, en los domicilios de las víctimas, y siendo acompañados en muchos casos por el saqueo de los bienes de la vivienda.

El testigo, Juan Guelar manifestó: "... durante alrededor de dos horas se dedicaron al saqueo, robaron cuantos bienes de valor existían en la casa, vinieron muy organizados, trajeron valijas y elementos para poder transportar los bienes de todo el saqueo... se llevaron cuantos bienes de valor existían en la casa, dinero, alhajas, marfiles, cuadros..."; ⁹¹

5) En quinto y último lugar, las víctimas eran introducidas en vehículos, sin que se les permitiera ver lo que sucedía ni comunicarse con alguien, adoptándose medidas para impedir que el público en general supiera de lo sucedido.

Conforme las personas eran secuestradas, se procedía a llevarlas inmediatamente a centros de detención ubicados en instalaciones militares distribuidas en todo el territorio, cuya existencia y finalidad era ocultada a la opinión pública, los cuales dependían de las diversas armas de las Fuerzas Armadas así como de la Policía de la forma que a continuación se detalla.

I) Centros Dependientes Del Ejército

- a) Ubicados en unidades de esa arma: 13 centros de reclusión;
- b) Ubicados fuera de unidades militares del arma: 4 centros de reclusión;

II) Ubicados en lugares pertenecientes a fuerzas de seguridad y policiales

⁹⁰ Ídem, Numeral 3)

⁹¹ Capítulo XI, Numeral 4, Literal c

- a) De Policía Federal: 3 centros de reclusión;
- b) De Policías Provinciales: 6 centros de reclusión;
- c) De Policía de la Provincia de Buenos Aires: 9 centros de reclusión;
- d) De otras fuerzas de seguridad: 2 centros de reclusión;

II) Centros Dependientes De La Armada: 2 centros de reclusión;

III) Centro Dependiente De La Fuerza Aérea: 1 centro de reclusión.

Ingresados a los centros de cautiverio, los secuestrados eran interrogados mediante el empleo de métodos de tortura que hacían parte de un accionar sistemático de las fuerzas militares, hecho que constituye “uno de los capítulos más significativos del proceder enjuiciado, pues el tormento fue, en la enorme mayoría de los casos, la forma indiscriminadamente aplicada para interrogar a los secuestrados.”⁹²

Prácticamente no existió constancia alguna de que en algún centro de cautiverio no se realizaran torturas, y por el contrario, sí existió evidencia de la uniformidad de métodos y sistemas empleados como el “pasaje de corriente eléctrica, los golpes y la asfixia”

Los centros de reclusión carecían de separación efectiva “entre los alojamientos precarios de las víctimas y los lugares destinados específicamente al tormento, de manera tal que los cautivos percibían claramente los sonidos de las torturas, mientras que otros fueron obligados directamente a presenciarlas”⁹³ situación que menoscababa aún más la dignidad de las víctimas⁹⁴. No solo estaban obligados a

⁹² Capítulo XIII

⁹³ Capítulo XIII

⁹⁴ Cuando la llevaban para aplicarle picanas eléctricas, cuenta la testigo Mónica Elvira Brul de Guillen, ciega y embarazada, que el guardia "Julián" opinó que si otra detenida que tenía un embarazo de 6 meses se la había "aguantado", ella "también se la tenía que bancar". Capítulo XIII

escuchar los tormentos, sino que a veces, los propios familiares de las víctimas debían percibir las torturas a las que eran sometidos sus familiares.⁹⁵

La testigo Gladis Evarista Cuervo relató lo sucedido, de la siguiente manera "luego, de eso me picanearon, [...] me hicieron el submarino, que le llaman ellos, en una bañera llena de agua fría, eso me lo hicieron varias veces, volvieron a golpearme, me rompieron el esternón y las costillas [...] me quemaron, me quemaron con cigarrillos, me prendieron fuego al vello del pubis, y me quemaron con encendedores, las piernas, el cuello [...] me ataban las manos a la espalda, y las manos me las ataban a los pies, por detrás, lo que ellos llamaban en avión [...] me golpeaban la cara, me apretaban los pezones, me arrancaban el vello del pubis, y me dijeron, esto es la aceituna del vermouth, lo bueno viene después [...] me envolvieron en una manta me cargaron al hombro, y me sacaron por una de las puertas laterales del hospital, me tiraron en el fondo de una camioneta o algo por el estilo, y después de dar varias vueltas, me bajaron nuevamente, subieron una escalera de madera, y me tiraron en el piso de una habitación, allí me desnudaron me arrancaron una cadenita que llevaba con la virgen de Luján y me dijeron para que querés estas cosas si vos sos judía, después, empezaron a golpearme, a golpes de puño [...] después, ellos ordenaron que no me torturasen mas, entonces, no me hacían las torturas habituales, sino que venían y me pisaban las costillas rotas, me agarraban de los cabellos y me arrastraban por el piso, y en una oportunidad, vino

⁹⁵ De ello da cuenta Iris Etelvina Pereira de Avellaneda quien debía oír “los apremios a que estaba siendo sometido su hijo Floreal, de catorce años de edad [...] oyó el ruego que el menor le hacía para que la madre pusiera fin al castigo contando lo que sabía de la fuga del padre [...] Los tormentos oídos por la madre fueron luego comprobados con el hallazgo del cadáver de su hijo en las costas uruguayas del Río de la Plata. Capítulo XIII

COPSINOLA, cantando la marcha de San Lorenzo, y me pinchaba con una espada o no se bien que era, una cosa afilada y larga..."⁹⁶

A los cautivos se les imponían

“condiciones inhumanas de vida, que comprendían a muchos el déficit casi total de alimentación, el alojamiento en lugares insalubres, en los que no podían sustraerse de percibir los lamentos o ruidos que se producían al torturarse a otros cautivos y el permanente anuncio, a través de hechos y de palabras de que se encontraban absolutamente desprotegidos y exclusivamente a merced de sus secuestradores⁹⁷ [además] ya desde el momento mismo de la aprehensión quedaba claro que nadie iba a acudir en su ayuda. Pero a ello se agregaba el encapuchamiento inmediato; el traslado en el baúl o en el piso de un auto, o en un camión, maniatados; la llegada a un lugar desconocido donde casi siempre recibían de inmediato los golpes o la tortura; el alojamiento en "cuchas", boxes, "tubos", sobre un jergón o directamente en el suelo; el descubrimiento de que había otras personas en igual situación que llevaban largo tiempo así; la incógnita sobre cuál sería el desenlace y cuánto duraría; las amenazas de toda índole; la escasa y mala comida; la precariedad cuando no la ausencia de medios para satisfacer las necesidades fisiológicas; la falta de higiene y de atención médica; los quejidos; el desprecio y mal trato de los guardias [...] también a ello se sumaba, a

⁹⁶ Capítulo XIII

⁹⁷ El testigo Américo Oscar Abrigo, dice que en un momento del interrogatorio, quien se encargaba de esa tarea, le dijo "Mirá acá en esta casa, no hay abogados, no hay jueces, no hay nada, nosotros somos los superhombres, nosotros tenemos el poder de la vida de todos ustedes, así que acá vas a tener que decir la verdad, sino vas a salir para arriba...." Capítulo XIV, Literal c), Numeral 1)

veces, la angustia de quien había sido secuestrado con algún familiar y que sufría ambos padecimientos simultáneamente [todo lo cual creaba] en la víctima una sensación de pánico cuya magnitud no es fácil comprender ni imaginar, pero que, en sí, constituye también un horroroso tormento.”⁹⁸

El Tribunal encontró entonces un gran número de testimonios concordantes, dando al traste con los argumentos esgrimidos por los militares, según los cuales, todas las declaraciones obedecían a un concierto previo, una campaña organizada o un complot en contra de las juntas militares.⁹⁹

Así mismo, el Tribunal estableció que las víctimas podían correr distinta suerte, a saber:

1. Algunas, después de un periodo sometidas a estos vejámenes, eran puestas en libertad, aunque se tomaban medidas para que no revelaran lo que les había ocurrido. El testigo Ramón Miralles “relató que en una larga charla, a la que asistió con los ojos vendados, se le dijo que las Fuerzas Armadas habían cometido una equivocación, pero que debían (él y su familia) considerarse felices ya que habían participado en un proceso en el que la vida humana carecía de valor.”¹⁰⁰

2. Otras, después de un tiempo, eran sometidas a proceso o puestas a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, ocultándose el período de cautiverio.

⁹⁸ Capítulo XIII

⁹⁹ El Gobierno “demostró un propósito deliberado de ocultar la realidad de las desapariciones de personas, o de tergiversarla cuando el ocultamiento fuera imposible, atribuyendo tales desapariciones a otros motivos [ya que] el gobierno argentino sólo atinó a dar explicaciones poco creíbles a los requerimientos formulados, que por un lado negaban las desapariciones y por otro admitían ambiguamente que las que se hubieran producido, eran obra de la acción de algunos grupos no controlados de las Fuerzas Armadas, o de las organizaciones subversivas, y aún de los propios “desaparecidos”, que serían terroristas que pasaban a la clandestinidad.” Capítulo XIX, Numeral 3), Literal D)

¹⁰⁰ Capítulo XIV, Literal e), Numeral 2)

3. Sin embargo, la mayoría de las personas ilegalmente privadas de su libertad, permanecieron sin que se conociera su paradero o destino.¹⁰¹

Coetáneamente a los hechos ya referenciados, se presentaron otros tantos que, vistos en relación con los primeros, “adquieren especial trascendencia, pues conducen a inferir que los secuestrados que no fueron puestos en libertad, ni a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, ni sometidos a proceso, fueron eliminados físicamente”¹⁰²

Dentro de estos hechos vinculados encontramos:

1. En las costas de mares y ríos fue hallado un número inusual de cadáveres¹⁰³:

De gran número de expedientes judiciales, la Cámara pudo establecer que los cadáveres eran encontrados con lesiones y fracturas visibles, atados de pies y manos con alambres, en ocasiones se encontraban dentro de tambores con cemento o cal, presentaban impactos de bala en cráneo, frente y tórax, se encontraban en avanzado estado de descomposición, en casi todos había presencia de diversas fracturas en toda la conformación ósea, probablemente producidas por caída desde altura y choque violento sobre superficie dura; muchos presentaban ausencia de cabeza o extremidades y múltiples lesiones en el tronco.

2. Existió un aumento desmesurado en las inhumaciones de N.N, caracterizadas por el desdén en la identificación de los cadáveres y aun el entierro bajo esta categoría cuando se conocía la identidad de las víctimas.¹⁰⁴

¹⁰¹ Al respecto, en el anexo del libro "Nunca más", publicado por la CONADEP, se cifró el número de personas desaparecidas en 8961.

¹⁰² Capítulo XVI

¹⁰³ El Teniente General (R) Alejandro A. Lanusse, “relató que al reprochar el ex General Suárez Masón a un oficial [...] la tardanza en informar el hallazgo del cuerpo, obtuvo como respuesta que habían sido mas de 8000 los arrojados al río.” Capítulo XVI, Literal a), Numeral 5)

¹⁰⁴ El testigo Rosa Ramírez dijo “que enterraban cadáveres que eran llevados en automóviles particulares por personal policial y/o militar, sin ataúdes y ellos mismos los colocaban en las fosas generalmente comunes.

3. Muchas personas presuntamente vinculadas al terrorismo sufrieron de muerte violenta en aparentes enfrentamientos con la fuerza pública, que en realidad eran montajes.

4. Se presentaron ejecuciones múltiples de personas presuntamente vinculadas a a subversión, atribuidos a combates contra la fuerza pública.”¹⁰⁵

5. En los principales centros de detención se efectuaron traslados clandestinos de secuestrados de los cuales no se volvió a saber “debiendo agregarse que en muchos casos tales traslados fueron precedidos por el suministro a los prisioneros de drogas sedantes o informaciones tendientes a tranquilizarlos.”¹⁰⁶

Diversos testigos relataron como muchas víctimas que se encontraban en centros de reclusión eran “trasladados”¹⁰⁷. Dicho traslado se realizaba mediante engaños, diciéndoles a las víctimas que pasarían a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, pero en cambio se les aplicaba un tranquilizante (“PENTO NAVAL”), diciendo que era contra el Mal de Chagas y eran cargados en camiones para posteriormente ser arrojados al mar.

En este contexto, estuvo claro que gran parte de las conductas delictivas desarrolladas por las fuerzas armadas surgía de atribuir militancia directa en los

Dichas personas vestían de civil, pero con alguna prenda del uniforme. Los muertos los trasladaban en el baúl de los automóviles. De las pericias realizadas sobre los restos de los referidos se concluye la probable muerte por lesión de proyectil de arma de fuego, acotándose que los esqueletos carecían de las manos”. Capítulo XVI, Literal b) Numeral 1)

¹⁰⁵ El 20 de agosto de 1976 en la localidad de Fátima, Ruta N° 8, Km. 62, se hallaron varios cadáveres diseminados en el camino que une la mencionada localidad a la ruta provincial N° 6, lo que dio origen a la causa N° 19.581 del Juzgado Federal de Mercedes; en total según el parte policial y demás diligencias eran treinta, diez del sexo femenino y veinte del sexo masculino. Todos presentaban heridas de bala en la cabeza y dos estaban totalmente destrozados por efectos de la explosión de un aparato que se hizo detonar. La inspección ocular da cuenta de que las víctimas tenían las manos atadas y en el rostro tiras de género que le tapaban la visión.

¹⁰⁶ Capítulo XVI, Literal e)

¹⁰⁷ El termino “traslado” implicaba la eliminación física del detenido

grupos subversivos a las víctimas de aquellas, lo cual se desprende de la rudeza y el énfasis puesto en los interrogatorios realizados.

Empero, las privaciones de libertad a veces obedecían a móviles distintos a aquel, ya que algunos secuestros se realizaban también sobre personas que adelantaban gestiones para averiguar el paradero de sus seres queridos¹⁰⁸, otros sobre aquellas personas que habían constituido grupos de familiares¹⁰⁹ que se manifestaban solicitando noticias sobre la suerte de los secuestrados, así como también se procuraban tormentos para precipitar la denuncia de parientes, la entrega de datos que permitieran ubicarlos o a forzar a estos para que se presentaran a las autoridades.

Como consecuencia del accionar que se ha descrito precedentemente, los familiares de las víctimas iniciaron un gran número de hábeas corpus que en su momento eran rechazados, en la medida en que las fuerzas armadas, negaban la existencia de las detenciones. Una vez que los requerimientos judiciales probaban su ineficacia, los familiares acudían al ministerio del interior donde se contestaba a

¹⁰⁸ “Los casos de María Luisa Martínez de González y Generosa Fratassi, que habían conocido el nacimiento de una niña, mientras su madre Silvia Isabella Valenzi se encontraba en cautiverio, por haber sido llevada a la Clínica en donde ambas prestaban servicios como enfermera y obstétrica. Poco tiempo después de haber intentado averiguar la suerte de ambas y comunicarse con la familia, -a pesar de que las autoridades habían señalado la conveniencia de silenciar el episodio-, fueron secuestradas sin que se tuvieran más noticias de ellas.” Capítulo XVII, Literal a)

¹⁰⁹ Paradigmático resulta el caso ocurrido en diciembre de 1977 en la Iglesia de la Santa Cruz. El 3 de diciembre, un grupo de civiles armados realizó un operativo en el que fueron capturados Sor Alicia Ana María Juana Domon (ciudadana francesa), Angela Aguad, José Julio Fondevilla, Eduardo Gabriel Horane, Patricia Cristina Oviedo, María Eugenia Ponce de Bianco y María Esther Ballestrino de Careaga (Fundadoras junto con Azucena Villafior, de las Madres de Plaza de Mayo). Horas después se secuestró a Azucena Villafior de De Vicenti, que para entonces presidía el grupo conocido con el nombre de Madres de Plaza de Mayo, Remo Carlos Berardo y a la Hermana Leonie Duquet (ciudadana francesa) que compartía la habitación con la hermana Domon. En la sentencia se afirmaba que había indicios serios de la intervención de un oficial de marina en la preparación del operativo. Actualmente, se sabe que Alfredo Ignacio Astiz, conocido como el ángel rubio o el ángel de la muerte, ex capitán de fragata de la Armada Argentina, se infiltró en esta organización de derechos humanos como espía, bajo el falso nombre de Gustavo Niño, perteneciendo al GT (Grupo de Tareas) 332 que actuaba con base en la ESMA. Era conocido por las Madres de Plaza de Mayo, y se referían a él como “el rubito”. Durante la ejecución del operativo siguió haciéndose pasar por familiar de un desaparecido y según el testimonio de Lisandro Raúl Cubas, Legajo N° 6974, del Informe Nunca Más, CONADEP “Hasta en sus peores momentos de dolor, la Hermana Alice que estaba en “Capucha”- preguntaba por la suerte de sus compañeros y en el colmo de la ironía- en forma particular por el «muchachito rubio», que no era otro que el Teniente de Fragata Astiz...”

los reclamos “a través de formularios preimpresos que contenían una respuesta negativa standard.”¹¹⁰

Como no obtenían resultados favorables a sus pesquisas, los familiares de las víctimas se vieron obligados a acudir a distintas entidades y organismos públicos y privados, nacionales, extranjeros e internacionales, e incluso a gobiernos de otros países, con ocasión de lo cual, dichos organismos le hicieron llegar al gobierno militar de entonces los correspondientes pedidos reclamos y denuncias.

Al respecto, Monseñor Miguel Esteban Hesayne

“Manifestó haber tenido en agosto de 1976 una entrevista con el General Videla, a quien le expuso su preocupación, y luego otra entrevista con el General Harguindeguy, con quien mantuvo una polémica acerca de la licitud de la tortura. Sobre los términos de esa polémica el testigo relató textualmente: “...por ejemplo, el General Harguindeguy, me expuso este caso, que luego lo he oído repetido a otros oficiales...Si usted sabe de que este muchacho, que ha salido de este departamento de tantos pisos donde viven 200 personas...ha puesto una bomba y tengo diez minutos...y en estos minutos si el no me dice dónde ha puesto la bomba, ¿yo no lo voy a torturar?...”.¹¹¹

Otro factor importante dentro del plan trazado y ejecutado por los comandantes de las fuerzas armadas, consistió en evitar la publicación de cualquier noticia relativa a desapariciones de personas, hallazgos de cadáveres o a la existencia de las gestiones antes mencionadas, con lo cual se implantó un régimen de censura que condujo a que todos los medios circularan prácticamente con idéntica información.

¹¹⁰ Capítulo XIX, Numeral 1), Literal G)

¹¹¹ Capítulo XIX, Numeral 3), Literal A)

Lo visto hasta el momento en el presente acápite es un ejemplo de las modalidades delictivas realizadas por las fuerzas armadas en contra de los individuos sometidos a su jurisdicción con desapego a la normativa legal vigente, conforme a lo cual, la Cámara determina que los hechos mencionados *supra* “integraron un sistema operativo ordenado por los comandantes en jefe de las tres fuerzas”¹¹² teniendo en cuenta que:

1. La Junta Militar era, desde el 24 de marzo de 1976 el máximo órgano político del Estado.

2. Aunque el golpe de estado de 1976 no representó un cambio sustancial de las disposiciones legales vigentes a esa fecha en punto de la lucha contra la subversión, conforme a los hechos ya mencionados, se encuentra que la praxis desplegada por las fuerzas armadas difería radicalmente de lo dispuesto por la normativa vigente, es decir, que

“si bien la estructura operativa siguió funcionando igual, el personal subordinado a los procesados detuvo a gran cantidad de personas, las alojó clandestinamente en unidades militares o en lugares bajo dependencia de las fuerzas armadas, las interrogó con torturas, las mantuvo en cautiverio sufriendo condiciones inhumanas de vida y alojamiento y, finalmente, o se las legalizó poniéndolas a disposición de la justicia o del Poder Ejecutivo Nacional, se las puso en libertad, o bien se las eliminó físicamente”¹¹³

¹¹² Capítulo XX, Sección Primera,

¹¹³ Ídem Numeral 2)

Todo lo cual, estaba amparado en un sistema de “garantía de impunidad”¹¹⁴ destinado a evitar el esclarecimiento de los hechos y la atribución de responsabilidades..

Con base en ello, la Cámara concluyó que el accionar de las fuerzas armadas supuso la derogación subrepticia de las normas imperantes, y evidenció, por esta vía, que las conductas obedecían a planes aprobados y ordenados por los comandantes militares de cada arma desde el 24 de marzo de 1976 en la medida en que decisiones de esta naturaleza, por su magnitud y trascendencia, requirieron de la intervención de individuos situados en la cúspide del gobierno militar.

1.1.B. POSICIÓN DEL ENTE ACUSADOR

El Fiscal, teniendo en cuenta que existían alrededor de 10.000 delitos documentados durante el periodo comprendido entre los años 1976 y 1983, recurrió a un mecanismo basado en llevar a juicio casos paradigmáticos, de suerte tal que presentó a la Cámara, haciendo el respectivo requerimiento punitivo, 700 casos individuales buscando la realización del juzgamiento dentro de un término razonable dada la magnitud de los acontecimientos.

El Ministerio Público desarrolló una línea de argumentación a partir de la tesis de que la planificación, dirección y supervisión de cuanto se actuaba en la lucha contra la subversión era responsabilidad de la Junta Militar como un todo, en la

¹¹⁴ A juicio de la Corte la impunidad fue un elemento fundamental para garantizar el éxito de los planes delictivos, y solo pudo ser proveída por aquellos sujetos situados en el vértice de las organizaciones. En ese sentido “mientras este sistema se ponía en práctica, la sociedad seguía sometida al orden jurídico, la constitución (con las limitaciones propias de un régimen de facto) estaba en vigor, al igual que el Código Penal, la policía detenía a los delincuentes y los jueces dictaban sentencias. Este sistema normativo se excluía con el aplicado para combatir la guerrilla, pues uno suponía la negación del otro. La increíble subsistencia paralela de ambos durante un prolongado período, sólo fue posible merced a la presencia de los procesados en la cumbre del poder. Desde allí, se procuró ocultar lo que ocurría, mintiendo a los jueces, a los familiares de las víctimas, a entidades nacionales y extranjeras, y a gobiernos de otros países; aparentando investigaciones, dando falsas esperanzas de esclarecimientos, suministrando pueriles explicaciones, y engañando a la comunidad toda con una esquizofrénica actitud que ha provocado un daño en la sociedad de consecuencias hoy impredecibles.” Capítulo XX, Sección Séptima, Numeral 6

medida en que: a) El Estatuto para la Reorganización Nacional, del 29 de marzo de 1976 le otorgaba a la Junta Militar la comandancia en jefe de las fuerzas armadas; b) Existieron vínculos de colaboración dentro de las distintas armas durante las operaciones emprendidas; c) El Anexo 3 de la ley 21.650 por el que la Junta Militar impartió, como un cuerpo indivisible, instrucciones a los comandantes de cada fuerza; d) el llamado "Documento Final" del 28 de abril de 1983 que estableció la aprobación por parte de la Junta de los planes llevados a cabo en las acciones contra la guerrilla.

En lo relativo al modo de imputarles responsabilidad a los comandantes de las distintas fuerzas, el Fiscal "afirmó que las órdenes impartidas prescribieron la realización de secuestros, la aplicación de tormentos y la eliminación física de una vasta cantidad de personas definidas vagamente sobre la base de la genérica categoría de "subversivos". Asimismo, tales órdenes importaron la aceptación de que en el ámbito operativo en que debían ejecutarse habían de cometerse otros delitos como robo, abortos, violaciones y supresión del estado civil de menores."¹¹⁵

Partiendo de los anteriores supuestos, el Ministerio Público consideró que los enjuiciados habían sido "autores mediatos de los delitos cometidos por el personal bajo su mando, pues dominaron el hecho a través de un aparato organizado de poder que les permitió sobredeterminar la causalidad mediante la fungibilidad de los ejecutores."¹¹⁶

A juicio del Fiscal, la calidad de autor mediato derivaba tanto del texto del art. 514 del Código de Justicia Militar¹¹⁷, como de la última parte del art. 45 del Código

¹¹⁵ Capítulo XX, Sección Séptima, Numeral 2)

¹¹⁶ Ídem

¹¹⁷ Artículo 514: Cuando se haya cometido un delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere dado será el único responsable, y solo será considerado cómplice el inferior, cuando este se hubiere excedido en el cumplimiento de dicha orden.

Penal¹¹⁸ en cuanto extiende la pena prevista en el delito a quienes hubieran determinado a otro a cometerlo.

Así las cosas, luego de evaluar la prueba recogida, realizar la exposición de los hechos, la calificación legal de estos, la imputación a cada uno de los procesados, las referencias relativas a la responsabilidad, petición de penas y de absoluciones, de manera suficientemente clara como para resguardar la garantía del debido proceso y garantizar la adecuada defensa de los procesados, los acusó y solicitó que se los condenara de la siguiente manera:

a) Respecto de Jorge Rafael Videla, como autor penalmente responsable de 83 homicidios calificados, 504 privaciones ilegales de la libertad calificada; 254 aplicaciones de tormentos; 94 robos agravados; 180 falsedades ideológicas en instrumentos públicos; 4 usurpaciones; 23 reducciones a servidumbre; una extorsión; 2 secuestros extorsivos; una supresión de documento; 7 sustracciones de menores; 7 aplicaciones de tormentos seguida de muerte, a la pena de reclusión perpetua, más la accesoria del artículo 52 del Código Penal, con accesorias legales y el pago de las costas.

b) Respecto de Emilio Eduardo Massera como autor penalmente responsable de 83 homicidios calificados; 523 privaciones de la libertad calificada; 267 aplicaciones de tormentos; 102 robos agravados; 201 falsedades ideológicas de documentos públicos; 4 usurpaciones; 23 reducciones a servidumbre; una extorsión; 2 secuestros extorsivos; 1 supresión de documento; 11 sustracciones de menores; 7 tormentos seguidos de muerte, a la pena de reclusión perpetua, con más la accesoria del art.52 del C.P, accesorias legales y el pago de las costas.

¹¹⁸ Artículo 45: Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo.

c) Respecto de Orlando Ramón Agosti, por ser autor penalmente responsable de 88 homicidios calificados; 581 privaciones ilegales de la libertad calificada; 278 aplicaciones de tormentos; 110 robos agravados; 234 falsedades ideológicas en instrumento público; 6 usurpaciones; 27 reducciones a servidumbre; 1 extorsión; 2 secuestros extorsivos; 1 supresión de documentos; 11 sustracciones de menores; 7 tormentos seguidos de muerte, a la pena de reclusión perpetua con más la accesoria del art. 52 del C.P., accesorias legales y costas;

d) Respecto de Roberto Eduardo Viola, como autor penalmente responsable de 5 homicidios calificados; 152 privaciones ilegales de libertad calificada; 49 aplicaciones de tormentos; 17 robos agravados; 105 falsedades ideológicas de documentos públicos; una usurpación; 32 reducciones a servidumbre; una sustracción de menores, a la pena de reclusión perpetua, accesorias legales y costas;

e) A Armando Lambruschini por ser autor penalmente responsable de 5 homicidios calificados; 117 privaciones de libertad calificada; 35 aplicaciones de tormentos; 8 robos agravados; 96 falsedades ideológicas de documentos públicos; una usurpación; 32 reducciones a servidumbre; una sustracción de menores, a la pena de reclusión perpetua, accesorias legales y costas;

f) En lo que hace a Leopoldo Fortunato Galtieri, por ser autor penalmente responsable de 11 privaciones de libertad calificada; 1 aplicación de tormentos, 17 falsedades ideológicas de documento público; 1 usurpación; 8 reducciones a servidumbre; 217 encubrimientos, a la pena de 15 años de prisión, accesorias legales y costas.

g) Respecto de Omar Rubens Graffigna, por ser autor penalmente responsable de 34 privaciones ilegales de la libertad; 15 aplicaciones de tormentos; 67 falsedades ideológicas de documento público; 1 usurpación; 18 reducciones a servidumbre;

172 encubrimientos; y 1 sustracción de menores, a la pena de quince años de prisión, accesorias legales y costas;

h) A Jorge Isaac Anaya como autor penalmente responsable de 1 privación ilegal; 3 falsedades ideológicas en documento público; una usurpación; una reducción a servidumbre; y 217 encubrimientos, a la pena de 12 años de prisión, accesorias legales y costas;

i) En lo que hace a Basilio Lami Dozo por ser autor penalmente responsable de 1 privación ilegal de la libertad calificada; 1 falsedad ideológica de instrumento público; 1 usurpación; 1 reducción a servidumbre; y 217 encubrimientos, a la pena de diez años de prisión, con más las accesorias legales y el pago de las costas.

1.1.c. POSICIÓN DE LA DEFENSA

Las defensas de los procesados, en los aspectos pertinentes de fondo, propusieron las siguientes justificantes: a) el estado de necesidad; b) el cumplimiento de la ley; c) la legítima defensa, como mecanismo para desterrar o atemperar la antijuridicidad de las conductas atribuidas. De igual manera expusieron un argumento basado en que los hechos enjuiciados se habían producido en el contexto de una guerra, en virtud de la cual, se hacía legítima la implementación de medios inéditos para desarrollarla y ganarla.

Frente al planteamiento del Fiscal, relativo a la aplicación de la figura de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, las defensas objetaron lo siguiente:

a) Que la legislación penal argentina no se ajustaba a la teoría del dominio del hecho como fundamento para la determinación de la autoría, y antes bien, se

adecuaba a la teoría objetivo-formal en la cual es autor quien ejecuta la acción típica.

b) Que no podía predicarse la existencia de autoría mediata en los supuestos en los cuales los ejecutores directos eran plenamente responsables.

c) Que la teoría del dominio de la voluntad a través de un aparato organizado de poder no se adapta a los hechos del caso, y que además existe renuencia en la doctrina para aceptar su aplicación.

1.1.D. DECISIÓN JURISDICCIONAL

Tras la sanción del Decreto 158/83, le correspondía al Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas procesar a las juntas militares, las cuales comenzaron a ser enjuiciadas por el 28 de diciembre de 1983, ya que para la fecha, la legislación vigente establecía que los militares sólo podían ser enjuiciados por tribunales militares, sin importar el delito cometido.

Teniendo en cuenta las dilaciones y la ausencia de voluntad para adelantar diligentemente el proceso por parte de la jurisdicción penal militar argentina, el 13 de febrero de 1984 el Congreso sancionó la Ley 23.049 con la cual reformó el Código de Justicia Militar estableciendo que la justicia militar sería competente para conocer delitos relacionados con el servicio, razón por la cual, todo delito cometido por militares sin relación con el servicio, debía ser conocido por la justicia ordinaria.

Dicha ley, también dispuso que si el juicio se demoraba injustificadamente, la Cámara Federal podía hacerse cargo directamente de la causa. De esta manera, el 11 de julio de 1984 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal le indicó al Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas que investigara si hubo un método en la violación de derechos

humanos y si ello pudo haber sido responsabilidad de los miembros de las juntas militares y que le informara en 30 días.

Conforme la jurisdicción penal militar no estuvo en capacidad de dar una respuesta satisfactoria y pronta a lo requerido por a Cámara, el 4 de octubre de 1984 la Cámara Federal desplazó en su competencia al tribunal militar, para de este modo hacerse cargo directamente de la causa. De esta manera la Cámara Federal adquirió competencia y procedió a decidir sobre el fondo de la materia.

En primer lugar, resulta pertinente precisar, que conforme a la limitación de la acusación realizada por el Fiscal a 700 casos, la Cámara declaró que existía “un tácito pedido de absolución respecto de todos aquellos hechos delictuosos que no incluyera en su requisitoria”.¹¹⁹

Por otra parte, frente a la posición del Ministerio Fiscal, relativa a que “la planificación, dirección y supervisión de cuanto se actuaba en la lucha contra la subversión era responsabilidad de la Junta Militar”¹²⁰, la Cámara desestima dicho entender, considerando que el ente político denominado Junta Militar, integrado por los 3 comandantes de las distintas armas, aparecía desligado de la toma de decisiones referidas a la lucha antsubversiva, cada comandante de arma no reconocía mayor autoridad que la propia, y en consecuencia no estaba subordinado a ningún órgano colegiado para la conducción de su rama.

Además, la Cámara recuerda que tanto ante el Consejo Supremo, como ante ella, los procesados coincidieron en negar la responsabilidad de la junta en la conducción de las actividades contrainsurgentes, al tiempo que reivindicaban la “absoluta autonomía en la conducción de sus respectivas fuerzas”¹²¹ lo cual redundaba en que las ordenes delictivas impartidas para cada fuerza, habían sido dictadas por los respectivos comandantes.

¹¹⁹ Capítulo XX, Sección Tercera

¹²⁰ Capítulo XX, Sección Primera, Numeral 1)

¹²¹ Ídem

De esta manera la Cámara Federal concluye desestimando la tesis del Fiscal, estableciendo que “cada comandante se encargó autónomamente de la planificación, ejecución y control de lo realizado por la fuerza a su cargo, sin injerencia ni interferencia alguna de las otras”¹²² de suerte tal que realiza la atribución de responsabilidad “en consideración al desempeño de la comandancia en jefe del arma cuya intervención se prueba en la comisión del injusto.”¹²³

En la misma línea, relativa a los criterios para tratar los casos, el Tribunal resolvió que: i) Siempre que se tratara de una privación de libertad cuya inicio se dio en la Jefatura de un Comandante y continuó durante quien lo sucedió, la atribución de responsabilidad se haría a cada uno de los comandantes del arma, siempre que se hubiera verificado la ocurrencia de hechos similares durante el periodo del segundo Comandante en cuestión. ii) Del catalogo de delitos, reconocidos por el Tribunal como parte del sistema, serían excluidos la sustracción de menores, la extorsión, el secuestro extorsivo, el plagio y la usurpación toda vez que fueron realizados de forma ocasional; iii) Siempre que se tuviera establecido que se presentó una privación de libertad por parte de grupos militares, sin que fuera posible identificar el arma a la cual pertenecían, la atribución del hecho recaería sobre el Comandante del ejército, con merito en la responsabilidad primaria que le correspondía a este cuerpo.

Ahora bien, para enfrentar las alegadas justificantes solicitadas por las defensas, la Cámara hizo un repaso previo de las circunstancias de hecho que precedieron el golpe militar de 1976.

Ante la amenaza terrorista, el Tribunal reconoció que era derecho del Estado reaccionar de manera vehemente ante ella, bajo el parámetro de la razonabilidad de los medios empleados para la consecución del fin propuesto. Al respecto, la

¹²² Ídem

¹²³ Capítulo XX, Sección Tercera, Literal c), Numeral 2)

Cámara señaló que a partir de 1970, dentro del estado argentino, se empezó a dictar legislación orientada a la protección de la sociedad y aún durante el gobierno de la Junta Militar –y disuelto el Congreso de la Nación- desde 1976 hasta 1979, se siguieron dictando leyes tanto sustantivas como procesales en materia penal para combatir la subversión.

Por ello, el tribunal concluyó que tanto antes como después del golpe, el Estado contó con instrumentos jurídicos para procurar su auto conservación, y además siguieron rigiendo las garantías constitucionales. No obstante, el gobierno militar acudió directamente al empleo de la fuerza de las armas y conforme a ello, el Tribunal procedió a determinar si la ruta elegida por la Junta Militar fue antijurídica, o bien, estuvo amparada por alguna de las causas de justificación propuesta¹²⁴.

- a) EL ESTADO DE NECESIDAD: la Cámara Federal desestimó los argumentos de la defensa con base en que si las conductas antijurídicas desplegadas por las fuerzas armadas¹²⁵ se cometían en aras de evitar que se siguiera matando y secuestrando a manos de la subversión, no se estaría ante el caso de un mal menor cometido para evitar un mal mayor, sino ante perjuicios equivalentes, excluyendo la aplicación de aquella justificante. También adujo la Cámara que el mal que representaba la toma del poder a manos de grupos subversivos, si bien podía ser considerado de una entidad mayor, no obstante distaba de ser inminente. De la misma manera, se reprocha al gobierno militar no haber empleado medios menos gravosos para conjurar la amenaza terrorista. Por último, el Tribunal considera que “las Fuerzas Armadas, de seguridad y policiales, por ser las depositarias de las almas de la Nación esta[ba]n obligadas a soportar la agresión armada y a repelerla, tanto en defensa de aquella cuanto propia”¹²⁶ lo cual desvirtuaba la configuración de la eximente alegada.

¹²⁴ a) El estado de necesidad; b) El cumplimiento de la ley; c) La legítima defensa,

¹²⁵ Privaciones ilegales de la libertad, tormentos, robos, homicidios etc

¹²⁶ Capítulo XX, Sección Sexta, Numeral 2) Literal a.1

- b) EL CUMPLIMIENTO DE LA LEY: El Tribunal desvirtuó dicha alegación afirmando que del decreto 2772, que disponía textualmente que "las Fuerzas Armadas [...] procederán a ejecutar las operaciones militares y de seguridad que sean necesarias a efectos de **aniquilar** el accionar de los elementos subversivos en todo el territorio del país"¹²⁷, no se podía derivar una patente de corso que facultaba a las fuerzas armadas a eliminar físicamente a aquellos que fuesen señalados como subversivos.

Frente a esta tesis, la Cámara concluyó que el Artículo 31¹²⁸ de la Constitución Argentina seguía vigente, razón por la cual, todas las normas de la carta política, las leyes internas, y los tratados internacionales en materia de protección de derechos humanos seguían produciendo efectos jurídicos, de suerte tal que cualquier entendimiento del termino aniquilar, que comportara un permiso expreso para el secuestro, la tortura y el homicidio de seres humanos, era abiertamente inconstitucional y de suyo, no podía derivar en una justificante para los procesados. Además el Tribunal también consideró que como la represión se dio a través de mecanismos clandestinos que operaban al margen de la legislación vigente, era absolutamente imposible derivar la justificante del cumplimiento de la ley, cuando de lo que se trataba era precisamente del desconocimiento del estado de derecho para la puesta en practica de un aparato criminal.

- c) LA LEGÍTIMA DEFENSA: La Cámara adujo que uno de los elementos integrantes de dicha institución, es la necesidad racional del medio empleado para repeler o impedir la agresión ilegítima de que se es

¹²⁷ (Subrayas fuera del original)

¹²⁸ Art. 31. Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

victima y en el caso concreto, de ninguna manera podría afirmarse que las conductas criminales desplegadas constituían una reacción necesaria, máxime cuando la respuesta militar no obedecía a un ataque inminente o actual sino a un ataque que en todo caso, ya había cesado para el momento de la comisión de las conductas objeto de juzgamiento.

Por las razones ya analizadas, la Corte no tuvo en cuenta las justificantes planteadas por la defensa, y procedió a determinar si las conductas enjuiciadas podían ser subsumidas dentro de la figura del exceso. Así, como esta figura se hace operativa, siempre que el autor no abuse de la ley, de la autoridad o de la necesidad y en este caso, la conducta de las fuerzas armadas se había dado al margen del derecho, a través de instrumentos ilícitos y medios atroces por ende no podía aplicarse la institución en mención.

La Cámara también tuvo ocasión de manifestarse ante la solicitud elevada por las defensas, relativa que los hechos del caso fueran analizados a luz de un contexto de guerra vivido en el territorio argentino durante los años de la dictadura. En ese sentido, los defensores aducían que “en la guerra no rige el derecho; ni el interno, ni el internacional, ni el natural. Sencillamente la guerra no tiene normas. Menos aún si se la ha ganado”¹²⁹. A juicio de la Corte, el aceptar esta posición, implicaba *per se*, la negación de una de las características más caras del derecho, su plenitud hermética.

Para el tribunal, esta característica se condensa en que

“no puede haber ordenamiento jurídico si sus disposiciones no alcanzan a todas y cada una de las conductas humanas [...] no es posible aceptar que el fin justifique los medios ni que todos ellos sean nobles cuando el fin es noble [...] el progreso cultural de los pueblos los ha llevado a incorporar la

¹²⁹ Capítulo XX, Sección Sexta, Numeral 4) Literal a

necesidad, las situaciones de excepción, la conmoción interior, la sedición, la guerra misma, al ordenamiento jurídico en vigor, razón por la cual esas circunstancias solamente deben ser enfrentadas dentro de leyes, que no pueden ser ignoradas. Ni en aras de la destrucción de un maligno enemigo. Ni por los vencedores ni por los vencidos, ni por nadie que quiera la vigencia de los valores permanentes de una sociedad, que es el sentido último del derecho como ordenador de la vida en común [...] Quizás el camino escogido, impuso el triunfo de las armas con mayor celeridad. Sin embargo, no triunfó el derecho, no triunfó la ley, no triunfó la civilización. Se impuso la fuerza [...] Es cierto que los comandantes están en el banquillo de los acusados, pero ello no es por haber obtenido la victoria sino por los métodos empleados para ese fin. No es por haber acabado con el flagelo subversivo. Es por dejarle a la sociedad argentina menoscabados, hasta lo más hondo, aquellos valores que pertenecen a su cultura, a sus tradiciones, a su modo de ser, y que eran, precisamente por los que se combatía.”¹³⁰

Una vez que la Cámara hubo terminado su recorrido frente a la tesis de la responsabilidad de la Junta Militar expuesta por la Fiscalía y las defensas propuestas por los procesados, procedió a analizar si los encargados de dar las ordenes relativas a la ejecución de la lucha contra la subversión a través de la comisión de delitos atroces de manera generalizada, sistemática y clandestina, eran responsables o no de los delitos imputados por la Fiscalía, teniendo presente que no habían sido ellos – los comandantes emisores de las órdenes – quienes habían realizado personalmente las acciones descritas en los tipos penales.

¹³⁰ Ídem

Respecto a la formula de imputación utilizada por la Cámara para realizar la atribución de responsabilidad penal a los comandantes de cada fuerza, se utilizó la tesis de Roxin de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder procediendo a determinar en concreto cuales habían sido las conductas punibles atribuibles a cada uno de los acusados.

Como resultado de lo anterior, Cámara Federal resolvió lo siguiente respecto de cada uno de los procesados, a saber:

1. Jorge Rafael Videla: Por ser el autor mediato de 66 homicidios doblemente calificados por alevosía e intervención de tres o más personas; 4 tormentos seguidos de muerte; 93 tormentos; 306 privaciones ilegales de libertad calificadas por violencia y amenazas; y 26 robos, es condenado a reclusión perpetua, inhabilitación absoluta y la destitución del grado militar.

2. Emilio Eduardo Massera: Por ser el autor mediato de 3 homicidios agravados por alevosía; 12 tormentos; 69 privaciones ilegales de libertad calificadas por violencia y amenazas; y 7 robos, es condenado a reclusión perpetua, inhabilitación absoluta y la destitución del grado militar

3. Orlando Ramón Agosti: Por ser el autor mediato de 8 tormentos y de 3 robos y teniendo en cuenta el corto numero de delitos y la escasa intervención de la Fuerza Aérea en los hechos se le impone la pena de 4 años y 6 meses de prisión, más la de inhabilitación absoluta perpetua y la destitución del grado militar.

4. Roberto Eduardo Viola: Por ser el autor mediato de 11 tormentos; 86 privaciones ilegales de libertad y 3 robos, se lo condena a 17 años de prisión, más la inhabilitación absoluta perpetua y la destitución del grado militar.

5. Armando Lambruschini: Por ser el autor mediato de 35 privaciones ilegales de libertad y de 10 tormentos se establece una pena de 8 años de prisión, más la inhabilitación absoluta perpetua y la destitución del grado militar.

6. Omar Rubens Graffigna: Por no existir pruebas de que a partir del mes de mayo de 1978 se hubiera cometido alguno de los hechos objeto del proceso atribuible a la Fuerza Aérea, y la jefatura del procesado se dio a partir del mes de enero de 1979 ninguno de los hechos de la causa fue cometido por sus subordinados y por ende se tiene que no emitió las órdenes delictivas reseñadas. Además teniendo en cuenta la autonomía operativa de cada una de las fuerzas, es absuelto con respecto a los delitos imputados por la Fiscalía.

7. Leopoldo Fortunato Galtieri: En la medida en que no se acreditó que desde la fecha de asunción del Teniente General Leopoldo Fortunato Galtieri como Comandante en Jefe del Ejército, personal bajo su dependencia hubiera cometido alguno de los delitos que integraron el sistema ilegal de represión, el procesado es absuelto con respecto a los delitos imputados por la Fiscalía.

8. Arturo Basilio Lami Dozo: Toda vez que no hay prueba alguna de que personal de la Fuerza Aérea haya intervenido en la represión ilegal respondiendo a órdenes de su Comandante desde que fuera destruido el centro clandestino llamado "Mansión Seré", el procesado es absuelto con respecto a los delitos imputados por la Fiscalía.

9. Jorge Isaac Anaya: Al no haberse demostrado que mientras el Almirante Anaya, se desempeñó como Comandante en Jefe de la Armada, se hubiera seguido cometiendo el único hecho integrante del sistema ilegal que le imputó el Fiscal, debe concluirse que tampoco se probó que haya emitido las órdenes que se enjuician en este proceso, por ende, es absuelto de los cargos.

1.1.E. FÓRMULA DE IMPUTACIÓN

Frente a las tesis expuestas, tanto por el Fiscal como por las defensas, con respecto a la forma en que habría de considerarse o no la intervención en el delito por parte de los procesados, la Cámara realizó un recuento dogmático de las teorías utilizadas para la determinación del autor, y de esa manera procedió a implementar la más adecuada conforme al derecho aplicable en la república de Argentina, partiendo del supuesto de que los hechos conocidos y juzgados en la causa eran inusuales y extraordinarios

De manera inicial descartó las teorías unitarias de autor, con base en el argumento de que debe diferenciarse el papel en que se desenvuelven las personas que concurren en la comisión de un delito. Acto seguido, desvirtuó las teorías objetivo-materiales, ya que en ellas se discierne entre autor y partícipe, con base en que aquel pone la “causa” y este pone una “condición” del resultado delictivo, de suerte que desde un punto de vista meramente causal, existe una dificultad fincada en la imprecisión del termino “causa del resultado”. Después, analizó las teorías objetivo-formales, y encontró como obstáculo para su aplicación, el hecho de que no lograban aprehender ni fundamentar los casos de autoría mediata ni los casos de coautoría impropia o por division de funciones, ya que para estas teorías, autor es quien realiza directamente la conducta descrita en el tipo. Con respecto a las teorías subjetivas, que basan la distinción entre autor y partícipe en la dirección de la voluntad de cada uno de ellos, la Corte objetó el hecho de restringir la función de garantía atribuida a los tipos penales ya que para la determinación del autor, debía recurrirse, antes que a la ejecución de la acción típica, a los entresijos de su voluntad – difícilmente determinables empíricamente -

De lo anterior extrajo que la concepción dominante en la doctrina argentina, era aquella que fundamentaba la definición del autor, con base en la teoría del dominio del hecho.

La Corte prosiguió su análisis, estableciendo que como los delitos cometidos e investigados eran de jurisdicción militar, las normas aplicables serían las contenidas en el Código de Justicia Militar, en particular, la disposición del Artículo 514 que dictaba: “Cuando se haya cometido un delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere dado será el único responsable, y solo será considerado cómplice el inferior, cuando este se hubiere excedido en el cumplimiento de dicha orden.” Por lo tanto, dado el contenido material del artículo, la Cámara concluyó que si el único responsable en esta clase de delitos, era quien daba la orden, era porque a este sujeto se le atribuía el carácter de autor, en tanto no puede existir delito sin autor. Ello, en virtud de la estructura jerárquica de la institución militar, fundada en la obediencia del inferior y el mantenimiento de la disciplina como valor fundamental.

La consecuencia práctica de lo ya señalado, era que quien emitía una orden, sabía que invariablemente esta sería cumplida ya que si ello no se diera, no existiría la efectividad en el mando, y toda la estructura castrense carecería de operatividad. Por esto, el Tribunal consideró que si del contenido del Artículo 514 se desprendía que las ordenes se cumplirían de modo cierto, era porque se contemplaba la existencia de la autoría mediata. Así, la autoría mediata encontraría su razón de ser, en la medida en que quien imparte una orden dentro de la estructura militar, es quien domina el curso causal de la acción y de su mera voluntad depende la ejecución de la conducta típica, dando cabida entonces a la teoría del dominio del hecho como criterio diferenciador entre autores y partícipes en la legislación argentina.

Así, siguiendo la teoría del dominio del hecho, y aceptando la posibilidad del autor mediato en virtud del dominio sobre la voluntad a través de aparatos organizados de poder, la Corte adoptó los criterios clásicos para su configuración propuestos por Roxin, esto es, la existencia del aparato jerárquicamente organizado; la fungibilidad de sus ejecutores y; el apartamiento o la desvinculación al derecho.

En primer lugar, la Cámara consideró que la estructura militar debía ser considerada como un aparato de poder según lo visto, y por tanto, debía analizarse el elemento de la fungibilidad de los ejecutores.

Según el Tribunal, la fungibilidad de estos, es la característica según la cual, intervienen en el ilícito no como personas individualmente consideradas, sino como simples engranaje mecánicos o ruedecillas intercambiables¹³¹, de manera que el autor mediato solo requiere ejercitar el dominio –de manera directa- sobre los resortes del aparato¹³² para ejercer de manera indirecta el dominio sobre los ejecutores materiales.

Con esto, tras asumir que la institución militar, por sus características intrínsecas funciona como un aparato organizado de poder, y habiendo fundamentado el dominio que se ejerce a través de este sobre los autores directos en tanto estos son fungibles o intercambiables, la Cámara buscó agotar el tercer elemento de la autoría mediata por el dominio sobre los aparatos organizados de poder diciendo que los comandantes de cada arma tomaron la decisión de combatir la amenaza subversiva al margen del estado de derecho y a través de métodos atroces que atentaban contra la población civil. Con ello, aún cuando el sistema legal vigente continuó actuando con el mismo propósito de preservar la existencia del estado, la forma de combatir la insurgencia cambió, situándose al margen de todo ordenamiento jurídico para la ejecución de crímenes de manera sistemática y generalizada.

¹³¹ “El ejecutor concreto de los hechos pierde relevancia. El dominio de quienes controlan el sistema sobre la consumación de los hechos que han ordenado es total, pues aunque hubiera algún subordinado que se resistiera a cumplir, sería automáticamente reemplazado por otro que sí lo haría, de lo que se deriva que el plan, trazado no puede ser frustrado por la voluntad del ejecutor, quien sólo desempeña el rol de mero engranaje de una gigantesca maquinaria” Capítulo XX, Sección Séptima, Numeral 6

¹³² “El instrumento del que se vale el hombre de atrás es el sistema mismo que maneja discrecionalmente, sistema que está integrado por hombres fungibles en función del fin propuesto. El dominio no es entonces sobre una voluntad concreta, sino sobre una "voluntad indeterminada", cualquiera sea el ejecutor, el hecho igual se producirá [...] El autor directo pierde trascendencia, pues cumple un papel secundario en la producción del hecho. Quien domina el sistema domina la anónima voluntad de todos los hombres que lo integran” Capítulo XX, Sección Séptima, Numeral 6

A partir de la sustentación de la autoría mediata señalada *supra*, la Cámara concluyó que los comandantes ostentaban el dominio real de los hechos en la medida en que controlaban el aparato que los había producido, y por ende los crímenes no eran “el producto de la errática y solitaria decisión individual de quienes los ejecutaron, sino que constituyeron el modo de lucha que los comandantes en jefe de las fuerzas armadas impartieron a sus hombres.”¹³³ Esta conclusión resultaba evidente dadas la dimensión, magnitud, identidad de procedimientos y persistencia en el tiempo de los hechos¹³⁴, por lo cual solo pudieron ser perpetrados en cumplimiento de un plan superior otorgado desde las más altas esferas de decisión de un aparato de poder que funcionaba de manera automática, al servicio de los designios criminales de quienes lo controlaban, que en este caso, eran los comandantes de cada una de las armas que componían las fuerzas armadas.

A partir del criterio de imputación descrito *supra*, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, realizó la atribución de responsabilidad a los procesados en el presente caso del Juicio a Las Juntas.

1.1.F. ANÁLISIS CRÍTICO

Esta sentencia es, no solo la primera expresión jurisprudencial de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, sino además, la materialización del imperativo de garantía del ejercicio libre y pleno de los derechos humanos en la medida en que se investigaron las graves violaciones a

¹³³ Capítulo XX, Sección Séptima, Numeral 6

¹³⁴ El Tribunal dio por probado que la comisión de los crímenes estuvo a cargo de individuos que eran miembros de las fuerzas de seguridad del estado, organizadas vertical y disciplinadamente de lo cual y por tanto, resultaba prácticamente imposible que las crímenes se hubieren realizado, los centros de detención instalado, la logística reunido, el personal asignado, la estructura funcional aprovechada, la autoridad policial bloqueada y la victoria militar adjudicada por los comandantes, sin que hubieren mediado ordenes superiores e instrucciones expresas dictadas por aquellos.

derechos humanos ocurridas en Argentina durante el periodo de 1976 a 1983 y fueron sancionados penalmente los responsables de estas, especialmente aquellos sujetos que por su ubicación en las mas altas esferas de decisión del Estado, tuvieron la capacidad de planear y ordenar la comisión sistemática y generalizada de los graves crímenes ya relatados en el acápite correspondiente.

A tan solo dos años de la terminación del denominado “Proceso de Reorganización Nacional”, la trascendencia de esta sentencia esta dada por la adecuada comprensión de los fenómenos que se observaban, en punto de la particular forma de intervención en el delito que debía predicarse de los comandantes de cada arma. Ello en tanto que si bien no habían cometido de propia mano los delitos que se investigaban, era claro que por su posición funcional dentro del aparato estatal, ostentaron el dominio sobre el funcionamiento de este y ejercitaron esta capacidad, a través de la emisión de órdenes ilícitas para el combate contra la subversión.

Eso que llamamos “adecuada comprensión del fenómeno” no es otra cosa que la aplicación de la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder propuesta por Roxin.

Sin embargo, en retrospectiva, se encuentra que la sustentación de la figura se realiza de acuerdo a la elaboración teórica más prístina de Roxin, en la cual el criterio de la fungibilidad aparece como el factor decisivo para fundamentar el dominio por organización.

Con lo anterior, queremos decir que el excesivo recurso a la posibilidad de reemplazo en caso de que el ejecutor directo se resistiese a la realización de los designios criminales, como criterio fundamentador de dominio, no se atiene a los reparos formulados por la doctrina y referenciados en el acápite pertinente¹³⁵, con

¹³⁵La sentencia desconoce el denominado “déficit empírico de la fungibilidad” según el cual no es posible predicar una fungibilidad concreta en todos los supuestos, olvida que la fungibilidad puede variar de

lo cual, se reduce la solidez de la figura, en la medida en que allí donde la fungibilidad concreta no se presentare siempre la autoría mediata no tendría sustento.

En este sentido, se echa de menos lo que hemos llamado la “corrección empírica” que la considerablemente elevada disposición del ejecutor a realizar el hecho, aporta a la también empírica deficiencia de la fungibilidad entendida como criterio unívoco de determinación del dominio de los autores mediatos.

En suma, al ser pionera en la implementación de la figura bajo estudio, la sentencia acusa una debilidad que obedece al estado de la discusión para la época de su expedición, al tiempo que significa un primer escalón en la consolidación de la autoría mediata por el dominio sobre una organización cuando a los tres elementos propuestos por Roxin, precisa que el verdadero instrumento del que se vale el hombre de atrás es la organización como tal y no el ejecutor directo, lo cual es decisivo pues le permite dominar los cursos causales de los delitos mediante la automaticidad del aparato.

intensidad dependiendo de las particularidades de cada aparato, y no tiene en cuenta el criterio de la “especialidad criminal” que poseen ciertos ejecutores en virtud de la cual no serían fácilmente sustituibles.

2. EL CASO PERUANO

2.1 JUICIO A ABIMAEI GUZMÁN REINOSO

La Sala Penal Nacional adelantó el juicio en contra del otrora máximo dirigente del Partido Comunista del Perú – Sendero Luminoso (PCP-SL) Abimael Guzmán, expidiendo sentencia condenatoria el 13 de Octubre de 2006 bajo el expediente acumulado N. 560-03.

Ahora, no obstante los propios dirigentes del PCP – SL habían reconocido la comisión de más de 100.000 acciones armadas y solo 72 de ellas habían sido objeto de acusación fiscal, en el presente trabajo, dada su particularidad y extensión, solo se reseñarán con detalle las acciones conocidas como Masacre de Lucanamarca, realizadas de acuerdo a lo ordenado por el Comité Permanente de Sendero Luminoso, conformado por Abimael Guzmán Reinoso, Elena Yparraguirre Revoredo y Oscar Ramírez Durand, y sus implicaciones en lo relativo a la aplicación de la autoría mediata por dominio sobre organización.

2.1.A HECHOS RELEVANTES

El proceso fue adelantado contra MANUEL RUBÉN ABIMAEI GUZMÁN REINOSO, quien estudió Derecho y Filosofía en la Universidad San Agustín de Arequipa, tiene título de Abogado y bachiller en Filosofía, y con estudios de doctorado en Filosofía; acusado por los delitos contra la tranquilidad pública – terrorismo, terrorismo agravado, afiliación a organización terrorista e incitación y apología del terrorismo en agravio del Estado, y por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud - homicidio calificado en agravio de Zaragoza Allauca Evanan y otros (caso Lucanamarca); ELENA ALBERTINA YPARRAGUIRRE REVOREDO; OSCAR ALBERTO RAMÍREZ DURAND Y OTROS.

Sendero Luminoso, surgió entre 1963 y 1979, de una facción del Partido

Comunista del Perú, habiéndole declarado la guerra al estado peruano el 17 de Mayo de 1980, desarrollando desde ese momento la denominada lucha armada que ocasionó la pérdida de numerosas vidas en la geografía peruana.

A Abimael Guzmán Reinoso, se le conocían los alias de "Gonzalo", "Alvaro" o "Juan", era el máximo líder, Jefe o Presidente del grupo terrorista, tanto en los aspectos político, ideológico y militar, así como el Jefe de la Comisión Militar del Ejército Guerrillero Popular, Presidente del Comité Organizador de la República Popular de la Nueva Democracia.

Respecto del grupo subversivo como tal, se tiene como hecho probado que Sendero Luminoso era una organización amparada por la clandestinidad, que no solía reivindicar las acciones armadas que pudieran restarle simpatía entre las “masas”.

Ahora bien, frente a la delimitación del objeto del juicio, se tiene que, no obstante los propios dirigentes del Partido Comunista del Perú – Sendero Luminoso (PCP – SL) habían reconocido la comisión de mas de 100.000 acciones armadas a lo largo y ancho del Perú, solo 72 de ellos serian objeto de la acusación fiscal, comprendidos desde el 27 de mayo de 1980 –fecha de la inicio de la guerra popular contra el estado peruano- hasta junio de 1991.

Dentro de esta lógica, y por la particularidad y extensión de cada uno de los atentados contra la vida realizados por Sendero Luminoso, en el presente trabajo se reseñarán con precisión las acciones conocidas como Masacre de Lucanamarca las cuales fueron realizadas de acuerdo a lo ordenado por el Comité Permanente de Sendero Luminoso, conformado por Abimael Guzmán Reinoso, Elena Yparraguirre Revoredo y Oscar Ramírez Durand.

MASACRE DE LUCANAMARCA

El PCP-SL había ingresado por primera vez a la población de Lucanamarca en el año 1982, y desde esa fecha había venido aumentando su presencia militar en la zona, al punto de que en enero de 1983 incursionaron aproximadamente 75 senderistas y cumpliendo órdenes superiores, asesinaron al juez de paz en la plaza pública del pueblo. El propósito de este crimen era tener vía libre para nombrar a miembros del PCP-SL dentro de las autoridades del pueblo, realizar juicios populares e implantar un nuevo modo de vida de acuerdo a las convicciones ideológicas del partido.

Tras el crimen del juez, el 16 de febrero de 1983 alrededor de 100 senderistas armados incursionaron nuevamente en el pueblo, ocasionándoles la muerte a tres miembros de una misma familia en la plaza pública para posteriormente arrasar con los ganados de su propiedad. Esta acción criminal ocasionó la intervención de la policía a instancias de los pobladores, lo cual desencadenó un enfrentamiento en que los senderistas fueron expulsados y el orden restablecido mediante la instrucción dada por la policía a los pobladores en el sentido de que se organizaran para hacerle frente a la subversión.

Siendo así, en el mes de marzo de 1983, algunos habitantes de la población localizaron a un grupo de senderistas, procediendo a asesinarlos y robar su armamento. Dentro de las 8 víctimas, se encontraba uno de los individuos que comandó la incursión armada en que fue asesinado el juez de paz de la población.

Mientras lo anterior ocurría en Lucanamarca, en Lima se celebraba la II Sesión Plenaria del Comité Central Ampliado del PCP-SL al que habían asistido los miembros del Comité Regional Cangallo-Fajardo, situado en la comunidad de Lucanamarca, para reunirse con la dirección central y recibir las instrucciones para responder al crimen de su dirigente.

Dentro de ese contexto, el acusado Guzmán Reinoso dio las órdenes para que los Comités Regionales reaccionaran para sofrenar las reacciones de la población y

así responder contundentemente a los pobladores de Lucanamarca, denominados “mesnadas”

En cumplimiento de aquella orden, impartida por el máximo dirigente del PCP-SL, el 3 de abril de 1983 las fuerzas subversivas emprendieron la marcha con destino a Lucanamarca, “asesinando en su camino a las personas que encontraron, no habiendo hecho ninguna discriminación entre niños¹³⁶, ancianos e incluso mujeres embarazadas a quienes victimaron [...] con hachas y machetes con los que destrozaron sus cráneos”.¹³⁷

Una vez incursionaron en el pueblo de Lucanamarca, los senderistas reunieron a los pobladores

“en la puerta de la Iglesia a quienes después de obligarlos a colocarse en el suelo en posición de cubito ventral les dispararon con armas de fuego, rematándolos con golpes de hachas y machetes, a la vez que hacían arengas al presidente Gonzalo, todo ello en presencia de las mujeres y niños del pueblo a quienes desistieron de matar, porque providencialmente un niño gritó que los sinchis venían teniendo que huir, no sin antes quemar el local del Concejo”¹³⁸

Con esta incursión, los miembros del PCP-SL ejecutaron una de sus más atroces masacres, ocasionándole la muerte a un total de 69 personas, tras lo cual, el propio Abimael Guzmán Reinoso, en la llamada “Entrevista del Siglo”, publicada en el periódico clandestino “El Diario” aseguró:

“Frente al uso de mesnadas y la acción militar reaccionaria

¹³⁶ 26 de las víctimas fueron menores de 18 años, entre ellos un niño de 18 meses.

¹³⁷ Páginas 82 - 84

¹³⁸ Ídem

respondimos contundentemente con una acción: Lucanamarca, ni ellos ni nosotros la olvidamos, claro, porque ahí vieron una respuesta que no se imaginaron, ahí fueron aniquilados más de 80, eso es lo real; y lo decimos, ahí hubo exceso, como se analizara en el año 83, pero toda cosa en la vida tiene dos aspectos: nuestro problema era un golpe contundente para sofrenarlos, para hacerles comprender que la cosa no era tan fácil; en algunas ocasiones, como en ésta, fue la propia Dirección Central la que planificó la acción y dispuso las cosas, así ha sido. Ahí lo principal es que les dimos un golpe contundente y los sofrenamos y entendieron que estaban con otro tipo de combatientes del pueblo, que no éramos los que ellos antes habían combatido, eso es lo que entendieron; el exceso es el aspecto negativo. [...] Si a las masas les vamos a dar un conjunto de restricciones, exigencias y prohibiciones, en el fondo no queremos que las aguas se desborden; y lo que necesitábamos era que las aguas se desbordaran, que el huayco entrara, seguros de que cuando entra arrasa pero luego vuelve a su cauce. Reitero, esto está explicado por Lenin perfectamente; y así es cómo entendemos ese exceso. Pero, insisto, ahí lo principal fue hacerles entender que éramos un hueso duro de roer, y que estábamos dispuestos a todo, a todo.”¹³⁹

2.1.B. POSICIÓN DEL ENTE ACUSADOR

El Fiscal de la Tercera Fiscalía Superior Penal Nacional, formuló acusación fiscal contra: Manuel Rubén Abimael Guzmán Reinoso, por los delitos contra la tranquilidad pública – terrorismo, terrorismo agravado, afiliación a organización

¹³⁹ Entrevista Al Presidente Gonzalo. Web: http://www.solrojo.org/pcp_doc/pcp_0688.htm. Fecha de consulta: 2 de Marzo de 2011

terrorista en agravio del Estado, y por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud - homicidio calificado en agravio de Zaragoza Allaucca Evanan y otros (caso Lucanamarca).

El Fiscal le imputó al procesado:

“Ser el máximo dirigente de la organización PCP “Sendero Luminoso”, presidiendo el Comité Central, el Comité Permanente y el Buró Político, organismos de la más alta jerarquía dentro de la organización, habiendo liderado la denominada lucha armada desde sus inicios, provocando mediante la realización de actos terroristas a través de sus cuatro formas de lucha (propaganda, agitación, sabotaje, aniquilamiento selectivo y combate guerrillero) alarma, temor y zozobra en la población, ocasionando incalculables daños materiales y pérdida de vidas humanas”¹⁴⁰

Así mismo, a Abimael Guzmán Reinoso, “en su condición de máximo jefe de la organización se le imput[ó] el hecho de haber ordenado la masacre contra sesenta y nueve pobladores de la localidad de Lucanamarca y lugares aledaños”¹⁴¹, compartiendo esta responsabilidad con los demás miembros del Comité Central así como con los integrantes del Comité Zonal Cangallo Fajardo, organismo intermedio de Sendero Luminoso, en la realización de aquella masacre.

El Fiscal dio por hecho, que Abimael Guzmán Reinoso, en su condición de dirigente, líder máximo y jefe de la organización subversiva, planificó el accionar terrorista aprobando los planes estratégicos, ordenando los atentados y

¹⁴⁰ Página 168

¹⁴¹ Ídem

autorizando el apoyo logístico para los Comités que dependían del Comité Central, tanto en material explosivo y armamento como llevando el cuadro estadístico de todas las acciones por campañas.

A partir de los anteriores supuestos, el Fiscal realizó la atribución de responsabilidad a Abimael Guzmán Reinoso en su condición de dirigente, valiéndose del empleo de la figura de la autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder toda vez que planificó el accionar terrorista, aprobando los planes estratégicos, ordenando los atentados y autorizando el apoyo logístico para los Comités que dependían del Comité Central.

La acusación, en lo pertinente, también se dirigió en contra de:

Elena Albertina Yparraguirre Revoredo, secretaria general de Sendero Luminoso miembro del Comité Central, Comité Permanente y Buró Político, quien en virtud de dicha ubicación compartía responsabilidad con Guzmán Reinoso en la marcha organizativa, ideológica, política y militar, participando por tanto en la toma de decisiones y la planificación de las acciones terroristas que ejecutaban los miembros de la organización

Oscar Alberto Ramírez Durand, “uno de los fundadores del Partido Comunista del Perú Sendero Luminoso y miembro titular del Comité Permanente quien recibía de Guzmán Reinoso la línea política, directivas y órdenes generales para las acciones armadas, en reuniones del Comité Central que sostenían en Lima al menos una vez al año [...] Responsable juntamente con Guzmán Reinoso e Yparraguirre Revoredo, quienes conformaban el Comité Permanente, por haber impartido desde este Organismo de dirección, la masacre contra los pobladores de Lucanamarca, que fue ejecutada por los integrantes del Comité Regional Cangallo Fajardo, en una actitud de venganza a la oposición y rechazo mostrado por los campesinos (mesnadas) a los fines del partido.”¹⁴²

¹⁴² Página 18

2.1.c POSICIÓN DE LA DEFENSA

Dentro de las actuaciones de fondo realizadas por las defensas, se encuentra una solicitud de nulidad propuesta por los apoderados de los procesados Abimael Guzmán Reinos y otros, menos Oscar Alberto Ramírez Durand.

Sustentaron su petición en el inciso primero del artículo 298 del Código de Procedimientos Penales¹⁴³, ya que a su juicio, la calificación jurídica de los hechos como terrorismo no se atenía al principio de legalidad y por ende, vulneraba las garantías establecidas por la ley. Ello, toda vez que el tipo de terrorismo no lograba comprender la verdadera naturaleza de los hechos, que correspondía a un contexto de “guerra popular” dentro del cual debían ser valorados aquellos.

Con base en la misma disposición legal, solicitaron una declaración de nulidad con respecto al auto de enjuiciamiento oral dictado por la Sala Penal Nacional, y frente a la acusación del Fiscal, toda vez que el primero acoge la tesis de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder propuesta por la segunda. En criterio de la defensa técnica, esta figura no tenía asidero en el Código Penal, no era aplicable a organizaciones revolucionarias, y además violentaba la responsabilidad del hecho individual.

Por otra parte, frente a la forma de imputación individual utilizada por el Fiscal, la defensa se opuso a la aplicación de la tesis de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder propuesta inicialmente por Roxin, con base en los siguientes argumentos:

Que dicha tesis no había sido aceptada mayoritariamente ni en la doctrina ni en la jurisprudencia comparada; que solo había sido aplicada frente a delitos

¹⁴³ "Artículo 298: La Corte Suprema declarará la nulidad: 1. Cuando en la sustanciación de la instrucción, o en la del proceso de juzgamiento, se hubiera incurrido en graves irregularidades u omisiones de trámites o garantías establecidas por la Ley Procesal Penal;

cometidos por agentes estatales; que la figura solo había sido adoptada por el Código Penal de 1991 y por ende no podía ser aplicada a hechos cometidos con anterioridad; que en Perú no existía doctrina en la materia; que no podía ser aplicada frente a organizaciones no estatales porque allí no existía el deber de obediencia ni la consecuente transferencia de responsabilidad al superior; que en las hechos imputados no se probaba la existencia del dominio de la voluntad ejercido por los autores mediatos sobre los ejecutores directos; y que en el caso concreto no podía predicarse la fungibilidad de los ejecutores ya que los cuadros del SL-PCP no eran libremente intercambiables.

2.1.D. DECISIÓN JURISDICCIONAL DE PRIMERA INSTANCIA

La Corte en primer lugar, precisó que el juicio no se adelantaba sobre una organización política, sino que antes bien, se trataba de juzgar a los procesados, por las conductas por ellos cometidas, es decir, por la dirección de “una organización terrorista y decidir, planificar, ejecutar y controlar la realización de numerosos y sistemáticos atentados que constituye[ro]n graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario.”¹⁴⁴ En este mismo sentido, el Tribunal hizo hincapié en que no se estaba ante un juicio político como fue reiteradamente expuesto por las defensas, en la medida en que se sustentaba exclusivamente sobre acusaciones ceñidas a la ley penal preexistente a los delitos que se imputaban a los procesados.

Con respecto al alegado carácter terrorista de Sendero Luminoso, la Corte no entró en discusiones filosóficas, y manifestó:

“que las organizaciones terroristas se definen como tales por razones técnicas relativas a su estructura, repertorio de actividades y a sus objetivos, con independencia de la orientación ideológica que profese, y en ese sentido se ha

¹⁴⁴ Página 72

de advertir que el terrorismo supone un extremismo de los medios, no necesariamente de los fines”¹⁴⁵.

Con ello, la Corte hizo énfasis en que no le correspondía asignar una calificación ética, política o histórica al movimiento Sendero Luminoso, sino que estaba llamada a realizar el análisis jurídico de los hechos que conformaban la imputación del Fiscal.

Por otra parte, como ya se señaló en el acápite de hechos, Sendero Luminoso era una organización clandestina que procuraba dejar la menor cantidad de huellas frente a sus acciones armadas y por ello, la Corte manifestó que la apreciación de la prueba se haría de acuerdo a ciertos matices especiales. Con ocasión de ello, la Corte tuvo la oportunidad de decir que:

“el descubrimiento de la verdad encuentra muchos obstáculos y con seguridad finalmente no se llega a establecer la verdadera magnitud de las actividades ilegales de las mismas y de sus integrantes. A esa dificultad cabe añadir, el factor tiempo, pues han pasado más de catorce años desde que se efectuaron las últimas investigaciones policiales, lo que sin duda influye sobre la capacidad de memoria de los testigos y peritos, así como que algunas fuentes de prueba llegan a perderse por la burocracia y el no registro y custodia adecuado de los instrumentos y efectos del delito [...] En tal sentido la doctrina procesal ha establecido que la presunción de inocencia puede ser enervada con la declaración de un coimputado o la sola declaración de la víctima o un testigo [se ha superado el principio *testis unus, testis nullus*], siempre que tal declaración reúna los siguientes requisitos: a) ausencia de

¹⁴⁵ Ídem, (Citas del original omitidas)

incredibilidad subjetiva [en el caso del coimputado incriminador, se requiere autoinculpación], b) verosimilitud de la declaración, concurrencia de corroboraciones periféricas objetivas, y c) persistencia de la incriminación, ausencia de ambigüedades y de contradicciones”¹⁴⁶

Uno de los aspectos que se desprende de lo anterior, es que la Sala adujo estar facultada para incorporar pruebas de oficio, bajo el entendido de que el fin del proceso penal es la averiguación de la verdad, y que además no debe confundirse

“imparcialidad con neutralidad, pues el juez no es un árbitro, máxime cuando se ventilan judicialmente hechos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos, pues no otra calificación tienen los derechos a la vida y a la integridad física de las personas que son objeto de atentados por grupos armados organizados”¹⁴⁷

Frente a la nulidad relacionada con la imputación a título de autores mediatos a través de aparatos organizados de poder contenida en la acusación fiscal, la Sala estableció que la discusión de la categoría de imputación a usar, es una discusión de fondo que solo se presenta una vez que se han determinado cuales son los hechos probados, y se ha realizado la calificación jurídica de los mismos. Por esta razón declara improcedente el recurso.

La Corte también elabora una caracterización del derecho penal, según la cual este es un “sistema discontinuo de ilicitudes”, en el que los tipos penales por si solos, no están en capacidad de comprender íntegramente la totalidad de las dimensiones y consecuencias dañosas que tiene un fenómeno social. En esta

¹⁴⁶ Páginas 75 – 76 (Citas del original omitidas)

¹⁴⁷ Página 80

premisa, se basa la negativa impartida por la Sala, con respecto a la solicitud de nulidad elevada por la defensa, según la cual el tipo penal de terrorismo no era capaz de aprehender holísticamente la noción de “guerra popular”. En otras palabras, la Sala Penal le respondió a las defensas, afirmando que el derecho penal, dada su naturaleza, no estaba capacitado para enjuiciar ese constructo ideológico denominado “guerra popular”, pero si estaba en condiciones de individualizar detalladamente cuales fueron las conductas punibles que por separado integraron aquel sistema de injusto, y en función de la comisión sistemática del crimen mas grave, se le asignaría tal la naturaleza a la organización a través de la cual se pudieron cometer los delitos.

La Sala Penal prosiguió su análisis frente al tipo penal de pertenencia a grupo dirigencial de organización terrorista. En este punto, estableció que las organizaciones delictivas son sistemas de injusto en los cuales sus integrantes “se hallan funcionalmente organizados para obtener fines delictivos” y están revestidas de un carácter institucional que las diferencia de las asociaciones para delinquir netamente coyunturales.

Acto seguido, realizó una caracterización detallada de la estructura, composición y mecanismo de acción del Partido Comunista del Perú- Sendero Luminoso, según el cual, este era:

“una organización ilícita, con una estructura y dirección claramente establecidas y diferenciadas. Los organismos de dirección estaban constituidos por el Comité Central, el Buró Político y el Comité Permanente, llamado también Dirección Central; los que gobernaban el conjunto de la organización sancionando los acuerdos y estableciendo las directivas y consignas que debían ser ejecutadas por todos los aparatos y comités de la organización [...] Los miembros que formaban parte del Partido Comunista del Perú-Sendero

Luminoso, sean estos dirigentes, cuadros, militantes, combatientes o “masas” estaban subordinados por jerarquía a los acuerdos de los organismos de dirección, las directivas y las consignas, las que obligatoriamente debían ser cumplidas, por estricta aplicación de los principios de centralismo y disciplina, correspondiendo a los miembros encargados de la ejecución de los atentados la planificación en concreto de cada acción, elaborando el denominado Plan Operativo Táctico, que se componía de cinco pasos^{148,149}

Como los miembros del Comité Central ostentaban su mando a nivel nacional¹⁵⁰, se había determinado además que los hechos imputados constituían el delito de terrorismo, que la estrategia diseñada desde la cúpula de la organización apuntaba a la realización masiva y sistemática de hostigamientos y atentados, bajo el mismo procedimiento reglado, en aras de doblegar a la sociedad y al estado peruano a través de la zozobra generalizada. La Sala Penal concluyo, de acuerdo a lo señalado *supra*, que a la organización Sendero Luminoso, debía considerársele como organización terrorista en la medida en que el terrorismo era considerado el delito mas grave y se había cometido de manera sistemática por la organización.

Una vez la Sala Penal calificó jurídicamente las conductas como terrorismo, procedió a establecer las bases de la imputación individual sobre las cuales iba a realizar la atribución de responsabilidad a cada uno de los procesados.

Con ocasión de ello, la Corte resolvió las objeciones planteadas por la defensa,

¹⁴⁸ Todo Plan Operativo Táctico en Sendero Luminoso contenía la asunción de tres objetivos: político, militar y de construcción. Los cinco pasos de todo atentado eran: tipo de acción, distribución de fuerzas y medios, preparación del plan, la ejecución y el balance

¹⁴⁹ Página 155

¹⁵⁰ Con lo cual podían ser castigados con cadena perpetua de acuerdo al Artículo 3, inciso a del Decreto Ley 25475 que dice: Artículo 3.- Penas aplicables. La pena será: a. Cadena Perpetua: Si el agente pertenece al grupo directivo de una organización terrorista sea en calidad de líder, cabecilla, jefe, secretario general u otro equivalente, a nivel nacional, sin distinción de la función que desempeñe en la organización

relativas a que no debía ser aplicada la teoría de la autoría mediata por el dominio sobre un aparato organizado de poder. La respuesta que ofrecida el Tribunal, consistía básicamente en adoptar la figura de la autoría mediata por dominio sobre aparatos organizados de poder, y aplicarla en el caso concreto, atribuyéndole los delitos que fueron parte de la acusación fiscal al procesado Abimael Guzmán Reinoso.

Ello, en tanto encontró probado que:

“el acusado desde la cúspide del aparato dominaba todos los aparatos de la organización, los que recibían las directivas [y] no sólo ejercía ampliamente su capacidad de definición y decisión de las actividades ilícitas, en términos de dar órdenes directas o a través del desarrollo y aplicación del programa criminal, sino también se servía de determinados principios como el centralismo y la disciplina para tener bajo sujeción a los miembros de la organización.”¹⁵¹

Frente a su participación concreta en la Masacre de Lucanamarca, la Corte consideró que su intervención fue directa, con base en lo dicho por

“Oscar Alberto Ramírez Durand en el juicio oral y público [quien sostuvo] que fue la Dirección Central con su coacusado Guzmán Reinoso a la cabeza, quienes decidieron darle un golpe contundente a los mismos, a los que calificaba de mesnadas, por estar en contra de su organización, es decir, se trató de una acción en represalia porque los miembros de la citada comunidad campesina dieron muerte a un líder local de Sendero

¹⁵¹ Página 170

Luminoso. Orden que se produjo en circunstancias que se llevaba a cabo un evento partidario, y que los miembros del Comité Zonal Cangallo habían ido a la Capital para darle cuenta personalmente de lo acontecido en Lucanamarca.”¹⁵²

Por ende, la Sala Penal declaró que Abimael Guzmán Reinoso era responsable de los actos contra la vida que se le imputaban

“dado el nivel que ostentaba en el Partido Comunista del Perú – Sendero Luminoso y toda su participación en el proceso de aprobación de los planes de acciones armadas, órdenes concretas y sistemas de control de toda la organización, resulta ser el máximo y principal responsable de todos los hechos declarados [...] **siéndole atribuible su intervención en calidad de autor mediato por dominio en organización** de los delitos de terrorismo agravado [...] el delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud-Homicidio Calificado”¹⁵³

Con respecto a los acusados Elena Albertina Yparraguirre Revoredo y Oscar Alberto Ramírez Durand, la sala consideró que la posición real de los acusados se ubicaba:

“en la cúspide de la organización, teniendo la máxima responsabilidad en su conducción y en la actividad ilícita desplegada a lo largo de varios años, a través de las decisiones adoptadas como parte de la Dirección Central, Comité Permanente, Buró Político y Comité Central, de los

¹⁵² Página 171

¹⁵³ Página 173 (Subrayas fuera del original)

cuales dependían jerárquicamente los demás organismos y aparatos.”¹⁵⁴

Por lo tanto, conforme ejercían un dominio sobre la organización los delitos les eran atribuibles en calidad de autores mediatos.

De esta manera, frente a los 3 acusados señalados precedentemente y aunadas las procesadas Margi Eveling Clavo Peralta, Margot Lourdes Liendo Gil, Victoria Obdulía Trujillo Agurto, Martha Isabel Huatay Ruiz se empleó la tesis de la autoría mediata por dominio sobre organización como mecanismo para fincar responsabilidad en los sujetos que se ubicaron en las mas altas posiciones de poder dentro de PCP-SL.

Tanto Abimael Guzmán Reinoso como Elena Albertina Yparraguirre fueron condenados a la pena privativa de libertad de cadena perpetua, tomando en consideración su ubicación privilegiada en el vértice de la organización, y la gravedad, trascendencia y magnitud de los crímenes cometidos a través de esta.

2.1.E. FÓRMULA DE IMPUTACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

A juicio del Tribunal, la doctrina empleada para la determinación del autor, era importante en la medida en que permitía probar el carácter sistemático de las conductas bajo examen, sobre todo si se tenía presente “la problemática de imputación penal de la persona que desde la cúspide de un aparato de poder organizado [...] dirige y da órdenes para que se cometan delitos por parte de ejecutores que son penalmente responsables”.¹⁵⁵

¹⁵⁴ Página 178

¹⁵⁵ Página 158

La Corte, contrario a lo argüido por la defensa, encontró que la teoría de la autoría mediata por dominio en organización era posición dominante en la doctrina y en la jurisprudencia alemana.

Asimismo afirmó que no existía un concepto ontológico de autor sino que existían conceptos doctrinales, y en consecuencia, si el Artículo 100 del Código Penal de 1924 no establecía una definición de autor, le “correspondía a la doctrina y a los jueces establecer los alcances del concepto de autoría o de los tipos o formas de autoría”¹⁵⁶.

La Sala Penal resaltó la importancia de la aplicación de la figura diciendo:

“La aparición del dominio de la organización responde al hecho que las demás categorías penales, en concreto las reglas de la autoría y participación, son insatisfactorias para explicar y resolver los casos de intervención de los que dirigen y controlan una organización”¹⁵⁷

Para acto seguido, recordar los presupuestos básicos de la misma, de acuerdo a la tesis de Roxin: “a) la existencia de una fuerte estructura jerárquica a disposición del hombre de detrás, un aparato organizado de poder; b) la fungibilidad de los ejecutores; y c) la organización debe operar desligada del ordenamiento jurídico.”¹⁵⁸

Llegados a este punto, la Corte asumió la noción del dominio escalonado dentro de las estructuras de poder, según la cual:

“la calificación de autor mediato en virtud del dominio sobre la organización puede recaer sobre cualquier

¹⁵⁶ Página 159

¹⁵⁷ Página 161

¹⁵⁸ Ídem

persona que ocupe un lugar desde el que pueda impartir órdenes al personal subordinado. Lo único relevante sería que detente la capacidad de dirigir la parte de la organización que le está subordinada sin tener que dejar a criterio de otros la realización del delito”¹⁵⁹

Así mismo, frente al reparo de que la autoría mediata no sería aplicable a organizaciones no estatales, la Sala resolvió esta objeción, citando el contenido de una conferencia dictada por el Profesor Roxin entre el 6 y 7 de noviembre de 2002 en la Universidad de Lusíada de Lisboa (Portugal), donde afirmó que:

“El modelo presentado de autoría mediata no solamente alcanza a delitos cometidos por aparatos de poder estatal, sino también rige para la criminalidad organizada no estatal y para muchas formas de aparición del terrorismo. Los conceptos mencionados son difíciles de delimitar, pues se entrelazan entre ellos. No obstante, no importa la calificación que se les dé, sino solamente el si están presentes los presupuestos descritos del dominio de la organización”¹⁶⁰

A juicio del Tribunal, el PCP-SL en tanto estructura organizada a partir de una rígida jerarquía, con verticalidad en el mando y disciplina férrea de sus miembros, que contaba con niveles de decisión claramente determinados y sobre la cual ejercía control el acusado Guzmán Reinoso, constituía un verdadero aparato organizado de poder.

Prueba de ello sería, el que Comité Central de la organización, por medio de la cúpula que lo integraba, tenía el poder fáctico de dominio sobre todo el

¹⁵⁹ Página 162. En consecuencia, para que se configure la autoría mediata, la Corte establece que no es necesario que el hombre de atrás se encuentre en el vértice de la organización.

¹⁶⁰ Ídem

aparato¹⁶¹, toda vez que de manera centralizada y mediante una rígida disciplina controlaba la marcha de todas las operaciones realizadas a lo largo y ancho del país.

Era tal el dominio ejercido por la cúpula de la organización, que incluso, solo con el uso de gestos y practicas particulares, los dirigentes eran capaces de impartir órdenes que se traducían en procedimientos reglados, destinados al “aniquilamiento” de quien hubiera sido calificado como “objetivo militar”. A su vez, la dirección no solo podía desencadenar fácilmente la ejecución de conductas delictivas sino que además estuvo en capacidad de detener los cursos criminales siempre que lo encontró necesario, haciendo aún mas notorio el efectivo control y dominio que tenia sobre SL-PCP, el Comité Central del mismo, integrado, entre otros, por su máximo dirigente, Abimael Guzmán Reinoso.

Ahora, frente a la objeción relativa a la imposibilidad de predicar autoría mediata a quien se ha servido de un “instrumento” penalmente responsable para la comisión de delitos, la Sala Penal concluyó que:

“el dominio de la organización no niega la libertad con la que actúa el ejecutor material en la realización del delito, pero lo hace bajo los vínculos de disciplina, sujeción y espíritu de grupo a los que se encuentra sometido, situación que lo lleva a asumir la decisión y perpetración del hecho punible. El sujeto, más allá de si siente el hecho como suyo o ve en él algún tipo de beneficio, sabe que la obra no le pertenece tanto como a la organización. Si no actuara a cuenta del aparato de poder, difícilmente hubiera cometido el hecho por su iniciativa y riesgo. En su comportamiento no se ve reflejado él, sino el ente colectivo y los jefes y mandos

¹⁶¹ El PCP-SL se regía de tal manera que la individualidad de sus integrantes estaba articulada en función del colectivo.

a los que obedece.”¹⁶²

Por otra parte, para explicar la forma en que funcionaba el dominio de la voluntad, la Corte estableció que el dominio de la voluntad no operaba de modo directo sobre el ejecutor, sino de modo indirecto sobre el aparato que es controlado por el autor mediato. Por ello “lo decisivo de la conducción del aparato, y segundo, la vinculación, la pertenencia y subordinación por parte del ejecutor a la jerarquía del aparato”¹⁶³ hacen que este dominio indirecto sea verdaderamente determinante a la hora de controlar la realización de las conductas delictivas. En este sentido, para la Sala Penal el elemento central que fundamenta el dominio por organización es el aprovechamiento de la predisposición que tiene el ejecutor material para la realización de la orden delictiva.

Siendo así, quedó claro que la Sala Penal le restó importancia al criterio de la fungibilidad, en la medida en que sigue la tesis de Meini según la cual la fungibilidad de los ejecutores directos no fundamenta dominio alguno, siendo un mero dato fáctico que a lo sumo, ofrece mayores probabilidades de ejecución del crimen.¹⁶⁴

En consecuencia, el Tribunal empleó la tesis de la autoría mediata por dominio sobre la organización sin acudir a la fungibilidad como criterio principal, no sin antes establecer que el dominio se fundamenta a partir de que el autor mediato se vale del control que ejerce sobre la funcionalidad del aparato, y con ello, encuentra en la vinculación y predisposición del ejecutor para el cumplimiento de las ordenes impartidas, un elemento que le garantiza certeza en la ejecución de los crímenes. En suma, la Corte concluyó que el “dominio sobre la organización consiste en el aprovechamiento de la predisposición del ejecutor para realizar la

¹⁶² Pagina 167

¹⁶³ Página 165

¹⁶⁴ Ello no implica que prescinda de la fungibilidad, ya que la propia Sala Penal establece que es necesario que exista una reserva suficientemente grande de ejecutores dispuestos para realizar el crimen. El efecto de la posición asumida por el fallador, es el desplazar la fungibilidad como elemento fundante del dominio.

orden.”¹⁶⁵

Como postrer aporte, la Corte halló mayor respaldo jurídico para la aplicación al caso de la autoría mediata por el dominio sobre organización, en la disposición contenida en literal a) del inciso 3 del artículo 25º del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que dicta:

“De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o **por conducto de otro**, sea éste o no penalmente responsable.” (Subrayas fuera del texto original)

2.1.F. FÓRMULA DE IMPUTACIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Esta sentencia fue expedida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema De Justicia del Perú, el 26 de Noviembre de 2007, resolviendo el Recurso de Nulidad N° 5385-2006.

En esta ocasión, la Corte Suprema recogió los argumentos prohijados por la Sala Penal, en el sentido de que los hechos materia del juicio debían ser valorados desde una perspectiva eminentemente jurídica, en la cual las posibles motivaciones políticas de los actos, carecían de relevancia jurídica, justo desde el momento en que los medios empleados fueron tan desproporcionados y atroces, que atentaron gravemente contra la sociedad peruana en general.

De la misma manera, la Corte Suprema reiteró el criterio expuesto por la Sala Penal, según el cual los hechos de terrorismo que se conocieron en el presente caso, era una manifestación de criminalidad especialmente organizada y por ello,

¹⁶⁵ Página 166

aportó una descripción de este tipo de organizaciones, que cometen acciones terroristas según las siguientes características:

“(i) Permanencia delictiva; es decir, la existencia temporal indeterminada y dinámica de la organización terrorista, a fin de realizar sus planes y programas delictivos;

(ii) Vocación delictiva indeterminada: la organización criminal y en particular, la organización terrorista Sendero Luminoso concretó sus planes a través de la comisión de un conjunto masivo e indeterminado de actos delictivos;

(iii) Estructura jerarquizada rígida o flexible, en la que dicha organización funcionó mediante un sistema de roles, mandos o tareas distribuidos racionalmente de manera vertical;

(iv) Alcance nacional de sus actos, con proyección internacional, concretados en atentados, sabotajes, aniquilamientos, agitación o propaganda terroristas, en el ámbito urbano y rural;

(v) Red de fuentes de apoyo ideológico, técnico, operativo o social que se evidenciaron en el funcionamiento de órganos como los que la Sala Suprema ha descrito en el considerando precedente.

b) De manera sistemática y en función de planes elaborados, transmitidos e implementados desde las estructuras superiores y centralizadas de la organización criminal.

c) Por personas, plenamente responsables, pero pertenecientes a una estructura colectiva, a quienes se les juzga de acuerdo a los criterios de imputación individual, aplicables a cualquier delito y a cualquier ciudadano.

d) Poniendo en peligro el funcionamiento de las condiciones fundamentales de convivencia social, trascendiendo incluso a los daños a bienes jurídicos individuales.

e) Causando graves perjuicios personales y materiales, cuya determinación efectiva y probable, debe realizarse de acuerdo a criterios amplios.

f) Haciendo uso de medios especialmente violentos, arteros y crueles.”¹⁶⁶

Con esta caracterización, el *ad quem* sostuvo la tesis del *a quo*, en el sentido de afirmar que el PCP-SL constituía un verdadero aparato de poder, como primer elemento para predicar la autoría mediata por el dominio sobre la organización.

Ahora, cuando intentó responder la objeción de no aplicabilidad de la autoría mediata en supuesto de aparatos de poder no estatales, la Corte Suprema manifestó que dicha tesis podía ser aplicada tanto a actores estatales, como a actores no estatales, siempre que existiera

“una estructura jerárquica, con ejecutores fungibles y en el que el hombre de atrás ejerza un dominio del hecho, cuya decisión se trasmita a través de una cadena de mando, en la

¹⁶⁶ Páginas 12 - 13

que cada agente trasmisor sea igualmente un autor mediato".¹⁶⁷

De esta forma, lo importante no sería el carácter estatal o no de la organización, sino el mecanismo a través del cual opera para la comisión de los crímenes, es decir la rígida jerarquía, la disciplina de los miembros, la verticalidad en el mando, la intercambiabilidad de los ejecutores y el dominio de ciertos sujetos sobre el aparato, de tal manera que pueden confiar en que las ordenes dadas serán realizadas en virtud de la automaticidad que reviste la estructura.

Como puede verse en los párrafos anteriores, el *ad quem* modificó el criterio establecido por el *a quo* en el sentido de que estableció que la fungibilidad de los ejecutores era el verdadero fundamento del dominio, en contravía de la noción expuesta en primera instancia, según la cual lo determinante para fundamentar el dominio por organización es la predisposición para la ejecución de las ordenes por parte de los autores directos y no la intercambiabilidad de aquellos, que solo supone una mayor probabilidad de realización de los delitos.

En punto de la fungibilidad, la Corte manifestó que dentro de los aparatos organizados de poder, la fungibilidad de los ejecutores no es simultánea, sino sucesiva, queriendo decir con ello que la posibilidad de reemplazo no siempre es inmediata, lo cual no obsta para que el hecho quede asegurado a través de la sustitución más que probable del ejecutor.

En últimas, el *ad quem* siguió los elementos clásicos de la autoría mediata, esto es, la existencia de un aparato jerárquicamente organizado; la fungibilidad de los ejecutores, y; el apartamiento del ordenamiento jurídico, para concluir que en el presente caso se satisfacían los tres requisitos, y por ende, le asistía razón al Tribunal al atribuir los ilícitos a los procesados, a título de autores mediatos por el dominio sobre la organización PCP-SL.

¹⁶⁷ Página 26

2.1.G. ANÁLISIS CRÍTICO

En la sentencia de primera instancia, encontramos nuevamente la idea según la cual la aplicación de la figura de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder entraña una comprensión valorativa correcta frente a los fenómenos macrocriminales realizados a través de estructuras de poder, organizadas jerárquicamente, dentro de las cuales los sujetos que se ubican en los niveles estratégicos de decisión tiene el poder de mando para planear e impartir ordenes criminales a sus subordinados.

Así mismo, la Corte una vez más se ajusta a los elementos planteados por Roxin para predicar la existencia y la aplicación de esta modalidad de autoría, no obstante que se aparta parcialmente del elemento fungibilidad cuando debe afrontar las objeciones propuestas por la defensa de Guzmán Reinoso, en el sentido de desvirtuar la fungibilidad concreta de los cuadros del PCP-SL teniendo en cuenta que ellos contaban con cierta “especialización criminal”.

En ese sentido, la explicación que el *a quo* ofrece frente a la ostensible dificultad de sustituir a ejecutores que se habían especializado en la realización de ciertos delitos dentro del PCP-SL, es que la fungibilidad en si misma solo ofrece mayores posibilidades para la consumación de los hechos, pero no aporta fundamento alguno del dominio, el cual se sustenta realmente en el aprovechamiento de la predisposición del ejecutor para el cumplimiento de las ordenes criminales.

Con este giro, nos parece que la Corte empieza a apuntar hacia la dirección correcta con la corrección empírica del déficit de fungibilidad concreta a través de la remisión a la “predisposición para el cumplimiento de las órdenes”, lo cual sería adecuado para la mejor fundamentación de la figura, si no fuera por que prescinde de la fungibilidad para predicar el dominio del autor mediato, en la

medida en que lo considera un mero “dato fáctico” y no un aspecto central del dominio.

Esta postura no nos parece adecuada, ya que consideramos que tanto la fungibilidad como la predisposición al cumplimiento de las órdenes delictivas deben ser tomadas como elementos que integran la noción de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, que analizadas conjuntamente, permiten afirmar solidamente el dominio que ejerce el hombre de atrás mediante el aparato. Es decir, si se asume una postura que se decanta por una u otra para fundamentar el dominio ello redundaría en el menoscabo de la solidez del dominio que ejerce de manera directa el autor mediato sobre el aparato, por lo cual es indispensable que se integren los dos elementos para la adecuada delimitación de la figura en estudio.

Sin embargo, aun cuando no coincidimos plenamente con la postura asumida por el *a quo*, creemos que la inclusión del elemento predisposición al hecho comporta un significativo avance en la tarea de fundamentar adecuadamente la fórmula de imputación que se estudia, y por ello, consideramos que la posición sostenida por el *ad quem* implica un retroceso ostensible, toda vez que desconoce el elemento introducido por el *a quo* y hace gravitar toda su argumentación en torno a la fungibilidad, que como ya hemos visto, individualmente considerada, sufre de un “déficit empírico de la fungibilidad” según el cual no es posible predicar una fungibilidad concreta en todos los supuestos, lo cual se acrecienta en contextos de “especialización criminal” en que los ejecutores no son fácilmente sustituibles.

Ahora, aun cuando el *ad quem* fundamenta la existencia del dominio sobre todo a partir de la fungibilidad, y ello nos resulta contrario a la posición asumida, no puede pasarse por alto que el *ad quem*, de manera acertada, incluye la idea de que la fungibilidad en todo caso, no se caracteriza por ser simultánea sino sucesiva, siendo que la posibilidad de reemplazo no siempre es inmediata, no

obstante que el hecho se asegura mediante la sustitución más que probable del ejecutor. Esta afirmación, importa en si misma una aceptación de la limitación del elemento fungibilidad lo cual no hace mas que evidenciar la necesidad de la corrección empírica que se logra a través del elemento de la elevada predisposición al hecho por parte del ejecutor, para así otorgar un sustento mas sólido a la figura de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder.

2.2 JUICIO A ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI

La presente decisión jurisdiccional fue expedida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia del Perú el 7 de Abril de 2009, bajo el expediente número A.V. 19 – 2001 en contra del ex presidente peruano Alberto Fujimori Fujimori, por conductas criminales sistemáticas y generalizadas desplegadas y ejecutadas durante su permanencia en la presidencia, por miembros de la fuerza pública al servicio de ordenes criminales impartidas desde la cúspide de la organización estatal.

2.2.A. HECHOS RELEVANTES

El proceso se adelantó contra el ex presidente ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI por los delitos: a) contra la vida, el cuerpo y la salud – homicidio calificado, asesinato en agravio de 15 personas en el CASO BARRIOS ALTOS, y otras 10 en el caso La Cantuta; b) contra la vida, el cuerpo y la salud – lesiones graves en agravio de 4 personas en el caso BARRIOS ALTOS; y, c) contra la libertad personal – secuestro en agravio de Samuel Edward Dyer Ampudia y Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen, CASO SÓTANOS SIE.

Alberto Fujimori Fujimori, accedió a la presidencia de Perú, tras vencer en las elecciones celebradas en 1990 y se mantuvo en dicho cargo durante 10 años tras haber sido reelegido en 1995 y 2000. El 19 de noviembre de 2000 renunció a la presidencia, no obstante lo cual, el congreso peruano negó dicha manifestación, declarando en cambio, la vacancia presidencial por incapacidad moral del titular.

Dentro de las prioridades de gobierno establecidas por Fujimori, adquirió trascendental importancia la pacificación nacional, y en ese sentido, se asumió la estrategia contrasubversiva adelantada por las Fuerzas Armadas peruanas desde finales de la década de 1980, añadiéndole a ello un énfasis en la acción conjunta y coordinada que deberían desarrollar todas las esferas del estado, en el marco de

una “nueva estrategia” de reacción radical contra la amenaza terrorista.

Esta “nueva estrategia” importó la supremacía del sistema de inteligencia como pilar para la ejecución de acciones militares decisivas en contra de la subversión a través de la activa participación de Vladimiro Montesinos y el General Nicolás De Bari Hermoza Ríos. Empero, al margen del carácter público de la “nueva estrategia” implementada, se desarrolló un mecanismo clandestino que se configuró mediante el control absoluto del Servicio de Inteligencia Nacional – en adelante SIN – por parte de Vladimiro Montesinos Torres y de las Fuerzas Armadas por el General Hermoza Ríos.

En este contexto de acción, Montesinos Torres adquirió una relevancia mayor por cuenta de la influencia que ejercía sobre las decisiones de gobierno tomadas por el acusado Fujimori Fujimori, lo cual redundaba, en el plano militar, en el establecimiento de un vínculo directo entre Montesinos Torres y las Fuerzas Armadas que permitía contar con oficiales afectos al régimen, y plegados a las decisiones provenientes desde la cúspide del mismo.

En su calidad de presidente de la república, Fujimori Fujimori ostentó la calidad de jefe supremo de las fuerzas armadas en función de lo cual, ejerció como conductor de la lucha contra la subversión, dando la orden de aniquilar la insurgencia y erradicar al enemigo antes de concluir su primer periodo presidencial en 1995. De la misma manera, en su calidad de presidente, ejerció un mando político militar sobre las Fuerzas Armadas mediante la emisión de directivas presidenciales, y además mando militar efectivo sobre aquellas, como quedó claro durante el ingreso realizado por las fuerzas del orden, bajo sus ordenes, al campus de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, y también cuando ordenó a uno de sus generales la entrega de rifles a una ronda campesina de autodefensa. Inclusive, debe considerarse que el acusado Fujimori Fujimori llegó a ejercer el mando militar de manera ilegítima al ordenarle a un teniente coronel hacerse pasar por Fiscal para dirigir el allanamiento al domicilio de Montesinos Torres durante el

año 2000, por lo cual ya había sido condenado por la justicia peruana.

De lo anterior se desprende que el acusado “ejerció potestades político militares y potestades militares efectivas, evidenciando mando y comando máximo sobre las Fuerzas del Orden, tanto a nivel político estratégico, como táctico y operativo”¹⁶⁸ en la medida en que presidía el Sistema de Defensa Nacional a través de la jefatura de su ente máximo de decisión, es decir, el Consejo de Defensa Nacional.

En esta misma lógica, el SIN en tanto parte del Sistema de Defensa Nacional, fue un organismo dependiente de la presidencia de la república, cuya dirección y manejo fue destinado a Vladimiro Montesinos Torres¹⁶⁹ para que este, a instancias de Fujimori Fujimori, coordinara los temas relativos a la subversión en particular y la Defensa Nacional en general. A partir de un nuevo marco normativo, el sistema de inteligencia se concentró en cabeza del SIN, aun en el campo de la inteligencia militar, y ello implicó una modificación en la competencia, el funcionamiento y los canales de inteligencia establecidos previamente al gobierno de Fujimori.

Los referidos cambios normativos estuvieron ligados a la modificación de las funciones inherentes al SIN. Es decir, antes del gobierno de Fujimori Fujimori la legislación vigente no le permitía al SIN realizar acciones de inteligencia operativa, reduciendo su campo de acción al suministro de inteligencia estratégica en los aspectos no militares al presidente de la república. Sin embargo, una vez emitidos los decretos legislativos 743 y 746¹⁷⁰ se logró incluir las actividades de inteligencia operativa como propias del accionar del SIN.

¹⁶⁸ Cuestiones de Hecho, Párrafo 40°

¹⁶⁹ Inicialmente Fujimori Fujimori pretendió designar a Montesinos Torres como el jefe formal del SIN, pero desistió de su empeño por la oposición que se presentó dentro del consejo de ministros, dados los antecedentes personales de Montesinos Torres. A pesar de ello, Montesinos Torres se constituyó como representante personal de Fujimori Fujimori, ejerciendo, de facto, el control de los sectores de inteligencia, interior y defensa. Ejemplo de ello lo constituye el nombramiento del General Julio Salazar Monroe como jefe del SIN por sugerencia directa de Montesinos Torres a Fujimori Fujimori, en virtud del cual el jefe formal del SIN era Salazar Monroe y el jefe real del organismo era Montesinos Torres.

¹⁷⁰ En cuya elaboración intervino el asesor Montesinos Torres.

Dentro de este contexto el decreto legislativo 746 cumplió la función de concentrar todas las actividades de inteligencia del estado en el SIN, imponiendo además la injerencia de este organismo en todas las esferas de la administración pública. Con ello, se logró el establecimiento de un canal de dependencia de los sistemas de inteligencia del ejército ante el SIN, que se veía reflejado en la conducción de las actividades por parte del SIN y la centralización y el control de los presupuestos¹⁷¹ y actividades de los servicios de inteligencia militar y policial.

Así mismo, como corolario de lo dicho, la inusitada preponderancia del SIN se vio reflejada en el Manual de Operaciones Especiales de Inteligencia” ME 38 – 20, el cual en su numeral 41° disponía que el organismo de mas alto nivel, encargado de planear y decidir la realización de las Operaciones Especiales de Inteligencia –OEI¹⁷²- era el SIN

Frente a las Fuerzas Armadas, con el advenimiento de Fujimori Fujimori al poder, y la realización de determinadas modificaciones normativas, se le encomendó al Comando Conjunto la preparación y ejecución de las operaciones militares del más alto nivel, y se determinó que su presidente sería designado directamente por el presidente de la república, como un cargo de su absoluta confianza y sin límite de tiempo. Así las cosas, Fujimori Fujimori le entregó la conducción del comando conjunto de las fuerzas armadas al general Nicolás De Bari Hermoza Ríos¹⁷³, cargo que este desempeñó desde 1992 hasta 1998. En este punto, es menester tener en cuenta que Hermoza Ríos se encontraba en una relación de dependencia directa con Fujimori Fujimori, quien para mantener controlados los aspectos estratégicos de la lucha contra la subversión

¹⁷¹ Incluso, el SIN fue dotado con un presupuesto especial y secreto que era manejado por Montesinos Torres bajo la autorización expresa de Fujimori Fujimori.

¹⁷² Dentro de estas OEI se inscriben los hechos objeto del proceso, conocidos como Barrios Altos y La Cantuta.

¹⁷³ El General ostentaba la Comandancia General del Ejército, la Presidencia del Comando Conjunto y la Jefatura del Comando Operativo del Frente Interno

estableció a su asesor personal, Montesinos Torres, como el operador de confianza entre las fuerzas armadas y la presidencia de la republica.

Dentro del esquema organizativo de las fuerzas armadas, se encontraba la Dirección de Inteligencia del Ejército –DINTE- como el más elevado organismo de inteligencia, el cual se encargaba de producir y reportar la información de inteligencia al comando conjunto de las fuerzas armadas. En este sentido, el jefe del DINTE se encontraba obligado a reportar la inteligencia producida, no solo al general Hermoza Ríos en tanto autoridad superior en el ámbito de las fuerzas armadas, sino además, al asesor Montesinos Torres en su calidad de jefe de facto del SIN.

Ahora bien, el primer paso que se estableció desde el SIN, bajo la conducción de Montesinos Torres, para realizar acciones en contra de la subversión, consistió en la formación de un Grupo de Análisis compuesto por miembros del ejército peruano encargado de procesar información relativa al Partido Comunista del Perú, Sendero Luminoso –PCP-SL- y así contar con conocimientos específicos que permitieran enfrentar de mejor manera el fenómeno terrorista.

Este grupo de análisis se desempeñó desde enero de 1991 hasta agosto del mismo año bajo el control directo del SIN, y en junio de 1991 elaboró un documento llamado “Esquema Estratégico Táctico para enfrentar al PCP–SL en los aspectos político, ideológico y militar”.

Conforme a lo anterior, Fujimori Fujimori concedió una felicitación presidencial a este grupo de analistas del SIN que fueron enviados a trabajar con el Grupo Especial de Inteligencia -GEIN – adscrito a la Dirección Contra el Terrorismo – DICONTE-, cuyos miembros posteriormente conformarían el Destacamento Especial de Inteligencia Colina encargado de ejecutar dos de los crímenes objeto del presente proceso, es decir, la masacre de 15 personas en Barrios Altos, y la

desaparición forzada de 10 en el operativo realizado en la Universidad Enrique Guzmán Y Valle, conocida como La Cantuta.

Siendo así, el Destacamento Especial de Inteligencia Colina vio consolidada su existencia formal a través del memorando número 5775–B–4.a/DINTE dictado el 22 de agosto de 1991 por el director de la DINTE, en el cual se le ordenó al jefe del Servicio de Inteligencia del Ejército – SIE- “disponer la presencia de personal para el veintitrés de agosto de mil novecientos noventa y uno en el galpón de mantenimiento del SIE, bajo el comando del teniente coronel EP Rodríguez Zabalbeascoa”¹⁷⁴. Además de ello, el Grupo Colina recibía sustento económico de la DINTE, se encontraba dividido en tres grupos comandados por Agentes de Inteligencia Operativa –AIO- y tenía como misión inicial la detección, ubicación e identificación de miembros del PSP-SL y el Movimiento Revolucionario Tupac Amará –MRTA-, pero “en rigor, el objetivo central del Destacamento Especial de Inteligencia Colina, fue la eliminación de personas sindicadas por inteligencia como terroristas”¹⁷⁵ “como la parte no visible de la institución que cumple un objetivo estratégico en la decisión política de conducir una guerra”¹⁷⁶.

Así pues, el Grupo Colina, se encargaba de la ejecución de Operaciones Especiales de Inteligencia –OEI- que eran decididas por esferas de poder situadas en la cúspide de la organización. Estas OEI revestían un carácter especial, secreto y eminentemente ofensivo que se orientaban a la producción de daño al adversario, bajo el entendido de que causar daño, según el Manual de Operaciones Especiales de Inteligencia, ME 38–20, implicaba, entre otras cosas la muerte de personas.

Como ya se ha dicho, una de las OEI ejecutadas por el Grupo Colina fue la de Barrios Altos, la cual fue dirigida por el Capitán del Ejército Peruano –EP- Santiago Martín Rivas, cuyo superior directo era el director de la DINTE, General

¹⁷⁴ Cuestiones de Hecho, Párrafo 90°

¹⁷⁵ Ídem, Párrafo 98°

¹⁷⁶ Ídem, Párrafo 100°

Juan Rivero Lazo, y por encima de este se encontraba Vladimiro Montesinos Torres como jefe real del SIN. Similar esquema se presentó en la OEI de La Cantuta, con el agregado de la presencia del General Hermoza Ríos en las esferas superiores.

Con respecto al atentado realizado en Barrios Altos, vale recordar que el 3 de noviembre de 1991 se celebraba una pollada en el jirón Huanta número 840, en la ciudad de Lima, organizada por los vecinos con el animo de recaudar fondos para realizar arreglos locativos. A eso de las 10:30 PM

“los integrantes del Destacamento Especial de Inteligencia Colina dirigido por el capitán EP Martín Rivas y secundado por el capitán EP Pichilingue Guevara, irrumpieron en el citado inmueble y tildando de terroristas a los asistentes les dieron muerte utilizando su armamento de guerra, en especial ametralladoras con silenciador”¹⁷⁷.

En concreto fueron asesinadas 15 personas, entre ellas un niño, y les causaron graves lesiones a 4 personas más.

Como hecho probado se tiene que el objetivo central de la misión fue la eliminación física de las personas “identificadas” como presuntos terroristas, y además fue la primera OEI consistente en el asesinato de personas ejecutada por el Destacamento Colina, configurando así lo que se denominó un crimen de estado, dada la vinculación directa del Grupo Colina con la DINTE, y desde un plano extenso, con el SIN¹⁷⁸ dirigido por Montesinos Torres, asesor personal y mano derecha de Fujimori Fujimori.

Frente al atentado perpetrado en la Universidad La Cantuta, debe decirse que el

¹⁷⁷ Cuestiones de Hecho, Párrafo 120°

¹⁷⁸ Estas OEI eran realizadas en cumplimiento de ordenes superiores en tanto el SIN era el organismo que dirigía y planificaba este tipo de acciones criminales

22 de mayo de 1992 había sido instalada una Base de Acción Cívica por parte del ejército, dentro de la Universidad La Cantuta, cuyo objetivo era “garantizar la realización de las actividades académicas y administrativas de la Universidad, impedir la ejecución de actos delictivos de grupos subversivos terroristas, además de controlar el acceso y afirmar el orden interno de la Universidad”¹⁷⁹.

Siendo así, el día 16 de julio de 1992 se presentó un atentado terrorista en la calle Tarata del distrito de Miraflores causando 22 muertos y más de 100 heridos, ejecutado por miembros del PCP-SL que se habrían replegado al interior de la universidad la Cantuta según la información suministrada por el Agente de Inteligencia Operativa –AIO- infiltrado en el establecimiento.

A partir de estas informaciones, desde las más altas esferas del poder se decidió replicar inmediatamente al PCP-SL con una OEI a cargo del Destacamento Colina, que consistía en la incursión militar al interior de la universidad, la identificación de los “subversivos” por el agente infiltrado, y la sustracción de sus habitaciones de 9 estudiantes y 1 profesor de la institución. Siendo ya la madrugada del 18 de julio de 1992, las 10 personas fueron conducidas por los AIO a un lugar apartado de la ciudad “donde los ejecutaron extrajudicialmente y enterraron clandestinamente”¹⁸⁰.

Un tiempo después, los cadáveres de las víctimas fueron desenterrados y trasladados a una nueva ubicación donde fueron nuevamente enterrados tras haber sido incinerados, con el objetivo de “no dejar vestigio alguno, desaparecer los cuerpos, y ocultar la verdad de lo acontecido”¹⁸¹. Con esto, una vez más se encontró que el patrón del crimen obedecía a un crimen de estado de ejecuciones extrajudiciales, en la medida en que “la orden en el atentado de La Cantuta fue la eliminación de presuntos subversivos”¹⁸².

¹⁷⁹ Cuestiones de Hecho, Párrafo 139°

¹⁸⁰ Cuestiones de Hecho, Párrafo 152°

¹⁸¹ Ídem, Párrafo 155°

¹⁸² Ídem, Párrafo 157°

Conforme a las circunstancias que rodearon los crímenes ya mencionados, se vio que las OEI ejecutadas por el Destacamento Colina se dieron “a partir de la intervención directiva de los estamentos de mayor jerarquía del Ejército y el SIN [lo cual] significó la intervención de un aparato organizado de poder que se colocó al margen del Derecho”¹⁸³. Además, se estableció “que el objetivo principal del Destacamento Especial de Inteligencia Colina, siguiendo un mismo patrón de actuación, fue matar a todos aquellos que según sus fuentes de inteligencia militar estaban vinculados con la subversión terrorista”¹⁸⁴, siendo esta eliminación selectiva y ordenada desde las mas altas esferas de dominio del régimen estatal, como parte “de una política de represión para hacer frente, en determinados ámbitos, a la subversión terrorista”¹⁸⁵

Ahora bien, no solo estos dos crímenes ejecutados por el Destacamento Colina a instancias de ordenes superiores integrantes de un plan mayor fueron objeto del presente proceso, sino que además se le atribuyó a Fujimori Fujimori la responsabilidad en la privación de la libertad de los señores Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen y Samuel Edward Dyer Ampudia.

Estos dos hechos se inscriben dentro del siguiente contexto:

Durante el año de 1992 se suscitaron crecientes tensiones entre la rama ejecutiva y la rama legislativa del poder público en Perú a raíz de la derogación de ciertos Decretos Legislativos que habían sido expedidos por el gobierno de Fujimori Fujimori, en el marco de la lucha contra la subversión.

Con base en ello, el 5 de abril de 1992, Fujimori Fujimori dio un golpe de Estado de acuerdo decisiones tomadas en reuniones celebradas días antes con la cúpula militar encabezada por el General Hermoza Ríos, y el SIN al mando de

¹⁸³ Ídem, Párrafo 158°

¹⁸⁴ Ídem, Párrafo 156°

¹⁸⁵ Ídem, Párrafo 188°

Montesinos Torres, en las cuales se había decidido romper con la institucionalidad en aras de tomar medidas extremas cuyo objetivo apuntaba a la pacificación del país. Producto del golpe de Estado, se estableció el denominado Gobierno de Emergencia y de Reconstrucción Nacional dentro del cual se tomó, entre otras cosas, la decisión de disolver el congreso y la intervención total de la rama judicial.

En aras de asegurar la efectividad de las medidas tomadas, el acusado Fujimori dispuso que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional tomaran el control de la capital del país, ocuparan la sede del congreso, el palacio de justicia, los medios masivos de comunicación y se encargaran de “inmovilizar” selectivamente a los líderes políticos y periodistas desafectos al régimen.

Así mismo, como consecuencia de la realización del golpe de Estado, los decretos que habían sido derogados por el congreso recobraron su vigencia en el campo de la legislación antiterrorista, de suerte tal que diversas organizaciones internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Amnistía Internacional dieron a conocer ante la opinión pública que durante los años 1991 y 1993, en el gobierno de el acusado Fujimori Fujimori, se produjeron y mantuvieron patrones de violación sistemática de derechos humanos en el contexto de la lucha contrasubversiva.

De esta manera, se observa que el acusado Fujimori Fujimori, para asegurar el éxito del golpe de estado planeado por él mismo, dispuso que las autoridades militares privaran selectivamente de la libertad a ciertas personas “que previamente habían sido identificadas como opositoras para los objetivos de la vulneración del orden constitucional”¹⁸⁶ entre las que se encontraba el periodista Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen.

La víctima fue privada de su libertad el 6 de abril de 1992 y fue recluido en los calabozos del Servicio de Inteligencia del Ejército –SIE- “siendo encerrado

¹⁸⁶ Cuestiones de Hecho, Párrafo 160°

clandestinamente e incomunicado por más de veinticuatro horas, sin compañía alguna ni explicación de su situación futura”¹⁸⁷ por disposición de Alberto Fujimori Fujimori, elaborada en las instalaciones del SIN y firmada por el General Hermoza Ríos.

Por su parte, Samuel Edward Dyer Ampudia fue privado de su libertad el 27 de julio de 1992, por ordenes del SIN, trasladado bajo engaños a las instalaciones del SIE, donde se le informo que se trataba de una orden directa del presidente de la republica y permaneciendo privado de su libertad hasta el 5 de agosto de 1992. Esta privación de la libertad fue autorizada por Fujimori Fujimori, quien públicamente había tildado a la victima de terrorista, y se “produjo en el contexto de un gobierno autoritario, al margen de la Constitución y que se trató de un crimen de Estado a través del aparato organizado de poder constituido desde el SIN”¹⁸⁸

Ahora, una vez que se habían realizado las conductas criminales descritas, fueron necesarias una serie de acciones posteriores, encaminadas establecer un manto de impunidad sobre aquellas.

Frente al crimen de Barrios Altos, desde el ejército se iniciaron investigaciones destinadas a desprestigiar a las informaciones periodísticas que daban cuenta de la posible intervención de agentes de inteligencia militar en el mismo.

También, existe constancia de que el 1 de diciembre de 1992:

“el ex vicepresidente San Román Cáceres denunció e hizo pública una Nota de Inteligencia que señalaba responsabilidad del asesor presidencial Montesinos Torres, de autoridades militares y agentes de inteligencia en los

¹⁸⁷ Cuestiones de Hecho, Párrafo 163°

¹⁸⁸ Ídem, Párrafo 180°

sucesos [...]y que en el mismo sentido se publicó la investigación periodística titulada “Sociedad para el crimen” del día siete de diciembre de ese año”¹⁸⁹,

Con ello, resulta evidente “que hubo un patrón, rigurosamente seguido, de ocultamiento de la verdad, que también incluyó el amedrentamiento policial, fiscal y judicial contra los personas que denunciaban los hechos y a sus presuntos autores”¹⁹⁰

Con respecto al crimen de la Cantuta, se tiene que una vez ocurrida la desaparición forzada de las 10 personas, se generó gran alarma social, razón por la cual el Congreso Constituyente Democrático formó una Comisión Investigadora que fue víctima de hostigamientos por parte del ejército, tales como el paseo de tanques por las calles de Lima y el pronunciamiento del Alto Mando del Ejército.

Dicha Comisión concluyó su labor expidiendo sendos informes de mayoría y minoría el 24 de junio de 1993. El de mayoría concluía que existía una presunta responsabilidad de altos mandos del ejército, y del asesor presidencial Vladimiro Montesinos y sugería la separación del cargo del General Hermoza Ríos; mientras que el de minoría desestimaba cualquier posible intervención de Montesinos Torres o de las fuerzas armadas.

Ante este panorama, la mayoría oficialista decidió aprobar el informe de minoría, sobre el cual consta haber sido elaborado en las instalaciones del SIN. Así mismo, Fujimori rechazó públicamente el informe de mayoría y manifestó su respaldo al General Hermoza Ríos y a Montesinos Torres.

No solo existían serios indicios acerca de la participación de agentes del estado

¹⁸⁹ Ídem, Párrafo 199°. Por estos hechos tanto el ex vicepresidente como los periodistas fueron objeto de persecuciones gestadas y dirigidas desde el SIN.

¹⁹⁰ Ídem, Párrafo 203°

en el crimen de la Cantuta como lo había podido comprobar el informe de mayoría de la Comisión Investigadora, sino que además, el 5 de mayo de 1993, el General Rodolfo Robles Espinoza realizó una denuncia pública

“en la que sostuvo que el crimen de La Cantuta fue cometido por un Destacamento Especial de Inteligencia que operaba bajo las órdenes directas del asesor presidencial Montesinos Torres, cuyos operativos se coordinaban con el SIE y la DINTE, y se aprobaban por el comandante general del Ejército”¹⁹¹.

Producto de aquella denuncia, el General Robles Espinoza fue perseguido desde el SIN, y el acusado Fujimori Fujimori firmó “la Resolución Suprema de pase a la situación militar de retiro del general EP Robles Espinoza, bajo el cargo de considerarlo indigno de ostentar la jerarquía militar porque denunció la participación del Ejército en la matanza de La Cantuta”¹⁹².

Sin embargo, como era evidente la grave sospecha que se cernía sobre las fuerzas armadas por la presunta responsabilidad en el crimen de la Cantuta, el 16 de abril de 1993 se inicio investigación dentro del fuero militar, con la deliberada intención de prevenir la jurisdicción y sustraerse de la competencia de la justicia penal ordinaria¹⁹³, en virtud de la cual, el 21 de febrero de 1994 se dictó sentencia condenatoria contra “el general EP Rivero Lazo y otros por delito de negligencia, y contra el mayor EP Martín Rivas y otros por delito de asesinato y otros, sentencia que en parte fue confirmada el tres de junio de ese año”¹⁹⁴.

No obstante ello, es un hecho que el proceso seguido por los hechos de la

¹⁹¹ Cuestiones de Hecho, Párrafo 212°

¹⁹² Ídem, Párrafo 214°

¹⁹³ Los funcionarios judiciales del fuero militar que asumieron estas investigaciones fueron condenados por la Corte Suprema del Perú por el delito de encubrimiento personal.

¹⁹⁴ Cuestiones de Hecho, Párrafo 224°

Cantuta, dentro del fuero militar “fue simulado y controlado por el SIN [y] que el personal militar que formaba parte del Destacamento Especial de Inteligencia Colina aceptó someterse a la jurisdicción castrense debido al ofrecimiento de su absolución”¹⁹⁵. Este ofrecimiento de absolución fue modificado, permitiéndose condenar a los procesados para aparentar mayor credibilidad, bajo la condición de que posteriormente se les ofrecería una amnistía¹⁹⁶, “hecho concretado por intermediarios del Alto Mando del Ejército y coordinado con el Gobierno y el Congreso de la República”¹⁹⁷, así como la entrega de una suma de dinero por concepto de indemnización.

De los anteriores hechos, se concluye “la participación activa del SIN en estos actos de encubrimiento, pues desde sus dependencias se proyectaron los oficios de respuesta a los requerimientos congresales, las resoluciones del Fuero Militar que investigaba los sucesos, y las declaraciones de los involucrados”¹⁹⁸, lo cual tenía su razón de ser en “que ellos estaban implicados en la ejecución de estos operativos, los mismos que formaban parte de una política o estrategia de lucha contrasubversiva”¹⁹⁹.

En esta medida, del carácter de las actividades realizadas se desprendió su sistematicidad y la participación de los más altos niveles de dirección del estado, encabezados por Alberto Fujimori Fujimori, quien autorizó, dirigió y controló la ejecución de las conductas criminales.

2.2.B. POSICIÓN DEL ENTE ACUSADOR

La acusación vertida en contra de Alberto Fujimori Fujimori, estuvo dividida en varias etapas, de acuerdo al procedimiento interno peruano, concluyendo en un

¹⁹⁵ Ídem, Párrafo 229°

¹⁹⁶ El 14 de julio de 1995 Alberto Fujimori Fujimori promulgó la Ley de Amnistía No. 26479, beneficiando a los integrantes del Destacamento Especial de Inteligencia Colina que estaban privados de su libertad por el caso la Cantuta.

¹⁹⁷ Cuestiones de Hecho, Párrafo 230°

¹⁹⁸ Ídem, Párrafo 227°

¹⁹⁹ Ídem, Párrafo 237°

dictamen final unificado que sirvió como documento definitivo de acusación en contra del procesado en cuestión.

El primer acto de imputación se realizó en sede parlamentaria, y estuvo a cargo de la Subcomisión Acusadora del Congreso. En ella se le imputaron a Fujimori los hechos de Barrios Altos, La Cantuta y los secuestros de los señores Gustavo Gorriti Ellenbogen y Samuel Dyer Ampudia.

De acuerdo a la Subcomisión, los dos primeros crímenes hicieron parte de un plan sistemático de violación de derechos humanos, ejecutado por el destacamento especial de inteligencia Colina, compuesto por miembros del agente peruano. Este plan estaba orientado a golpear frontalmente la subversión, realizar ejecuciones extrajudiciales de personas tildadas de terroristas como respuesta ante la ineficacia judicial y al combate de los enemigos políticos del régimen.

Con la existencia de dicho plan, la Subcomisión argumentaba que el poder político había sido utilizado para reforzar el sistema de inteligencia

“para lo que se diseñó una estructura legal acorde con su política encubierta de violación sistemática de los derechos humanos, y se proveyó al “Grupo Colina” de los recursos necesarios para el logro de sus fines, a la vez que se garantizó un marco de impunidad y estímulos a sus miembros”²⁰⁰

La Subcomisión encontró que el procesado no solo conocía la existencia del Grupo Colina, sino que además permitía la realización de sus acciones al margen del estado de derecho, y por lo tanto, tenía la potestad para decidir si se realizaban o no los hechos imputados, de manera tal que “El ex presidente Fujimori Fujimori tuvo un control anterior, simultáneo y posterior a su ejecución.

²⁰⁰ Parte Primera, Capítulo II, § 1, Párr. 31, Literal B

Dominó el hecho punible al tener bajo su decisión la ejecución o no de los crímenes”²⁰¹

Con base en lo ya mencionado, la Subcomisión concluyó que el ex presidente había formado un aparato de poder organizado, dentro del cual los integrantes, siguiendo una férrea jerarquía cumplían las órdenes emanadas desde la cúspide del mismo cometiendo crímenes como los imputados, dando lugar así, a la atribución de los punibles a Alberto Fujimori Fujimori, a título de coautor.

El segundo acto de imputación, corrió a cargo de la Fiscal de la Nación. En esta ocasión, la Fiscal reitero que los crímenes habían sido cometidos por un grupo clandestino de aniquilamiento, de acuerdo a lo señalado por la Subcomisión. Así mismo, fincó la participación del procesado, en los siguientes hechos: a) Haber establecido mecanismos de violación sistemática de derechos humanos como mecanismo para el combate de la subversión y los opositores políticos; b) Haber promovido una política de impunidad frente a estos crímenes; c) Haber centralizado en si mismo la conducción del sistema de inteligencia nacional; d) Haber dotado logística, económica y humanamente al Grupo Colina para la realización de los planes criminales; e) Haber condecorado a los miembros del referido grupo, y; f) Haber obstaculizado las investigaciones que en el parlamento se realizaban en contra del Grupo Colina.

Con fundamento en ello, la Fiscal estableció que Fujimori Fujimori “tenía pleno conocimiento de la existencia del grupo de aniquilamiento que ejecutó los hechos, contribuyó a su organización, aprobó cada una de sus acciones, conoció previamente la forma y circunstancias de su comisión, y las autorizó”²⁰² y por tanto, los delitos le eran atribuibles en calidad de coautor, dado el “co dominio funcional de la acción típica”²⁰³

²⁰¹ Ídem, Literal D

²⁰² Parte Primera, Capítulo II, § 2, Párr. 33

²⁰³ Ídem

El tercer acto de imputación, una vez agotada la etapa judicial de instrucción, fue realizado por la Fiscal Suprema en Segunda Instancia. En el dictamen rendido por esta, se mencionó que el combate a la subversión se dio en una modalidad llamada, “guerra de baja intensidad” en la cual se daba prioridad a acciones subrepticias y métodos de guerra sucia. Dentro de ese marco, acusó a Fujimori Fujimori de adoptar las decisiones políticas necesarias para su ejecución, así como las indispensables para garantizar la impunidad. Además, dijo que el gobierno presidido por el procesado, se encargó de responder al terror generado por los subversivos, con un terror proveniente de las entrañas mismas del estado, mediante los llamados “operativos especiales de inteligencia” ejecutados por el Grupo Colina “que dependía directamente del SIN, que dirigía y planificaba las *“acciones especiales de inteligencia”*, operativos ilegales y ejecuciones extrajudiciales que eran aprobadas y supervisadas por el imputado.”²⁰⁴

La Fiscal Suprema resaltó, que como parte de la garantía de impunidad establecida por el procesado, en los pocos procesos adelantados para esclarecer los hechos hoy imputados, se presentó de manera reiterada un patrón dentro de la justicia penal militar que consistía en “la exclusión de sanciones graves a los altos mandos y la imposición de altas penas a oficiales de menor jerarquía y a los subalternos del Ejército, a quienes no se les pudo favorecer en vista de la presión del periodismo, pero a quienes finalmente se les benefició merced a las leyes de amnistía”²⁰⁵

Así las cosas, la Fiscal Suprema concluye que el Grupo Colina no pudo formarse, ni actuar sin el apoyo y el consentimiento de Fujimori Fujimori, y por tanto, los delitos le son atribuibles en calidad de coautor, en la medida en que controlaba el “como” y el “si” de las conductas típicas, realizando un aporte esencial en la fase ejecutiva del delito.

²⁰⁴ Parte Primera, Capítulo II, § 2, Párr. 34, Literal B

²⁰⁵ Ídem, Literal I

Por ultimo, el Fiscal Supremo en lo Penal, a cargo de la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal, de acuerdo a las consideraciones de hecho, relativas a los crímenes imputados al procesado, concluye que este debe responder por los crímenes a titulo de autor mediato de los mismos, ya que si bien no los cometió de propia mano:

“fue quien decidió y ordenó su comisión [el hombre de atrás], orden que fue cumplida a través de la línea de mando por los grupos ejecutores [hombres de delante]. Mediante una decisión autónoma mantuvo el dominio del hecho y controló el resultado típico. El imputado, en suma, tenía el dominio directo del aparato de poder, y un dominio en razón del vínculo formal con sus subordinados”²⁰⁶

Ahora bien, teniendo en cuenta que el procesado Fujimori Fujimori se encontraba en Chile, y el gobierno peruano había solicitado su extradición al gobierno chileno, la Sala Penal de la Corte Suprema de Chile, en segunda y última instancia, decidió aceptar los casos de Barrios Altos y La Cantuta, así como los secuestros de Gustavo Gorriti Ellenbogen y Samuel Dyer Ampudia, dentro del caso de los Sótanos del SIE, toda vez que a su juicio, existían suficientes elementos probatorios que permitían inferir la participación de Fujimori Fujimori en los delitos mencionados.

Con base en esta aceptación de los casos, la Corte Suprema Chilena limitó materialmente los cargos en contra del procesado, atribuyéndole las conductas a titulo de autor mediato de las mismas, mediante el dominio de la voluntad de los ejecutores directos, por cuenta de un aparato organizado de poder, cuyos resortes eran dominados por el titular de la organización, esto es, Alberto Fujimori Fujimori.

²⁰⁶ Parte Primera, Capítulo II, § 2, Párr. 37

Tras estos antecedentes, fue menester realizar la reformulación de un dictamen fiscal único, con base en las delimitaciones establecidas por la sentencia de extradición chilena.

De esta forma la Fiscalía Suprema en la Penal determinó que Fujimori Fujimori había instaurado dos estrategias de combate a la subversión, una oficial, adecuada al marco legal vigente, y otra subrepticia, desvinculada del derecho

“que buscaba la eliminación física de los presuntos subversivos, en cuyo marco desarrolló sus actividades el Grupo Colina, integrado por miembros del Ejército Peruano, que entre otros hechos perpetró los crímenes de Barrios Altos y La Cantuta. Ese grupo contaba con el apoyo de los jefes militares, sometidos a Montesinos, y como aparato organizado de poder, en cuyos altos estamentos o centros de decisión tuvo como jefe al propio presidente Fujimori Fujimori, cuyo liderazgo complementaba y garantizaba total impunidad a su accionar.”²⁰⁷

De esta manera, si Fujimori estaba situado en la cúspide de la estructura, organizada de manera vertical, y participaba trazando y decidiendo la política antisubversiva, ello le permitía confiar en que sus órdenes criminales serían inexorable e irremediablemente cumplidas, con base en su ubicación jerárquica y el dominio que ostentaba sobre la organización.

Así mismo, se desprende que Fujimori, conocía la amplia disponibilidad de recursos humanos para la ejecución de los crímenes, la intervención de los altos mandos militares en la realización de aquellos, y por ende la predisposición de los integrantes de la estructura de poder, para el cumplimiento de las ordenes emanadas desde el vértice de la organización, presidido por el procesado.

²⁰⁷ Parte Primera, Capítulo II, § 4, Párr. 42, Literal B

Por tanto, la Fiscalía Suprema en lo Penal, concluyó que los delitos de asesinato, lesiones graves y secuestro agravado, le eran atribuibles a Fujimori, en calidad de autor mediato por dominio sobre la organización, toda vez que habían sido cometidos por un aparato organizado de poder que él lideraba en su calidad de jefe de estado, ostentando así, el dominio de los hechos delictivos por medio de una estructura jerárquicamente organizada. En consecuencia, solicito una pena para el procesado de 30 años de prisión, así como un monto determinado por concepto de reparación civil.

Ahora bien, frente a la atribución concreta de responsabilidad, el ente fiscal tuvo como núcleo de su acusación, el argumento según el cual habrían existido simultáneamente dos estrategias de combate contra la subversión; una publica, ajustada al estado de derecho, y otra clandestina y desvinculada del mismo. Esta estrategia clandestina, habría ocasionado una multiplicidad de víctimas dentro de un contexto de acción particular que estaría relacionado con el Artículo 7, Numeral 2, Literal a, del Estatuto de Roma.²⁰⁸

Es decir, que a juicio del Fiscal en el caso materia de estudio, estaría probada la existencia del elemento político en la ejecución de los crímenes, ya que estos no fueron producidos de manera espontánea o aislada, sino antes bien, hacían parte de “de una política encubierta de implantación de un programa de violación sistemática de derechos humanos como parte de una estrategia antisubversiva”²⁰⁹ dirigida y organizada desde la cúspide de la institucionalidad del estado, cuyo titular era el procesado Alberto Fujimori Fujimori.

Por lo tanto, estaría probada la existencia de un aparato de poder organizado, junto con la predisposición de sus miembros para la comisión de delitos, como

²⁰⁸ 2. A los efectos del párrafo 1: a) Por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos [...] contra una población civil, **de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política.**

²⁰⁹ Parte Segunda, Capítulo I, § 1, ¶ 2, Párr. 58

elementos fundantes del dominio sobre la organización, y en ese contexto, el acusado Fujimori Fujimori habría intervenido de manera vertical y aprovechando la línea jerárquica de la estructura para impartir las ordenes de ejecución de los graves hechos objeto del proceso.

2.2.C. POSICIÓN DE LA DEFENSA

Frente a las acusaciones relativas al secuestro de Gustavo Gorriti Ellenbogen y Samuel Dyer Ampudia, la defensa técnica de Fujimori Fujimori adujo que a lo sumo se configuraría el tipo penal de abuso de autoridad que como tal ya estaría prescrito; que aun si se calificara como secuestro la privación de la libertad, esta debería valorarse como simple, toda vez que los presuntos agraviados no recibieron tratos crueles, y; si no se tuvieran en cuenta las precisiones precedentes, debería considerarse atípica la conducta, en la medida en que la libertad ambulatoria no puede ser vulnerada dentro de un estado de excepción, como el que se vivía en Lima para la época de los hechos; además, debería considerarse que Fujimori Fujimori no podía responder por los excesos materializados a instancias de Vladimiro Montesinos Torres ya que en el caso de Gorriti, la privación de la libertad habría obedecido a una venganza de Montesinos en contra del agraviado.

Ante las imputaciones relativas a La Cantuta y Barrios Altos, la defensa concluyó que no existían suficientes pruebas que permitieran inferir la responsabilidad de Fujimori Fujimori, así como que el procesado no tenía “mando técnico militar ni comando sobre las FFAA, no integra su organización ni tiene grado militar [y por tanto, se] solicita la absolución por insuficiencia de pruebas de cargo por los cuatro hechos acusados.”²¹⁰

Por su parte, el propio procesado, realizando una autodefensa en el uso de su última palabra, manifestó que no existía prueba alguna que lo incriminara, que la

²¹⁰ Parte Primera, Capítulo I, § 5, Párr. 29, Numeral 5, Literales D y E.

acusación se sustentaba en una política de pacificación implementada por él, que había exitosa venciendo al terrorismo y recuperando la paz y la tranquilidad en la nación. Así mismo, dijo que no existía prueba que demostrara que él había ordenado la ejecución de los cuatro crímenes imputados, ni mucho menos, una evidencia de que hubiese expedido “una orden genérica de guerra sucia para formar un aparato organizado de poder desde el SIN [y por lo tanto] los crímenes de Barrios Altos y La Cantuta fueron una desviación de la política de Pacificación.”²¹¹

A tono con el argumento de la deficiencia probatoria, la Defensa manifestó que si el ente Fiscal acusaba al procesado de haber realizado modificaciones en la estructura legal del Estado para asumir, planear y dirigir la lucha antisubversiva, ello comportaba la afirmación de “hechos normativos”, cuya única prueba válida, consistiría en la exposición de las disposiciones legales o reglamentarias que sustentaran lo dicho. Resumiendo, a juicio de la Defensa:

“la única manera de conocer y probar una estrategia nacional de lucha contra la subversión terrorista, en suma, la supuesta ejecución de una política de guerra sucia, es mediante Directivas, pues sólo éstas pueden establecer cuál fue la política del gobierno y cuál fue la estrategia nacional declarada y llevada a cabo.”²¹²

2.2.D. DECISIÓN JURISDICCIONAL

Una de las primeras apreciaciones realizadas por el Tribunal, tiene que ver con los parámetros de valoración probatoria teniendo en cuenta la multiplicidad de hechos que deben valorarse, en el marco de una política de acción gubernamental que se materializó en la comisión generalizada y sistemática de violaciones a los

²¹¹ Parte Primera, Capítulo I, § 5, Párr. 29, Numeral 6, Literales C y D

²¹² Parte Segunda, Capítulo I, § 1, ¶ 1, Párr. 52

derechos humanos dentro del contexto del combate contra la subversión. En concordancia con ello, el Tribunal encontró que tales delitos fueron cometidos a través de un aparato organizado de poder que operaba desde el estado, y en virtud de ello, se encuentran serias limitaciones de corte probatorio. Es decir, que dado el contexto particular de comisión, es natural que exista una deficiencia de prueba directa, y por ello, es menester que el Tribunal se remita a la valoración de pruebas indirectas o indiciarias.

Bajo esta premisa, el Tribunal actuó en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, según la cual los fallos de los tribunales, tanto internacionales como internos, pueden estar fundados en pruebas circunstanciales, indicios o presunciones “siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos”²¹³. Con esto, lo que se busca es poder hacerle frente a los crímenes de estado, en los que

“la característica común es que hay un plan o diseño en el que participan, según los casos, las fuerzas y cuerpos de seguridad, los servicios secretos, así como –según el nivel del hecho criminal– las cabezas dirigentes del Estado. [Por ello] es muy difícil [...] encontrar rasgos documentales de una orden expresa –tal ingenuidad de un aparato de organización no se admite –; es normal que los *crímenes de Estado* se cometan en la clandestinidad y en el anonimato; es normal que con posterioridad a los *crímenes de Estado* las pruebas se oculten o destruyan, por ello hay que acudir a las pruebas indirectas.”²¹⁴

De esta manera, el Tribunal hizo frente a las objeciones planteadas por la defensa, fundamentando su valoración probatoria en la necesidad de comprender

²¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Párr. 130

²¹⁴ Parte Segunda, Capítulo I, § 1, ¶ 1, Párr. 51, Notas 3 y 4

adecuadamente las dinámicas propias de la macrocriminalidad a través de aparatos organizados estatales. Ello quiere decir, que a juicio del Tribunal, el núcleo de la acusación fiscal no se encontraba en la afirmación de ciertos “hechos normativos” que sustentaban la responsabilidad del procesado por la existencia de una guerra sucia contra la subversión. Por el contrario, el Tribunal consideró que la realización de una estrategia de guerra sucia, hacía parte de un método secreto y clandestino de lucha contra la subversión, trazado y ordenado por el procesado, que convivía de manera paralela con la estrategia oficial ajustada a la normativa vigente en Perú.

Si el núcleo de la acusación, era entonces la existencia de esa estrategia, el objeto de prueba sería la existencia de la misma, y el material probatorio para acreditar su existencia, habría de ser valorado a la luz de las circunstancias y características particulares de los hechos objeto del proceso, es decir que:

“Estos hechos, por su propia naturaleza, incluso cuando se denuncia la formación y actuación de un aparato organizado de poder al interior del propio Estado, que desarrolla operativos clandestinos y sustancialmente delictivos, no pueden expresarse u ordenarse mediante instrumentos normativos. Las órdenes y las instrucciones respectivas, en lo específico del caso en cuestión –tales como desapariciones forzadas, ejecuciones arbitrarias o extrajudiciales, lesiones graves y secuestros–, no se formalizan en normas y es, ciertamente, muy difícil que se dispongan por escrito o por otro mecanismo administrativo propio del *modus operandi* de un órgano administrativo o gubernamental.”²¹⁵

Con ello, el Tribunal estableció que las decisiones que implican la

²¹⁵ Parte Segunda, Capítulo I, § 1, ¶ 1, Párr. 55

violación sistemática de derechos humanos, en el seno de aparatos organizados de poder, no siempre encuentran sustento en instrumentos escritos de carácter normativo, y por ende, el órgano jurisdiccional se encuentra legitimado para echar mano de las pruebas indirectas o indiciarias para la acreditación de hechos que permitan fincar la responsabilidad penal individual de los procesados, siempre que las conclusiones que de ellas se extraigan, sean coherentes y concordantes con el marco fáctico del proceso.

Para concluir, el Tribunal se remitió a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²¹⁶, para establecer que una práctica como la supracitada, puede ser identificada a través de

“(i) una acumulación de infracciones idénticas o análogas, lo suficientemente numerosas e interconectadas como para constituir no meros incidentes o excepciones aislados, sino un patrón o sistema, y (ii) la tolerancia oficial de las autoridades del Estado, esta última entendida en el hecho que los superiores, pese a conocer las violaciones, se niegan a adoptar medidas para sancionar a los responsables o prevenir su repetición, o manifiestan su indeferencia rehusándose a llevar a cabo una investigación adecuada sobre su veracidad o falsedad de supuestos abusos.”²¹⁷

A partir del criterio de valoración probatoria expuesto, y una vez que la Corte delimitó el contexto en el cual se presentaron los hechos materia del juicio, precisó las competencias presidenciales de que estaba investido el procesado

²¹⁶ Sentencias del dieciocho de enero de 1978, Asunto Irlanda V. Reino Unido; y, del dieciséis de septiembre de 1996, Asunto Akdivar Y Otros V. Turquía. (Citados en el original)

²¹⁷ Parte Segunda, Capítulo I, § 1, ¶ 1, Párr. 56

Fujimori Fujimori, estableció el rol desempeñado por las instituciones estatales dentro de la lucha contra la subversión, y describió los cuatro hechos objeto de la acusación fiscal, procedió entonces a concretar la forma en que se habría manifestado la intervención criminal de Alberto Fujimori.

La Corte estableció que Alberto Fujimori Fujimori reestructuró la organización del Sistema de Inteligencia Nacional –SINA-, de manera tal que este quedó centralizado en el Servicio de Inteligencia Nacional –SIN- a cargo de su asesor, y quien le rendía cuenta personal de todas las actividades realizadas, Vladimiro Montesinos Torres.

Así mismo, conforme a su propósito de pacificación nacional, orientó el accionar militar hacia la profundización del conocimiento sobre el enemigo, a través de una estrategia político-militar de amplio espectro que le permitiera asestar golpes contundentes a la subversión del PCP-SL y el MRTA. Siendo así, se encargó de concretar la creación del Grupo de Análisis ya mencionado en el acápite de hechos, el cual estuvo encargado de analizar documentos incautados al PCP-SL y emitir un informe pormenorizado relativo al funcionamiento y accionar de la agrupación subversiva para así planear de mejor manera su combate.

Dentro de la lógica la lucha contrasubversiva, Fujimori Fujimori

“estructuró y ejecutó una estrategia político–militar paralela a la que pregonaba públicamente cuyo objetivo era la eliminación de los terroristas, decisión que se articulaba por medio de su asesor Montesinos Torres y del aparato de poder organizado que formó”²¹⁸.

En este sentido, adquiere capital importancia el hecho de que se realizaran modificaciones legislativas destinadas a permitir al SIN el planeamiento y

²¹⁸ Cuestiones de Hecho, Párrafo 244°

ejecución de las Operaciones Especiales de Inteligencia para el asesinato de las personas sindicadas por el régimen de ser terroristas.

También debe hacerse énfasis en la protección brindada por Fujimori Fujimori a Montesinos Torres y al General Hermoza Ríos, la cual se extendió “incluso a los ejecutores materiales, a quienes se les concedió amnistía y proporcionó recompensas a través del jefe del SIE”²¹⁹

Por estas razones, la Corte consideró que Alberto Fujimori Fujimori fue “responsable de dichas operaciones porque las ordenó a partir de su dominio del aparato de poder organizado que instituyó desde el SIN”²²⁰, en su calidad de autor mediato por el dominio sobre la organización.

Con sustento en las razones expuestas en el presente acápite, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia del Perú condenó a Alberto Fujimori Fujimori a una pena privativa de la libertad de 25 años por los delitos de: Homicidio calificado – asesinato, bajo la circunstancia agravante de alevosía en contra de 25 personas (Casos Barrios Altos y La Cantuta); Lesiones graves en perjuicio de 4 personas (Caso Barrios Altos) y Secuestro agravado, bajo la circunstancia agravante de trato cruel, en agravio de 2 personas.

2.2.E. FÓRMULA DE IMPUTACIÓN

Para determinar la naturaleza jurídico penal de la intervención en el delito del acusado Fujimori Fujimori, la Corte estableció como punto de partida el empleo de la autoría mediata como una forma de autoría principal, sustentando su posición de la siguiente manera.

Analizando la forma en que el hombre de atrás, situado en el vértice de un

²¹⁹ Ídem, Párrafo 245°

²²⁰ Ídem, Párrafo 246°

aparato organizado de poder puede ejercitar el dominio del hecho punible, la Corte pudo concluir que al autor mediato le es posible influir y controlar el hecho delictivo, mediante el dominio que ejerce de manera directa sobre la organización. Esta situación le permite confiar -con mayor seguridad aún que en los supuestos clásicos de dominio de la voluntad- en la materialización del crimen, en tanto cuenta con una estructura de poder organizado a su disposición. De ello, se concluye que el dominio se ejerce sobre el aparato al cual se encuentra integrado el ejecutor, y no sobre la individualidad concreta de este último.

Establecida entonces la forma en que se manifiesta el dominio que ejerce el autor mediato, la Corte avanza su análisis, precisando como elemento indispensable, la existencia previa de una estructura de poder que se organice jerárquicamente, de modo que las esferas superiores de mando y decisión puedan ser responsabilizadas por las resoluciones criminales que tomen y sean ejecutadas por los autores directos, en virtud de la rígida verticalidad que reviste el funcionamiento del aparato.

En virtud de la sólida jerarquización del aparato, la Corte establece que sus características sobresalientes, serán:

a) LA ASIGNACIÓN DE ROLES: Según el criterio de la Corte, esta definición es mucho más afortunada que aquella que recurre a los términos de “división de trabajo” o “distribución de funciones”, ya que estas conducen al equívoco de confundir los eventos de autoría mediata con aquellos de coautoría. Ello, en virtud de que en los casos de autoría mediata por dominio sobre la organización, el hombre de atrás deja en poder de los órganos ejecutores toda la realización del designio criminal, sin que pueda entonces predicarse una presunta división de tareas.

b) EL DESARROLLO DE UNA VIDA FUNCIONAL AUTÓNOMA DE LA DE SUS

INTEGRANTES: Este rasgo no está dado por las cualidades de las esferas superiores de decisión, sino que es el resultado de la funcionalidad misma del aparato, ya que por su propia configuración, es capaz de funcionar de manera automática. Esta automaticidad, es la que verdaderamente le permite al hombre de atrás confiar plenamente en la comisión de los crímenes, aun cuando este no conoce al ejecutor directo de los mismos, máxime cuando este último se encuentra inserto dentro de la “operatividad de una serie de mecanismos que interactúan al interior y desde el exterior de la estructura de poder, los cuales permiten que el aparato permanezca activo y cumpliendo sus designios delictivos”²²¹

Identificada la forma en que se configura un aparato organizado de poder, la Corte procede a delimitar lo que ella denomina “condiciones marco” o presupuestos y requisitos funcionales. A su juicio, estos siempre han de ser valorados a la luz de los casos concretos y de manera conjunta con el propósito de no parcializar, sesgar o desnaturalizar la estructura y el funcionamiento de la autoría mediata.

Dichas condiciones marco son divididas por la Corte en dos niveles; un nivel objetivo integrado por: a) el poder de mando y b) la desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder²²²; y un nivel subjetivo compuesto por: c) la fungibilidad del ejecutor directo y d) su elevada disponibilidad hacia la realización del hecho.²²³

²²¹ Parte Tercera, Capítulo II, § 3, ¶ 2, Párrafo 726°

²²² “El primero de estos requisitos resulta trascendental para materializar el dominio de la organización; mientras que, el segundo, le dará mayor solidez a este dominio. Por tanto, cabe calificar a ambos como el soporte básico que permitirá al nivel estratégico superior (autor mediato) edificar y consolidar su dominio sobre la totalidad de la estructura criminal.” Parte Tercera, Capítulo II, § 3, ¶ 2, Párrafo 728°, Literal A

²²³ “Estos dos requisitos subjetivos son consecuencia del propio automatismo y derivan de lo que ROXIN denomina la “*palanca del poder*”. Ello es trascendente, pues permite inferir que la actuación del ejecutor directo dependerá finalmente de su propia voluntad a la realización del hecho. En cambio, la no ejecución por éste del evento criminal, conllevará a su *fungibilidad* o sustitución por la de otra persona interpuesta que tenga una mayor *predisposición a la realización del hecho típico*.” Parte Tercera, Capítulo II, § 3, ¶ 2, Párrafo 728°, Literal B

- a) PODER DE MANDO: Es la capacidad con la que cuentan los eslabones situados en la escala superior del aparato organizado de poder, que les permite, tanto impartir ordenes, como asignar roles a la porción del aparato que les esta subordinada. Este elemento es trascendental como sustento del dominio, en la medida en que si un sujeto posee poder de mando, estará facultado para impartir órdenes, contando con la plena seguridad de que estas serán ejecutadas en virtud de la automaticidad inherente al aparato y de la adscripción o vinculación del ejecutor directo a este.

En este punto, la Corte asume la tesis según la cual el poder de mando puede expresarse tanto desde el vértice –estratégico- mismo de la organización hacia los niveles intermedios –tácticos u operativos- de aquella, como desde los niveles intermedios hacia el nivel de los ejecutores materiales. Sin embargo, la nota diferenciadora radica en que, mientras el nivel superior estratégico domina la totalidad del aparato, el nivel intermedio solo domina aquella fracción del aparato que le corresponde.

Dicha disparidad en el alcance del dominio ejercido, comporta asimismo una corrección normativa que asigna mayor responsabilidad a aquellos sujetos situados en las escala mas alta de la organización, de suerte tal que aunque el control fáctico de los hechos decrece hacia arriba en la organización, ello se ve compensado con un aumento en la responsabilidad para quienes se sitúan en la cúspide de la misma.

Desde otra orilla, la Corte estableció que existe un mayor grado de reproche siempre que el poder de mando sea ostentado por sujetos situados en un marco de legitimidad formal, es decir, siempre que el aparato se encuentre operando desde el propio Estado. Ello, en tanto el disvalor de estas conductas generaría una afectación doble

“primero, por haberse alejado del orden legal establecido y que era la fuente del uso legítimo de su poder; y, luego, porque al ser conocedor del marco jurídico existente diseña y activa dicha estructura criminal de modo que resulta menos identificable a las autoridades encargadas de la prevención y control del delito.”²²⁴

El Tribunal precisó además, que aquellas personas que se sitúan de manera paralela a la línea que ejerce el poder de mando, sin contar con la posibilidad real de emitir ordenes, habrán de ser consideradas como cómplices, ya que autor mediato será siempre quien haciendo uso de su jerarquía, ponga a funcionar los engranajes del aparato para la comisión de delitos.

Esta ultima formulación, permite concluir que aún los niveles de mando intermedio presentes en organizaciones complejas, cuando ejerciten la facultad de impartir órdenes, tendrán que ser considerados como autores mediatos de los hechos punibles cometidos.

- b) EL APARTAMIENTO DEL DERECHO: Este elemento de carácter objetivo, significa que el aparato debe funcionar desvinculado del ordenamiento jurídico, entendido como el entramado de normas tanto nacionales como internacionales que se articulan constituyendo una unidad.

“En consecuencia, el apartamiento o desvinculación del Derecho significa que la organización se estructura, opera y permanece al margen del sistema jurídico nacional e internacional.”²²⁵

En el caso concreto, la Corte estudió la criminalidad realizada por aparatos

²²⁴ Parte Tercera, Capítulo II, § 3, ¶ 2, Párrafo 731°, Numeral 1

²²⁵ Parte Tercera, Capítulo II, § 3, ¶ 4, * 4.2, Párrafo 733°

de poder de carácter estatal, y afirmó que estas manifestaciones delictivas, que pueden denominarse “crímenes de estado”, son el prototipo de los aparatos organizados de poder en que la realización del ilícito se encuentra altamente jerarquizada y organizada, y en virtud de ello, los miembros integrantes de los niveles superiores estratégicos están en condiciones de utilizar “las estructuras del aparato estatal para la comisión sistemática de delitos que por su gravedad y riesgos de impunidad adquieren relevancia internacional”²²⁶ y por ende, suponen la negación misma del Estado de Derecho. En este orden de ideas, esta forma de actuación implicaría el apartamiento del orden jurídico, y ello sería el factor que consolidaría el dominio del autor mediato sobre la organización, en la medida en que ello supondría la predisposición de los ejecutores directos hacia el crimen, toda vez que se saben insertos dentro de una estructura organizada, cuyos fines delictivos comparten, al tiempo que “conocen e internalizan que no habrá norma o autoridad que pueda limitar o sancionar su actuar delictivo.”²²⁷

- c) LA FUNGIBILIDAD: Consiste en la posibilidad que tiene el autor mediato de intercambiar al ejecutor material del crimen durante la “la operativización y realización de su designio delictuoso”²²⁸, la cual esta dada por el propio mecanismo de funcionamiento del aparato y la integración a él de los niveles intermedios y ejecutores. Con ello, quiere decirse que el mecanismo del aparato convierte al ejecutor en un engranaje sustituible por quien detenta el dominio sobre la organización, de suerte tal que la fungibilidad esta dada por la posibilidad de intercambio, aun cuando ella no se haya materializado en el hecho concreto.

Dentro de esta lógica, la Corte distinguió dos tipos de fungibilidad: i) Negativa y; ii) Positiva.

²²⁶ Parte Tercera, Capítulo II, § 3, ¶ 4, * 4.2, Párrafo 735°, Numeral 2

²²⁷ Parte Tercera, Capítulo II, § 3, ¶ 4, * 4.2, Párrafo 735°, Numeral 3

²²⁸ Parte Tercera, Capítulo II, § 3, ¶ 5, * 1, Párrafo 737°

- i) FUNGIBILIDAD NEGATIVA: Es aquella concebida de acuerdo a la posición inicial de Roxin, según la cual, si el ejecutor directo se negare a realizar el crimen, el plan global dispuesto por la cúspide de la organización no fracasaría ya que otro ejecutor estaría llamado a reemplazar al inicial. En este sentido, es menester que el aparato cuente con una reserva idónea de ejecutores para garantizar la realización de las órdenes delictivas.

 - ii) FUNGIBILIDAD POSITIVA: Esta categoría tiene como punto de partida la existencia de un número plural de eventuales ejecutores materiales en el seno de la organización. Dicho “stock” de ejecutores, le otorga al autor mediato una mayor posibilidad y probabilidad de que sus designios criminales sean materializados, y con ello, adquiere relevancia el carácter positivo de la fungibilidad, es decir, “la posibilidad de elegir, para la comisión del hecho punible, la mejor opción entre todos los ejecutores que tiene a disposición el aparato de poder”²²⁹
- d) PREDISPOSICIÓN A LA REALIZACIÓN DEL HECHO ILÍCITO: El concepto del elemento aludiría a la

“predisposición psicológica del ejecutor a la realización de la orden que implica la comisión del hecho ilícito. Ya no es la fungibilidad del ejecutor lo que asegura el cumplimiento de aquélla sino el internalizado interés y convencimiento de este último en que ello ocurra”²³⁰

²²⁹ Parte Tercera, Capítulo II, § 3, ¶ 5, * 1, Párrafo 738°, Numeral 3

²³⁰ Parte Tercera, Capítulo II, § 3, ¶ 5, * 2, Párrafo 741°

De esta manera, la predisposición se hallaría vinculada a la integración del ejecutor al aparato, y su articulación con los mecanismos de funcionamiento del mismo, cuyo corolario es que el autor directo comparte los objetivos que el aparato traza, planea y ejecuta.

En palabras de la Corte:

“el ejecutor deja de actuar como ente individual y pasa a ser parte del todo estratégico, operativo e ideológico que integra y conduce la existencia de la organización. Todo ello va configurando una psicología colectiva que se expresa en la adhesión y en la elevada predisposición del ejecutor hacia el hecho ilícito que disponga o planifica la estructura.”²³¹

Ello no es mas que una evidencia de que el sujeto ejecuta el crimen en tanto lo ve como una expresión mas del aparato que suya, “en su comportamiento él verá reflejados los objetivos de ese ente colectivo, de sus jefes y mandos superiores a los cuales obedece y se encuentra subordinado”²³² y difícilmente realizaría la conducta punible por su cuenta y riesgo.

Siendo así, este elemento aportaría mayor certeza en la producción del resultado criminal, mientras permitiría trasladar el dominio del hecho, desde los ejecutores directos, hasta los autores mediatos en virtud del dominio que se ejerce a través del aparato organizado de poder.

Con base en los cuatro elementos, que a juicio de la Corte componen el constructo de la autoría mediata por el dominio sobre un aparato organizado de poder, el fallador concluyó que el acusado Alberto Fujimori Fujimori era

²³¹ Parte Tercera, Capítulo II, § 3, ¶ 5, * 2, Párrafo 741°

²³² Ídem

responsable de los crímenes objeto de la acusación fiscal, en calidad de autor mediato por las siguientes razones:

- I) Ocupaba la posición más alta del nivel estratégico y decisorio del estado en general, y del Sistema de Inteligencia Nacional –SINA- en particular, desde donde tuvo la facultad de ejercer su poder de mando efectivo en la conducción de la lucha contra la subversión
- II) Como sujeto situado en la cúspide de la institucionalidad, y en su calidad de jefe supremo de las fuerzas armadas, utilizo su poder de mando de manera ilegítima para constituir un aparato organizado de poder con base en los organismos integrantes del SINA, y la colaboración de su asesor personal, Vladimiro Montesinos Torres, y el General Nicolás De Bari Hermoza Ríos, como representante de la máxima jerarquía castrense.
- III) Dentro del ámbito de los organismos de inteligencia del estado –cuyos miembros están subordinados jerárquicamente a las estructuras y se amparan en la semiclandestinidad y el secreto- se encargó de gestar, delinear y definir nuevas estrategias de combate contra la subversión.
- IV) En este contexto el acusado se encargó de disponer, ordenar o transmitir las órdenes delictivas que se compaginaban con los objetivos trazados desde la cúspide del aparato.
- V) Dichos objetivos apuntaron, desde un primer momento, hacia la ubicación, identificación, e individualización de sujetos sindicados de pertenecer a grupos terroristas, para después “eliminarlos con operaciones especiales de inteligencia a cargo de unidades especializadas del SIE. Las cuales serían adscritas y supervisadas por el SIN, con el apoyo logístico y coordinación de la Comandancia

General del Ejército.”²³³

- VI) Inserto en este marco de acción, los atentados de Barrios Altos y la Cantuta constituyeron actos de ejecución de las órdenes expresadas por el acusado en función de su poder de mando, las cuales en modo alguno eran compatibles con el ordenamiento jurídico interno o internacional y como tal, reflejaban el apartamiento del aparato conforme al Estado de Derecho.
- VII) Por su parte, “los delitos de secuestro contra los agraviados Gorriti y Dyer respondieron también a disposiciones dadas y/o avaladas directamente por el acusado para el control ilícito de la disidencia o crítica políticas a su régimen de facto, en una coyuntura de inestabilidad democrática donde se practicó por la fuerza el desconocimiento de garantías y derechos fundamentales”²³⁴.
- VIII) Por ultimo se reclamó la necesidad de aplicar la tesis de la autoría mediata descrita *supra* en la medida en que los ejecutores directos de los crímenes eran fungibles, contaban con una elevada predisposición al cumplimiento de las órdenes delictivas y no tenían ninguna relación directa u horizontal con Fujimori Fujimori, haciendo posible “afirmar la posición de autor mediato de éste como ente central con poder jerárquico de dominio sobre el aparato de poder, cuyo automatismo conocía y podía controlar a través de sus mandos intermedios.”²³⁵

2.2.F. ANÁLISIS CRÍTICO

La sentencia que se emitió dentro del proceso adelantado contra el ex presidente peruano Alberto Fujimori Fujimori es, a nuestro juicio, una de las expresiones

²³³ Parte Tercera, Capítulo II, § 5, Párrafo 745°, Numeral 5

²³⁴ Parte Tercera, Capítulo II, § 5, Párrafo 745°, Numeral 7

²³⁵ Parte Tercera, Capítulo II, § 5, Párrafo 745°, Numeral 8

judiciales mas elaboradas y acabadas en torno a la teoría de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, ya que intenta sistematizar los avances realizados en la materia, tanto desde la doctrina como la jurisprudencia, para aplicarlos de manera exhaustiva al caso sometido a su examen.

Es de resaltarse la descripción característica que realiza de las estructuras organizadas de poder, la forma en que aborda los elementos que configuran este tipo de autoría mediata y el nivel de detalle y precisión con que describe cada uno de ellos, delimitando de manera correcta sus contenidos y argumentando en torno al alcance que debe atribuírsele a cada uno de ellos, en el marco de un análisis en que ellos deben intervenir de manera concurrente para fundar adecuadamente el dominio del hombre de atrás.

Es precisamente a partir del nivel de identificación y conceptualización de los elementos de la autoría mediata, que se extraen las siguientes apreciaciones.

Como ya se pudo ver, el organismo judicial, *grosso modo*, estableció como presupuestos para la configuración de la autoría mediata, la existencia previa de un aparato de poder rígidamente jerarquizado, en el seno del cual se distribuyan y asignen roles a la par de que se desenvuelva de manera independiente de sus integrantes, es decir, esté dotado de automaticidad.

En seguida, establece que el hombre de atrás debe contar con un poder de mando real y efectivo mientras que el aparato debe estar desvinculado del derecho. Así mismo, dispone que debe existir una reserva suficiente de ejecutores fungibles e incluye de manera explícita el elemento de la predisposición a la realización del hecho ilícito, desde una perspectiva integradora en que, este y la fungibilidad se complementen en lugar de excluirse como se vio en ocasiones anteriores.

En este momento, debe resaltarse como la Corte encuentra el génesis del cuarto elemento, en el concepto mismo de la desvinculación del derecho. Es decir, que a

juicio de la Corte, la elevada disposición a la realización del hecho ilícito, encuentra asidero en el apartamiento mismo de la organización respecto del derecho, entendido como la unidad normativa articulada por el ordenamiento jurídico nacional e internacional.

Con dicha argumentación, la Corte logra justificar el recurso al cuarto elemento como mecanismo para la corrección del déficit empírico que sufre la fungibilidad, en la medida en que su surgimiento no aparece arbitrario, sino que se encuentra ligado al hecho de que si el aparato como tal se ha apartado del derecho, ello implica que los ejecutores al servicio del aparato se encuentran predispuestos a la comisión de crímenes en tanto se saben miembros de una estructura de poder cuyos fines delictivos comparten, al tiempo que “conocen e internalizan que no habrá norma o autoridad que pueda limitar o sancionar su actuar delictivo.”²³⁶

Con ello, la Corte describe un origen fáctico convincente del cuarto elemento propuesto por Roxin en su conferencia dictada el 23 de marzo de 2006 en la Universidad Pablo de Olavide²³⁷, y por tanto, contribuye a consolidar a la elevada predisposición a la realización del hecho, como un elemento integrante de la autoría mediata que ayuda a reforzar empíricamente el criterio de la fungibilidad.

Sin embargo, derivado directamente de lo que ya hemos catalogado como una precisión importante en torno a la figura, consideramos que no puede pasarse por alto el desliz de la Corte según el cual la elevada predisposición es de carácter psicológico.

La inconsistencia de esta alusión, se configura si se tiene en cuenta que el punto de partida metodológico de la teoría del dominio del hecho prescinde de las teorías subjetivas para la determinación del autor, en la medida en que aquellas

²³⁶ Parte Tercera, Capítulo II, § 3, ¶ 4, * 4.2, Párrafo 735°, Numeral 3

²³⁷ Cfr. *Supra* Pág. 44

comportan una dificultad empírica en el aspecto probatorio, relacionada con la dificultad determinar el carácter de la voluntad del ejecutor de la acción típica.

En este sentido, si el criterio de la elevada predisposición al hecho fue concebido como un elemento llamado a cubrir las deficiencias fácticas que planteaba la fungibilidad concreta, mal haríamos en aceptar una fundamentación intrapsíquica²³⁸ para el cuarto elemento, en desmedro de una sustentación eminentemente fáctica, que otorgue una corrección empírica al igualmente empírico déficit constatado en punto de la fungibilidad.

Por tales razones, el reparo propuesto apunta a una inadecuada fundamentación de la elevada predisposición al hecho como elemento de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, en la medida en que se da al traste con el sustrato metodológico de la teoría del dominio del hecho y no se aportaría mayor claridad en punto de la álgida discusión doctrinal en torno a la fungibilidad como elemento fundante del dominio.

En este orden ideas, a la determinación de la considerablemente elevada disponibilidad del ejecutor a realizar el hecho, se debe arribar a partir criterios objetivos como los descritos en el acápite pertinente de este estudio y que podrían llegar a solucionarse con la ayuda del establecimiento de una presunción legal que indicara que quien pertenece a una estructura criminal, por el solo hecho de estarlo, compartiría los designios criminales de esta.

²³⁸ Cfr. *Supra* Pág. 45

3. EL CASO COLOMBIANO.

3.1. CUESTIONES PRELIMINARES.

Antes de abordar el análisis de cada uno de los tres casos propuestos en este trabajo, es menester aclarar que la jurisprudencia colombiana, en especial la de la Corte Suprema de Justicia, ya ha tenido la oportunidad de aplicar en otros casos la tesis de la autoría mediata. Prueba de ello es la sentencia de única instancia emitida por la Sala de Casación Penal, el 29 de septiembre de 2003, radicación 19734, en la cual la Corte sostuvo:

“La autoría mediata se presenta cuando una persona, sin pacto tácito o expreso, utiliza a otra como simple instrumento para que realice el hecho objetivamente típico. El fenómeno ocurre, entonces, cuando el ‘hombre de atrás’ es el único responsable, porque el instrumentalizado no realiza conducta, o despliega conducta que no es típica, u obra en concurrencia de una causal de no responsabilidad - excluyente de antijuridicidad o de subjetividad- o es inimputable” (C.S.J. 2003, Sala Penal. p. 28)

Sin embargo, la sentencia referenciada no es susceptible de análisis en el presente trabajo, ya que los hechos del caso no se presentaron dentro de un contexto de macrocriminalidad o a través de estructuras organizadas de poder, ni tampoco atendían sobre graves violaciones a los derechos humanos, díada de elementos que hemos seleccionado como presupuestos metodológicos para el rastreo, selección y análisis de casos en la investigación que nos ocupa.²³⁹

²³⁹ La citada sentencia, conoce de la acusación realizada en contra del ex gobernador encargado del departamento de Guanía, Carlos Ómar Avilán Prada, por delitos contra la administración pública (Peculado por apropiación y Celebración Indebida de Contratos), por hechos ocurridos en agosto de 1998.

De la misma forma, se omiten en la presente investigación, los análisis de fondo de dos sentencias, una de septiembre de 2007, y otra de febrero de 2009, emitidas por la misma corporación²⁴⁰, referidas, en su orden, a la condena de un oficial del ejército por la masacre de la Gabarra (Norte de Santander) perpetrada por miembros de las AUC; y la condena de dos cabecillas de este mismo grupo ilegal por su responsabilidad en un gran número de delitos que atentaron contra una pluralidad de bienes jurídicos.

La razón, es que si bien estas dos sentencias parecen a simple vista encuadrar dentro de los presupuestos metodológicos propuestos, en realidad reproducen, *inter alia*, los argumentos en torno a la fórmula de imputación mantenida por la Corte en el caso Machuca, por lo que analizarlas a fondo no ofrecería un mayor aporte al estudio del avance de las fórmulas de imputación penal en Colombia. No obstante ello, sí se hará una breve reseña de ellas, como epílogo de la sentencia del caso Machuca, dada su relevancia fáctica, para luego continuar con el análisis de fondo de las otras dos sentencias propuestas en la presente investigación, a saber: el caso Álvaro García y el caso Alfonso Plazas Vega.

²⁴⁰C.S.J. Sala de Casación penal, Sentencias del 12 de septiembre de 2007, radicado 24448 y del 23 de febrero de 2009 radicado 29418.

3.2. EL CASO MACHUCA Y LA SOLUCIÓN DE COAUTORÍA IMPROPIA.

La sentencia que a continuación se analiza, fue emitida en sede de casación por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, el 7 de marzo de 2007 bajo el radicado No 23825. Ella da cuenta del punto de partida inicial que se ha tenido en el sistema jurídico colombiano para imputar crímenes a aquellos que desde la cúspide de organizaciones macrocriminales han ordenado la comisión de delitos que implican graves violaciones a los derechos humanos.

El Corregimiento de Fraguas (Machuca), perteneciente al municipio de Segovia y fundado en 1930 por familias antioqueñas de mineros, se encuentra situado al nordeste del departamento de Antioquia, se caracteriza por tener una economía basada en la minería, por estar cerca al paso del oleoducto Cusiana-Coveñas, y porque en él, hacen presencia la empresa minera Frontino Gold Mines y la Compañía petrolera OCENSA.

Pese a la dinámica comercial generada por estos dos aspectos, su población presentaba altos índices de pobreza, que para 1996 assolaban al 45% de la población del corregimiento²⁴¹ lo cual explicaba sus enormes cordones de miseria al punto que, para 1998 el 30% del total de la población de Machuca vivía en barrios subnormales o de invasión²⁴², cuyas viviendas, generalmente eran de madera, plástico y otros materiales altamente inflamables, y además, ante la falta de servicios públicos, era común que los pobladores recurrieran al uso de velas, lámparas de petróleo, pipetas de gas y otros elementos proclives a la generación de incendios.

Por otra parte, y debido a las condiciones geográficas, socio-económicas y políticas de la zona, durante años este territorio había sido disputado por distintos

²⁴¹ Cfr. Amnistía Internacional, Colombia, Segovia: Historia recurrente de Violaciones Graves a los Derechos Humanos. Noviembre de 1996, Resumen, Pág. 2.

²⁴² Informe “Colombia Nunca Más”, Capítulo X, disponible en: http://www.derechos.org/nizkor/colombia/libros/nm/z14I/cap10.html#N_1 Fecha de consulta: 24 de febrero de 2011

grupos armados al margen de la ley, y para 1998, en dicha zona hacía presencia el frente “José Antonio Galán” perteneciente al Ejército de Liberación Nacional (ELN).

Este grupo subversivo tenía para la época una política de acción clara contra la estructura petrolera del país,²⁴³ conociendo incluso los peligros que para la población civil traían estos atentados, de tal suerte que para 1991 y 1992, atentados contra la infraestructura petrolera habían dejado civiles muertos y heridos, e irreparables daños ambientales. En este sentido, hechos como los sucedidos en los municipios de Remedios-Antioquia (vereda Martana); Alban-Cundinamarca (vereda Chimbe) y Saragoza-Antioquia (vereda Laureles)²⁴⁴ así lo demuestran, y pese al gran revuelo nacional e internacional del caso Machuca, estos episodios siguieron sucediendo, como lo demuestra la Resolución Defensorial Humanitaria No 007 del 5 de diciembre de 2001, expedida por el Defensor del Pueblo, la cual da cuenta de más de 150 atentados contra la infraestructura petrolera en aquel año, cuyas consecuencias redundaron en violaciones al DIH, en tanto afectaron la vida y bienes de la población civil, y produjeron incalculables daños ambientales²⁴⁵.

3.2.A. HECHOS RELEVANTES.

En cuanto a los hechos concretos del caso que informa la sentencia analizada, la Corte, citando al Tribunal Superior de Antioquia los resumió de la siguiente manera:

“La horrorosa tragedia que informa el proceso, tuvo lugar el 18 de octubre de 1998, tal vez a las 12:30 de la mañana, en

²⁴³ Cfr. Comunicado Público del grupo guerrillero, en <http://www.eln-voces.com>. Fecha de consulta: 24 de febrero de 2011

²⁴⁴ Cfr. Informe Defensoría del Pueblo, voladura Oleoducto Central, Fragua-Segovia, Santa Fe de Bogotá, octubre 29 de 1998.

²⁴⁵ Información en: <http://www.defensoria.org.co/red/anexos/pdf/02/res/humanitaria/humanitaria7.pdf> . Fecha de consulta: 24 de febrero de 2011

el humilde corregimiento de “Machuca” o “Fraguas”, situado en comprensión territorial del municipio de Segovia (Antioquia). Para golpear la infraestructura petrolera y con ello la economía nacional, varios guerrilleros adscritos a la compañía “Cimarrones” del frente “José Antonio Galán” del Ejército de Liberación Nacional (ELN), le colocaron un artefacto de gran poder detonante a la línea de conducción de crudos (petróleo) llamada “Oleoducto Cusiana-Coveñas”, produciendo la destrucción total del poliducto y el derramamiento del líquido en una considerable proporción.

Justamente por haberse producido la explosión en la parte superior de una colina, el petróleo corrió por dos ramales para caer luego al río “Pocuné”, por cuyo cauce avanzó hasta llegar a la rivera del corregimiento, donde finalmente se produjo la descomunal conflagración que en minutos arrasó con buena parte de las viviendas y produjo una tragedia humana de incalculables proporciones: casi un centenar de muertos —entre niños, adultos y ancianos- y graves heridas por quemaduras a un número de aproximadamente treinta personas.

Aunque la investigación no pudo descubrir a los autores materiales del atentado criminal, el Fiscal instructor decidió empero vincular a ella, mediante emplazamiento y declaratoria en contumacia, a los tres jefes de la compañía “Cimarrones”, lo mismo que a los siete cabecillas o comandantes de la cúpula del denominado Ejército de Liberación Nacional.” (C.S.J. Sentencia del 07-03-07, p. 3-4)

3.2.B. POSICIÓN DEL ENTE ACUSADOR

Si bien, en el auto que definió la situación jurídica de los procesados, el fiscal del caso²⁴⁶ había considerado que los delitos de homicidio y lesiones personales se habían cometido a título culposo, la Procuraduría apeló este auto, argumentando que estos debían ser considerados como delitos dolosos –dolo eventual- y al desatarlo, la unidad de fiscalías delegadas ante el Tribunal de Bogotá, le dio la razón a esta última, ordenando que las conductas delictivas investigadas fuesen imputadas a título de dolo y no como meras comisiones imprudentes.

En consecuencia, el fiscal delegado para los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, acusó a los siete cabecillas del Comando Central del ELN -en adelante COCE²⁴⁷-, y a los tres cabecillas de la compañía “Cimarrones”²⁴⁸ del frente “José Antonio Galán” de esa misma agrupación armada ilegal como “probables coautores determinadores” (sic) de los delitos de homicidio simple, lesiones personales, terrorismo y rebelión.

Luego, cuando el Tribunal Superior de Antioquia – Sala Penal en sede de apelación absolvió a los acusados por los delitos de homicidio, lesiones personales y terrorismo, el fiscal decidió presentar demanda de casación ante la Corte Suprema de Justicia, la cual sustentó en un cargo único por violación indirecta de la ley sustancial penal, debido a errores de hecho en la apreciación probatoria por parte del Tribunal.

Sus argumentos se pueden resumir de la siguiente manera: El Tribunal, según el concepto de la vista fiscal, incurrió en un falso juicio por omisión, al desestimar las

²⁴⁶ Por la importancia del asunto, la dirección nacional de fiscalías, decidió asignárselo a un fiscal de la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

²⁴⁷ Nicolás Rodríguez Bautista (alias “Gabino”), Erlinton o Herlinto Javier Chamorro Acosta (alias “Antonio García”), Víctor Orlando Cubides (alias “Pablo Tejada”), Israel Ramírez Cepeda (alias “Pablo Beltrán”), Rafael Sierra Granados (alias “Ramiro Vargas Mejía”, “Capitán Franco”, y “El Viejo”), Pedro Elías Cañas Serrano (alias “Oscar Santos Rueda”, “Santos” y “El Mono”) y Luis Carlos Guerrero Cárdenas (alias “Lucho”).

²⁴⁸ Luis Guillermo Roldán Posada (alias “Julián” y “Jhony”), Oscar De Jesús Giraldo Martínez (alias “Ryan” y “Palmer”), Germán Enrique Fernández (alias “Jhony González” y “Margarita”),

pruebas testimoniales²⁴⁹, documentales²⁵⁰, entre otras, que presentó en contra de los milicianos y que permitían probar la responsabilidad del comando del ELN en las conductas imputadas, omisión que según el fiscal, llevó al juez colegiado a reconocer el *indubio pro reo* de los procesados, y a descartar el dolo eventual en sus actuaciones.

De esta manera, el fiscal concluyó solicitándole a la Corte: “casar la sentencia demandada y proferir en su lugar fallo condenatorio contra los procesados, en calidad de coautores, como lo hizo el Juez de primera instancia”. (C.S.J. Sentencia del 07-03-07. p. 12)

Desde ya se advierte entonces, que la solicitud elevada en el escrito de acusación por el fiscal –confusa entre otras cosas, dada la imprecisión jurídica del término “coautores determinadores”- se orientaba, a que la cúpula del ELN y los cabecillas de la unidad fueran condenados a título de coautores y no de determinadores ni autores mediatos en virtud de aparatos organizados de poder.

3.2.C. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La fase de juzgamiento fue adelantada, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, el cual mediante sentencia del 24 de mayo de 2004, condenó a los siete integrantes del COCE y a los tres cabecillas de la compañía “Cimarrones” del ELN

“en calidad coautores de un concurso de delitos integrado por homicidios simples, lesiones personales, rebelión y terrorismo, a la pena principal de cuarenta (40) años de prisión, y adoptó las otras determinaciones indicadas en la

²⁴⁹ Testimonio del Coronel Jorge Pineda Carvajal, comandante de la brigada XIV del Ejército con jurisdicción en el corregimiento de Machuca.

²⁵⁰ Transcripciones de grabaciones interceptadas a cabecillas de la FARC e informe pericial de la empresa OCENSA

parte inicial de esta providencia”. (C.S.J. Sentencia del 07-03-07. p. 7).

El juzgado declaró la responsabilidad de los guerrilleros por el delito de terrorismo y rebelión, basado en el acervo probatorio obrante en el expediente, y principalmente en el testimonio de habitantes del corregimiento de Machuca, al tiempo que extendió su responsabilidad a los delitos de homicidio y lesiones personales a título de dolo eventual, considerando que:

“i) la voladura de oleoductos estaba dentro del plan de acción promovido por el Comando Central del Ejército de Liberación Nacional (COCE), con lo cual pretendían evitar que el petróleo “se lo llevaran los gringos”; ii) el ELN tiene su propia estructura, jerarquía y organigrama, dentro del cual los comandantes dan las órdenes con fuerza vinculante que los militantes deben acatar; iii) la previsibilidad de los resultados, por el conocimiento de la volatilidad del hidrocarburo y el conocimiento de la región; iv) los integrantes del COCE difundieron un comunicado de prensa donde reivindicaban el atentado –pero atribuían el gran incendio a las Fuerzas Militares de Colombia- y una entrevista concedida por NICOLÁS RODRÍGUEZ BAUTISTA, el 11 de noviembre de 1998 al noticiero de televisión “En Vivo”, donde ratifica el compromiso de la compañía “Cimarrones”; y v) por todo lo anterior la cúpula del ELN, es decir los miembros del Comando Central COCE, igual que los ejecutores materiales del atentado” . (C.S.J. Sentencia del 07-03-07. p. 8).

De lo anterior puede concluirse anticipadamente, que pese a reconocer, tal vez inadvertidamente, algunos de los presupuestos facticos de la autoría mediata por

dominio de organización, el juzgado estimó que la fórmula correcta de imputación penal era la coautoría, en tanto entre la cúpula del ELN y el comando guerrillero ejecutor mediaba una voluntad común anterior a cometer este tipo de delitos.

3.2.D. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Habiendo la defensa apelado la decisión de primera instancia, el Tribunal Superior de Antioquia, al decidir el recurso consideró que tanto el fiscal como el Juez de primera instancia:

“se dejaron impresionar por la magnitud de la tragedia y que , sin respaldo probatorio suficiente, que indicara la manera cómo los integrantes del COCE determinaron el atentado dinamitero y cómo aceptaron los resultados que se dieran, acudieron al expediente fácil de responsabilizar la cúpula del ELN, como si se tratara de un juicio político”. (C.S.J, Sentencia del 07 de Marzo de 2007. p. 9 *subrayas fuera de texto*)

Con base en esta consideración, que posteriormente sería rebatida tanto por los casacionistas como por la propia Corte Suprema, el Tribunal sostuvo:

“como la responsabilidad penal es individual y la imputación jurídica debe invariablemente proyectarse a señalar la acción particularizada del delincuente, en la forma puntual y específica que impone como garantía el derecho penal democrático, aquí entonces no se podía venir a decir, con la facilidad como se hizo, que como la orden criminal debió haber venido de la “cúpula”, todos sus integrantes tienen que ser entonces responsables como determinadores de los

delitos.” (T. S. A. Sentencia del 19 de Noviembre de 2004,
Subrayas fuera del original)

Desde ya se observa, que el Tribunal consideró erróneamente que el juez de primera instancia había utilizado, como fórmula de imputación penal, la figura de la determinación para condenar a la cúpula del ELN y a los cabecillas de la cuadrilla que ejecutó la acción, pasando por alto que la figura real de imputación utilizada²⁵¹ fue la de la coautoría, como lo indica, en efecto, la parte resolutive de la mencionada sentencia.

Luego de haber establecido la fórmula de imputación penal a utilizar, esto es, la participación por determinación, el Tribunal pasó a desestimar la comisión dolosa de los delitos contra la vida y la integridad personal que había sido endilgada a título de dolo eventual, tanto en la acusación como en el fallo de primera instancia, considerando que estos habían sido cometidos imprudentemente, es decir con culpa. De igual manera resolvió respecto del delito de terrorismo, afirmando que no había prueba de la mentada inducción. Ello con base en que:

i) la cúpula del ELN no era indiferente con relación a la suerte que corrieran los habitantes de Machuca, pues, inclusive ahí vivían parientes y simpatizantes de los guerrilleros, como lo declaró “GABINO”; ii) la población de Machuca se caracterizaba por su pobreza y marginalidad, situación que no es indiferente al ELN; iii) los dirigentes del ELN no estaban dispuestos a aceptar cualquier resultado que originara atentado contra el oleoducto, pues una catástrofe humanitaria sólo deparaba para ellos desprestigio político a nivel mundial; iv) no se establecieron probatoriamente las causas del incendio, que inició una hora después de la explosión de la tubería; v) no existe nexo

²⁵¹ Pese a la imprecisión terminológica de la parte motiva del fallo apelado.

psicológico entre los directivos del ELN y el resultado trágico que se produjo; vi) GABINO aceptó que en el atentado se cometieron “errores y torpezas”, pero repudió la muerte de los habitantes de Machuca; vii) no se demostró que los integrantes del COCE hubiesen indicado la manera de realizar la voladura del oleoducto ni la localización exacta de las cargas dinamiteras, pues, el corregimiento de Machuca queda a más de un kilómetro de distancia desde el sitio donde se detonó el explosivo; y viii) todo indica que se trató de una acción imprudente o culposa de los ejecutores materiales del atentado”.

Finalmente, todo lo anterior, llevo al Tribunal a absolver a los miembros del COCE y a los cabecillas de la compañía “Cimarrones” del ELN de los delitos de homicidio, lesiones personales y terrorismo, condenándolos únicamente por el delito de rebelión, de tal manera, que la condena principal de 40 años de prisión impuesta por el Juez de primera instancia, quedó convertida en una de 6 años, con interdicción de derechos por igual periodo.

Esta situación llevó, tanto al fiscal adscrito a la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario como a la agente especial de la Procuraduría para asuntos penales conocedora del caso, a interponer sendas demandas de casación ante la Corte Suprema de Justicia.

3.2.E. POSICIÓN DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Dos agentes de la PGN se pronunciaron con ocasión de la demanda de casación que conoció la Corte: la procuradora 161 Judicial Penal II – agente especial - como libelista y El Procurador Primero Delegado para la Casación Penal dentro de su función legal para estos asuntos.

1) La Procuradora 161 Judicial Penal II, en su demanda, postuló dos cargos principales y cuatro subsidiarios, sin embargo solo el primero interesa a este estudio, y en ultimas es el argumento determinante que utilizó la Corte para sustentar su decisión.

En este, la Agente Especial de La Procuraduría consideró que el Tribunal había incurrido en una violación directa de la ley sustancial penal al no condenar a los acusados como “autores mediatos” de los delitos imputados sino como meros “participes determinadores” del delito de rebelión, pues aunque se había presentado una imprecisión terminológica en el juzgado de primera instancia, al designar indistintamente a los acusados como “autores”, “determinadores”, “coautores determinadores” y “coautores” lo cierto era que:

“fáctica y jurídicamente, la imputación y declaración de responsabilidad recayó para todos los acusados, y por todas las conductas punibles, “en su inequívoca condición de autores mediatos que utilizaron a otros como instrumentos o ejecutores fungibles de los atroces delitos”. (Demanda de la Procuradora citada por la C.S.J. Sentencia del 07 de marzo de 2007. p. 17)

Para la Procuradora, ni en la acusación ni en la sentencia de primera instancia, se atribuía a los procesados, responsabilidad en calidad de determinadores, es decir de inductores, sino que tal responsabilidad se había imputado en virtud de su posición de mando dentro de la estructura organizada de poder, razón por la cual, el Tribunal habría incurrido en una violación directa de la ley sustancial penal al analizar el caso sobre base de la determinación. En este sentido la demandante explicó:

La determinación se presenta cuando se induce a otro a realizar la conducta antijurídica, es decir, cuando se crea en

otro la decisión de cometer el hecho punible. Bajo tal perspectiva, el autor material (instigado) debe haber formado su voluntad de realizar el hecho punible como consecuencia directa de la acción del inductor o determinador. En la determinación, el dolo del instigador debe estar dirigido a producir una determinada resolución delictiva, concretada en sus rasgos esenciales por un autor determinado. Por tanto, la determinación como forma de participación en la conducta punible no puede originarse en abstracto, como la simple instigación a “cometer delitos”. (Demanda de la procuradora citada por la C.S.J. Sentencia del 07 de marzo de 2007. p. 17)

Por el contrario, la funcionaria explicó -en alusión directa a Roxin-, que la autoría mediata se presentaba cuando se concurría a la comisión de la actuación delictiva a través de otro sujeto-instrumento, por lo cual existía allí: Un hombre de atrás, un instrumento y una víctima. Pudiendo surgir esta forma de comisión delictiva en cuatro situaciones: cuando se coacciona al instrumento, cuando se le hace incurrir en error o se aprovecha de este, cuando se utiliza un inimputable, y cuando se hace a través de estructuras organizadas de poder, pudiendo ser estas últimas estatales o no estatales.

Según la Procuradora, esta última forma de autoría mediata y concretamente la de carácter no estatal, era la que debía aplicarse para combatir la criminalidad organizada puesto que:

“El auge en las últimas décadas de la criminalidad organizada y la consecuente comisión de delitos a través de estas organizaciones supuso todo un replanteamiento de la dogmática jurídico penal en lo que al tema de la autoría y participación se refiere, pues se trataba de una serie de

casos que, de resolverse con los criterios tradicionales, suponían una quiebra en la construcción dogmática de ciertas instituciones penales o, lo que es peor, llevaban a soluciones completamente insatisfactorias desde el punto de vista de la justicia.” (Demanda de la procuradora citada por la C.S.J. Sentencia del 07 de marzo de 2007. p. 18)

Así, la Procuradora concluyó diciendo que: “el Ad-quem reconoció los presupuestos fácticos y jurídicos de la autoría mediata, a través de estructuras organizadas de poder, pero no lo declaró consecuentemente al resolver la apelación, porque equivocadamente ubica tales presupuestos en la categoría dogmática de la determinación” (Demanda de la procuradora citada por la C.S.J. Sentencia del 07 de marzo de 2007. p. 18)

2) Por su parte, el Procurador Primero delegado para la casación penal, en ejercicio de su función legal, conceptuó: Que los cargos del líbello presentado por el Fiscal adscrito a la Unidad Nacional de Derechos Humanos debían desestimarse, porque no habían sido demostrados con la correspondiente argumentación fáctico-jurídica, toda vez que contrario a lo que el fiscal planteaba, el Tribunal si había tenido en cuenta todas las pruebas, así no las hubiera mencionado expresamente. Con ello, a juicio del agente del Ministerio Público, únicamente los cargos primero y segundo principales de la demanda presentada por la Procuradora 161 Judicial Penal II estaban llamados a prosperar, en tanto que:

“El Tribunal, a pesar de haber reconocido los presupuestos fácticos y jurídicos de la autoría mediata a través de estructuras o aparatos organizados de poder, de manera equivocada sitúa la responsabilidad de los procesados dentro de la categoría dogmática de la determinación, lo cual

condujo a absolverlos de los cargos de homicidio, lesiones personales y terrorismo, cuando lo correcto era condenarlos como coautores de todos los ilícitos” (Concepto del Ministerio Público, citado por la C.S.J. Sentencia del 07 de marzo de 2007. p. 32)

Procediendo a explicar, en consonancia con la Procuradora que: “De acuerdo con la teoría objetivo - subjetiva del dominio del hecho, será autor quien decide el sí y el cómo del hecho, y partícipe quien, sin gobernar el proceso, contribuye al mismo (Concepto del Ministerio Público citado por la C.S.J. Sentencia del 07 de marzo de 2007. p. 33)

Para el Procurador a través de la teoría de las estructuras organizadas de poder, surgida por la necesidad de actualizar la dogmática penal, para combatir las nuevas formas de criminalidad

“se llega a establecer que quienes dominan la maquinaria de poder -como ocurrió en el régimen nazi, en las bandas de mafiosos o como ocurre en las organizaciones subversivas al margen de la ley (guerrillas y paramilitares)- y dan una orden delictuosa, tienen autoría propia del hecho, independientemente de la autoría propia del ejecutor, pues la estructura de poder le asegura la ejecución de la orden, independientemente de la individualización de quien la cumple”. (Concepto del Ministerio Público citado por la C.S.J. Sentencia del 07 de marzo de 2007. p. 34)

Por ello, teniendo en cuenta que en el caso de las estructuras organizadas de poder, los ejecutores, están frecuentemente adoctrinados, conscientes y decididos a ejecutar los delitos que le sean ordenados, no es posible hablar de una determinación, el Procurador concluyó que:

“Es evidente, entonces, el error en que incurrió el Tribunal al exigir como presupuesto de la condena para los procesados, demostrar su intervención como determinadores (artículo 30 Ley 599 de 2000), cuando lo correcto era discernir en torno de la autoría mediata en la realización de todos los ilícitos (artículo 29 ibídem). (Concepto del Ministerio Público citado por la C.S.J. Sentencia del 07 de marzo de 2007. p. 35)

Por ultimo, el Procurador finalizó su intervención, citando jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, afirmando lo siguiente:

“A partir del pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Barrios Altos de Perú, la Corte Constitucional Colombiana en múltiples pronunciamientos ha declarado que en los procesos penales el interés de las víctimas no se reduce al estrictamente patrimonial, sino que corresponde al derecho a una reparación más integral, que incluye el derecho a la verdad y el derecho a la justicia. Estos derechos, por supuesto, comprenden el de saber quiénes son los verdaderos autores, es decir, *“los hombres de atrás”*, y a que, en tal condición, se les sancione” (Concepto del Ministerio Público citado por la C.S.J. Sentencia del 07 de marzo de 2007. p. 38).

3.2.F. SENTENCIA DE CASACIÓN Y FÓRMULA DE IMPUTACIÓN

La Corte Suprema de Justicia, consideró acertados los argumentos de la Procuraduría y en consecuencia decidió casar el fallo del Tribunal Superior de Antioquia, declarando que este incurrió en violación directa de la ley sustancial, al

haber entendido erróneamente que los procesados fueron acusados y condenados en primera instancia como partícipes determinadores, cuando en realidad los cargos les fueron extendidos en calidad de coautores. En tal sentido señaló:

“el Tribunal admitió la convergencia de varios elementos de los cuales dimanaba la coautoría y cuando era de esperarse que ratificara la condena impuesta en primera instancia, decidió absolver a los dirigentes de la compañía “Cimarrones” y a los integrantes del Comando Central del ELN, incurriendo por ello en violación directa de la ley sustancial”. (C.S.J. Sentencia del 07 de marzo de 2007.p. 68)

Según la Corte, es posible predicar la coautoría cuando dos o más personas se unen por su propia voluntad a una misma causa ilícita, compartiendo conscientemente los fines delictivos propuestos y estando de acuerdo con los medios igualmente ilícitos para lograrlos, cooperando cada uno de ellos de acuerdo a su rol preestablecido para alcanzar esos cometidos, y siendo coordinados por quien ejerce el rol de líder en el grupo.

“En tales circunstancias, quienes así actúan, coparticipan criminalmente en calidad de coautores, aunque no todos concurren por sí mismos a la realización material de los delitos específicos; y son coautores, porque de todos ellos puede predicarse que dominan el hecho colectivo y gobiernan su propia voluntad, en la medida justa del trabajo que les correspondiere efectuar, siguiendo la división del trabajo planificada de antemano o acordada desde la ideación criminal” (C.S.J. Sentencia del 07 de marzo de 2007.p. 70)

Por tal razón, la Corte estimó que en el presente caso, los subversivos implicados habían actuado en calidad de determinadores en los hechos incriminados, porque:

“no es cierto, al menos las pruebas no lo indican así, que dichos directivos hubiesen hecho nacer la idea criminal en los milicianos rasos y menos que dominaran la voluntad de éstos; pues, por el contrario, lo que se verifica razonablemente es que los guerrilleros del ELN implicados en la destrucción de la tubería desplegaron la conducta que les correspondía, con acuerdo previo, por convicción propia, por compartir las “políticas” del grupo armado ilegal, directrices que conocían y a las cuales habían adherido con antelación, en un proceso paulatino de reclutamiento, diseño de estrategias, entrenamientos, aprendizaje de doctrinas y estandarización de modos de actuar.” (C.S.J. Sentencia del 07 de marzo de 2007.p. 70)

Así mismo, la Corte consideró que la coautoría era una fórmula correcta de imputación de delitos frente a la macrocriminalidad, específicamente la modalidad de coautoría impropia. Este tipo, no requiere que cada autor actualice su participación en la fase ejecutiva del delito con hechos típicos, sino que alrededor de su planeación y ejecución se dé un reparto de tareas que permita conseguir el fin ilícito propuesto, ya que “en este género de manifestaciones del crimen organizado se gesta un conocimiento común y una voluntad que también es común y por ello, el delito que recaiga en ese marco de acción, pertenece a todos como a sus autores”. (C.S.J. Sentencia del 07 de marzo de 2007.p. 71)

Sin embargo, la Corte, pese a acoger los argumentos de los procuradores y considerar entonces que el Tribunal había incurrido en una violación directa de la

ley sustancial, se apartó de la consideración de aquellos, ya que no atribuyó responsabilidad penal a los procesados a título de autores mediatos en virtud de estructuras organizadas de poder, sino que aplicó la coautoría impropia como forma correcta de comprensión de los fenómenos macrocriminales. En sentido señaló:

“Se estima preciso aclarar que en este caso no existe autoría mediata, ni hay “sujeto de atrás”, como parece sugerirlo la libelista, porque los subversivos que colocaron los explosivos en el tubo no fueron meros instrumentos del Comando Central del ELN, sino que a su vez, ellos –los que acudieron a perpetrar materialmente la detonación– desarrollaron el rol que les correspondía en su propio delito, por su voluntad consciente dirigida con conocimiento e inteligencia al logro de los fines compatibles con su propia ideología; lo hicieron por convicción política propia; sin ser “utilizados”, sin ser instrumentalizados y sin engaños.”

Siguiendo esta línea de argumentación, la Corte pareció admitir únicamente las clásicas modalidades de autoría mediata²⁵², y no así la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder, estimando en todo caso, como solución más viable, incluso la inducción antes que la figura que aquí estudiamos, en tanto expresó:

“Tampoco se ha demostrado que los integrantes del Comando Central del ELN o los jefes de sus grupos o cuadrilla, hubiesen coaccionado a subversivos rasos o sin posición de mando a cometer el atentado so pena de sanciones disciplinarias; y nada indica que los autores materiales hubiesen sido instigados o presionados o actuado

²⁵² Por coacción, por error, o por utilización de inimputables

sin autonomía, hipótesis en la cual sería menester adentrarse en el estudio de lo atinente a la posible determinación; y si ésta llegare a desvirtuarse, entonces sí pasaría a explorarse la incidencia de las estructuras organizadas de poder.

Por todo lo anterior, la Corte, como lo expresamos *supra* decidió casar la sentencia del Tribunal Superior de Antioquia y en su lugar reafirmar la sentencia de primera instancia, condenando a los miembros del COCE del ELN y a los cabecillas de la compañía “Cimarrones” de la misma agrupación por los delitos de homicidio simple, lesiones personales, terrorismo y rebelión a la pena principal de 40 años, interdicción de derechos por 10 años, y multa.

3.2.G. ANÁLISIS CRÍTICO.

Nuestro concepto, podemos resumirlo en tres ideas fundamentales: 1) La confusión que parece tener la Corte entre los supuestos clásicos de la autoría mediata²⁵³, concretamente entre autoría mediata por coacción y la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder; 2) La referencia, en nuestro juicio inapropiada, del principio de responsabilidad individual en perjuicio de un principio de responsabilidad por organización; y 3) La inadecuación adecuación dogmática de la fórmula de imputación empleada por la Corte para fallar este caso.

En este orden de ideas, la Corte confundió, a nuestro juicio, los criterios de autoría mediata por coacción y la autoría mediata por aparatos de poder organizados, en la medida en que sugirió que solo si hubiesen pruebas de que los ejecutores materiales habían cometido el hecho coaccionados o instigados, debía dejarse de un lado la coautoría, para analizar la determinación, y solo como último recurso se habría acudido a la autoría en virtud de aparatos organizados de poder. Lo anterior implica que la Corte supone que la inexistencia de pruebas que indiquen que los

²⁵³ Por coacción, por error y por utilización de inimputables.

ejecutores fueron coaccionados, impide la consideración de una eventual autoría mediata y por ende la imposibilidad de que exista un hombre de atrás. Con ello, desconoce que en la teoría ideada por el profesor Roxin, los elementos estructurales de esta figura, están dados por la existencia de un aparato de poder jerarquizado, desvinculado del ordenamiento jurídico en la comisión concreta del delito e integrado por un número amplio de ejecutores fungibles, de lo cual se deriva que el sujeto de adelante, aun cuando actúa responsablemente, sigue siendo un componente más del engranaje dada la automaticidad con la que funciona el aparato, razón por la cual la orden dada no es cometida bajo una situación de coacción, sino con autonomía, libertad y responsabilidad por parte de ejecutor directo, pero con base en su articulación al aparato en calidad de mera ruedecilla intercambiable dentro de la organización.

Y es precisamente el tema de la actuación libre y responsable del ejecutor directo, lo que lleva a la Corte a poner de presente, como obstáculo dogmático para la aplicación de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, el principio de responsabilidad penal individual, en tanto que considera que el hecho de que los ejecutores hayan actuado consciente y libremente impide que sean considerados meros instrumentos²⁵⁴ del engranaje de la organización, argumento que refuerza con la consideración de que dirigentes y ejecutores compartían ideologías y fines comunes.

Sin embargo, quisiéramos resaltar que es precisamente la dinámica real de la macrocriminalidad actual la que impone la necesidad criminológica de reformular el principio de responsabilidad individual, en punto de estas nuevas formas de delincuencia organizada, debiendo pasar entonces de una concepción de la responsabilidad penal individual a una responsabilidad penal por organización, en donde si bien se individualiza la responsabilidad penal de cada uno de los

²⁵⁴ Frente al carácter de instrumento que la Corte le asigna al ejecutor directo, es menester precisar que el verdadero instrumento de que se vale hombre de atrás es la organización que domina, y que la denominación instrumento que se le asigna al ejecutor directo es de carácter normativo y no fáctico, en aras de predicar la responsabilidad del autor mediato.

miembros de tales organizaciones, esta se hace sobre la base de la responsabilidad del colectivo en la comisión del crimen, es decir en una responsabilidad por el hecho total. Con esto, resultan enjuiciables tanto quienes dan la orden como quienes las cumplen, debiéndose tener en cuenta que es el primero, quien por ostentar un mayor dominio del hecho por su posición en el aparato, a quien se le atribuye un mayor grado de responsabilidad y por ende de punibilidad.

Finalmente consideramos que la Corte, al aplicar la fórmula de la coautoría impropia, desconoce algunos elementos dogmáticos para la aplicación de esta figura, concretamente, lo concerniente al acuerdo y al aporte, requisitos esenciales para la configuración de este tipo de autoría.

En este orden de ideas, tenemos que para que se pueda predicar la coautoría impropia, debe existir un acuerdo que debe ser previo²⁵⁵ al hecho, y común a todos los coautores. Lo anterior implica que el plan ilícito debe ser concertado por todos y cada uno de los participantes en el delito, en un plano de igualdad material, es decir, transversalmente, y de manera anterior a su comisión, razón por la cual se hace evidente que no solo no basta la existencia de una orden del jefe del aparato para reemplazar el proceso de concertación delictiva sino que además ello supone una relación vertical entre dirigentes y ejecutores subordinados –como es el caso de las estructuras de poder organizadas jerárquicamente-.

Por lo tanto, al elegir aquella figura de imputación, se hacía necesario que la Corte determinara con base en las pruebas, que efectivamente el COCE y los cabecillas de la cuadrilla ejecutora, habían concertado de manera anticipada el delito, fijando modo, tiempo y herramientas para ejecutarlo; incluso se hacía necesario que los integrantes del COCE y los ejecutores materiales se conocieran y acordaran

²⁵⁵ La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 26 de Noviembre de 2003, M.P. Marina Pulido de Barón, estimó que el acuerdo también puede ser concomitante, sin embargo, consideramos que este tipo de acuerdo solo tiene cabida en los supuestos de coautoría propia, en donde todos los autores actualizan su aporte en la fase ejecutiva del delito, y no en los supuestos de coautoría impropia.

conjuntamente la realización del hecho ilícito, pues las reglas de la lógica indican que un acuerdo implica la aceptación de condiciones mutuas en un plano de igualdad material.

Ahora bien, en lo atinente al aporte este debe ser objetivo²⁵⁶ e importante²⁵⁷ para la consumación del delito, lo cual supone que incluso quien ejerce el rol de liderazgo en una organización delictiva, debe realizar alguna actuación con las características ya expuestas. De esta manera, su aporte no puede limitarse a que desde la dirección del aparato, el líder fije un *modus operandi* o unas políticas de acción generales -por más fines delictivos que estas entrañen- pues este aspecto dogmático es el que precisamente diferencia la coautoría del delito de concierto para delinquir²⁵⁸.

3.2.H. REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL

Como lo habíamos anunciado *supra*, expondremos brevemente algunos casos en los que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado la tesis de la coautoría impropia como fórmula de imputación penal correcta para enjuiciar a los dirigentes de estructuras organizadas de poder por los crímenes que hayan cometido sus subordinados, sostenida inicialmente en el caso Machuca.

3.2.H.1. MASACRE DE LA GABARRA

La Corte Suprema de Justicia en juicio adelantado contra el Teniente del Ejército Luis Fernando Campuzano Vásquez por las conductas de pertenencia a grupos de sicarios, hoy concierto para delinquir, y múltiples homicidios con fines terroristas, expidió sentencia el 12 de septiembre de 2007 con radicado 24448, en la cual

²⁵⁶ *Ibidem*.

²⁵⁷ Código Penal Colombiano, ley 599 de 2000, artículo 29. Inciso segundo: “son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte” (Subrayas fuera del original)

²⁵⁸ Ley 599 de 2000, Título XII, Capítulo Primero. Artículo 340: “cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta con prisión de tres (3) a seis (6) años

resolvió sobre la responsabilidad penal individual que le era atribuible al procesado en su calidad de jefe militar de la Gabarra (Tibú – Norte de Santander), estableció, respecto de los hechos conocidos como masacre de la Gabarra, lo siguiente:

Durante muchos años y en especial a partir de la década de los 80, cuando se inició la construcción del oleoducto Caño Limón-Coveñas, en la región del Catatumbo, en la frontera colombo-venezolana, hicieron presencia grupos insurgentes, inicialmente el Ejército de Liberación Nacional, (ELN) y posteriormente junto las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC).

Dicho territorio había sido siempre codiciado por los grupos armados al margen de la ley por ser un corredor económico estratégico, dado el paso de las vías del transporte de hidrocarburos, del río, la riqueza minera, y porque en los corregimientos de La Gabarra y El Tarra (Tibú, Norte de Santander) había florecido el cultivo de la hoja de coca y era posible el tránsito fácil hacia Venezuela.

En el año 1999, de manera pública, el jefe de las AUC, Carlos Castaño Gil, anunció la llegada de un contingente de sus hombres, con la finalidad de “recuperar la zona” y dar muerte a todos los “colaboradores de la guerrilla” y desde entonces fueron frecuentes los asesinatos y la intimidación a la población, situación que desencadenó su desplazamiento, incluso hacia el país vecino. De la misma manera, el ya nombrado jefe paramilitar, avisó que incursionaría en La Gabarra.

Como el grupo ilegal había hecho público su plan delictivo, varias entidades y autoridades denunciaron la previsible toma de La Gabarra, por parte de los hombres de Castaño, razón por la cual se designó un contingente del Ejército Nacional al mando del entonces teniente Luis Fernando Campuzano Vásquez, para que protegiera la población de La Gabarra y garantizará el orden público allí.

Pese a lo anterior, aproximadamente a las 8 de la noche del 21 de agosto de 1999, un número indeterminado de hombres armados, que se transportaban en vehículos, vestían prendas de uso restringido de las fuerzas armadas y portaban insignias de las AUC, hicieron presencia en La Gabarra, donde por espacio aproximado de dos horas recorrieron sus calles, cantinas, billares, hoteles, residencias y con lista en mano, asesinaron cerca de 27 personas.

El oficial no salió en defensa de la ciudadanía, se quedó en la base militar y explicó que ello obedeció a que en el mismo momento en que ocurría la masacre, fue objeto de un ataque, que lo obligó a su defensa y le impidió dejar el lugar. Sin embargo, varias personas afirmaron que tal ataque fue simulado. También indicaron que antes de la incursión armada, el teniente quitó el retén permanente que tenía instalado a la entrada de la población y omitió los controles normales, lo que habría permitido el ingreso de los delincuentes. Además, que había una connivencia previa y habitual de los militares con estos, a quienes se permitía accionar en la región, con la instalación de retenes y patrullajes ilegales frecuentes, que no merecían reparo ni repulsa de la fuerza oficial, a tal punto, que en una ocasión, al ser indagado el teniente sobre la previsible toma, este respondió: *“el que la debe, que la pague”*.

Por todo lo anterior, el oficial del ejército fue vinculado a una investigación penal y acusado por la Fiscalía del concurso de conductas de pertenencia a grupos de sicarios, previsto en el artículo 2° del Decreto 1194 de 1989, que fuera adoptado como legislación permanente mediante el artículo 6° del Decreto 2266 de 1991, y de múltiples homicidios con fines terroristas, descritos en los artículos 323 y 324 del Código Penal de 1980.

Pese a lo ocurrido y el vasto material probatorio en que se sustentaba la acusación, el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Cundinamarca decidió absolver al Teniente Campuzano, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de Cundinamarca, en sede de apelación, bajo el argumento que existía una duda razonable insalvable, en tanto no existía prueba alguna sobre la

participación del teniente en la estructura paramilitar, ni estaba probado que el teniente hubiese violado su deber de garantía, pues para los juzgadores la posición de garante, que debe ser jurídica y no moral, no es suficiente para edificar sobre ella un delito de resultado a título de comisión por omisión.

Esta situación llevó al representante de la parte civil y al fiscal del caso a interponer demanda de casación ante la Corte Suprema de Justicia, la cual finalmente decidió casar la sentencia y condenar por los delitos previstos en la acusación al teniente Campuzano.

En su sentencia la Corte hizo especial remisión al bloque de constitucionalidad, y recordó las obligaciones internacionales del Estado en materia de protección de derechos humanos, pronunciándose de la siguiente manera:

“En el marco de los valores y principios que resalta y pone de presente el Estado Social de Derecho, así como en atención a la tutela y respeto irrestricto de los Derechos Humanos, al deber de cumplir y hacer cumplir los compromisos internacionales, en especial, los relacionados con el Derecho Internacional Humanitario, resalta, en primer orden, la constitucionalización del Derecho Penal y, por tal vía, la aplicación e interpretación de las normas conforme a los mandatos de los instrumentos internacionales ratificados por Colombia , que conforman el comúnmente llamado ‘Bloque de Constitucionalidad’ . En consecuencia, el debate sobre el dolo, el dolo específico, el dolo eventual, la connivencia y la aquiescencia, no deja de llamar la atención en la hora actual de la globalización e impone la obligación de guardar el estándar internacional. (C.S.J. Sentencia del 12 de septiembre de 2007. p.86)

En el mismo sentido la referida sentencia reitera la doctrina sentada por la Corte en el caso Machuca, cuando afirma:

“A su turno, es relevante la reciente decisión –Sentencia de casación 23.825, del 7 de marzo de 2007, Caso Machuca-, en donde se compilan especiales precisiones sobre la coautoría con respecto al crimen organizado, así: “Mediando, como en el presente asunto, ideologías compartidas, voluntades concurrentes e intervención con aportes concretos según la división preacordada del trabajo criminal, se afirma que todos son coautores globalmente de la conducta delictiva realizada y responsables por sus consecuencias. No es, como suele entenderse, que cada uno sea autor sólo de la parte que le corresponde en la división del trabajo; ya que en este género de manifestaciones del crimen organizado se gesta un conocimiento común y una voluntad que también es común y por ello, el delito que recaiga en ese marco de acción, pertenece a todos como autores”. (C.S.J. Sentencia del 12 de septiembre de 2007. p. 105)

En cuanto a la responsabilidad penal concreta del teniente Campuzano, la Corte tuvo como probado, que este actuó coordinadamente, en régimen de reparto de tareas con los paramilitares, correspondiéndole una acción omisiva, consistente en despejar cualquier obstáculo institucional que pudiera llegar a impedir la realización de la masacre, lo cual además de su aporte concreto al delito, permitió establecer la pertenencia de este en la estructura jerárquica de las AUC. En este sentido la Corte expresó:

“Esos medios de prueba indican, más allá de cualquier duda, la actitud permisiva de los miembros del Ejército, que antes

que combatir a los integrantes del grupo armado ilegal que hacían presencia permanente, toleraban sus desplazamientos y retenes ilegales, de donde resulta válida la conclusión de que eso se hacía a manera de contribución para que el accionar ilegal no tuviera tropiezos en su permanencia en la zona. Los señalamientos genéricos a los soldados de la base militar, indudablemente comprometen a su comandante, el teniente Campuzano Vásquez, no sólo porque el estamento militar actúa de manera jerarquizada, esto es, que la actitud de la base necesaria e indefectiblemente era conocida y patrocinada por su superior, sino porque las pruebas ilustran comportamientos directos del oficial, como el ingreso frecuente a las instalaciones oficiales de las lujosas camionetas empleadas por los paramilitares, hecho que solamente podía ser autorizado por él. Y sus expresiones públicas que no enfrentaría a los ilegales y que “el que la debe, que la pague”. (C.S.J. Sentencia del 12 de septiembre de 2007. p. 83)

Finalmente la Corte llamó la atención sobre la especial gravedad y dañosidad social del fenómeno del paramilitarismo cuando afirmó:

“La historia reciente de país muestra como un hecho notorio, que no requiere de prueba diversa, las implicaciones extremadamente graves que en todos los ámbitos del acontecer nacional (económico, cultural, político, social, de arraigo de la población, de imagen internacional, de desplazamiento de la población con el incremento consiguiente de los cinturones de miseria, etc.) implica el despiadado accionar de los grupos armados al margen de la

ley, y específicamente de los mal llamados paramilitares.”
(C.S.J. Sentencia del 12 de septiembre de 2007. p. 125)

Con base en las consideraciones precedentes, así como en el estudio de la prueba en el caso concreto y los elementos dogmáticos de la posición de garante y el dolo eventual, la Corte endilgó responsabilidad penal al teniente Campuzano, casando así la sentencia del tribunal superior de Cundinamarca e imponiéndole una pena principal de 40 años, así como otras penas de carácter accesorio, consistentes en interdicción de derechos y el pago de multa.

3.2.H.2. CASO RAIMUNDO RUEDA LEAL Y JESÚS MANUEL HERNÁNDEZ ARROYO

Los hechos que informaron la sentencia bajo estudio, se resumen en que a las instalaciones del CTI de la Fiscalía General de la Nación, arribó el señor Efrén Martínez Sarmiento para, bajo la gravedad de juramento, denunciar el actuar delincencial de las AUC en el sur del departamento de Caquetá, del cual tenía conocimiento por haber pertenecido al Bloque Sur de las AUC que operaba en aquella región del país. Allí, informó de las graves violaciones a los Derechos Humanos cometidos por este grupo, al mando de los señores: Raimundo Rueda Leal y Jesús Manuel Hernández Arroyo entre las cuales se hallaban actividades relacionadas con el narcotráfico, torturas y muertes ocasionadas a personas señaladas como informantes de la guerrilla, entre otras.

En el proceso de verificación de la información suministrada por el denunciante, se hallaron varias fosas comunes en las que se hallaron más de 50 cuerpos con signos de tortura y mutilaciones, situación que llevó a la Fiscalía Especializada de Florencia a acusar a los cabecillas de este bloque de las AUC, como coautores del concurso de delitos de homicidios en personas protegidas y torturas en personas protegidas, hurto agravado y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

La fase del juicio fue adelantada por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Florencia, profiriendo fallo el 24 de enero de 2007 a través del cual condenó a los acusados a la pena principal de 40 años de prisión, multa de tres mil quinientos (3.500) salarios mínimos mensuales e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por veinte (20) años, como coautores penalmente responsables del concurso de delitos de homicidios en personas protegidas y torturas en personas protegidas.

Impugnada la sentencia por el defensor de los acusados, el Tribunal Superior de Florencia la revocó mediante sentencia del 10 de octubre de 2007, para en su lugar proferir fallo absolutorio a favor de aquellos, considerando que la actuación se originó con base al señalamiento que hiciera Efrén Martínez Sarmiento, quien luego aceptó que el señalamiento lo realizó por promesa remuneratoria.

Frente a esta decisión, el Fiscal Treinta y Nueve de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario interpuso recurso de casación, que se orientó a postular la violación indirecta de la ley sustancial derivada de errores de hecho por falsos juicios de raciocinio, producto del quebranto de las reglas de la experiencia en la apreciación de las pruebas, amén de la falta de valoración conjunta del acervo probatorio

La Corte en su decisión analizó dos aspectos: 1) Las exigencias dispuestas por el legislador para proferir fallo condenatorio a partir de la consecución de la certeza, o bien, la aplicación del principio in dubio pro reo; y 2) La forma de participación en los delitos de los integrantes de las organizaciones criminales, o lo que nosotros hemos llamado la fórmula de imputación penal.

En este sentido, luego de explicar los conceptos de autoría directa y coautoría material propia e impropia, intentó hacer lo mismo respecto de los conceptos de determinación y autoría mediata, expresándose de esta manera:

“A su vez, dentro de la misma preceptiva puede efectuarse un cotejo entre la determinación y la autoría mediata. En aquella se establece una relación persona a persona a partir de una orden, consejo, acuerdo de voluntades, mandato o coacción superable entre el determinador y el determinado (autor material), dado que ambos conocen de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad del comportamiento realizado, pero sólo éste tiene dominio del hecho, motivo por el cual, también ambos responden penalmente de la conducta hasta la fase en que se haya cometido. Por su parte, en la figura de la autoría mediata, entre autor mediato (también denominado “el hombre de atrás” o el que “mueve los hilos”) y ejecutor instrumental, se establece una relación persona a “persona objetivada” o cosa, pues se soporta en una coacción ajena insuperable, en una inducción en error o en el aprovechamiento de un error, de manera que sólo el autor mediato conoce de la tipicidad, ilicitud y culpabilidad del comportamiento, en tanto, que el ejecutor instrumental obra – salvo cuando se trata de inimputables – bajo una causal de exclusión de responsabilidad, motivo por el cual, mientras el autor mediato responde penalmente, el ejecutor instrumental, en principio, no es responsable.” (C.S.J. Sentencia del 23 de febrero de 2009. p. 32)

De la misma manera, señaló que existían casos de autoría mediata en la que también el instrumento responde, como en punto de la utilización de inimputables, a quienes se les impone medida de seguridad, o algunos supuestos de error vencible, siempre que el tipo permita la comisión culposa, para luego hacer referencia a la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, de la cual dijo:

“Autores como el profesor alemán Claus Roxin incluyen una tipología adicional dentro de la figura de la autoría mediata, y es aquella relativa a la condición de quien actuando como jefe de un aparato organizado de poder, imparte una orden, pues sabe que alguien de la organización – sin saber quién – la ejecutará , de modo que “el hombre de atrás” no necesita recurrir ni a la coacción ni a la inducción en error o al aprovechamiento de error ajeno (hipótesis tradicionales de la autoría mediata), puesto que, además, tiene certeza en que si el ejecutor designado no cumple con su tarea, otro la hará, es decir, que el autor inmediato resulta fungible y, por tanto, su propósito será cumplido.” (C.S.J. Sentencia del 23 de febrero de 2009. p. 33-34).

Luego de esta puntual referencia, la Corte recuerda su jurisprudencia del caso Machuca y afirma que esta se debe tener en cuenta en el presente caso, citándose a ella misma, en el caso mencionado:

“es evidente que los directivos de esa organización criminal no actuaron como determinadores de los ejecutores materiales, sino en calidad de coautores, porque no es cierto, al menos las pruebas no lo indican así, que dichos directivos hubiesen hecho nacer la idea criminal en los milicianos rasos y menos que dominaran la voluntad de éstos; pues, por el contrario, lo que se verifica razonablemente es que los guerrilleros del ELN implicados en la destrucción de la tubería desplegaron la conducta que les correspondía, con acuerdo previo, por convicción propia, por compartir las ‘políticas’ del grupo armado ilegal, directrices que conocían y a las cuales habían adherido con antelación, en un proceso

paulatino de reclutamiento, diseño de estrategias, entrenamientos, aprendizaje de doctrinas y estandarización de modos de actuar (...) todos son coautores globalmente de la conducta delictiva realizada y responsables por sus consecuencias”. (C.S.J Sentencia del 7 de marzo de 2007. Rad. 23815. Citada por C.S.J. Sentencia del 23 de Febrero de 2009. p. 37).

La anterior referencia de la Corte al caso Machuca, le permitió en el presente caso concluir que los procesados debían ser condenados a título de coautores impropios de las conductas respecto de las cuales se les endilgaba responsabilidad penal, porque:

“En suma, los mandos o cabecillas de la organización tienen la condición de coautores, en el entendido de que los militantes de tales agrupaciones comparten no solo los ideales, sino las políticas de operación y, por ello, la responsabilidad por los hechos delictivos ordenados por las cabezas compromete en calidad de coautores, tanto a quienes los ejecutan, como a quienes los ordenaron, sin que, entonces, haya lugar a la configuración del instituto de la determinación.” (C.S.J. Sentencia del 23 de febrero de 2009. p. 38).

De esta manera, tenemos que hasta 2009, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, tenía sentada como doctrina legal probable²⁵⁹ (Caso Machuca, caso Masacre de la Gabarra y caso Rueda Leal y Hernández Arroyo) que los delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales debían ser imputados a título

²⁵⁹ Establecida como fuente material de derecho por el artículo 4 de la ley 169 de 1896, y declarada exequible en la sentencia C-836 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil. La cual consiste en que tres fallos uniformes, dictados sobre el mismo punto de derecho, por la Corte Suprema de Justicia, en sede de casación, constituyen fuente de derecho, que los jueces y la misma Corte están, en principio, obligados a acatar en sus decisiones.

de coautoría impropia. Empero, esta situación vino a variar solo hasta el 23 de febrero de 2010, cuando la Corte modificó su tesis y decidió aplicar la fórmula de la autoría mediata por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder en el caso Álvaro García.

3.3. CASO ÁLVARO GARCÍA

La presente sentencia condenatoria de fecha 23 de febrero de 2010, con radicado No 32805, en contra del ex senador Álvaro García Romero, se enmarcó dentro de los distintos procesos judiciales seguidos por la Corte Suprema de Justicia colombiana, en el denominado escándalo de la parapolítica que ha dado cuenta de la connivencia -desde distintos niveles- entre influyentes políticos y estructuras paramilitares, y que en el caso concreto tuvo lugar en el departamento de Sucre, en donde el condenado no solo promovió, conformó y financió estructuras paramilitares, sino que a su vez se valió de estas para cometer graves violaciones a los Derechos Humanos, para su propio beneficio y el de terceros afines a este macabro proyecto.

3.3.A. HECHOS RELEVANTES

Históricamente, el departamento sucreño ha sido tierra de grandes ganaderos, de donde han salido sus principales dirigentes y personalidades políticas, sociales y económicas. Sin embargo, con el recrudecimiento del conflicto armado y la extensión de la influencia de los grupos guerrilleros en Colombia, fue precisamente este sector adinerado y poderoso quien se vio amenazado en sus intereses particulares -con los secuestros, extorsiones, robo de ganado entre otros- por lo que para mediados de los años noventa, e incluso antes, en el departamento de Sucre se empezaron a establecer grupos armados ilegales, que actuaban de manera dispersa autoproclamándose como fuerzas de autodefensa .

“Con el propósito de establecer un grupo permanente que se encargara de la seguridad del centro y norte del departamento, donde se concentraba buena parte de los ganaderos adinerados de la región, algunos de estos auspiciaron la creación y sostenimiento de grupos privados

de autodefensa”(C.S.J. Sentencia del 23 de febrero de 2010
p. 2)

Dicho propósito coincidió con la orden dada por Carlos Castaño Gil a Salvatore Mancuso de unificar los distintos grupos de autodefensas que operaban en el norte del país, en lo que se denominó Bloque Norte de las Autodefensas Unidas de Colombia, acción que empezó a consolidarse precisamente en el departamento de Sucre alrededor del año 1996.

Según pudo constatar la Corte, hubo varias reuniones entre comandantes de las autodefensas, reconocidos integrantes de la dirigencia política local y acaudalados ganaderos del centro y norte del departamento, quienes colaboraron mancomunadamente para hacer realidad esta idea. Entre las distintas personalidades asistentes a estas reuniones, se encontraba el para ese entonces senador Álvaro García Romero, quien incluso se comprometió a gestionar recursos para la compra de armas y dotación en general de estos grupos de autodefensa. Así, la Corte manifestó:

“En ese contexto, se supo de una reunión en la que se concretó la creación del grupo irregular, que a la postre se llamaría Bloque Héroes de los Montes de María, llevada a cabo en 1997 en la hacienda Las Canarias de propiedad del político y ganadero Miguel Nule Amín, a la cual acudieron, entre otros, el ganadero Joaquín García Rodríguez, reconocido auspiciador de esta clase de organizaciones; Javier Piedrahíta, otro entendido en la materia; Salvatore Mancuso y el Senador ÁLVARO GARCÍA ROMERO, en la cual, luego de finiquitados los temas de financiación y sostenimiento del nuevo grupo, Piedrahíta postuló para su comandancia a Rodrigo Mercado Peluffo, alias “Cadena”.
(C.S.J. Sentencia del 23 de febrero de 2010. p. 3)

Por esa misma época, y como consecuencia directa de la creación de estos grupos de autodefensa, una serie de hechos delictivos de toda índole, pero en particular de gravísimas violaciones a los derechos humanos, se disparó en Sucre, en especial destaca la Corte, el crimen múltiple que tuvo lugar entre el 9 y el 16 de octubre de 2000 en diversos corregimientos de Carmen de Bolívar, conocido comúnmente como la masacre de Macayepo (región de los Montes de María) a partir de una incursión paramilitar por parte de la agrupación conocida por entonces como el “Frente Montes de María”, que además generó el desplazamiento masivo de los habitantes de ese lugar. Sobre esos hechos la Corte estableció la participación del senador García, a través del conocimiento accidental de la comunicación telefónica²⁶⁰ sostenida entre él y Joaquín García Rodríguez el 6 de octubre de 2000, en el que éste mencionó el desplazamiento de la tropa irregular hacia Macayepo.

De la misma forma, la Corte estableció la responsabilidad del senador García en delitos contra la administración pública, relacionados con la contratación en el departamento de Sucre, cuyos dineros sirvieron para financiar el accionar paramilitar en la región, así como el homicidio de Georgina Narváez, ocurrido en San Onofre el 19 de noviembre de 1997, suceso ligado a cuestiones electorales vinculadas con Álvaro Alfonso García Romero.

Mediante auto del 10 de julio de 2007 y ratificado el 8 de agosto del mismo año, la Fiscalía General de la Nación profirió resolución acusatoria contra el ex senador Álvaro García Romero, convocándolo a juicio como presunto autor del delito de concierto para delinquir agravado y como determinador de los delitos de homicidio simple contra la señora Georgina Narváez Wilches; peculado por apropiación y los homicidios agravados por la indefensión de las víctimas en la llamada “masacre de Macayepo”.

²⁶⁰ La conversación fue obtenida por la sección de inteligencia de la Policía de Sucre, Sipol, en labores de rastreo rutinario del espectro electromagnético.

3.3.B. POSICIÓN DEL ENTE ACUSADOR.

La Fiscalía General de la Nación solicitó a la Corte declarar la responsabilidad penal de ex senador Álvaro García Romero por el delito de concierto para delinquir agravado; el homicidio simple de Georgina Narváez; el peculado por apropiación cometido en el municipio de Sucre (Sucre); y los homicidios agravados de quienes murieron en la masacre de Macayepo.

El primero de ellos, es decir, el concierto para delinquir agravado por la conformación, promoción, sostenimiento y en general por su pertenencia a estructuras paramilitares a título de autor directo, puesto que:

“el senador GARCÍA ROMERO fomentó y promovió la actividad paramilitar, por lo que los vínculos que surgieron entre éste y las AUC no se pueden reducir a aspectos de conveniencia electoral ni personal, pues aunque ni Joaquín García ni el sindicato tuvieran propiedades en la región de La Mojana, es claro que lo que buscaban, tanto el uno como el otro, era solucionar los problemas de seguridad del gremio económico más importante del departamento de Sucre.”
(Alegato final del fiscal delegado citado por la C.S.J. Sentencia del 23 de febrero de 2010 p. 19)

En punto del homicidio simple de la señora Georgina Narváez, el fiscal solicitó se declarara la responsabilidad penal del ex senador a título de determinador en tanto que este dio la orden de que fuera ejecutada, por haber presenciado un fraude electoral durante las elecciones a gobernador que beneficiaba a Eric Morris, -quien era su candidato- fraude que ella denunció y tenía la virtualidad de dejar en evidencia un fraude mayor, y por ende poner en grave peligro la elección de Morris. Para el fiscal:

“cierto resultó que el fraude de que fue testigo la señora Georgina Narváez no modificaba en mucho los resultados a favor de Eric Morris. Tal vez, como lo dijeron el señor GARCÍA ROMERO y el propio Eric Morris, podrían ser 20 votos o tal vez menos, pero concluye que el número de votos fraudulentos obtenidos en el corregimiento Labarce era lo de menos, pues el hecho verdaderamente significativo fue que el fraude que presencié la inmolada GEORGINA habría podido desencadenar un estricto escrutinio en todas las mesas del municipio de San Onofre, municipio cuyos resultados fueron los que permitieron la ventaja de 3.000 votos a favor de MORRIS (prohijado del acusado), quien la misma noche de las elecciones venía perdiendo frente a su contendor”. (Alegato final del fiscal delegado citado por la C.S.J. Sentencia del 23 de febrero de 2010 p.20.)

Frente al delito de peculado, debe decirse que aun cuando la Fiscalía solicitaba se declarara la responsabilidad penal acusado, no era claro, en este punto de la sentencia, a que título se le debía imputar dicho delito, pero del contexto general de la acusación y el hilo argumentativo del fiscal podría decirse que se optó por la determinación.

Finalmente en lo que tiene que ver con la masacre de Macayepo, la Fiscalía consideró probada la participación de García en esta, conclusión a la que arribó a partir de la interceptación telefónica entre el acusado y el paramilitar a cargo de la incursión armada. Para la Fiscalía:

“el contenido de la conversación demostró la identidad y unidad de designio criminal que compartían Joaquín García y ÁLVARO GARCÍA, pues mientras el primero detalló las necesidades que requería la fuerza paramilitar para llevar a

cabo la operación y la motivación que ésta originaba, el segundo, consciente de su ejecución, se comprometió a prestar su colaboración para su desarrollo, conociendo que dicha incursión, como todas las que le antecederon, siempre se desarrollaba con los mismos parámetros de eliminación física de quienes eran considerados los colaboradores y auxiliares de la guerrilla. Es decir, que frente a unos hechos que tenían un desarrollo y final común, el señor GARCÍA ROMERO fue indiferente a los resultados de la incursión paramilitar a Macayepo, coadyuvando a la ejecución porque dichos resultados eran previsibles, pues de lejos era el político más influyente del departamento de Sucre y, por ende, conocedor de su problemática de orden público.” (Alegato final del fiscal delegado citado por la C.S.J. Sentencia del 23 de febrero de 2010 p. 22-23.)

Aun cuando la Fiscalía no expuso la calidad en la que García participó en la masacre, de la anterior cita puede concluirse que estimaba la responsabilidad del imputado como coautor impropio, en tanto que para esa época, la Corte tenía sentada su jurisprudencia en ese sentido, y no se evidencia argumentación alguna frente a la autoría mediata por dominio de la voluntad en virtud de estructuras organizadas de poder.

3.3.C. POSICIÓN DEL ACUSADO Y LA DEFENSA

La posición, tanto del acusado como de su defensa, puede resumirse centraron sus esfuerzos en controvertir la veracidad del dicho de los testigos de cargo, la legalidad, admisibilidad y autenticidad, de la grabación telefónica, así como en crear indicios a su favor a partir de la comparación y justificación de los guarismos electorales, sin entrar en detalles respecto de la imputación jurídica relativa a la presunta participación en los crímenes.

3.3.D. DECISIÓN JURISDICCIONAL

En el presente caso, el ex senador Álvaro García fue llamado a responder en juicio como probable autor de los delitos de concierto para delinquir agravado y homicidio agravado en concurso homogéneo; al igual que como determinador de homicidio simple y de peculado por apropiación, delitos que como lo advierte la Corte:

“pese a su evidente heterogeneidad no pueden observarse como hechos aislados sino como eslabones de una cadena causal propia de estructuras criminales organizadas y concertadas de modo previo.” (C.S.J. Sentencia del 23 de febrero de 2010. p. 36)

De esta manera, para la Corte el ex senador García era autor del delito de concierto para delinquir, en su forma de mayor punibilidad, contemplado en el artículo 340 inciso tercero -por actos de organización, fomento, promoción, dirección y financiamiento de grupos ilegales- conducta que se agravó por la posición distinguida que el procesado ostentaba en la sociedad, considerando el Tribunal que:

“su conducta traspasó el umbral de simples acuerdos para la promoción de grupos armados al margen de la ley, reflejándose en actos concretos de conformación y financiamiento de ellos. (C.S.J. Sentencia del 23 de febrero de 2010. p. 39)

Lo anterior, con base en que la presencia de Álvaro García, en reuniones como la de la finca “Las Canarias”, y las gestiones que realizó en pro de la consecución de recursos para la fundación del frente “La Mojana”, permiten concluir

incuestionablemente su directa intervención en el auspicio y organización de dichas organizaciones armadas ilegales.

Ahora bien, con respecto a la Masacre de Macayepo, la Corte aclaró de manera preliminar, que se hallaba claramente documentado que la misma no sólo comprendió aquel corregimiento, “sino además los de La Palma, El Limón, El Floral y Cañas Frías, entre otros, lugares a donde llegaron distintos contingentes del grupo paramilitar que avanzaba hacia la parte alta de los Montes de María.” (C.S.J. Sentencia del 23 de febrero de 2010. p. 71).

Asimismo, la corporación judicial pudo establecer que la incursión paramilitar no se verificó en un sólo acto. “Por el contrario se prolongó por espacio de ocho días, aproximadamente, presentándose en su desarrollo distintos enfrentamientos entre las fuerzas paramilitares correspondientes al bloque “Héroes de los Montes de María” y grupos subversivos con asiento en la región.” (C.S.J. Sentencia del 23 de febrero de 2010. p. 72)

En lo que tiene que ver con la responsabilidad penal del ex senador García en este crimen, la Corte halló probada su participación en él, con base en una grabación telefónica producto de un hallazgo accidental por parte del servicio de inteligencia de la Policía Nacional, que le permitió establecer que el para ese entonces senador García, no solo conoció del plan delictivo con antelación, sino que a su vez lo apoyó garantizando el retiro de las tropas de infantería cercanas, y discutió la mejor forma de llevar a cabo la mencionada incursión con su interlocutor. Respecto de la mencionada grabación la Corte estimó:

“Esa evidencia, de cuya legalidad, autenticidad y contenido se ocupará luego la Sala, aparece como un elemento de juicio que aunado a otro, no menos importante, como es que los homicidios se produjeron por el accionar de la estructura paramilitar en cuya organización intervino el procesado,

permite atribuible responsabilidad a título de autor mediato.”
(C.S.J. Sentencia del 23 de febrero de 2010. p. 74)

Respecto de la legalidad de la grabación mencionada *supra* como base de la imputación de responsabilidad penal al ex senador, la Corte recordó su jurisprudencia consolidada, según la cual, si las operaciones rutinarias de rastreo del medio electromagnético por parte de agentes de inteligencia militar son legales, lógico es derivar que el producto de estas, es decir los hallazgos obtenidos, tengan el mismo carácter.

Para la Corte, si se concatenan los medios de convicción que revelan en grado de certeza la condición del procesado de fundador y auxiliador de los grupos de autodefensas con presencia permanente en el departamento de Sucre para esa época, los lazos que estrechó con Joaquín García y sus cercanas relaciones con ‘Cadena’, único comandante de la región y quien en definitiva como parte de la organización delictiva tenía toda la información respecto de los planes de su grupo, “no queda duda a través de aquella comunicación grabada por la Sipol, que el procesado conoció y compartió la ofensiva paramilitar hacia la zona alta de los Montes de María, donde se desarrollaron los hechos de sangre conocidos como ‘Masacre de Macayepo’.” (C.S.J. Sentencia del 23 de febrero de 2010. p. 93)

En conclusión, la Corte estimó como probado que:

“Los grupos paramilitares denominados Frente La Mojana y Bloque Héroes de los Montes de María que operaron en el Departamento de Sucre, constituyeron aparatos organizados de poder cuya existencia es un hecho notorio.” (C.S.J. Sentencia del 23 de febrero de 2010. p. 99)

“El procesado controlaba “desde arriba” el aparato de poder, compartiendo el mando con los jefes militares que ejecutaban en el terreno el plan de dominio. Los grupos paramilitares son estructuras organizadas de manera vertical en donde existe compartimentación y las jerarquías superiores trazan los planes generales de acción y un amplio grupo de subalternos está presto a cumplir dichas directrices.” (C.S.J. Sentencia del 23 de febrero de 2010. p. 100).

“La “masacre de Macayepo” fue una acción ejecutada dentro del decurso “normal” de actividades de la agrupación paramilitar “Bloque Héroe de Montes de María” que conformó, apoyó y asesoró el acusado. La demostrada existencia de sesiones con los jefes militares de la banda y los diálogos cifrados son muestra de cómo se dinamiza el perfeccionamiento de una orden dentro de las organizaciones armadas ilegales” (C.S.J. Sentencia del 23 de febrero de 2010. p. 100).

“Los ejecutores materiales de las acciones homicidas eran miembros de la misma organización armada ilegal, aun sin tener relación directa ni inmediata con el procesado.” (C.S.J. Sentencia del 23 de febrero de 2010. p. 101).

Por estas razones la Corte concluyó que el procesado no sólo organizó el grupo de autodefensas que ejecutó la masacre, sino que además desarrolló comportamientos propios de un miembro de ese tipo de agrupaciones armadas ilegales, lo cual sumado a los otros medios de prueba, “permite reprocharle a título de autor mediato los múltiples homicidios acaecidos en desarrollo de dicha incursión paramilitar.” (C.S.J. Sentencia del 23 de febrero de 2010. p. 99.)

En lo que tiene que ver con el delito de peculado, estimó el fallador que este estaba relacionado con la pertenencia, apoyo y financiación de los grupos de autodefensa por parte del procesado y “sería indicativo de su voluntad dolosa de fomentar, desde su posición de poder, la llegada de dineros del Estado para el financiamiento del grupo paramilitar de la Mojana en su etapa inicial. (C.S.J. Sentencia del 23 de febrero de 2010. p.102).

Sin embargo advirtió la Corte que no podía concluirse que el ex senador García se hubiera apropiado de los recursos, pues era evidente que no tuvo contacto ni jamás ostentó la disposición funcional con éstos, ya que a pesar de su calidad de servidor público, no existía relación funcional alguna entre su cargo y la administración de estos recursos, razón por la cual:

“La solución jurídica que se impone -como se dijo- es imputarle el peculado por apropiación a título de determinador, figura dogmática sobre el nivel de intervención criminal en un hecho que es plenamente compatible. (C.S.J. Sentencia del 23 de febrero de 2010. p.117)

Finalmente, la Corte también encontró mérito suficiente para fincar responsabilidad penal a Álvaro García Romero por el homicidio simple de Georgina Narváez Wilches, pues éste, en su condición de padrino político del candidato a la Gobernación de Sucre en las elecciones que recién acababan de celebrarse en dicho departamento, y en donde la finada había protagonizado una grave denuncia de fraude electoral, vio gravemente amenazada la elección de su prohijado²⁶¹, ordenó a paramilitares de la zona dar muerte a la señora Georgina Narváez y asegurarse de esa forma la eliminación del riesgo que su testimonio suponía para sus planes.

²⁶¹ Respecto de la cual mostró desde siempre un gran interés, al punto de protagonizar él mismo un bochornoso hecho de corrupción administrativa en la registraduría la misma noche de las elecciones

Así las cosas, la Corte estimó que Álvaro García Romero, era responsable “en calidad de *determinador* del homicidio de que fue víctima la señora GEORGINA NARVÁEZ WILCHES, pues tal como se demostró en precedencia a través del análisis de la prueba de cargo, la idea criminal y posteriormente la orden para su ejecución fue dada por él.” (C.S.J. Sentencia del 23 de febrero de 2010. p.134)

3.3.E. FÓRMULA DE IMPUTACIÓN

Visto ya, como la Corte fincó responsabilidad penal al ex senador Álvaro García Romero por los delitos de concierto para delinquir agravado, homicidio agravado, homicidio simple y peculado por apropiación, pasamos ahora a establecer la fórmula de imputación utilizada por esta corporación para establecer la responsabilidad penal del procesado, según su participación en cada uno de los delitos.

De esta manera, tenemos que la Corte optó por una fórmula de imputación diferenciada respecto de cada delito en particular. Así, en punto del concierto para delinquir agravado, García fue condenado como autor directo de la conducta; con respecto a los delitos de homicidio simple y peculado por apropiación, se le halló responsable penalmente a título de *determinador*, y respecto de los homicidios agravados cometidos en la llamada masacre de Macayepo, la Corte condenó al ex senador García como autor mediato.

En lo que tiene que ver con el objeto de estudio de esta investigación, corresponde analizar el criterio que utilizó la Corte en la aplicación de la figura de la autoría mediata para condenar García por la masacre de Macayepo, puesto que la autoría directa en el caso concreto no ofrece un punto de discusión suficiente para ser analizado, y respecto de su consideración como *determinador* del homicidio simple y del peculado por apropiación nos ocuparemos posteriormente, en el análisis crítico de la sentencia.

En este orden de ideas, el caso del ex senador Álvaro García Romero, se torna de suma importancia en el análisis de la autoría mediata por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, en tanto que con ella, la Corte decidió cambiar su precedente jurisprudencial para juzgar el grado de participación criminal de los cabecillas de los grupos armados al margen de la ley, respecto de graves violaciones a los derechos humanos cometidos por sus subordinados.

Así, veíamos *supra* que la Corte, en casos anteriores, había tenido como fórmula de imputación penal para este tipo de crímenes la coautoría impropia²⁶². De igual manera, la Corte había conceptualizado lo siguiente sobre la procedencia de la autoría mediata:

“... cuando una persona, sin pacto tácito o expreso, utiliza a otra como simple instrumento para que realice el hecho objetivamente típico. El fenómeno ocurre, entonces, cuando el ‘hombre de atrás’ es el único responsable, porque el instrumentalizado no realiza conducta, o despliega conducta que no es típica, u obra en concurrencia de una causal de no responsabilidad -excluyente de antijuridicidad o de subjetividad- o es inimputable”²⁶³

Sin embargo, decide variar su posición en esta sentencia, para en su lugar aplicar la teoría del profesor Roxin, que amplía el espectro, respecto de los supuestos clásicos de aplicación de la autoría mediata, considerando que también podía configurarse mediante la intervención de un ejecutor responsable, como en el caso de la autoría mediata por dominio de la voluntad, en virtud de aparatos organizados de poder. En consecuencia sostuvo:

²⁶² Como puede observarse en los casos de Machuca, La Gabarra, Yamid Amat, y Raimundo Rueda Leal y Jesús Manuel Hernández Arroyo, entre otros.

²⁶³ Por ejemplo, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de única instancia de 29 de septiembre de 2003, radicación 19734, reiterada en auto de única instancia de 10 de junio de 2008, radicación 29268.

“Ciertamente, cuando se está ante el fenómeno delincencial derivado de estructuras o aparatos de poder organizados , los delitos ejecutados son imputables tanto a sus dirigentes -gestores, patrocinadores, comandantes- a título de autores mediatos, a sus coordinadores en cuanto dominan la función encargada -comandantes, jefes de grupo- a título de coautores; y a los directos ejecutores o subordinados -soldados, tropa, patrulleros, guerrilleros o milicianos-, pues toda la cadena actúa con verdadero conocimiento y dominio del hecho y mal podrían ser amparados algunos de ellos con una posición conceptual que conlleve la impunidad.” (C.S.J. Sentencia del 23 de febrero de 2010. p.77)

De esta manera “la Corte destaca que si bien GARCÍA ROMERO fue acusado como determinador de los delitos de homicidio ocurridos durante la denominada Masacre de Macayepo, los elementos ontológicos de la conducta desplegada, resumidos *supra*, permiten establecer que se trató de una acción desplegada dentro del ámbito de la autoría mediata. (C.S.J. Sentencia del 23 de febrero de 2010. p. 78)

Finalmente podemos observar en la sentencia, como la Corte fincó en el caso concreto la aplicación de la figura de la autoría mediata por organización, reconociendo la cualidad de aparato de poder organizado a las estructuras paramilitares que operaron en el Departamento de Sucre; estimando como probada la pertenencia a este aparato del ex senador García y su posición de mando dentro de tal estructura; declarando que la masacre de Macayepo fue producto del accionar de la misma; y finalmente estableciendo la fungibilidad de los ejecutores materiales con que contaban estas organizaciones armadas al margen de la ley.

3.3.F. ANÁLISIS CRÍTICO

Si bien es cierto, la Corte corrigió la inadecuación dogmática que habíamos criticado respecto de la solución de la coautoría impropia, pasando así a la solución de la autoría mediata por dominio de la organización en lo que consideró “la mejor solución político-criminal del problema jurídico”²⁶⁴ debemos anotar que el fallo, pareciera perder cierta coherencia conceptual, cuando no obstante aceptar que todos los delitos, incluyendo el homicidio simple y el peculado por apropiación, “pese a su evidente heterogeneidad no pueden observarse como hechos aislados sino como eslabones de una cadena causal propia de estructuras criminales organizadas y concertadas de modo previo.” (C.S.J. Sentencia del 23 de febrero de 2010. p. 36), no se condenó al ex senador García por los últimos dos delitos (el homicidio simple y el peculado) a título de autor mediato por dominio de la organización sino como determinador de estos.

Es decir, si se aceptaba que tanto la masacre de Macayepo, como el peculado por apropiación y el homicidio de Georgina Narváez eran delitos cometidos dentro del curso normal de la actuación delincuencia del aparato de poder al cual el acusado pertenecía y del cual se valía para impartir las ordenes necesarias para la ejecución de estos delitos, no se comprende cómo se lo condena como autor mediato de la masacre, pero no en la misma calidad frente los otros dos delitos, si como se dijo, en ambos tenía el dominio de la voluntad de los ejecutores fungibles a través del aparato organizado de poder.

La única explicación plausible que podríamos encontrar para que la Corte hubiera aplicado una fórmula de imputación diferenciada entre el primero de los delitos (la masacre) y los otros (el peculado y el homicidio simple) es que estos últimos, no llegaban a encuadrarse, en sentido estricto, dentro de lo que hemos denominado como graves violaciones a los derechos humanos, pese a lo cual, basta con analizar conjuntamente los hechos delictivos, para darse cuenta que unos y otros

²⁶⁴ C.S.J. Sala de Casación Penal, sentencia del 23 de febrero de 2010. p. 77

estaban inexorablemente ligados -en tanto que el peculado y el homicidio que garantiza la impunidad del fraude, son determinantes para la consolidación de la estructura paramilitar que luego en su expansión criminal comete la masacre- por lo que la conclusión que habría de extraerse es que el ex senador García, debió ser condenado también por el delito de peculado y de homicidio simple como autor mediato por organización.

Finalmente, consideramos que la Corte reconoció sin más que la figura de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder debía aplicarse, por representar una “mejor solución político-criminal, pero no asumió la carga argumentativa de establecer en qué medida y por qué era esta la mejor solución dogmática al problema jurídico planteado, con respecto a otras formas de imputación como la inducción o la coautoría misma, ni mucho menos tomó partido sobre los elementos que la configuran, al tiempo que entendió, a nuestro juicio de manera equivocada, que el instrumento a través del cual actúa el autor mediato es el ejecutor material del hecho –como instrumento responsable- y no la estructura de poder jerarquizada al cual pertenece tanto el autor mediato como el ejecutor, de manera que el dominio que ejerce el hombre de atrás sobre el aparato es directo, mientras indirecto es el que se ejerce sobre el ejecutor, precisamente mediante el aparato.

3.3.G. REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL – CONFIGURACIÓN DE LA DOCTRINA LEGAL PROBABLE.

3.3.G.1. CASO ÁLVARO ARAUJO CASTRO

Al ex senador del departamento del Cesar, Álvaro Araujo se le endilgó responsabilidad penal por haberse concertado con estructuras paramilitares para la consecución de un escaño en el senado de la colombiano para el periodo 2002 – 2006.

Los hechos se pueden resumir, en que para aquel entonces las ACCU (Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá) al mando de Rodrigo Tovar Pupo alias “Jorge 40” y posteriormente conocidas como AUC bloque Norte, desarrollaban un proyecto político que tenía como finalidad posicionar a sus miembros en todos los niveles de la administración, incluidos los cargos de elección popular, con el ánimo de expandir su área de influencia y tener voceros en los altos cargos con poder de decisión a nivel nacional, en aras de intervenir en los programas de gobierno, los proyectos de infraestructura y erradicar a la guerrilla.

En este sentido y según lo sostuvo el propio jefe de la organización, Rodrigo Tovar Pupo, el grupo de autodefensas:

“se permitió recuperar el espacio político perdido, entre otros, por la familia Araújo, mediante la distribución y asignación de áreas de marcada influencia de las autodefensas, a determinados aspirantes al Congreso de la República en aquellas elecciones, donde se conminó a la población para que respaldara señalados candidatos y hasta se fraguó la alteración de los resultados de la votación a fin de asegurar su triunfo, como aconteció con el doctor Araújo Castro.” (C.S.J Sentencia del 18 de marzo de 2010. p. 3)

Por estos hechos, y a la luz de la ley 600 de 2000, la Fiscalía decidió dictar auto de resolución de acusación contra el ex senador Araujo en la que se le señaló como autor del delito de concierto para delinquir agravado, y coautor de los delitos de secuestro agravado y constreñimiento al sufragante agravado. Sin embargo, con ocasión de la apelación a este auto propuesta por la Procuraduría General de la Nación y la defensa, el vicefiscal general de la nación decidió declarar la nulidad parcial del auto, en lo que al delito de secuestro agravado se refería, y dejó incólume la acusación por los demás delitos.

Por esta razón, la Corte solo decidió sobre los delitos de concierto para delinquir agravado y constreñimiento al sufragante, encontrando al ex senador Araujo responsable de los mismos en calidad de autor directo y determinante respectivamente, y no como coautor, según lo había solicitado la Fiscalía, por considerar que el procesado no había participado directamente en la ejecución de la acción. En este sentido la Corte expresó:

“Ahora bien, en el ámbito de la participación el concurso de personas en la ejecución del tipo penal admite la determinación, condición ésta por la que se condenará al doctor Araújo Castro – y no como coautor, según la acusación de la Fiscalía -, por haberse probado que él no realizó materialmente la acción, pero sí que con ocasión del acuerdo ilegal ingresó en la esfera de un aparato de poder que requería consolidar su penetración de lo público, para lo cual resultaba indispensable garantizar que personas de algún modo vinculadas con la organización alcanzaran importantes cuotas de poder; apareciendo incontrovertible el interés del procesado en lograr esos resultados, hasta el punto que de allí se puede inferir que estuvo de acuerdo y en ese grado de consenso determinó ese comportamiento ilegal.” (C.S.J Sentencia del 18 de marzo de 2010. p. 144)

Por otra parte, y en lo que tiene que ver con el objeto de estudio de este trabajo, la Corte -pese a que por el principio de congruencia no se pudo pronunciar sobre el secuestro agravado a un miembro del MRL, atribuido al accionar paramilitar y que benefició directamente al ex senador Araujo en su elección al senado- ordenó en el último acápite de sus consideraciones compulsar copias para que se investigara al ex senador por su presunta responsabilidad penal en los delitos de lesa humanidad que cometieron los grupos de autodefensas en el Cesar para la

época en que este perteneció a su estructura, considerando precisamente su condición de mando político dentro de la misma, y señalando que:

“el político en su condición de miembro de la organización criminal impulsaba no sólo a obtener la permanencia del irregular grupo sino que pretendía ejercer en espacios o crear los mismos en procura de resultar funcionales a la empresa delictiva, en pro de la estrategia del crimen constituyéndose en un paso más en el proceso de la toma de todos los poderes e instancias de decisión del Estado.” (C.S.J. Sentencia del 18 de marzo de 2010. p. 155).

Aunado a lo anterior la Corte también expresó que:

“como se ha conocido, era designio de los grupos paramilitares arrasar ciudadanos u organismos que se opusieran a consolidar su poder y expansión y, por ello, dentro de sus actividades ordinarias ejecutaron múltiples conductas criminales, entre otras calificadas como delitos de lesa humanidad – tortura, desapariciones forzadas, desplazamiento forzado, etc. -, y ataques a la dignidad de las personas, sin que fuera ningún secreto para cada uno de sus miembros, dentro de los cuales inclusive se contaban servidores públicos vinculados a todas las instituciones estatales, aún desde el momento de la creación de aquellas tropas. (C.S.J. Sentencia del 18 de marzo de 2010. p. 153).

A juicio del Tribunal, pudo constatar que en la estructura de los grupos paramilitares existían los siguientes elementos:

- “1). Existencia de una organización integrada por una pluralidad de personas sustituibles antes o durante el evento criminal las cuales mantienen una relación jerárquica con sus superiores. Aquellas personas pueden o no tener cierta predisposición a la comisión de delitos;
- 2). Control (dominio) de la organización por parte del hombre de atrás y a través de ella de sus integrantes sustituibles. Dicho control puede manifestarse bajo distintas modalidades: a través de la creación de la organización, el no control del mismo pudiendo hacerlo dada su posición o a través del impulso sostenido de la misma con medidas dirigidas a autorizar sus actuaciones ilícitas. En todos estos supuestos se evidencia, por parte del hombre de atrás, un dominio del riesgo (que es el aparato de poder) de producción de actos ilícitos; y,
- 3). Conocimiento de la organización o aparato de poder y decisión de que sus miembros ejecuten o continúen ejecutando hechos ilícitos penales. (C.S.J. Sentencia del 18 de marzo de 2010. p. 154).

Entonces, de acuerdo con la Corte, el acusado hacía parte de una estructura criminal integrada por un número plural de personas articuladas de manera jerárquica y subordinada, quienes realizaron conductas punibles, y cuyo fenómeno es factible comprenderlo a través de la metáfora de la cadena, motivo por el cual también debe responder penalmente por el conjunto de crímenes que se le atribuyen a los comandantes o jefes de los bloques, frentes o unidades que hacían parte de la asociación criminal, por lo que en opinión de la Corte:

“resulta procedente, parodiando al representante del Ministerio Público, compulsar copias de lo pertinente a fin de que se investigue la ocurrencia de hechos en los cuales, en

ejercicio del plan criminal de la organización a la cual pertenecía el acusado, éste haya participado y se establezca su eventual grado de responsabilidad – autoría o participación -, dentro de los que figuran ataques a la dignidad humana y a la vida puestos de presente por los testigos. (C.S.J. Sentencia del 18 de marzo de 2010. p. 155).

La anterior decisión la fundamenta la Corte, con base en decisiones anteriores suyas -Caso Machuca y La Gabarra- y en decisiones de tribunales extranjeros como el de la sentencia contra Fujimori en el Perú, expresándose de la siguiente manera:

“Esta solución que se da al fenómeno de la intervención de múltiples sujetos en la acción criminal se aproxima a las respuestas dadas por la Corte a otros asuntos conocidos con anterioridad y que resulta cercana a expresiones recientes de la doctrina y la jurisprudencia foráneas aplicadas a fenómenos similares. (C.S.J. Sentencia del 18 de marzo de 2010. p. 156).

Si bien la Corte parece incurrir en una contradicción, al recurrir conjuntamente a los casos Machuca y La Gabarra y al caso Fujimori, en tanto aquellos fueron ejemplos de imputación a título de coautoría impropia y en este se empleo como fórmula de imputación penal la figura de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, entendemos del análisis de la sentencia en su conjunto, que estas referencias están dadas en el sentido de la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a los dirigentes de las estructuras organizadas de poder, por los crímenes cometidos por sus subordinados, sin reparar en este punto en la fórmula de imputación penal específica a utilizar.

Sin embargo, del mismo análisis conjunto, podemos ver que la Corte estructura su decisión de compulsar copias con base en la teoría de la autoría mediata por dominio de la organización en tanto se esfuerza por enunciar los elementos que la constituyen y de aterrizar los hechos concretos del caso para encuadrarlos dentro de estos.

Finalmente, podemos observar como la Corte reitera que la aplicación de la autoría mediata por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, es procedente para los casos de graves de violaciones a los derechos humanos, basada en dos razones: Primero, porque pese a reconocer que el delito de constreñimiento al sufragante se ejecutó por un aparato organizado de poder, a través de ejecutores fungibles, mediando orden de un superior, sin que este actualizara su participación en el mismo en fase ejecutiva, decide condenar al ex senador a título de determinador; y segundo, porque en su decisión de compulsar copias, estima que es pertinente que se investigue la responsabilidad penal del acusado en los crímenes de lesa humanidad que cometió la estructura paramilitar a la cual pertenecía, a la luz del dominio por organización que fundamenta la autoría mediata.

3.3.G.2. CASO HUMBERTO DE JESÚS BUILES

Como se ha visto, desde hace décadas en gran parte del territorio nacional han operado grupos armados de autodefensa que en su fase final y confederada se denominaron AUC (Autodefensas Unidas de Colombia). La región del Urabá no fue ajena a este flagelo, siendo que allí desplegaron sus acciones, el Bloque Bananeros, al mando de Éver Veloza García (alias H.H.), el Bloque “Élmer Cárdenas” al mando de Freddy Rendón Herrera (alias Alemán), y el bloque “Arlés Hurtado” bajo la dirección de Raúl Emilio Hasbún (alias Pedro Bonito).

“Esas organizaciones armadas, pretendiendo obtener representación en el Congreso de la República,

desarrollaron un proyecto político regional que se llamó “Por una Urabá Grande, Unida y en Paz”, que luego se alió con el grupo político conocido en Antioquia como “La Nueva Forma de Hacer Política”, adscrito al partido Cambio Radical, logrando bajo tal unidad que en las elecciones para el periodo 2002-2006, su fórmula al Senado de la República, en cuyo segundo renglón estuvo el doctor HUMBERTO DE JESÚS BUILES CORREA, matriculado con las Autodefensas Unidas de Colombia, accediera a una curul en el Senado de la República en su representación.” (C.S.J. Sentencia del 17 de agosto de 2010. p. 2)

El 2 de diciembre de 2008 la Unidad de Fiscalías Delegada ante la Corte Suprema de Justicia profirió resolución de acusación contra el ex senador Humberto De Jesús Builes Correa, acusándolo de ser el probable autor del delito de concierto para delinquir agravado.

Frente a la acusación propuesta por la Fiscalía, la defensa, la Procuraduría y el mismo acusado se opusieron a ella durante el proceso:

“sosteniendo fundamentalmente, como disculpa plena, que si bien fue verdad que asumió el cargo de congresista durante ese período, eso sucedió a partir de un ejercicio legal y democrático, al margen de grupos paramilitares, es decir, negando íntegramente la adecuación de conducta a normas de prohibición, al modo de comportamiento penalmente irrelevante o atípico; a esa tesis se aunaron el Procurador y el vocero, quienes aunque tácitamente reconocieron el hecho en su faz objetiva, sostuvieron que no estaba demostrado el dolo. (C.S.J. Sentencia del 17 de agosto de 2010. p. 21)

Luego de analizar el acervo probatorio obrante en el expediente, la Corte llegó a la primera conclusión de su sentencia, consistente en que:

“la intromisión de grupos paramilitares a través del movimiento político “Por Una Urabá Grande Unida y en Paz” en las elecciones al Congreso de la República del año 2002 fue una realidad incontrastable, de donde se saca que quienes obtuvieron puestos en la Corporación Legislativa a través de esa colectividad no lo hicieron conforme las reglas de la democracia” (C.S.J. Sentencia del 17 de agosto de 2010. p. 64)

De lo anterior, extrajo su segunda conclusión:

“el comportamiento del ex senador HUMBERTO DE JESÚS BUILES CORREA, objetivamente considerado, se aviene a un concierto bajo la modalidad de promocionar o “promover” grupos paramilitares, como lo describe el artículo 340 inciso 2º de la Ley 599 de 2000, en tanto está demostrado con toda seguridad que se alió a un grupo político creado y controlado por grupos armados ilegales.” (C.S.J. Sentencia del 17 de agosto de 2010. p. 69).

Por las razones antes expuestas, la Corte declaró responsable al ex senador Builes y en consecuencia lo condenó por el delito de concierto para promover grupos armados ilegales, contemplado en el artículo 340 inciso 2º de la Ley 599 de 2000, a la pena principal de 90 meses de prisión y 6.500 salarios mínimos legales mensuales de multa, así como a otras penas accesorias.

Finalmente en el capítulo IX de la sentencia, la Corte decidió compulsar copias a la Fiscalía para que se investigue la responsabilidad del condenado en la

ejecución de graves delitos contra la vida y la dignidad humana cometidos por este grupo armado ilegal en la zona y para la época en que fue probada su pertenencia al mismo, considerando:

“Al respecto la Sala, en la sentencia que emitió contra el también ex congresista ALVARO ARAUJO CASTRO, dijo sobre el particular, que: “Como se ha conocido, era designio de los grupos paramilitares arrasar ciudadanos u organismos que se opusieran a consolidar su poder y expansión y, por ello, dentro de sus actividades ordinarias ejecutaron múltiples conductas criminales, entre otras calificadas como delitos de lesa humanidad – tortura, desapariciones forzadas, desplazamiento forzado, etc. -, y ataques a la dignidad de las personas, sin que fuera ningún secreto para cada uno de sus miembros, dentro de los cuales inclusive se contaban servidores públicos vinculados a todas las instituciones estatales, aún desde el momento de la creación de aquellas tropas. (C.S.J. Sentencia del 17 de agosto de 2010. p. 97).

En conclusión, si bien la Corte no tuvo la oportunidad de determinar la participación criminal del ex senador en graves violaciones a los derechos humanos cometidos por el grupo armado ilegal al cual según perteneció, sí decidió, al igual que en la sentencia del senador Araujo y sobre la misma base argumentativa, compulsar las respectivas copias para que con fundamento en la participación criminal en grado de autoría mediata por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder fuera establecida la responsabilidad penal del procesado. Con ello, reiteró la tesis fijada por la Corte en el caso Álvaro García, concerniente a que los crímenes cometidos en el seno de estructuras organizadas de poder, deben ser imputados a sus dirigentes a título de autores mediatos por dominio de la organización.

3.4. CASO ALFONSO PLAZAS VEGA

La sentencia que se analiza, fue emitida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Bogotá, el 9 de Junio de 2010, condenando al Coronel (r) Alfonso Plazas Vega, con sustento en los hechos ocurridos entre el 6 y el 7 de Noviembre de 1985, en la ciudad de Bogotá, cuando un comando armado del grupo subversivo M-19 se tomó por asalto el Palacio de Justicia, con lo cual se generó un operativo de retoma a sangre y fuego por las fuerzas de seguridad del estado, quienes a través de algunos de sus miembros perpetraron igualmente graves violaciones a los derechos humanos en contra de la población civil, por los que más de 20 años después, uno de sus responsables fue hallado penalmente responsable.

3.4.A. HECHOS RELEVANTES

Para el momento de la toma –11:00 A.M. del 6 Noviembre de 1985– se encontraban en el palacio magistrados, magistrados auxiliares, jueces, fiscales, abogados litigantes, empleados de la cafetería y visitantes ocasionales, entre quienes se encontraban 10 de los 11 desaparecidos del palacio de justicia que se juzgan en la presente sentencia²⁶⁵.

El operativo de asalto fue realizado por dos comandos, el primero que atacó y controló el sótano y el segundo que irrumpió en el tercer y cuarto piso, y fue eficaz debido a la escasa vigilancia policial con que contaba la sede del palacio de justicia.

Momentos después de iniciada la toma, el jefe del estado mayor de la décimo tercera brigada del ejército, Coronel Luis Carlos Sadovnik Sánchez, activó el plan de defensa nacional denominado *tricolor 83* y el centro de operaciones de la brigada COB, a partir del cual se inició una operación táctica y de inteligencia,

²⁶⁵ El décimo primer desaparecido fue la guerrillera Irma Franco Pineda, quien participó en la toma.

dirigido y coordinado por el Ejército Nacional, y en el cual participaron distintas fuerzas y organismos de seguridad del estado como la policía, el Das y diferentes batallones, escuelas y grupos especiales del Ejército, dentro de los cuales se encontraba el Grupo de Caballería Mecanizada No 13 “Rincón Quiñónez” comandada por el Teniente Coronel Luis Alfonso Plazas Vega, hoy en situación de retiro.

La retoma, como fue conocida la operación de reacción de las fuerzas militares del Estado, fue dirigida en su conjunto por el general en retiro Jesús Armando Arias Cabrales, y por los comandantes de los diferentes batallones y escuelas que se sumaron a la operación, estableciendo su puesto de mando avanzado en la Casa Museo Del Florero, situada en la esquina nororiental de la plaza de Bolívar, contigua al palacio.

La operación de retoma del palacio incluía un componente táctico y uno de inteligencia, el primero encargado de la confrontación armada, al mando del propio general Cabrales; y el segundo, fundamental según el plan *tricolor*, que incluía el control de la salida de rehenes del palacio, para evitar la filtración de guerrilleros que pudiera evitar el cerco militar.

“Por lo anterior, los rehenes liberados fueron identificados, interrogados, enlistados y clasificados así: personal ajeno a la incursión subversiva, los participantes en el asalto y posibles colaboradores del M-19 desde el interior del Palacio de Justicia; estos dos últimos denominados sospechosos o especiales “(S)” porque: no eran identificados plenamente, ofrecían explicaciones no creíbles para el ejército sobre su presencia en el palacio, eran oriundos de alguna región del país con presencia del M-19, eran estudiantes, ora porque sabían de su condición de guerrilleros integrantes del M-19, dada la visible participación en el asalto, procedimiento que

comenzaba desde el interior del Palacio de Justicia y culminaba en el puesto de mando establecido en la Casa Museo del Florero. (J.T.P.C.E.B. Sentencia del 9 de Junio de 2010. p. 5)

De las más de 200 personas rescatadas por las fuerzas armadas del Estado del palacio de justicia, las cuales, todas en su totalidad fueron trasladadas a la Casa del Florero y puestas en libertad después de ser sometidas al procedimiento antes descrito, de 11 de ellas no se volvió a saber nada, pese a que está demostrado, salieron con vida del Palacio de Justicia y en manos de agentes del orden.

3.4.B. POSICIÓN DEL ENTE ACUSADOR

Con base en la denuncia presentada por familiares y allegados de los 11 desaparecidos del Palacio, la Fiscalía cuarta delegada ante la Corte Suprema de Justicia, mediante auto del 22 de agosto de 2001, inició investigación previa y tras lograr los fines esbozados en ella, mediante auto del 16 de agosto de 2006 abrió investigación penal por estos hechos ordenando dentro de la misma investigación, la vinculación al proceso del Coronel en retiro, Alfonso Plazas Vega el 2 de febrero de 2007, y resolviendo su situación jurídica, con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, el día 12 de julio de 2007.

Posteriormente, el 11 de febrero de 2008, la Fiscalía profirió resolución de acusación contra el Coronel Plazas Vega, como coautor de los delitos de desaparición forzada agravada y secuestro agravado, por considerar que este, en su condición de comandante de la unidad táctica escuela de caballería, era responsable penalmente de los delitos cometidos en contra de los 11 desaparecidos del Palacio de Justicia, dada su participación en la acción operacional y de inteligencia desplegada para la recuperación del palacio de justicia y de liberación y manejo de rehenes.

El agente fiscal señaló que en la misma Casa del Florero, en donde se recibían los liberados del palacio, se ubicaron, en su segundo piso, los sospechosos y para tal efecto:

“El B-2 recibió apoyo de la Dirección de Inteligencia – DINTE- para la identificación e individualización de rehenes, para lo cual las personas allí conducidas fueron aisladas entre tanto se efectuó el procedimiento.”
(J.T.P.C.E.B. Sentencia del 9 de Junio de 2010. p. 8)

Y que una vez terminado el operativo de rescate, se retuvo a ciudadanos no identificados para definir su situación, dentro de los cuales se hallaban los 11 desaparecidos por los que hoy se le juzga al Coronel Plazas Vega, respecto de los cuales, sostiene que está probado que para el momento de la toma se hallaban dentro del palacio, salieron con vida de él, eran acompañados por militares y actualmente se encuentran desaparecidos

“Lo cual desvirtúa la hipótesis planteada por la defensa, en el sentido de que los cuerpos sin vida de los precitados se hallaban entre los restos calcinados situados en medio de los escombros de la edificación o que los mismos estarían ubicados en una fosa común. (J.T.P.C.E.B. Sentencia del 9 de Junio de 2010. p. 9)

Respecto de la responsabilidad del militar en la desaparición de estas 11 personas, la Fiscalía sostuvo que el Coronel Plazas Vega, como comandante de la escuela de caballería de la brigada 13 del ejército y al mando de unidades mecánicas blindadas entre las que se encontraban tanques *cascabel* y carros blindados *urutú*, se hizo presente en el teatro de operaciones o “zona de guerra” y valiéndose de sus tanques, ingresó al palacio pudiendo rescatar varias personas que se encontraban dentro de él.

En el operativo de rescate de rehenes el coronel ordenó llevarlos a su centro de operaciones, y posteriormente, incluso el día siguiente -7 de noviembre de 1985-, ordenó trasladar a algunos de ellos a las caballerizas del batallón, en sus unidades blindadas, en donde ordenó someterlos a interrogatorios, momento a partir del cual se perdió el rastro de aquellas 11 personas.

En conclusión, para la Fiscalía, de las pruebas presentadas en juicio se podía derivar con certeza la materialidad de la conducta de desaparición forzada agravada de las 11 personas del palacio de justicia, como también la responsabilidad penal del Coronel Plazas Vega a título de coautor del delito de desaparición forzada en concurso homogéneo y sucesivo.

3.4.c. POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

Empezó el delegado del ministerio público señalando que no existía claridad sobre la salida con vida del Palacio de Justicia de las personas tenidas como desaparecidas.

“Concluye la procuraduría sosteniendo que en relación con LUZ MARY PORTELA LEON, GLORIA ISABEL ANZOLA DE LANA O Y NORMA CONSTANZA ESGUERRA, surge duda en cuanto si bien, como atrás se dijo, fluye innegable su ingreso al palacio de justicia, no emerge elemento probatorio que permita establecer, sin lugar a dubitación, que salieron de allí con vida y que fueran conducidas a la Casa del Florero.” (J.T.P.C.E.B. Sentencia del 9 de Junio de 2010. p. 19)

A continuación, realizó un análisis del material probatorio, concretamente de los testimonios presentados por los testigos de cargo, haciendo ver las que en su

parecer eran contradicciones que despojaban de credibilidad el dicho y por ende no permitían establecer, más allá de toda duda razonable, la responsabilidad penal del coronel Plazas Vega, en las desapariciones forzadas de las que se le acusaban.

En igual sentido, el procurador delegado resaltó el dicho del Coronel Edilberto Sánchez Rubiano, jefe de inteligencia de la sección B2 de la Brigada 13, quien manifestó:

“que él conjuntamente con el general Arias Cabrales eran los encargados de la identificación, interrogación y posterior disposición de las personas liberadas del Palacio y que eran conducidas a la Casa Museo del Florero sin que la Escuela de Caballería tuviera responsabilidad en el manejo de la Casa del Florero, siendo la responsabilidad del Coronel (r) PLAZAS VEGA simplemente operativa.” (J.T.P.C.E.B. Sentencia del 9 de Junio de 2010. p. 26.)

Testimonio que observó, debía analizarse conjuntamente con el dicho del General (r) Arias Cabrales, con el fin de determinar la estructura jerárquica de la operación, de donde podía concluirse que la retoma estuvo a cargo de la brigada 13, de la cual este era comandante, al igual que su consideración sobre que la líneas de mando estaban perfectamente identificadas, de manera que de la Brigada 13 dependían tanto los comandantes, como las unidades tácticas que le están adscritas, ejerciendo su mando cada uno de ellos sin la interferencia de otras unidades, razón por la cual el coronel Plazas Vega no ostentaba jerarquía sobre las demás unidades, y por lo tanto no podía ejercer mando sobre ellas.

Con base en lo antedicho, el procurador recordó que dada las características de la organización militar, la función principal de la escuela de caballería consistía en:

“brindar protección, con sus vehiculos, a las tropas que a pié ingresaban al palacio de Justicia, en tanto que la acción física de recuperación, rescate y traslado de las personas secuestradas no correspondía a los elementos de la Escuela de Caballería ya que dicha labor correspondía al B2 o *sección de inteligencia que se integraba junto con otros miembros del DAS, Policía Nacional, sijn o F-2*” (J.T.P.C.E.B. Sentencia del 9 de Junio de 2010. p. 26.)

En ultimas, el procurador solicitó la absolución del Coronel (r) Alfonso Plazas Vegas, basado en dos argumentos principales: Primero, que no estaba probada que la totalidad de las 11 personas que se alegaban desaparecidas hubieran salido con vida del Palacio, y que no obstante lo anterior, de la estructura y organización jerárquica y funcional del operativo, no podía siquiera deducirse que Plazas Vega hubiera tenido el mando, control o dirección del manejo de los rehenes, o que hubiera existido relación alguna de subordinación entre este y quienes adelantaban las labores de inteligencia al interior de la Casa del Florero; y segundo, que los testigos de cargo presentados por la Fiscalía, en general no podían ofrecer crédito suficiente para establecer la responsabilidad penal del Coronel por haber ordenado las desapariciones, ya que eran contradictorios e incluso mendaces.

3.4.D. POSICIÓN DEL REPRESENTANTE DE LAS VICTIMAS

El representante de las victimas (parte civil), empezó su alegato haciendo mención de las características del delito de desaparición forzada y de la connotación que tiene para el derecho y para la sociedad, tanto nacional como internacional, al punto de ser considerado por diversos instrumentos de derechos humanos como un crimen de lesa humanidad.

Posteriormente, hizo referencia a que las fuerzas armadas y particularmente el ejército sabían con anterioridad, por fuentes de inteligencia, que la toma al palacio de justicia se iba a realizar por parte del grupo guerrillero, y no solo no reforzaron las medidas de seguridad en el mismo, sino que antes bien, desmontaron el escueto esquema de seguridad que brindaba la policía, para luego afirmar mentirosamente que lo habían hecho a solicitud del presidente de la Corte Suprema Dr. Alfonso Reyes Escandía, lo cual resultó ser falso, pues este en días anteriores se encontraba en la ciudad de Bucaramanga.

De la misma manera, afirmó que particularmente el Coronel Plazas Vega, sabía con antelación que se iba a producir la toma del palacio, lo cual se infiere de su veloz reacción, que incluyó la rápida presencia en el lugar de los hechos en uniforme de ceremonia después de estar en una reunión en el ministerio y una rápida movilización de tanques y carros blindados desde más de 100 cuadras de distancia, lo que hace pensar que estos o se hallaban ya fuera del batallón, o se encontraban listos para salir de él apenas se produjera la toma.

En cuanto a la responsabilidad penal del procesado señaló que Plazas Vega no solo conocía con antelación la realización del plan, sino que una vez allí, tuvo control, dirección y mando sobre tropas que tenían por misión el rescate y posterior manejo de rehenes, afirmando que:

“Los testigos referenciados en precedencia, conjuntamente con el señor ex presidente Belisario Betancourt, permiten concluir que el señor PLAZAS VEGA tenía niveles de control, de ejercicio de mando, y sobre esa base es atribuible la responsabilidad de los hechos que se juzgan”
(J.T.P.C.E.B. Sentencia del 9 de Junio de 2010. p. 35).

Y en cuanto a las órdenes concretas de cometer el delito, el representante de la parte civil anotó que aunado a los testimonios, las transcripciones de las

conversaciones por radio -en las que el coronel se identificaba como *azabache 6*- dan cuenta de los mandatos concretos que transmitió el coronel Plazas Vega, en conversaciones en clave a sus subordinados, dándoles la orden de cometer los delitos objeto del proceso.

“con base en las comunicaciones, se puede percibir que el código de Luis Alfonso Plazas Vega era “*azabache 6*” y que a través de esa clave escuchó las ordenes ilegales que se vertían por la vía radial, que se ordenó desaparecer personas, que se ordenó cometer crímenes de lesa humanidad, y que el comentario “*si esta la manga que no aparezca el chaleco*” como lo expusieron peritos de la Policía Nacional, se concluyó “*que era una orden con lenguaje cifrado que revelaba la orden de cometer actos ilegales y que era la orden de ejecutar desapariciones forzadas*” (J.T.P.C.E.B. Sentencia del 9 de Junio de 2010. p. 37)

Situación que se reitera cuando aclaró que sus órdenes debían ser ejecutadas antes de que llegara al sitio la Cruz Roja, razones por la cual estimó, que se hallaban presentes todos los requisitos para dictar sentencia condenatoria en contra del coronel Plazas Vega.

3.4.E. POSICIÓN DE LA DEFENSA

A juicio del abogado defensor debía emitirse una sentencia absolutoria a favor del Coronel Plazas Vega, por ausencia de los hechos, por atipicidad de la conducta, por prescripción de la misma, por no estar probados los tipos penales endilgados, por no haber certeza sobre la conducta y en general por existir protuberantes dudas sobre la responsabilidad del acusado.

En cuanto a la prescriptibilidad de la acción penal, señaló que en la medida que Colombia no había ratificado la convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, por vía del bloque de constitucionalidad esta no podía ser aplicada en el caso concreto, por lo que forzoso era concluir que los delitos endilgados ya habían prescrito, pues habían pasado más de 20 años entre su presunta comisión y la fecha del juicio.

“como argumentos adicionales a los anteriormente mencionados, la defensa citó la sentencia de la Corte Suprema de Justicia con número de radicación 24734, de fecha 16 de mayo de 2007, con ponencia del magistrado Sigifredo Espinoza Pérez, relativa a la prescripción; asimismo, la decisión de consulta del 29 de julio de 1947; y por último, una de la fiscalía delegada ante el Tribunal Superior de esta ciudad, dentro del radicado 040 del 27 de mayo de 2009, que también hizo referencia al tema de la prescripción de la acción penal, según la cual Colombia no ha ratificado la convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, ya que dicho instrumento internacional, no hace parte de la legislación interna – Teoría del Bloque Constitucionalidad- y por tanto, en nuestro territorio no existen conductas penales Imprescriptibles” (J.T.P.C.E.B. Sentencia del 9 de Junio de 2010. p. 40)

Por otra parte, la defensa adujo que existía una imposibilidad dogmática de imputar por la misma conducta un concurso de delitos de desaparición forzada y secuestro agravado, en tanto que ambos amparaban el mismo bien jurídico protegido, violándose así el principio de identidad, razón por la cual, el juez en el evento de no aceptar la prescripción de la conducta, debía decidirse por la imputación de uno de estos dos delitos, y siendo que el secuestro es mas

favorable al acusado, sería este el que debía imputársele, aunado a que para 1985 no existía en la legislación penal colombiana el delito de desaparición forzada, por lo que imputar este delito significaría la aplicación retroactiva de una ley desfavorable.

No obstante lo anterior, estimó la defensa que existía también una atipicidad de la conducta, en tanto que, por un lado, la doctrina exigía inexorablemente que quien cometiera la desaparición fuera un servidor público -pues solo a estos se les puede exigir dar información sobre el paradero de algún ciudadano- y dado que para la fecha de la creación del delito en Colombia, el coronel Plazas ya no era servidor público, mal pudiera entonces tenersele como sujeto activo del mismo. Y por otro lado, el sujeto activo tampoco estaría configurado porque para la fecha en que se tipificó el delito de desaparición forzada, las 11 víctimas ya estaban muertas y por tanto, como no eran ya sujetos de derecho, no podían ser privadas de la libertad.

Por último, consideró que si bien se hallaba probada la salida del Palacio de la guerrillera Irma Franco, su conducción posterior a la casa del florero y su ejecución sumaria, no estaba probado que esta hubiese sido perpetrada u ordenada por el coronel Plazas Vega o por hombres bajo su mando y control.

“En conclusión, refirió que Irma Franco fue rescatada por tropas de Artillería, interrogada por organismos de inteligencia del Estado a los que no pertenecía la ESCAB, que fue custodiada por un soldado de la Policía Militar, sacada por unos detectives de civil y posiblemente asesinada por miembros del COICI, hecho que, en nada relacionaban a su defendido” (J.T.P.C.E.B. Sentencia del 9 de Junio de 2010. p. 48)

Finalmente el defensor concluyó que el coronel Plazas Vega no fue el comandante de la operación, ya que había sido la dirección de inteligencia B-2 la encargada del manejo de rehenes e interrogatorio de los mismos, al mando del general Arias Cabrales y no Plazas Vega, quien según su posición solo tuvo la misión de apoyar con sus tanques la incursión armada del ejército en el Palacio para la retoma.

3.4.F. DECISIÓN JURISDICCIONAL

En su sentencia, el juzgado decidió preliminarmente sobre las múltiples nulidades planteadas por la defensa por violación al debido proceso y al derecho de defensa, aclarando que algunas de ellas ya habían sido decididas durante el curso del proceso e incluso confirmadas por el Tribunal Superior de Bogotá; de la misma forma despachó negativamente las distintas solicitudes de cesación del procedimiento, tres de ellas incluso mencionadas durante el juicio, y que hacían referencia a la atipicidad de la conducta de desaparición forzada, a la prescripción del delito de secuestro agravado, por violación al principio de juez natural, por violación del principio del *non bis in idem*, por la inexistencia del delito por no haber cometido el hecho el acusado, e incluso porque los hechos imputados como delito eran inexistentes.

Respecto del principio del juez natural, recordó la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional en su sentencia C-358 de 1997, y el caso Radilla Pacheco VS México, en el sentido que las graves violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes de la fuerza pública no guardan ninguna relación con el servicio y por tanto quienes así obren, deben ser investigados, juzgados y condenados por la justicia penal ordinaria.

En lo que tiene que ver con la alegada violación del principio *non bis in idem* por el presunto desconocimiento por parte del juzgado de las decisiones tomadas previamente por el juzgado especial de instrucción penal, estimó la juez, que este

principio no operaba en tanto que el mencionado juzgado de instrucción penal tenía solo funciones de investigación y no tomaba decisiones que implicaran jurisdicción, razón por la cual no operaba frente a sus decisiones la cosa juzgada, y por lo tanto tampoco el *non bis in ídem*.

En cuanto al grado de convencimiento necesario para condenar a un ciudadano la juez estimó que:

“La certeza para condenar implica la ausencia de cualquier duda que pueda influir en el convencimiento que el juzgador pueda tener de la ocurrencia fáctica de los hechos materia de la imputación y de la responsabilidad de la persona a quien se le imputa la violación del precepto, para, como consecuencia, tener la plena seguridad de aplicar la sanción penal.” (J.T.P.C.E.B. Sentencia del 9 de Junio de 2010. p. 73)

Con base en lo anterior, consideró el despacho que en consonancia con la doctrina y la jurisprudencia internacional, en punto del delito de desaparición forzada, la prueba indiciaria toma mayor relevancia para el juzgamiento de sus responsables, dado que lo que se quiere precisamente con este delito es desaparecer no solo a la víctima, sino al victimario también y a las pruebas mismas, siendo así la desaparición forzada una especie de crimen perfecto, razón por la cual este tipo de pruebas, junto con las presunciones establecidas y otros medios probatorios logran desterrar la impunidad en estos delitos.

De esta manera, luego de recordar los presupuestos conceptuales, lógicos y metodológicos de esta prueba, analizó la importancia de la misma en torno al delito de desaparición forzada, citando jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de las que concluyó que:

“En casos como el que se juzga cobra mucha importancia la prueba indiciaria, en tanto que, con la ejecución del delito de desaparición forzada, se persigue la destrucción de pruebas directas *en procura de una total impunidad o de la cristalización de una suerte de crimen perfecto*” (citas del original omitidas) (J.T.P.C.E.B. Sentencia del 9 de Junio de 2010. p. 75)

En este orden de ideas y respecto de la actividad probatoria, la Juez del caso estimó que:

“dada la complejidad del asunto que se juzga, la labor probatoria se tornó aún más exigente teniendo en cuenta, entre otras, las especiales circunstancias que: por un lado, acompañaron la operación militar desplegada por la Brigada XIII; y, por otro, se pudieron verificar con posterioridad a la ocurrencia de los hechos, entre los cuales cabe destacar las siguientes: *i)* la utilización de medios de comunicación cuyas frecuencias no podían ser interceptadas, lo que garantizó a las fuerzas del orden la total reserva respecto de la transmisión de directrices determinantes, entre las que se puede destacar la denominada “*misteriosa 77*”; *ii)* las amenazas e instigaciones de que fueron víctimas varios de los testigos dentro de este proceso; *iii)* el manejo irregular de la escena del crimen por parte de los miembros de la fuerza pública; y *iv)* no dejar registro del ingreso a la Casa Museo del 20 de julio y a guarniciones militares de un grupo de sobrevivientes que en su momento fueron catalogados de “*especiales*” o “*sospechosos*”; *v)* manifestaciones emanadas de altos mandos militares que no correspondían a la verdad de lo acontecido y que buscaban desorientar la actividad de

la administración de justicia; *vi*) el paso del tiempo en el que se hizo más que evidente la inoperancia de la administración de justicia a partir de la ocurrencia de los hechos, año 1981, hasta la apertura formal de la investigación, año 2001; *vii*) el evidente pacto de silencio imperante en el devenir de la actuación.” (J.T.P.C.E.B. Sentencia del 9 de Junio de 2010. p. 77)

Posteriormente, el juzgado analizó los elementos y características del secuestro y la desaparición forzada, estimando que si bien, en el primero de ellos se afecta al igual que en la desaparición forzada el bien tutelado de la libertad, en este último también se afectan otros derechos que desconocen la dignidad humana, como lo son el reconocimiento de la personalidad jurídica, las garantías y la protección judicial, entre otros; siendo así un delito pluriofensivo, cuya característica diferenciadora principal, respecto del tipo de secuestro, es la negativa por parte del agente de dar información sobre la suerte del desaparecido.

De lo anterior se colige, que si por un lado el secuestro se produce por una sola acción: Privación ilícita de la libertad; la desaparición forzada por su parte se compone de dos conductas: la ya mencionada privación ilícita de la libertad, y la negativa a dar información sobre la víctima. Constituyendo la primera de las conductas un desvalor de acción, pues es un comportamiento dirigido a la afectación del bien jurídico tutelado; y la segunda como un desvalor de resultado, en tanto que procura el mantenimiento o continuación de la conducta lesiva.

En este orden de ideas, concluyó el juzgado que para la configuración del delito de desaparición forzada, no se puede reputar como un elemento de su esencia que la persona permanezca con vida; y que por otro lado, su negativa a dar información lo convierte en un delito de ejecución continuada que solo cesa cuando se sepa a ciencia cierta el paradero del desaparecido, este vivo o muerto.

Por otra parte, y en referencia al argumento de la defensa de que se presentaba un concurso aparente de conductas penales (secuestro y desaparición forzada), y que por tanto el juzgado debía decantarse por una de ellas, siendo el secuestro la más favorable para el acusado, el juzgado le dio la razón en el sentido de estimar que, en efecto se estaba ante un concurso aparente de conductas punibles, pero contrario a la conclusión de la defensa, estimó que este debía solucionarse imputando al acusado el delito que mejor comprenda la imputación fáctica, o que subsuma el delito frente al cual aparentemente se encuentra en concurso, ello con base en el principio de consunción y de especialidad, siendo entonces el delito de desaparición forzada el que debía imputarse, en tanto que:

“un análisis más riguroso permite apreciar que sólo existe el delito complejo de desaparición forzada agravada ya que: *i)* recoge el desvalor del punible de secuestro agravado, porque además de ostentar mayor riqueza descriptiva, protege a la par de otros bienes jurídicos tutelados el de la libertad individual [...] y *ii)* se afianza la característica de ser un punible especial, de aplicación preferente en comparación con el delito general de secuestro, lo cual encuentra sustento en la denominada regla de especialidad, según la cual, en palabras de la Corte suprema de justicia *una norma es especial cuando describe conductas contenidas en un tipo básico, con supresión, agregación, o concreción de alguno de sus elementos estructurales.*”
(J.T.P.C.E.B. Sentencia del 9 de Junio de 2010. p. 90)

Por lo anterior la Juez del caso consideró que:

“se hace evidente que a efectos de evitar una doble sanción por un mismo hecho delictivo, acudiendo a los postulados de especialidad y consunción, deberá juzgarse de manera

exclusiva por el punible de desaparición forzada agravada, tipo que si bien desvalora la infracción al deber de brindar información respecto del paradero de la víctima o su cadáver, hace lo propio en cuanto a la privación ilegal de la libertad, de tal forma que el desvalor del secuestro agravado se recoge en el tipo penal especial de mayo riqueza descriptiva” (J.T.P.C.E.B. Sentencia del 9 de Junio de 2010. p. 91)

Superado entonces este escollo, el fallador realizó un análisis probatorio que incluía la develación de lo que había sucedido de modo general durante el 6 y 7 de noviembre de 1985, así como la situación que habían vivido quienes fueron rescatados por la fuerzas armadas del palacio de justicia y el tratamiento recibido, especialmente quienes fueron catalogados como “especiales” o “sospechosos” y particularmente de los 7 empleados de la cafetería, las tres visitantes ocasionales del palacio y la guerrillera Irma Franco, quienes son en últimas las víctimas de desaparición forzada por las que se juzgó al Coronel (r) Plazas Vega.

Respecto de los empleados de la cafetería el juzgado pudo establecer que estos se encontraban en el primer piso una vez se inició el operativo de retoma, que allí fueron rescatados por miembros de la fuerza pública y quedaron bajo su protección y custodia, que fueron sacados del palacio y llevados al Museo Casa del Florero, donde fueron catalogados como “sospechosos” y tildados por miembros de inteligencia de ser colaboradores del M-19, interrogados y posteriormente llevados a las instalaciones del cantón Norte, específicamente a las caballerizas de la ESCAB y a partir de lo cual, se perdió todo rastro de ellos.

“Lo anterior teniendo en cuenta que: *i)* dada la manera en que se desarrolló la toma y el posterior operativo de recuperación, el control del primer piso y sótano del palacio de Justicia fue retomado por la fuerza pública pocas horas

depués de iniciado el ataque, quedando bajo la custodia del Ejército la totalidad del personal que se hallaba en esas dependencias; *ii*) los empleados de la cafetería, que se encontraban dentro de ese grupo, no fueron trasladados a pisos superiores por los subversivos, pero tampoco fueron liberados por el Ejército junto con los demás rehenes; y *iii*) se descarta la hipótesis de la defensa de que hayan muerto calcinados en el cuarto piso.” (J.T.P.C.E.B. Sentencia del 9 de Junio de 2010. p. 158)

Por su parte, respecto de las tres visitantes del palacio, dos de ellas habituales y una ocasional, el juzgado pudo establecer que debido a que no pudieron justificar suficientemente su presencia en el Palacio de Justicia el día de los hechos, los militares las tildaron de “*especiales*” o “*sospechosas*” razón por la cual, una vez sacadas del palacio, fueron llevadas a la Casa del Florero y allí subidas al segundo piso junto con los demás sospechosos para ser interrogadas. Huelga decir que según lo establecido por el juzgado, los criterios para decidir si alguien era “*sospechoso*” se limitaban a considerar como tales a personas oriundas de zonas del país con influencia guerrillera, estudiantes universitarios entre otros. Así se pronunció el juzgado frente a ellas:

“Respecto de éstas tres personas, el Despacho encontró que, al igual que el personal de la cafetería, se encontraban al interior del Palacio de Justicia al momento de la toma, no fueron conducidas por miembros del grupo M-19 a dependencias ubicadas en los pisos superiores, ni tampoco murieron calcinadas en virtud de los reconocimientos de su salida con vida del Palacio de Justicia en videos y fotografías.” (J.T.P.C.E.B. Sentencia del 9 de Junio de 2010. p. 189)

Finalmente, en lo que tiene que ver con la subversiva Irma Franco, el juzgado pudo establecer que también salió con vida del Palacio, fue conducida al segundo piso de la Casa del Florero y luego llevada a las instalaciones militares donde finalmente fue desaparecida, hechos que niquiera son puestos en entredicho por la defensa, pues respecto de esta victima en particular, se reconoce su suerte final, pero se aduce que no fue el Coronel Plazas Vega quien lo perpetró u ordenó.

Por último, la juez del caso concluyó que analizadas conjuntamente todas la pruebas (testimoniales, periciales e indiciarias) surgía fundada y razonablemente que:

“Carlos Augusto Rodriguez Vera, Cristina del Pilar Guarín Cortés, Bernardo Beltran Hernandez, David Suspez Celis, Gloria Stella Lizaraso figueroa, Gloria Anzola de Lano, Norma Constanza Esguerra, Luz Mary Protela León, Irma Franco pineda, Héctor Jaime Beltran Fuentes y Lucy Amparo Oviedo, en efecto, desaparecieron el día seis de noviembre de 1985, fecha desde la que no se conoce noticia alguna acerca de su paradero, después de haber quedado bajo la tutela del ejército en el primer piso del Palacio de Justicia y haber salido con vida de la edificación, en calidad de “especiales” o “sospechosos”, y por ello fueron conducidos a guarniciones militares” (J.T.P.C.E.B. Sentencia del 9 de Junio de 2010. p. 245)

Una vez establecido que las desapariciones fueron perpetradas por elementos de las fuerzas armadas de Colombia, el juzgado de conocimiento pasó a determinar la responsabilidad penal individual del coronel (r) Alfonso Plazas Vega, en la comisión de dicho punible, aclarando preliminarmente que pese a que la Fiscalía había imputado el delito a título de coautoría impropia, la real fórmula de

imputación debía ser la de la autoría mediata por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder.

En este orden de ideas, para el juzgado de primera instancia quedo claro, que fue el Coronel (r) Alfonso Plazas Vega, quien dirigió realmente la operación de retoma del Palacio, pese a que formalmente era el general Arias Cabrales -comandante de la Brigada No XIII- quien comandaba la operación. Ello, con base en que fueron sus unidades blindadas quienes soportaron el mayor peso operacional de la retoma, entraron en primer lugar al palacio, rescataron a los rehenes del primer piso en donde se encontraban los desaparecidos, los catalogaron de sospechosos, los sacaron del Palacio, los llevaron a la Casa del Florero, luego a las caballerizas de la ESCAB, los torturaron y los desaparecieron. Situación que llevó al juzgado a determinar que:

“resulta razonable pensar que el Coronel (r) LUÍS ALFONSO PLAZAS VEGA en gran medida comandó la operación militar, ya que, como él mismo lo adujo, en el interior del Palacio de Justicia se encontraba el General Arias Cabrales, por lo que, a falta del comandante natural de la Brigada, se hacía necesario que él llevara las riendas del operativo en el exterior, actuando como un importante engranaje en la estructura organizada estatal” (J.T.P.C.E.B. Sentencia del 9 de Junio de 2010. p. 245)

Estimado entonces que fue el coronel Plazas Vega quien realmente dirigió la operación de retoma, como incluso lo reconoció de manera tácita ante los medios de comunicación, el juzgado concluyó que el operativo tuvo unidad de mando, razón por la cual los subordinados actuaron de manera coordinada tanto en la operación de combate, como en la de inteligencia por lo que forzoso era concluir que Plazas Vega no solo tuvo conocimiento de la suerte de los 11 desaparecidos sino que también ordenó la ejecución criminal, pues como consideró la Juez:

“del concepto de unidad de mando, deviene que los subordinados no pueden actuar de manera aislada, sino que, por el contrario, deben acatar las disposiciones emanadas de los superiores jerárquicos en atención a un conducto regular, de tal suerte que no se puede entender que el traslado de personal civil a las instalaciones de la Escuela de Caballería se hubiese adelantado sin la aquiescencia de su Comandante.” (J.T.P.C.E.B. Sentencia del 9 de Junio de 2010. p. 272)

Afirmación que sustentó el juzgado con el análisis conjunto de las pruebas, y en especial el testimonio del militar Edgar Villamizar Espinel, quien afirmó en su declaración que:

“alguien le pregunta al Coronel Plazas qué hacemos con la gente y es donde manifiesta abiertamente “cuelguen a esos hijueputas” (cursivas del original) (J.T.P.C.E.B. Sentencia del 9 de Junio de 2010. p. 278)

Por lo anterior, estimó la Juez que si bien el Coronel Plazas no cometió de propia mano el concurso homogéneo de delitos imputados, es claro que si los ordenó y en cuanto tenía una posición de mando y control sobre sus subordinados en la estructura de poder jerárquico de la que hacía parte, poseía efectivamente el dominio del hecho, por lo que debía ser declarado penalmente responsable por esta conducta. En concordancia el juzgado advirtió:

“De otro lado, si bien no se acreditó que el enjuiciado llevó a cabo personalmente la acción descrita en el tipo penal, definitivamente puede inferirse que tuvo el dominio del hecho a través de la fuerza que comandaba, lo que le

aseguró la consumación del punible a través de la fungibilidad de los ejecutores responsables, quienes resultaron ser piezas esenciales de un engranaje completo orientado al crimen.” (J.T.P.C.E.B. Sentencia del 9 de Junio de 2010. p. 282)

Finalmente, el juzgado estimó probado, más allá de toda duda razonable, la responsabilidad penal del coronel frente a las 11 desapariciones forzadas, considerando que se hallaba establecida la tipicidad y antijuridicidad de la conducta, así como la culpabilidad del imputado, a la par que éste no se estaba incurso en ninguna causal de justificación o exculpación y dada su condición de imputable le era exigible un comportamiento ajustado a derecho, razón por la cual:

“el Despacho declarará que LUIS ALFONSO PLAZAS VEGA es autor mediato responsable del concurso homogéneo de delitos de desaparición forzada, de los que fueron víctimas: Carlos Augusto Rodríguez Vera, David Suspuez Celis, Gloria Stella Lisarazo Figueroa, Gloria Anzola de Lanao, Norma Constanza Esguerra, Luz Mary Portela León, Irma Franco Pineda, Héctor Jaime Beltrán Fuentes y Lucy Amparo Oviedo, con base en lo dispuesto en el texto original de los preceptos 165 y 166.1 de la ley 599 de 2000.” (J.T.P.C.E.B. Sentencia del 9 de Junio de 2010. p. 286)

Por lo que impuso una pena principal, consistente en 30 años de prisión, interdicción de derechos por un tiempo de 10 años y ordenó compulsar copias para que se investigue el hecho de que el ejército haya sabido con anterioridad a la producción del ataque del M-19 al Palacio y antes que evitarlo, propició las condiciones necesarias para que el grupo subversivo pudiera acceder sin

inconvenientes al Palacio y allí atacarlos indiscriminadamente, en franco desconocimiento de los derechos de quienes en este recinto se encontraban; igual decisión tomó para que se investigara la responsabilidad el presidente de la república de la época, Dr. Belisario Betancourt, la totalidad de la cadena de mando de las fuerzas militares que participó en la retoma, y los ejecutores materiales de la desaparición.

Por otro lado, el juzgado se abstuvo de decretar reparaciones económicas a los familiares de las víctimas, por considerar que: 1) Algunos de ellos ya habían sido reparados por la vía contenciosa administrativa; y 2) todas las personas que se constituyeron en parte civil hicieron claridad de que su interés en el proceso era buscar la realización del derecho a la verdad y la justicia.

En cuanto al especial grado de reprochabilidad penal y social de la conducta frente a las graves violaciones a los derechos humanos cometidas por el Coronel (r) Plazas Vega, el juzgado consideró:

“Pero lo que no se puede concebir en un Estado Social y Democrático de Derecho, es que las autoridades, encargadas de velar por la seguridad de los conciudadanos, por el mantenimiento de la convivencia pacífica y el orden justo, actúen de manera subrepticia con total desconocimiento de la normatividad interna e internacional relativa a la protección de los derechos humanos” (J.T.P.C.E.B. Sentencia del 9 de Junio de 2010. p. 286)

3.4.G. FÓRMULA DE IMPUTACIÓN

Como quedo visto en el acápite anterior, el juzgado de conocimiento optó por cambiar la fórmula de imputación en cuanto al grado de participación criminal del

acusado en los referidos delitos de desaparición forzada de personas, rechazando la imputación a título de coautoría impropia, para en su lugar optar por la imputación a título de autoría mediata por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, considerando que este cambio no vulneraba el principio de congruencia en tanto que, como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia en casos preteritos, la imputación jurídica, contrario a la imputación factica y personal, es relativa; y a su vez el referido cambio no implicaba en el caso concreto una agravación de la situación del acusado en el proceso en razón a que coautoría impropia y autoría mediata tienen el mismo grado de consideración punitiva, solo que la segunda se adecua, desde el punto de vista dogmatico, de mejor manera al caso concreto, teniendo en cuenta que:

En primer lugar, la relación entre autor mediato y autor directo se fundamenta en relaciones de superioridad jerarquica y no de colaboración mutua como sucede en la coautoría impropia, lo cual entiende el juzgado cuando afirma:

“la autoría mediata se basa en una estructura *piramidal*, jerárquica, en la cual el hombre de atrás se sitúa bien sea en la cúspide o en mandos intermedios lo que le permite estar por encima del ejecutor. Por el contrario, la coautoría se estructura de forma *horizontal*, en donde existe acuerdo común entre los partícipes sin relación de subordinación. (J.T.P.C.E.B. Sentencia del 9 de Junio de 2010. p. 249)

Por otra parte, para que se pueda predicar coautoría, se requiere como presupuesto esencial de su configuración, la existencia de un acuerdo previo sobre la comisión del punible, que implica, *prima facie* que los coautores se conozcan, que hayan acordado entre sí la comisión del punible y que por ultimo todos ellos participen del plan criminal, así no todos ejecuten la acción típica, estimando el juzgado que:

“La realización conjunta del ilícito que se predica de la coautoría desaparece en la autoría mediata, ya que el que ordena no conoce quién va a ser finalmente el ejecutor, no establecen contacto directo, no se encuentran al mismo nivel, ni deciden conjuntamente nada.”
(J.T.P.C.E.B. Sentencia del 9 de Junio de 2010. p. 250)

Y por último, en la coautoría se debe poder establecer el codominio funcional del hecho de quienes intervienen en la realización del delito, es decir, que tal como lo analizábamos en otra parte de este estudio, para que se pueda predicar coautoría todos los agentes que intervienen en la comisión del ilícito deben actualizar su participación en la fase ejecutiva del delito, sea que ejecute el hecho propiamente típico o uno que sin serlo, garantice o coadyuve a la consecución del objetivo delictual²⁶⁶, mientras por el contrario:

“la autoría mediata se funda un dominio de la voluntad en cabeza del *hombre de atrás* quien tiene *el dominio de la organización, es decir, una posibilidad de influir, que asegura la producción del resultado sin ejecución del hecho de propia mano a través del aparato de poder que está a su disposición*” (J.T.P.C.E.B. Sentencia del 9 de Junio de 2010. p. 250)

Luego de la anterior diferenciación dogmática entre la coautoría y la autoría mediata por dominio de la organización, el juzgado de primera instancia, tomó posición frente a los elementos que configuraban esta misma, estableciendo que ellos son cuatro, a saber: a) El poder de mando o dominio de la organización; b) la desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder; c) la fungibilidad

²⁶⁶ Caso en el cual si se podría predicar coautoría impropia.

del ejecutor inmediato; y d) la considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor.

Frente al primero de estos elementos, es decir el *poder de mando*, aclaró que se podía presentar cuando se ocupa cualquier puesto desde donde se pueden impartir órdenes a los subordinados, lo cual implica que el autor mediato pueda dirigir la organización como un todo o una parte de esta que esté sometida a su mando y control, de lo cual deriva el juzgado, en contraposición al concepto de la Corte Suprema de Justicia²⁶⁷ “que el instrumento deja de ser el autor material individualmente considerado y pasa a ser el aparato” (J.T.P.C.E.B. Sentencia del 9 de Junio de 2010. p. 250).

3.4.H. ANÁLISIS CRÍTICO

La sentencia que acabamos de analizar supone, en nuestro juicio, un gran avance no solo en la lucha contra la impunidad y el terrorismo de estado, sino también en la implementación de la autoría mediata por dominio de la organización como instrumento para el cumplimiento del deber de respeto y garantía de los derechos humanos por parte del estado colombiano.

Supone un avance en el entendido que perfecciona la implementación judicial de la figura, ya que en primer lugar descarta como lo había hecho la Corte Suprema de Justicia en el caso de Álvaro García, la imputación a título de coautoría impropia, pero a diferencia de esta, sí ofrece una explicación suficiente sobre la razón de su no aplicación y los aspectos dogmáticos que la diferencian con la autoría mediata.

Por otra parte reconoce, a diferencia de la Corte, que el instrumento a través del cual actúa el autor mediato es el aparato de poder organizado al cual pertenecen los ejecutores materiales de los crímenes, y no estos considerados

²⁶⁷ Sentencia del 23 de febrero de 2010, Caso Álvaro García Romero.

individualmente como instrumentos responsables. Es decir, pone de manifiesto el aserto de que el dominio se ejerce directamente sobre el aparato, y solo de modo indirecto sobre la persona del ejecutor.

Sin embargo, y aun cuando el juzgado de primera instancia, reconoció como de la esencia del dominio por organización los cuatro elementos considerados por Roxin, no entró en la discusión doctrinaria que frente a estos se mantiene actualmente, cuestión que reconocemos altamente dispendiosa en un caso tan extenso y complejo como este, pero respecto del cual la jurisprudencia nacional queda a nuestro juicio en deuda de una explicación.

También es de resaltar que en la presente sentencia, a diferencia de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso Álvaro García, la juez reconoció como elemento del dominio por organización “la elevada disponibilidad del ejecutor a realizar el hecho” cuestión que supone por una parte la aceptación de la relativización del principio de fungibilidad, y por otra, lo soluciona con otro elemento igualmente empírico como lo es este cuarto elemento.

4. CONCLUSIONES

Finalmente, podemos concluir que la autoría mediata por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, se erige como la fórmula de imputación más adecuada desde la dogmática penal para combatir los más graves crímenes contra los derechos humanos, en tanto parte de un principio de imputación del hecho total en contraposición al clásico principio de responsabilidad individual, comprendiendo así la especial dinámica de los fenómenos macrocriminales; entiende acertadamente las relaciones de verticalidad presentes en organizaciones de este tipo, y el mayor grado de responsabilidad penal que le asiste a quienes se ubican en el vértice de las mismas, por tener ellos un mayor dominio del hecho criminal, oponiéndose claramente al recurso a criterios valorativos equívocos como el de la inducción y sin recurrir a la extralimitación de los elementos dogmáticos de otras figuras, como pretenden quienes intentan aplicar la coautoría.

Sin embargo, para que la autoría por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder pueda configurarse como fórmula correcta de imputación penal, es necesario que se establezcan unos presupuestos fáctico-normativos que la hagan operativa.

En este orden de ideas se requiere, en primer lugar, que exista previamente un aparato de poder, organizado de forma jerárquica²⁶⁸ y rígida, que bien puede ser de carácter estatal o no estatal²⁶⁹, el cual es el verdadero instrumento a través del cual actúa el autor mediato, de suerte tal que el dominio que se ejercita sobre los ejecutores directos es indirecto y se basa en la integración y pertenencia de estos al mecanismo de funcionamiento del aparato que ha sido instrumentalizado por el hombre de atrás.

²⁶⁸ La solidez de la jerarquía es la que permitirá responsabilizar penalmente a los sujetos ubicados en los niveles superiores con poder de mando, por las directrices y órdenes criminales por ellos dictadas.

²⁶⁹ Estos deben tener características tales, que permitan asimilarlos a un Estado dentro del Estado

Como segundo requisito para que las órdenes dadas por alguien con posición de mando y control real dentro de un aparato organizado de poder como el que acabamos de describir pueda fundamentar dominio por organización, el colectivo de ejecutores situados en la base de la organización debe distinguirse por su *fungibilidad*. Sin embargo, como se ha venido mencionando, para corregir el déficit empírico que implica dicha característica, es indispensable la introducción del nuevo elemento denominado la *considerablemente elevada disposición del ejecutor a realizar el hecho*²⁷⁰, para que se analice conjuntamente con la fungibilidad y así dotar de mayor solidez la fundamentación de la figura.

Por último, el aparato en su conjunto debe haber actuado, para el caso concretamente imputado, desligado del ordenamiento jurídico. Ordenamiento que debe entenderse como aquel sistema normativo-positivo constituido tanto por el derecho nacional del estado, como por las normas internacionales que en materia de derechos humanos lo vinculan, formando así un solo cuerpo legal que debe revestirse con la presunción de conocimiento de la ley en virtud de lo cual no le sea posible predicar a los responsables la presunta indeterminación de los postulados normativos.

Ahora, en cuanto a la importancia de la utilización de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder como instrumento para el combate contra la impunidad en casos de graves violaciones a derechos humanos, podemos concluir lo siguiente.

Como ya se analizó en el acápite correspondiente, el Estado colombiano se encuentra sometido a una normativa internacional en materia de protección de los derechos humanos en virtud de la cual, entre otras, ha adquirido la obligación general de garantizar el ejercicio libre y pleno de los derechos cuya titularidad reside en los individuos bajo su jurisdicción.

²⁷⁰ En este sentido, para ser coherentes con el sustrato metodológico de la teoría del dominio del hecho, es indispensable que el contenido y alcance de este elemento sea determinado a través de criterios objetivos demostrables empíricamente, y no recurriendo a elementos propios de teorías subjetivas.

Como correlato lógico de aquel deber general, surgen las obligaciones de investigar y sancionar a los responsables de toda vulneración de los derechos reconocidos a favor de los individuos.

Y es precisamente en ese sentido, que la figura bajo estudio en el presente trabajo adquiere –además de la adecuada comprensión de los fenómenos y su ajuste a la dogmática penal a través de su debida fundamentación- gran relevancia, toda vez que como se ha podido ver en el estudio de las piezas jurisprudenciales propuestas, su aplicación ha permitido impartir justicia respetando las garantías del debido proceso a los sindicados y ante todo, romper con esa garantía de impunidad con la que tan a menudo suelen protegerse los hombres de atrás, a través de los aparatos organizados de poder que dominan y dirigen.

Prueba de ello, es que la implementación de la figura ha logrado avanzar en el establecimiento de la verdad judicial en contextos paradigmáticos de violaciones sistemáticas y generalizadas de derechos humanos y se ha acercado a la comprensión valorativa mas idónea respecto de las conductas desplegadas por los sujetos que situados en posiciones estratégico-superiores de un determinado aparato, tuvieron el poder de mando efectivo para planear e impartir órdenes criminales que fueron ejecutadas por sus subordinados.

Ese establecimiento judicial de la verdad, estuvo aparejado de la implementación del criterio de la “persecución selectiva”²⁷¹ que permitió concentrar y dirigir los esfuerzos estatales en aquellos individuos cuyo rango, posición o mando implicaban una mayor responsabilidad en la planeación, ejecución y encubrimiento de los crímenes, logrando así, la atribución de responsabilidad penal individual a los grandes criminales, lideres, superiores y cabecillas por las conductas realizadas por sus subordinados al servicios de los aparatos organizados de poder.

²⁷¹ Cfr. *Supra* Págs. 63-64

Frente a la devastación moral y social que arrojan las graves violaciones de derechos humanos, y al desconsuelo y la desconfianza que producen en la sociedad la existencia y persistencia de una cultura generalizada de la impunidad, máxime cuando se asiste a la recurrente ausencia de sanción para los sujetos mas poderosos cuyas responsabilidades penales se acrecentaban conforme se alejaban de la ejecución directa de los crímenes, el estudio abordado en el presente trabajo permite concluir que la aplicación de la tesis propuesta, se constituye, sin lugar a dudas, en una valiosa herramienta para los operadores de justicia en el firme propósito de erradicar la impunidad mediante la administración recta y eficaz de justicia, si se quiere establecer el precedente mas que racional, de que los graves crímenes en contra de los seres humanos, no han sido ni serán tolerados jamás por una sociedad cuyos cimientos habrán de sostenerse en el respeto y la vigencia irrestricta de los derechos para todos y cada uno de los seres humanos que habitamos el planeta.

Por ultimo, ha de destacarse una última conclusión relativa al estudio comparado de las sentencias analizadas, desde la perspectiva que ofrece la jurisprudencia argentina y peruana en contraste con la producción nacional en punto de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder.

Entonces, a partir del estudio comparado de la jurisprudencia sobre la materia, se hizo patente que en los tribunales internacionales observados fue avanzando paulatinamente la consolidación de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, empezando desde el estadio mas prístino de la teoría en el caso del Juicio a las Juntas, pasando por el caso de Abimael Guzmán en que se realizó una modificación de los supuestos clásicos, dando preeminencia a uno nuevo en desmedro del tradicional elemento de la fungibilidad de los ejecutores, hasta que finalmente se llegó a cristalizar en el caso Fujimori, una de las mejores caracterizaciones en torno a los elementos y las particularidades propias de la

teoría, con la salvedad que en su momento se introdujo en el análisis crítico de la misma.

Es de resaltar que la evolución de la figura, en los casos referenciados, estuvo compuesta por el abordaje de los dos aspectos medulares de la teoría de la autoría mediata, a saber: En primer lugar intentaron precisar los elementos o condiciones *sine qua non* a partir de los cuales era posible fundamentar el dominio del hombre de atrás mediante su dominio sobre la organización. En segundo lugar realizaron el esfuerzo argumentativo destinado a diferenciar dogmáticamente la autoría mediata respecto de las formas clásicas de imputación –coautoría e inducción- bajo el entendido de que de dicha diferenciación dependía en gran medida el carácter atribuido a la autoría mediata, es decir, su pretendida mejor comprensión valorativa de las conductas de los sujetos situados en la cúspide de los aparatos organizados de poder.

Sin embargo, en este punto es donde particularmente sobresale la jurisprudencia nacional en la materia, teniendo en cuenta que esta se ha enfocado básicamente en la distinción conceptual entre esta forma de imputación y las clásicas, dejando a un lado la definición de sus elementos estructurales que le permitan hacerse operativa en el contexto nacional.

Con ello, los operadores jurídicos colombianos han dejado pasar valiosas oportunidades en las cuales lo ideal habría sido abordar los dos dilemas más acuciantes en la consolidación de la autoría mediata, y con ello, se hace necesario un nuevo pronunciamiento judicial en que se canalicen los esfuerzos a responder el primer interrogante que plantea la figura, ya que sin certeza sobre el tema dentro de la jurisdicción nacional, crece la posibilidad de que se empleen otras figuras menos idóneas y adecuadas para la comprensión de los fenómenos macrocriminales, con la consecuencia lógica de que se propicien espacios de

impunidad fáctica²⁷² cuyo combate, es una de las mayores virtudes que reporta la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder.

²⁷² Cfr. *Supra* Pág. 70

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, K (2008) ¿CÓMO IMPUTAR A LOS SUPERIORES CRÍMENES DE LOS SUBORDINADOS EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL?. BOGOTÁ: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA.
- AMBOS, K (2005) DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL. BOGOTÁ: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, INSTITUTO DE ESTUDIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO. (A)
- AMBOS, K (1998) DOMINIO DEL HECHO POR DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN VIRTUD DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER. BOGOTÁ: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA.
- AMBOS, K (COORD), MALARINO, E., GUZMÁN, J.L., GIL GIL, A., MEINI, I., LÓPEZ DÍAZ, C. (2008) IMPUTACIÓN DE CRÍMENES DE LOS SUBORDINADOS AL DIRIGENTE. BOGOTÁ: EDITORIAL TEMIS S.A.
- AMBOS, K (2005) LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL. MONTEVIDEO: KONRAD – ADENAUER - STIFTUNG. (B)
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. INFORME N° 37/00 DE 13 DE ABRIL DE 2000. CASO 11.481.
- CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA C – 836/2001, M.P RODRIGO ESCOBAR GIL.
- CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA C – 578/2002, M.P MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CASO 19 COMERCIANTES VS. COLOMBIA. FONDO, REPARACIONES Y COSTAS SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 2004
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CASO ALMONACID ARELLANO VS. CHILE. EXCEPCIONES PRELIMINARES, FONDO, REPARACIONES Y COSTAS SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2006
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CASO BARRIOS ALTOS VS. PERÚ. FONDO. SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 2001.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CASO CABALLERO DELGADO Y SANTANA VS. COLOMBIA. FONDO. SENTENCIA DE 8 DE DICIEMBRE DE 1995.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CASO CAMPO ALGODONERO VS. MÉXICO. EXCEPCIÓN PRELIMINAR, FONDO, REPARACIONES Y COSTAS. SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2009.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CASO CASTILLO PETRUZZI Y OTROS VS. PERÚ. EXCEPCIONES PRELIMINARES, SENTENCIA DEL 4 DE SEPTIEMBRE DE 1998.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CASO DE LA "MASACRE DE MAPIRIPÁN" VS. COLOMBIA. FONDO, REPARACIONES Y COSTAS. SENTENCIA DE 15 SEPTIEMBRE DE 2005.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CASO EL AMPARO VS. VENEZUELA. FONDO. SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 1995.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CASO GOIBURÚ Y OTROS Vs. PARAGUAY. FONDO, REPARACIONES Y COSTAS. SENTENCIA DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 2006.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CASO LOAYZA TAMAYO Vs. PERÚ. REPARACIONES Y COSTAS. SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1998.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CASO VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ Vs. HONDURAS. FONDO. SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 1988.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, OC-11/90 DEL 10 DE AGOSTO DE 1990: EXCEPCIONES AL AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS (ARTS. 46.1, 46.2.A Y 46.2.B, CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, OC-14/94 DEL 9 DE DICIEMBRE DE 1994: RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR EXPEDICIÓN Y APLICACIÓN DE LEYES VIOLATORIAS DE LA CONVENCIÓN (ARTS. 1 Y 2 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS).
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA - SALA DE CASACIÓN PENAL, SENTENCIA DE RADICADO NO 19734. DEL 29 DE JULIO DE 2003 M.P. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA - SALA DE CASACIÓN PENAL, SENTENCIA DE RADICADO NO 20218. DEL 26 DE NOVIEMBRE DE 2003 M.P. MARINA PULIDO DE BARÓN
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA - SALA DE CASACIÓN PENAL, SENTENCIA DE RADICADO NO 23825. DEL 07 DE MARZO DE 2007 M.P. JAVIER ZAPATA ORTIZ.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA - SALA DE CASACIÓN PENAL, SENTENCIA DE RADICADO NO 24448 DEL 12 DE SEPTIEMBRE DE 2007 M.P. AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA - SALA DE CASACIÓN PENAL, SENTENCIA DE RADICADO NO 29418. DEL 23 DE FEBRERO DE 2009 M.P. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA - SALA DE CASACIÓN PENAL, SENTENCIA DE RADICADO NO 32805. DEL 23 DE FEBRERO DE 2010.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA - SALA DE CASACIÓN PENAL, SENTENCIA DE RADICADO NO 27032. DEL 18 DE MARZO DE 2010
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA - SALA DE CASACIÓN PENAL, SENTENCIA DE RADICADO NO 26585. DEL 17 DE AGOSTO DE 2010
- CUELLO CONTRERAS, J (2009) EL DERECHO PENAL ESPAÑOL PARTE GENERAL, VOLUMEN II, TEORIA DEL DELITO (2009). MADRID: DYKINSON.
- FARALDO CABANA, PATRICIA (2005) FORMAS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y SU EQUIVALENCIA EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL. REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA. UNED 2ª ÉPOCA NO 16. PAGES 29-78.

- FAÚNDEZ LEDESMA, H (2004) EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. ASPECTOS INSTITUCIONALES Y PROCESALES. SAN JOSÉ DE COSTA RICA: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.
- HUERTA DÍAZ, O. ET AL (2008) LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS A LA VERDAD, LA JUSTICIA Y A LA REPARACIÓN PARA LAS VÍCTIMAS DE VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS. BOGOTÁ: GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ.
- INFORME “COLOMBIA NUNCA MÁS”, CAPITULO X, DISPONIBLE EN: [HTTP://WWW.DERECHOS.ORG/NIZKOR/COLOMBIA/LIBROS/NM/Z14I/CAP10.HTML#N1](http://www.derechos.org/nizkor/colombia/libros/nm/z14i/cap10.html#N1)
- INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE PROSECUTION OF PERSONS RESPONSIBLE FOR SERIOUS VIOLATIONS OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW COMMITTED IN THE TERRITORY OF THE FORMER YUGOSLAVIA SINCE 1991, PROSECUTOR V DELALIC ET AL. JUDGEMENT 20 FEBRUARY 2001 (IT – 96 – 21 - A).
- JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE BOGOTÁ - SENTENCIA DE RADICADO No. RUN 11001320700320080002500 DEL 09 DE JUNIO DE 2010
- MÁRQUEZ CÁRDENAS, A.E (2002) LA AUTORÍA MEDIATA EN EL DERECHO PENAL. FORMAS DE INSTRUMENTALIZACIÓN. BOGOTÁ: EDICIONES JURÍDICAS GUSTAVO IBÁÑEZ LTDA.
- MARTIN, C (COMP) ET AL. (2004) DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. MÉXICO D.F: DOCTRINA JURÍDICA CONTEMPORÁNEA.
- ONU. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. SUBCOMISIÓN DE PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS 49 SESIÓN. LA

ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA Y LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS DETENIDOS, LA CUESTIÓN DE LA IMPUNIDAD DE LOS AUTORES DE VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS (CIVILES Y POLÍTICOS), INFORME FINAL ELABORADO Y REVISADO POR M. JOINET EN APLICACIÓN DE LA DECISIÓN 1996/119 DE LA SUBCOMISIÓN.

- ONU. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS 61º PERÍODO DE SESIONES. CONJUNTO DE PRINCIPIOS PARA LA PROTECCIÓN Y LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS PARA LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD. INFORME DE DIANE ORENTLICHER, EXPERTA INDEPENDIENTE ENCARGADA DE ACTUALIZAR EL CONJUNTO DE PRINCIPIOS PARA LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD.

- RESOLUCIÓN DEFENSORIAL HUMANITARIA NO 007 DEL 5 DE DICIEMBRE DE 2001, EXPEDIDA POR EL DEFENSOR DEL PUEBLO. DISPONIBLE EN: [HTTP://WWW.DEFENSORIA.ORG.CO/RED/ANEXOS/PDF/02/RES/HUMANITARIA/HUMANITARIA7.PDF](http://www.defensoria.org.co/red/anexos/pdf/02/res/humanitaria/humanitaria7.pdf)

- ROXIN, C (2000) AUTORÍA Y DOMINIO DEL HECHO EN DERECHO PENAL. MADRID: MARCIAL PONS EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES S.A.

- ROXIN, CLAUDIUS (2006) EL DOMINIO DE ORGANIZACIÓN COMO FORMA INDEPENDIENTE DE AUTORÍA MEDIATA, REJ REVISTA DE ESTUDIOS DE LA JUSTICIA – No 7. FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DE CHILE.