

Tesis Doctoral

Imputación Penal a los Dirigentes en Estructuras Criminales

Julián Quintana Torres



Facultad de Derecho

Doctorado Estado de Derecho y Gobernanza Global

Director de tesis: PH D Fernando Fernandes

Septiembre de 2021

Esta investigación está dedicada a mi mamá Marlén Torres Díaz (Q.E.P.D), a mi esposa Mónica Valencia Campo y a mi hijo José María Quintana Valencia, mis amores y ejes de mi vida.

Un agradecimiento especial a los Doctores Fernando Fernandes, Nicolás Rodríguez, Eduardo Fabián Caparroz y Jorge Perdomo.

Tabla de contenido

ABSTRACT	5
INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I	10
A. LA PERTURBACIÓN AL DERECHO GENERADA POR EL CRIMEN ORGANIZADO	10
1. LAS CONSECUENCIAS EN EL SISTEMA SOCIAL	10
2. LA DESCRIPCIÓN DE LAS MÁS CONNOTADAS ORGANIZACIONES CRIMINALES	15
2.1. LA CRIMINALIDAD EMPRESARIAL	16
2.2. ORGANIZACIONES CRIMINALES BASADAS EN ESTRUCTURAS FAMILIARES	18
2.3. LA CRIMINALIDAD MAFIOSA	21
2.4. LA CRIMINALIDAD DE PANDILLAS	23
2.5. LA CRIMINALIDAD MIXTA	24
2.6. LA CRIMINALIDAD INSURGENTE	25
2.7. LAS CÉLULAS	29
3. FENOMENOLOGÍA DEL CRIMEN ORGANIZADO	31
4. LÍMITES A LA PERSECUCIÓN PENAL	38
B. LA EVOLUCIÓN DOGMÁTICA DE LA IMPUTACIÓN EN EL CRIMEN ORGANIZADO	46
5. LAS FORMAS DE IMPUTACIÓN PENAL Y SUS PRINCIPALES CRÍTICAS	46
5.1. LA COAUTORÍA	51
5.2. LA DETERMINACIÓN	60
5.3. LA AUTORÍA MEDIATA	69
5.3.1. EL AUTOR MEDIATO NO ES UN INSTRUMENTO	77
5.3.2. EL QUEBRANTAMIENTO AL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD	87
5.3.3. LA DESMITIFICACIÓN DEL REQUISITO DE LA DESVINCULACIÓN AL DERECHO	91
5.3.4. NO SIEMPRE EL SUBORDINADO ES FUNGIBLE	98
5.3.5. LA DISTORSIÓN DEL CONCEPTO DE LA DISPONIBILIDAD AL HECHO	101
5.3.6. LA LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS DIRIGENTES EN LA OMISIÓN	107
5.3.7. EL REDUCCIONISMO PROVOCADO A LA AUTORÍA MEDIATA POR LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DEL DEBER	108
5.3.8. LA EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL	112
5.4. LA COAUTORÍA MEDIATA	116
CAPÍTULO II	127
A. LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS Y SOCIOLOGICOS SOBRE LA LEGITIMIDAD DE LA SANCIÓN PENAL AL DIRIGENTE	127
6. LOS POSTULADOS DE FRIEDRICH HEGEL	128
7. LOS POSTULADOS DE NIKLAS LUHMANN	132
8. LOS EFECTOS EN LA DOGMÁTICA PENAL	137
B. LOS MECANISMOS PARA MANTENER LA VIGENCIA DE LA NORMA	144

9.	EL FIN DE LA PENA	144
10.	EL QUEBRANTAMIENTO DE LOS ROLES	152
11.	LAS EXPECTATIVAS COMO FORMA DE COMUNICACIÓN SOCIAL	155
12.	LAS POSICIONES DE GARANTE	161
13.	EL MANTENIMIENTO DE LA IDENTIDAD DE LA SOCIEDAD	168
	C. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL MARCO DE LOS DELITOS COMETIDOS POR ORGANIZACIONES CRIMINALES	174
14.	EVOLUCIÓN	174
15.	EL SISTEMA DE DOBLE IMPUTACIÓN	178
16.	LA RELACIÓN FUNCIONAL DE LA CONDUCTA Y EL HECHO GLOBAL	186
17.	DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD	187
	D. LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA COMPETENCIA POR ORGANIZACIÓN	190
18.	CONCEPTO	190
19.	EL QUEBRANTAMIENTO DE DEBERES	198
20.	LA CREACIÓN DEL RIESGO JURÍDICAMENTE DESAPROBADO	200
21.	LA IDENTIFICACIÓN DE LOS RIESGOS NO PERMITIDOS	202
22.	LA INJERENCIA	203
22.1.	LA ASOCIACIÓN DELICTIVA	204
22.2.	LA CREACIÓN DEL PELIGRO POR LA EJECUCIÓN DEL PROGRAMA CRIMINAL	210
22.3.	LA RESPONSABILIDAD POR EL MANEJO DE FUENTES DE PELIGRO.	212
22.4.	EL MANTENIMIENTO DEL GRUPO DELICTIVO	213
	E. LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA COMPETENCIA POR INSTITUCIÓN	216
23.	CONCEPTO	216
23.1.	LOS DEBERES ESTATALES	218
23.2.	LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES	219
24.	LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DEL DEBER	222
25.	EL AUTOR ES EL DUEÑO DEL DEBER INFRINGIDO	228
26.	NO SE CONFIGURA LA COAUTORÍA	235
27.	EL DIRIGENTE ES AUTOR	238
28.	¿ENCAJAN ESTOS PRESUPUESTOS EN EL ESTATUTO DE ROMA?	242
	F. UNA REFERENCIA ESPECIAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL	244
29.	LA IMPUTACIÓN DEL HECHO AL COLECTIVO	248
30.	LA COMISIÓN POR OMISIÓN	250
31.	FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD POR LOS DEBERES POR ASUNCIÓN E INJERENCIA	254
32.	LOS DEBERES DE VIGILANCIA Y COMPLIANCE	259
	G. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA	266
33.	EL PRINCIPIO DE CONFIANZA	266
34.	EL RIESGO PERMITIDO	276
35.	LA REPRESENTACIÓN DEL RIESGO NO PERMITIDO EN LA TIPICIDAD	290
36.	LA PROHIBICIÓN DE REGRESO	295
37.	LA PROHIBICIÓN DE SOBREVALORACIÓN	303

38. LA TENTATIVA	304
H. LA RESPONSABILIDAD DE LOS DEMÁS INTEGRANTES	309
39. LA TEORÍA CUANTITATIVA	309
40. EL QUÁNTUM DEL APORTE	316
40.1. LOS BIENES ESCASOS	320
40.2. LA INFORMACIÓN ESCASA	321
I. EL ELEMENTO SUBJETIVO	325
41. SU DELIMITACIÓN	325
42. LOS CONOCIMIENTOS ESPECIALES EN RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD PENAL	344
43. LOS ERRORES EN VIRTUD DEL ENGAÑO Y COACCIÓN	348
CONCLUSIONES	353
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	370

ABSTRACT

Organized crime is one of the major concerns that society faces today. The lack of uniformity in the treatment of criminal responsibility towards the leaders in these kinds of groups, make this palpable. The main causes that create organized crime are; economic power, social power, security, and nonattendance of the State. There have been various proposals in the task to frame the responsibility of a leader in these criminal groups, such as determination, co-authorship, mediated authorship, and mediated co-authorship. However, throughout this research it was evident that none of them adapts to the realities of society and new challenges for authorities. To reach a more suitable interpretation, I based my reflections on the ideas of Friedrich Hegel and Niklas Luhmann, related to ethics, law, Systems Theory and the purposes of punishment, guidelines that set a path for the solution. Under these postulates, it is established that the analysis about the responsibility of these leaders should be based on; firstly, the double imputation understood as a total imputation of the actions in the entire criminal organization, meaning that the responsibility belongs to all the members, without losing sight of the individuality of each action and, consequently, the quantum of the penalty according to the proportion of the contribution. Another important aspect, is the responsibility resulting from a leader's breach of his duties, contained on the capabilities by Institution and Organization, which start from the creation of an unauthorized risk, and then translates into a typical result, if this is contemplated in the criminal program; conduct that in addition, is attached to the principle of trust, the prohibition of return, the prohibition of overvaluation and self-endangerment. These postulates explain the limits to the responsibility of each leader, guided -even- to mitigate the abuses of criminal law. Also, with them, it is possible to reach interesting conclusions, such as that all crimes committed by the leader of a criminal organization, regardless of their nature, are crimes of improper omission.

RESUMEN

El crimen organizado es una de las mayores preocupaciones que tiene hoy la sociedad, evidenciándose la falta de uniformidad en el tratamiento de la responsabilidad penal de los dirigentes de estos grupos. Las principales causas que generan el crimen organizado son: el poder económico, el poder social, la seguridad, y la ausencia del Estado. Variadas han sido las propuestas que han pretendido enmarcar la responsabilidad de los dirigentes de estos grupos criminales, como la determinación, la coautoría, la autoría y coautoría mediata. Sin embargo, en la investigación logro evidenciar que ninguna de ellas se adapta a las realidades de la sociedad y a los nuevos retos de las autoridades. Para llegar a una interpretación más adecuada, me baso en las ideas de Friedrich Hegel y Niklas Luhmann en lo concerniente a la eticidad, el derecho, la Teoría de los Sistemas y el fin de la pena, pautas que marcan el derrotero en la solución. Bajo estos postulados se establece que el análisis de la responsabilidad de los dirigentes debe basarse, en primer lugar, en la doble imputación, entendida como la imputación total del hecho a toda la organización criminal, es decir, que pertenece a todos los integrantes, sin perder de vista la individualidad de cada acción y, en consecuencia, el cuántum de la pena según la ponderación del aporte. Otro derrotero importante es la responsabilidad que se desprende para el dirigente del incumplimiento de sus deberes contenidos en las competencias por institución y de organización, partiendo de la creación de un riesgo no permitido, el cual se traduce en un resultado típico, siempre y cuando este esté contemplado en el programa criminal; conducta que, además, está anclada al principio de confianza, la prohibición de regreso, la prohibición de sobrevaloración y la autopuesta en peligro. Estos postulados dilucidan los límites a la responsabilidad del dirigente, guiados -incluso- a mitigar los abusos del derecho penal. Llegando a interesantes conclusiones, como la de que todos los delitos cometidos por el dirigente de una organización delictiva, sin importar su naturaleza, son delitos de omisión impropia.

INTRODUCCIÓN

En manos del lector dejo una obra que resume el trabajo investigativo de varios años, basado en la enorme preocupación que hoy aqueja a la sociedad con respecto al crimen organizado, fenómeno que ha dejado un sin número de víctimas y pérdidas económicas en el mundo. Estas razones me impulsaron a construir una teoría de la imputación penal, centrándome en los dirigentes de los grupos que actúan ilícitamente.

Me aparto de las tradicionales concepciones de la Teoría del Delito, como lo es el dominio del hecho, lo que puede suscitar críticas a esta investigación, pero seguro de que el lector entenderá que tal distanciamiento no es un mero capricho, sino el resultado de la evolución de la dogmática penal. Esta nueva realidad es una consecuencia inexorable de esa transformación social y que seguramente se consolidará en el futuro. Esta investigación se basa en los principios de la imputación objetiva -roles-, que hoy registra una gran importancia para el derecho penal.

No se pueden subestimar los nuevos fenómenos del crimen organizado, y como estos han sobrepasado la lógica de las tradicionales teorías del dominio del hecho, ya que algunos grupos delincuenciales comunes ostentan el mismo poder devastador de las estructuras organizadas de poder. Por este ilógico razonamiento dogmático sus dirigentes, verbigracia, el jefe de la banda, termina siendo un simple inductor, por no haber hecho parte de los actos ejecutivos en el delito. Por tal motivo desarrollo un modelo de imputación de responsabilidad universal para los dirigentes, con independencia de la naturaleza de la organización criminal, para que estos respondan como autores, a pesar de que no tengan un papel protagónico en la ejecución del delito.

Aclarando que no propongo una lucha en contra del supuesto enemigo, sin consideración a sus garantías o derechos fundamentales, como desafortunadamente lo han demostrado las últimas reformas a varios códigos penales en el mundo. Así que, evitando este tentador, pero tenebroso panorama, logro mantener indemne la línea del derecho penal garantista.

Ante las principales causas que generan el crimen organizado deben gravitar las soluciones que permitan mitigar su efecto perjudicial, sin duda alguna, una acertada estructura dogmática se sumará a cumplir este trascendental objetivo.

Es evidente como, a pesar de la existencia de soluciones dogmáticas que buscan encontrar la mayor coherencia con respecto a la imputación de los dirigentes, como lo son la determinación, la coautoría y la autoría mediata, estas se han mostrado paquidérmicas en casos emblemáticos, denotándose sus incoherentes e inadmisibles resultados. Tal vez sus mayores angustias giran en torno al insostenible sub principio de la responsabilidad del dirigente, a pesar de la existencia de un instrumento doloso, y a la tendiente como apabullante absorción de la Teoría de delitos de infracción del deber, como sucede en los casos de criminalidad estatal, que han sido resueltos con precisión y nitidez bajo esta premisa, dejando la sensación de que la autoría mediata pierde cada vez más sentido.

Esta estructura del Derecho Penal se basa en el Normativismo, que pregona el cumplimiento de expectativas sociales y la vigencia de la norma, que son los pilares de la Teoría de la imputación objetiva y además de mi propuesta. Es así como la estructura criminal desarrolla un hecho mancomunado y así mismo debe entenderlo el Derecho, pues el resultado

delictivo les pertenece a todos, esta es una importante conclusión, ya que deja sin sustento alguno la Teoría de la accesoriadad.

Es así como, a pesar de que el hecho es total, cada uno debe responder por la infracción de sus propios deberes. Por tal razón, afirmo que la coautoría en los delitos de infracción del deber no se configura, ya que nadie puede quebrantar los deberes que le corresponde a otra persona, ni responder por una infracción ajena, considero que serían autores paralelos. Son estos los argumentos que ubican a la Teoría de la posición de garante, como derrotero esencial en la interpretación de la autoría y la participación en estructuras criminales.

Así las cosas, la responsabilidad penal del dirigente -según el caso en concreto- se enmarca en la competencia en virtud de una institución o también de una organización, partiendo de la creación de un riesgo no permitido y cómo este se concreta en el delito perpetrado por el grupo ilegal. Estas dos competencias deben compaginar, con los sub principios de la imputación objetiva; la prohibición de regreso, los riesgos legítimos, las acciones a propio riesgo. Advirtiéndole que el plan criminal diseñado por el dirigente marcará la frontera inalterable de su responsabilidad.

CAPÍTULO I

A. LA PERTURBACIÓN AL DERECHO GENERADA POR EL CRIMEN ORGANIZADO

1. Las consecuencias en el sistema social

Existen varios factores que explican la creación de estos grupos, uno de los más importantes es el interés económico, tienen como objetivo obtener grandes sumas de dinero, sin remordimiento alguno por los métodos criminales que utilizan para alcanzar este fin, como el terrorismo, el narcotráfico o la corrupción privada, dinero ilícito que incrementa el patrimonio de los dirigentes, y también sirve para financiar a la organización, asegurando su operación, como es el pago ilegal de la nómina de empleados o la inversión en logística para la ejecución de sus delitos, la compra de armamento o incluso la adquisición de sofisticada tecnología¹.

Pero este gran poder atrae un sin número de vanidades para los dirigentes, como ser los mejores, los más populares y dejar huella en el mundo criminal, lo que genera, absurdamente, la admiración de muchos de sus subordinados o integrantes de la organización, y hasta de algunos ciudadanos, factor subjetivo que llega a provocar absurdamente la aceptación del delito en algunos sectores de la sociedad -recalcando que en el sistema social este tipo de comunicaciones no son aceptadas-. Estas posiciones individuales -me refiero al actuar delictivo de los dirigentes- perturban el sistema jurídico, no es permitido en ninguna circunstancia que se contradiga la vigencia de las normas.

¹ JIMÉNEZ SERRANO, J. Crimen Organizado. Una Aproximación al Fenómeno. Gaceta Internacional de Ciencias, Forenses. ISSN 2174-9019 No 14. 2015, pp. 25.

Estas formas inadmisibles de comunicación desarrolladas por los dirigentes desafortunadamente llegan, en algunos casos, a ser aceptadas por algunos ciudadanos, poniendo en duda la vigencia de las expectativas que socialmente son permitidas, verbigracia, los que aplauden que roben a los ricos. Esto es producto del poco efecto de la reafirmación de la vigencia de la norma, pues incentiva que las personas se guíen por visiones individuales, que están alejadas de las reconocidas como válidas por la sociedad. El nulo respeto al cumplimiento de la ley por los delitos cometidos por las organizaciones criminales tiene como efecto el mal ejemplo, y, a su vez, otros, al ver que la norma no está vigente, replican estas conductas delictivas. Pero el derecho debe contrarrestar estas consecuencias. Entre más afianzada esté la norma en la sociedad, menos serán los delitos que se cometan, y se protegerán los derechos de los ciudadanos. De este razonamiento parte la importancia del fin de la pena, que no debe buscar otro objetivo que el del mantenimiento del orden legal, absteniéndose de fundamentarse en otros fines, como la prevención especial. Con respecto a este tema haré hincapié más adelante.

Lo cierto es que la falta de reafirmación de la norma es la base de la proliferación de los grupos delictivos. Si no existe una respuesta por parte del Estado a estas estructuras no permitidas, cada vez más ciudadanos emularán este esquema criminal, pues la comunicación que es aceptada y permitida por la sociedad, es decir, respetar los derechos de los demás -esta es una expectativa- pierde vigencia, lo que puede generar incluso la destrucción del sistema social. Además, es una evidencia de la inestabilidad de la norma y la dificultad del sistema judicial para garantizar su ejecutoriedad o diciéndolo en otras palabras, para mantener la vigencia de las expectativas de comportamiento.

Por esto, el sistema social no puede tolerar visiones individuales que no sean compatibles con las normas. La existencia de las organizaciones criminales causa una grave alteración del orden jurídico, ocasionan el incumplimiento de la ley y el quebrantamiento de la confianza de los ciudadanos en el sistema. Este panorama, que se identifica como una comunicación incorrecta, debe ser eliminado con el mismo derecho, por medio de la pena, la cual se encarga de rechazar la comunicación incorrecta y reafirmar que el Estado no admite la delincuencia.

Los efectos que causan estos grupos criminales en la percepción de las personas encarnan un gran desafío para la juridicidad. Pareciera ilógico, pero algunos integrantes ingresan a estas organizaciones -además del interés económico- por tener protección y un mejor estatus social, verbigracia estructuras empresariales dedicadas al lavado de activos-, lo que evidencia la complejidad que generan estas estructuras en la sociedad, atentan gravemente contra los fines del Estado, pero también se pone al descubierto que el crimen organizado está fortalecido, incluso, generando una identidad cultural y política, llegando a tener capacidades impensables, como la ubicación de miembros de la organización en puestos directivos del Estado, en empresas privadas reconocidas o en el parlamento, lo que representa un gran peligro².

Jiménez Serrano (2015) ha trazado unas líneas explicativas muy interesantes referentes al funcionamiento de estos grupos. Ha señalado que el crimen organizado surge de ambientes sociales donde el Estado no atiende con suficiencia las necesidades básicas de sus ciudadanos, lo que hace que sus funciones sean objeto de usurpación por parte de estos grupos ilegales³. Ese surgimiento de fenómenos llamados paraestatales han sido el origen de distintas coyunturas

² JIMÉNEZ SERRANO, J. Crimen Organizado. Una Aproximación al Fenómeno. Gaceta Internacional de Ciencias Forenses. ISSN 2174-9019 No 14. 2015, pp. 25.

³ *Ibidem*.

históricas y sociales que se expresan mediante la justicia por mano propia. Paradójico es que las organizaciones ilegales terminan protegiendo a los ciudadanos que se sometan a sus reglas y no a las del Estado. Esta es la evidencia de la descomposición de la cultura de la legalidad.

En la Colombia de finales del siglo XX y comienzos del XXI fue usual que los grupos paramilitares, una vez se establecieron en varios territorios, impusieran la pena de muerte a los que hurtaran las pertenencias de otros. Como dato sorprendente, pero también inaceptable, en algunas de sus zonas de influencia disminuyeron casi a cero los delitos⁴. En algunas áreas geográficas, donde el Estado brillaba por su ausencia, fue común que estructuras armadas irregulares crearan impuestos para asegurar su financiamiento. Pero también el grupo ilegal puede no asumir las funciones del Estado, sino contrarrestarlas, como sucede con el ataque o robo al suministro de bienes y servicios, violencia contra las instituciones que tiene como objetivo que el Estado pierda el control sobre su territorio.

En países donde no es permitida la comercialización de armas o drogas, la organización criminal cubre la demanda de estos productos para los ciudadanos, aprovechando la debilidad estatal para constituir su negocio. Es decir, que, frente al fracaso estatal, existe una alta probabilidad de que uno o varios de estos grupos se consoliden en los territorios⁵. Las grandes ganancias que genera el crimen organizado conllevan a que sus integrantes asuman los riesgos que implica la actividad delictiva, no en vano referencié supra que la falta de estabilización de la norma crea estos fenómenos criminales y amenaza la existencia del sistema social.

⁴ KOESSL, Manfredo. *Violencia y Habitus. Paramilitarismo en Colombia*. Editorial Siglo del Hombre. 2015, pp. 25.

⁵ *Ibíd.*

Como lo he dicho, el Estado debe implementar los mecanismos necesarios para contrarrestar este tipo de comunicaciones incorrectas, es decir, conductas ilegales que, si bien es cierto, lo puede hacer mediante una pena, también existen otros institutos jurídicos administrativos y preventivos para mantener indemne la vigencia de la norma. Por esta razón los esfuerzos de las autoridades se han enfocado en la recuperación del dinero ilícito, con el fin de neutralizar a estos grupos criminales por medio de la figura del comiso y la acción de extinción de dominio. Esta forma de reducción de oportunidades impide la reinversión del producto ilícito en la organización delictiva, pues el producto del ilícito es el incentivo más importante para la comisión de los delitos⁶.

Las estructuras de los grupos criminales son diversas, pero debo anticipar que el análisis dogmático de la responsabilidad penal de sus dirigentes e integrantes puede ser abarcado desde una teoría universal, como lo es la imputación objetiva. Al referirme al crimen organizado como género, estoy haciendo alusión no solamente a las estructuras organizadas de poder, que se caracterizan por su composición jerárquica de mando, sino también a otras especies o formas del crimen organizado, como aquellas que se caracterizan por las tipologías que desarrollan en los delitos, sus conexiones con organizaciones terroristas e incluso con fuerzas estatales y los grupos étnicos disímiles. Así mismo, las complejas estructuras empresariales o económicas, verbigracia el caso en Brasil de la constructora Odebrecht, que logró establecer en varios países un esquema de corrupción empresarial sin precedentes⁷.

⁶ ALBRECHT, Hans-Jörg. Criminalidad, Comercio de Narcóticos y Lavado de Dinero. Universidad Externado de Colombia. 2001, pp. 48.

⁷ KOESSL, Manfredo. Violencia y Habitus. Paramilitarismo en Colombia. Editorial Siglo del Hombre. 2015, p. 16.

Estudios de la Oficina de las Naciones Unidas (2012) han identificado diferentes patrones que hacen parte de este tipo de organizaciones⁸, como sus redes y células, las cuales se articulan mediante jerarquías, a pesar de las diferencias que puedan tener, como culturales o económicas. Hay derivaciones territoriales e, incluso, varias ancladas a fuertes lazos familiares. En la organización, alguna de estas características puede ser predominante o única, este análisis contribuye a entender de forma clara el funcionamiento y el tipo de organización delictiva⁹.

2. La descripción de las más connotadas organizaciones criminales

Debo insistir en que la Teoría de la imputación objetiva, que se propone en esta tesis para establecer la responsabilidad penal de los dirigentes de las organizaciones delictivas, abarca todas las modalidades del crimen organizado, sin dejar de reconocer que se acentúa un poco más en las estructuras organizadas de poder, teniendo en cuenta que este estudio surgió inicialmente como una crítica a la autoría mediata en aparatos organizados de poder. Pero la evolución de esta línea investigativa demostró que la estructura de imputación que propongo es capaz de abarcar, con gran coherencia dogmática, todas las variables o especies del crimen organizado.

A pesar de que no es el objetivo de esta investigación describir todos los fenómenos del crimen organizado, ya que mi propósito es hacer énfasis en la parte dogmática -y si ello fuera si desbordaría la extensión y el fin de esta tesis-, no me puedo sustraer a hacer una sucinta relación de las diferentes y más connotadas organizaciones criminales, para poder comprender de una mejor manera como están compuestas y cómo funciona en estas para definir la responsabilidad penal de sus integrantes. Soy consciente de que debo partir de la realidad de la sociedad para

⁸ Estudio Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, INTERPOL. 2012, pp. 11.

⁹ *Ibidem*.

establecer un sistema dogmático que se corresponda con esta, este es el objetivo de las siguientes líneas, descripción que hago sin desmedro de que existan muchas más, veamos.

2.1. La criminalidad empresarial

La criminalidad empresarial ha ocupado un espacio dentro de las preocupaciones de la comunidad internacional, de lo que ha derivado el fortalecimiento de las acciones frente a los tipos de corrupción privada y pública. Hoy los Estados no solo están en la obligación de garantizar los intereses elementales de los ciudadanos, sino además de estar actualizados frente al reconocimiento y protección de objetos jurídicos como la economía y la salud. Lamentablemente, el estudio de este fenómeno por mucho tiempo había sido desarrollado de forma subsidiaria sin mucha profundización, tanto en el campo criminológico, de política criminal y dogmático, y este llamado de atención es válido teniendo en cuenta que una crisis económica derivada de conductas ilegales tiene la capacidad de quebrantar los derechos de millones de ciudadanos¹⁰.

Las actuaciones de este tipo de estructuras criminales se mueven en el campo de los delitos empresariales, que afectan gravemente el orden socioeconómico. Verbigracia, conductas desleales cometidas por deudores contra sus acreedores, los delitos de los administradores de sociedades contra los intereses patrimoniales de los socios, la infracción de deberes profesionales de control de capitales, la venta defectuosa del producto, y la estafa en masa¹¹. Este tipo de organización representa un peligro apremiante para el funcionamiento de la economía,

¹⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Imputación Objetiva en el Derecho Penal Económico y Empresarial. InDret. Revista para el Análisis del Derecho. 2009, p. 6.

¹¹ *Ibidem*. p. 3.

adelantando a afirmar que dentro de la empresa existen diferentes roles y responsabilidades frente a la comisión de delitos asociados a la infracción del deber.

Su existencia plantea no solo un reto para los cuerpos de investigación criminal, sino también para la actual dogmática penal, pues el mapa criminal de hoy es totalmente diferente y novedoso ante al conocido tradicionalmente. Bernardo Feijoo Sánchez (2009) afirma que ya no vivimos en sociedades que se preocupen solo por proteger los postulados básicos de la convivencia. Ahora que la sociedad es tan compleja se van produciendo sustanciales cambios en su estructura jurídica, creándose una alta carga de juridicidad para la resolución de los problemas, como también la preferencia por los delitos de peligro y el establecimiento de nuevos bienes jurídicos como los que tienen que ver con el derecho penal económico -yo no los denomino como nuevos bienes jurídicos, sino como nuevos objetos jurídicos de protección derivados de las complejidades de la sociedad-¹².

Es así como, según Bernardo Feijoo Sánchez (2009), el Derecho Penal económico tradicionalmente se venía ocupando de la protección de bienes jurídicos estatales, relacionados con la intervención del Estado en la economía. Lo anterior se conoce como el derecho penal económico en sentido estricto, pero la evolución en este aspecto ha permitido ampliar la interpretación de estos delitos no solamente desde el punto de vista dogmático, sino además del criminológico y político criminal. Ahora las normas del derecho penal económico también regulan las relaciones del orden socioeconómico, por ejemplo, los delitos perpetrados por los deudores en contra de sus acreedores, los delitos de administradores de sociedades contra los

¹² FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Imputación Objetiva en el Derecho Penal Económico y Empresarial. InDret. Revista para el Análisis del Derecho. 2009, p. 3.

intereses de los socios. Así las cosas, se resalta que los delitos económicos se caracterizan por la infracción de deberes básicos contenidos en el subsistema económico, afectando en ocasiones bienes colectivos o bienes individuales¹³.

Hoy en día son más importantes los delitos que se han tipificado para proteger la economía, y que garantizan su desarrollo, con independencia del modelo económico que haya adoptado el país. Adquiriendo con ello una importancia inusitada el principio de confianza, que formula en este entendido las correctas relaciones y funcionamiento de las economías, lo que propugna por la correcta estabilización de la norma, con el fin de proteger la estabilidad del derecho en lo que corresponde al subsistema económico. Es decir, se reprochan las infracciones que afectan el derecho económico, atinentes a los roles y deberes que también se representan con concretos derechos, como ocurre en sociedades capitalistas, los relacionados con el derecho concursal, bursátil, del mercado de valores, bancario societario, de competencia, propiedad intelectual, entre otros, ello explica la existencia de abundantes delitos de infracción del deber con respecto a la criminalidad empresarial¹⁴.

2.2. Organizaciones criminales basadas en estructuras familiares

Las estructuras compuestas por familiares ofrecen para las autoridades un alto grado de complejidad, ya que se caracterizan por su elevada cohesión y por la capacidad de protección y encubrimiento de sus miembros. Obtener una delación o confesión entre ellos equivale a una utopía. Precisamente la confianza que existe entre sus miembros fortalece sus actuaciones

¹³ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Imputación Objetiva en el Derecho Penal Económico y Empresarial. InDret. Revista para el Análisis del Derecho. 2009, p. 4.

¹⁴ Ibídem. Pp. 5.

ilícitas, ya que les permite una fácil coordinación de sus actividades delictivas y celeridad en la adopción de decisiones. Además, esto también ocurre en la criminalidad empresarial de centro y sur América, donde las corporaciones son pequeñas en comparación con las gigantes compañías de las economías centrales.

Entre los delitos más comunes cometidos por grupos delincuenciales familiares está, el tráfico de drogas. Es así como tenemos una referencia cercana en el tiempo, se trata del grupo familiar de narcotraficantes conocidos como el cártel de Cali en Colombia, liderado por los hermanos Gilberto Rodríguez Orejuela y Miguel Rodríguez Orejuela e integrado por varios de sus familiares. Llegaron a exportar el 80% de la cocaína hacia los Estados Unidos. Incluso, hay pruebas que señalan que aportaron dinero a la campaña presidencial del entonces presidente de Colombia¹⁵. Ellos hilvanaron una red de lavado de activos con el apoyo de sus esposas e hijos para darle apariencia de legalidad a su dinero ilícito. Esto por medio de droguerías en todo Colombia, donde vendían sus productos a bajos precios, lo que los hacían los ofertantes más interesantes del mercado, de allí derivó el nombre de su fachada delictiva, su marca comercial la denominaron Drogas la Rebaja¹⁶.

También se ha establecido que es común que en el delito de tráfico de personas estén grupos de familias involucradas, quienes se encargan de explotar a su propio linaje, como se ha establecido la participación de familiares en el proceso de esclavización. Incluso en algunos casos de niños -los más graves- los victimarios resultaron ser sus propios padres¹⁷.

¹⁵ RODRÍGUEZ ABADIA, William. Yo Soy el Hijo del Cartel de Cali. Prisa Ediciones. 2014, pp.10.

¹⁶ Estudio Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, INTERPOL. 2012, p. 16.

¹⁷ *Ibidem*, p. 17.

Como se ve, gran perturbación causa al sistema jurídico este tipo de delincuencia, pues incluso debilita uno de los institutos más importantes que tiene la sociedad, se trata de la familia, la cual es descrita como una competencia por institución. Esta forma de entender esta realidad trae consigo unas repercusiones enormes en la dogmática penal y en el análisis de la responsabilidad de los integrantes de la familia, pues como titulares de una posición de garante con respecto a sus familiares, tendrían que responder como autores por los delitos cometidos por la estructura criminal familiar, no por haber quebrantado una competencia por organización, sino en virtud del quebrantamiento de los deberes positivos que demanda su rol.

Al respecto dos variables: puede darse el caso donde un padre utilice a sus hijos menores de edad para cometer delitos, acá responderá como autor -este esquema entendido como una organización delictiva familiar-, pero no con el fundamento de la autoría mediata, sino porque al ser padre de familia y al ser titular de una posición de garante, este debe garantizar que sus hijos -que están bajo su protección y cuidado- no afecten los derechos de los demás. Si este no hace nada para evitarlo o los impulsa para cometer el delito, su responsabilidad no será la de un autor mediato o un partícipe, sino como autor por haber infringido su posición de garante, al verse esta infracción representada en el delito.

Así mismo puede darse la siguiente situación, los padres entregan a una red de tráfico de personas a sus hijos menores de edad, estos también deben responder como autores-acá se ve de forma más clara su responsabilidad-, precisamente por haber infringido sus deberes de protección con respecto a sus hijos, no serán unos simples partícipes, sino autores de este delito. Sobre este tema profundizaré más adelante.

2.3. La criminalidad mafiosa

La organización tipo mafia se caracteriza por la existencia de un mando superior, que generalmente está compuesto por una familia o un grupo étnico. Estos patrones aumentan la solidaridad entre los miembros del grupo, que se ve reforzada por sus lazos con la familia, o por la etnicidad común con los líderes de la estructura¹⁸. Se ha evidenciado que algunos de estos grupos de mafias incurren generalmente en los delitos de tráfico de drogas, el tráfico de armas, la falsificación de moneda, la falsificación de productos y el contrabando. Además de sus preferencias ilícitas, son especialistas en estas modalidades delictivas. Con un sin número de contactos en los mercados negros, lo que les permite establecer mercados ilícitos, impulsando con éxito la oferta y demanda de objetos ilegales¹⁹.

Por ejemplo: Una de las mafias más grandes y peligrosas es la italiana, se clasifican principalmente en cuatro. Su composición está estructurada por el Don, que es el jefe de la familia, el Sottocapo, que es el subjefe -y sustituye al Don en caso de que este no esté-, el Consigliere que es el consejero del Don y lo asesora en decisiones trascendentales, el Caporegime que es un mando medio, el Capodecime que es un mando bajo, los Soldatos que son los sicarios y ejecutores materiales de los demás delitos²⁰. A continuación, planteo con detalle su estructura:

¹⁸ Estudio Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, INTERPOL. 2012, p. 17.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ VARSE, Federico. Mafia Life. Amor, Muerte y Dinero, en el Corazón del Crimen Organizado. Editorial Malpaso, 2017, p. 20.

1. la Cosa Nostra se ubica en la región de Sicilia en Italia. Grupo ilegal dedicado al tráfico de drogas, el contrabando, la extorsión y el lavado de activos²¹. 2. la Camorra nació en Nápoles, se relacionan con actividades de contrabando, extorsiones, hurtos, asesinatos y tráfico de drogas. Alcapone fue uno de los miembros de esta organización, quien logró trasladar su actividad delictiva a los Estados Unidos. La Camorra no opera como una organización piramidal y respetuosa a las jerarquías familiares, son grupos que actúan de forma autónoma enfrentándose entre sí, no tienen un mando central, su actuar delictivo se extiende a Francia²². 3. la 'Ndrangheta su centro de operaciones es la región de Calabria en el sur de Italia, es una de las organizaciones más peligrosas de ese país con fuertes relaciones con grupos criminales extranjeros²³. 4. la Sacra Corona tiene como centro de operaciones la región de Apulia en Italia, su principal actividad delictiva es el tráfico de drogas, la trata de personas, la extorsión y el lavado de activos²⁴.

Es muy interesante estudiar este tipo de organizaciones criminales, por cuanto su composición es muy dinámica. Esta situación ha puesto en apuros a la dogmática actual, teniendo en cuenta que detrás de estos delitos hay un sinnúmero de personas que son nucleares, pero que no intervienen en la etapa ejecutiva o consumación del delito, y, a pesar de que sus aportes son importantes -como es el caso de los dirigentes-, terminan respondiendo como participes. Este tipo de consecuencias ha desnudado el fracaso de la teoría de la autoría y participación de tipo cualitativo, que hoy en día es la tesis mayoritaria.

²¹ VARSE, Federico. *Mafia Life. Amor, Muerte y Dinero, en el Corazón del Crimen Organizado*. Editorial Malpaso, 2017, p. 20.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

2.4. La criminalidad de pandillas

El grupo ilegal tipo pandilla es una asociación criminal altamente organizada, capaz de crear un ecosistema ideal para sus integrantes, que son individuos con intereses disímiles. A quienes la compartimentación y el mimetismo les facilita la comisión de delitos para no ser detectados por las autoridades²⁵. Para lograr este objetivo sus miembros deben acatar las reglas establecidas, como si se tratase de un club. La afiliación al grupo es muy rigurosa y está vigilada para que solo puedan ingresar individuos de confianza, capaces de superar exigentes períodos de prueba de aproximadamente de uno a dos años, en el cual deben cometer una amplia gama de delitos²⁶.

Por lo general tienen vetado el ingreso de antiguos agentes policiales o servidores públicos, por temor a la infiltración de organismos de inteligencia. Un ejemplo de este tipo de estructuras fue el caso del Club de Motociclismo The Hells en Canadá, el cual fue muy debatido y creó una interesante línea jurisprudencial²⁷. Las autoridades los han denominado como el hampa canadiense, señalando que esta banda de motociclistas representa una amenaza para la seguridad del Estado, lo que ha obligado a la policía a actuar con mayor rigor. El caso más sonado es el de Benoît Roberge, investigador de la policía de Montreal y quien vendió a los motociclistas información clasificada sobre delatores y expedientes abiertos de este grupo ilegal. Las principales actividades delictivas de estos motociclistas son los homicidios, el tráfico de drogas y el lavado de activos. Se destacan también por sus fuertes relaciones con organizaciones internacionales delictivas.

²⁵ Estudio Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, INTERPOL. 2012, p. 18.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*.

No en vano, he referenciado que el panorama delincencial ha evolucionado. Por varios años las autoridades habían subestimado el poder de las pandillas, tal vez bajo la antigua concepción de que se trataban de chiquillos mal criados que se dedicaban a los delitos bagatelares. Sin embargo, hoy este tipo de estructuras criminales tienen una dimensión más compleja, pues como lo advertí con el ejemplo del caso de los motociclistas en Canadá, estos grupos ahora se dedican a delitos de alto impacto y ponen en grave peligro la seguridad de la sociedad. Difícilmente se puede abarcar la responsabilidad penal de los integrantes de la pandilla por todos los delitos que han cometido con las actuales teorías de la autoría y participación. Considero -y como lo desarrollo a lo largo de la investigación- que una de las soluciones a esta problemática es la Teoría de la doble imputación, que pregona la imputación global de estos hechos a toda la organización, para después aterrizar desde un punto de vista cuantitativo la importancia de cada aporte, y así establecer quienes fueron los autores o partícipes, empleando como límite de la responsabilidad las teorías de la prohibición de regreso y la prohibición de sobre valoración, como lo explicaré más adelante.

2.5. La criminalidad mixta

Existen modelos mixtos de criminalidad, entendidos como la combinación de los anteriormente expuestos, es decir, familias, pandillas y mafias. Pero, con un elemento adicional, que es la participación de miembros ajenos al grupo. Esto significa que están conformados por una variedad de ingredientes, que una vez consolidados, marcan una estructura conocida por su connotación jerárquica, étnica, sus negocios o mercados.

Una de sus particularidades es que buscan a menudo el apoyo o consejo de personas naturales o jurídicas, que no hacen parte del grupo, pero pasan a ser determinantes en la ejecución de los planes criminales, verbigracia, asesores para blanquear el dinero. Por esa conjunción de factores su judicialización es más compleja, ya que su organización se pierde entre estructuras enmarañadas, apoyadas en factores internos y externos, incluso el encubrimiento de gobiernos²⁸.

Al respecto, en este tipo de estructuras se aprecian diferentes roles, lo que deja en evidencia que sus integrantes desarrollan, de forma paralela, deberes de competencia por organización y por institución, es decir, que confluyen en diferentes miembros de la organización tanto deberes positivos como deberes negativos. Ello no quiere decir que no se pueda diferenciar la responsabilidad de cada persona, por el contrario, identificando cada rol se puede establecer cuál fue el deber que quebrantó. En este orden de ideas -bajo los criterios de la teoría de la imputación objetiva- si este deber se representa en el tipo penal y es positivo, el infractor responderá como autor, sin importar el peso de su aporte o la etapa del delito donde este se haya dado, pero si es un deber negativo, la calidad de autor o participe dependerá de si su deber implicaba la injerencia o la simple solidaridad, aspectos que también desarrollaré posteriormente.

2.6. La criminalidad insurgente

En este tipo de estructuras en la actualidad la doctrina mayoritaria establece la responsabilidad de sus dirigentes e integrantes con la Teoría de los aparatos organizados de poder. Sin embargo, como lo he afirmado en líneas anteriores, me aparto de tal concepción y me

²⁸ Estudio Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, INTERPOL. 2012, p. 18.

remito a la propuesta desarrollada en esta investigación, es decir, a la responsabilidad de los dirigentes bajo las premisas de las posiciones de garantes -roles- y la imputación objetiva.

Son grupos guerrilleros, terroristas y paramilitares, que, además de atentar contra la seguridad de los Estados, también cometen delitos ordinarios para su financiación, como el secuestro, el tráfico de drogas, la minería criminal, incluso cuentan con personas -empresarios y políticos- que los financian y apoyan. Estas organizaciones se destacan por sus fuertes vínculos internacionales. Buena parte de sus integrantes han pertenecido a las fuerzas de seguridad del Estado, cuentan con amplios conocimientos en operaciones militares y están en la capacidad de aplicar sofisticadas tácticas de inteligencia, emplear modos de comportamiento ilegales en condiciones extremas de supervivencia, usar sistemas de protección de sus bases, y operar armamento letal de guerra²⁹.

Tienen una característica en común, su gran fortaleza económica, derivada de los negocios ilícitos y del lavado de activos. Esto les permite impactar en el sistema económico³⁰. Para lograr tal poder delictivo se dividen el trabajo y tienden a profesionalizarse. Al ser una entidad colectiva, tienen diferentes roles y funciones, cada miembro desarrolla determinada actividad o tarea, bajo criterios de necesidad y de racionalidad, se integran ordenadamente para conformar una sofisticada estructura con vocación de permanencia y tienen la capacidad de dominar extensos territorios dentro del Estado³¹.

²⁹ Estudio Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, INTERPOL. 2012, p. 19.

³⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro El Delito de Blanqueo de Capitales. THOMSON REUTERS ARANZADI. España 2012, pp. 54.

³¹ FABIÁN, Caparros. El Delito de Blanqueo de Capitales. Editorial COLEX. España. 1998, pp. 37.

Son gobernadas por jerarquías bien establecidas en las que comandantes y jefes cuentan con sólidos conocimientos tácticos y estratégicos, son capaces de estructurar, planificar y ordenar la ejecución de los delitos. Disponen incluso de estructuras plurales, tales como estados mayores que les dan capacidad adicional de consenso. Se mueven con habilidad en entornos internacionales y en algunos casos reciben el amparo de algunos Estados que los encuentran afines a su ideología.

La forma de financiación tiene un papel fundamental, ya que sin grandes sumas de dinero se pondría en riesgo su óptimo funcionamiento. Los recursos son al propio tiempo el engranaje y lubricante de una compleja máquina criminal. Esa capacidad económica les ha permitido, adicionalmente, especializarse en avanzadas técnicas para lavar el dinero ilícito y ocultarse en paraísos fiscales, donde es difícil su detección por las autoridades. Compran armamento, pagan nóminas, y permean instituciones estatales mediante sobornos a funcionarios. En otros términos, son capaces de comprar protección e impunidad, su poder se desprende de varios métodos de administración en virtud de los cuales retribuyen bien económicamente a subalternos y activistas, lo complementan con un fuerte adoctrinamiento militar y político, lo que les genera una identidad y una bandera de lucha.

Incluso, llegan a construir su propio sistema jurídico. Emplean métodos de extrema violencia, como torturas y asesinatos, con el fin de amedrentar y castigar a quienes no cumplen con los lineamientos del grupo ilegal. Todo lo anterior les garantiza la lealtad casi inquebrantable de sus subordinados. Cuando se logra la captura de alguno de ellos, se niegan rotundamente a

proporcionarle información a las autoridades, muchos prefieren pagar una elevada condena, antes que delatar a los máximos responsables.

Los mandos altos, por lo general nunca participan en la etapa de ejecución de los delitos, son criminales de escritorio, dedicados a administrar la organización criminal, el trabajo sucio se lo encargan a los mandos medios que son de absoluta confianza. Los mandos medios tienen funciones mucho más operativas, su tarea principal es hacer que las órdenes emitidas se cumplan a cabalidad. Hay varios perfiles en esta estructura ilegal, como los financieros que administran el dinero, personas de un alto perfil académico y expertos en la materia, compran el armamento y los víveres. También están los encargados de la seguridad de los máximos jefes, especialistas en tácticas de inteligencia y contrainteligencia militar, siempre están alerta ante cualquier intromisión de las autoridades, analizan y chequean los lugares donde permanecerán los máximos jefes y les garantizan una adecuada estadía con algunos lujos y comodidades.

Otros están radicados en diferentes países con la misión de expandir la organización y hacer acuerdos con otros grupos. Por último, están los encargados de dirigir las tropas imponiendo la disciplina. Al final de la cadena de la estructura se encuentran los ejecutores materiales o autores directos de los delitos, que se limitan a recibir órdenes y a ejecutarlas.

Algún teórico irracional podría advertir que en muchos territorios, donde jamás ha hecho presencia el Estado, estas organizaciones han puesto el orden -como lo afirmó sínicamente el grupo terrorista de las FARC en Colombia-. Por ello, no se puede olvidar que es una organización que actúa al margen de la ley, y que se valen de actos de violencia no permitidos, los cuales son abiertamente contrarios a los fines del Estado.

Un ejemplo de este tipo de estructura fue el grupo nacionalista vasco ETA, que procuraba la independencia de España y Francia. Sus integrantes denominados etarras utilizaban el secuestro, el terrorismo y la extorsión para tratar de lograr este fin. La mayoría de las víctimas fueron policías y militares, como también jueces, políticos, periodistas y empresarios, organización que en el año 2018 anunció su disolución³².

2.7. Las células

También están las redes complejas, compuestas por células que son más dinámicas, sofisticadas en sus operaciones y poco perceptibles. Estas las integran pequeños grupos que se unen en torno a un fin económico común. Con el objetivo de alcanzar el resultado planeado, cada célula desarrolla diferentes tareas, lo que crea una alta variedad de actores, que desatan múltiples patrones delictivos³³. Esta red no necesariamente tiene vocación de permanencia. Las células gozan de cierta independencia, lo que en verdad genera su cohesión es el plan en común y la distribución de las ganancias ilícitas. No se puede perder de vista que la red no está conformada por solitarios delincuentes sino por células criminales³⁴.

Estas tienen varios niveles de complejidad y jerarquías. Unas células están más consolidadas en el mercado criminal que otras, con mayor conocimiento o tecnología. Sin

³² FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos. Terrorismo y Crímenes de Lesa Humanidad en la Jurisprudencia de la Audiencia Nacional Relativa a la Organización Terrorista Nacionalista Vasca ETA. Revista Europea de Derechos Fundamentales, segundo semestre. 2017, pp. 50.

³³ Estudio Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, INTERPOL. 2012, p. 20.

³⁴ *Ibidem*.

embargo, cuando operan conjuntamente se genera una suerte de gestión del conocimiento alrededor de objetivos criminales, lo que les da una capacidad única y letal³⁵.

Estos nuevos grupos ilegales son oportunistas y tienen, por así decirlo, una amplia capacidad de mutación. Apelan a delitos cada vez más rentables para ellos y los ejecutan en territorios donde es más difícil su detección. Su accionar delictivo replica modelos cada vez más evolucionados, que garantizan el éxito del delito, como también la continuidad de la estructura y su sostenimiento³⁶. En el ámbito de las preferencias del grupo ilegal están los delitos emergentes, entre ellos, daño al medioambiente, el tráfico de bienes culturales y afectaciones cibernéticas, porque les ofrecen grandes réditos económicos, favorecidos por la falta de controles técnicos, la escasa regulación por parte de las autoridades y el bajo nivel de cooperación internacional³⁷.

Por ejemplo, en Chile se presentó uno de los robos más grandes de la historia de la región, se trata del Banco de Chile. La entidad sufrió un desfalco de 10 millones de dólares por parte de delincuentes internacionales, después de un ataque informático, el cual se desarrolló mediante un virus que afectó a los sistemas informáticos. Sin embargo, más adelante se pudo probar que el ciberataque solo fue una distracción para que los delincuentes se pudieran apropiar del dinero del banco.

En este orden de ideas he demostrado la complejidad en la composición de las diferentes estructuras del crimen organizado, lo que requiere una teoría desde el punto de vista dogmático que permita aplicar un tratamiento uniforme a todos estos fenómenos criminales, sin que las

³⁵ Estudio Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, INTERPOL. 2012, p. 20.

³⁶ *Ibidem*, pp. 8.

³⁷ *Ibidem*, pp. 10.

particularidades de cada grupo desnaturalicen los postulados básicos y garantías del derecho penal, objetivo que pretende alcanzar mi propuesta.

3. Fenomenología del crimen organizado

La delincuencia transnacional es una de las mayores amenazas que se ciernen sobre la sociedad contemporánea. Enfrentarla ha requerido que varios países hayan tenido que rediseñar su política criminal, ampliar el espectro de sus relaciones internacionales y sus gestiones diplomáticas en procura de nuevas formas de cooperación multilateral entre Estados. No en vano el fenómeno plantea riesgos de vulnerabilidad que trascienden fronteras y obliga también a las naciones a desplegar esfuerzos adicionales para corregir la dispersión legislativa y adecuar sus marcos normativos para hacer más operativas y eficaces las acciones de las autoridades policiales y judiciales.

En el año 2000 fue suscrita en Palermo (Italia) la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional para sortear la difícil situación y fortalecer a las instituciones en los Estados débiles³⁸. Este instrumento de derecho incluyó protocolos adicionales contra la trata de personas, el tráfico de migrantes, y el tráfico de armas de fuego. Abonó así el terreno para luchar contra fuerzas oscuras como el terrorismo, el tráfico de drogas, y el lavado de activos. Su objetivo es bloquear -o por lo menos reducir el margen de maniobra- de grupos que atentan contra la seguridad del Estado, los derechos humanos, la economía libre³⁹ y la salubridad pública. Uno de sus principales refuerzos en el ámbito del derecho internacional

³⁸ FABIÁN, Caparros. El Delito de Blanqueo de Capitales. Editorial COLEX. España. 1998, pp. 37.

³⁹ BLANCO CORDERO, Isidoro El Delito de Blanqueo de Capitales. THOMSON REUTERS ARANZADI. España. 2012, pp. 54.

ha sido la Convención de Mérida del año 2003, que establece por primera vez el principio de restitución del producto de los delitos de malversación de fondos públicos y del blanqueo de los recursos derivados de estos.

Las dos Convenciones, con sus respectivos Protocolos, se sostienen sobre estos pilares: 1. La elaboración doctrinal -desde el punto de vista del derecho penal- del concepto de grupo delictivo organizado; 2. La congruencia entre las diferentes legislaciones penales enfocadas en la lucha contra la delincuencia organizada, la participación en el grupo delictivo, el reforzamiento del delito de blanqueo de dinero, la severidad contra la corrupción y el refuerzo de las medidas judiciales y administrativas para evitar la obstrucción a la justicia en este tipo de casos; 3. El desarrollo de la cooperación judicial internacional; 4. Y, finalmente, la recuperación del dinero de origen ilícito.

Durante el acto de ratificación del Protocolo contra la Trata de Personas, Kofi A. Annan (2004), exsecretario general de las Naciones Unidas, denominó a estas fuerzas oscuras como la sociedad incivil. Las caracterizó como la antítesis de lo que se considera "civil" y como un factor de bloqueo al progreso de la humanidad. Sostuvo también que su influjo desconoce principios asociados a la tolerancia, el respeto de los derechos, y la aceptación de diversos pueblos, a la vez que conspira contra la organización y la dinámica de los grupos que desarrollan correctamente sus tareas y roles en la sociedad⁴⁰.

La Convención de Palermo, en su artículo segundo, define al grupo delictivo organizado como un grupo estructurado de tres o más personas, que existe durante cierto tiempo, que actúa

⁴⁰Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. Viena Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Nueva York. 2004, pp. 1.

de forma coordinada y concertada, con el propósito de cometer uno o más delitos graves con miras a obtener un beneficio económico o de orden material. Al tenor de esa definición, el grupo estructurado es aquel no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito, que no requiere que sus miembros tengan roles o funciones definidas, ni continuidad en el tiempo, tampoco que exista una estructura desarrollada.

Esta definición plantea un cambio de paradigma con respecto al entendimiento y conceptos tradicionales del crimen organizado, pues la tendencia va encaminada a aparejar el concepto de crimen organizado a las estructuras de poder descritas desde el año 1963 por Claus Roxin (2006)⁴¹, caracterizada por su cadena de mando, lo que implica identificar al hombre de atrás y al hombre de adelante, con una orientación netamente vertical. Ello presupone la existencia de una relación entre dirigentes y subordinados. Además, estatuye la asignación formal de roles, la permanencia continua de los miembros en la organización, y la desvinculación del derecho de la estructura. Por cierto, este último criterio se considera que es el que impide la imputación a estructuras empresariales, sin embargo, con este nuevo concepto de crimen organizado se abarcan todas las organizaciones criminales que se conocen hoy en día.

Con fundamento en el anterior concepto de crimen organizado, desarrollado por las Naciones Unidas y los diferentes tratados internacionales, considero que los aparatos organizados de poder deben hacer parte de la clasificación del crimen organizado, por ende, recalco que mi propuesta dogmática abarca todos los fenómenos delictivos caracterizados por la pluralidad de aportes dentro de una estructura delincinencial, indistintamente de la naturaleza de

⁴¹ROXIN, Claus. Autoría Mediata. REJ Revista de Estudios de la Justicia No. 7. Universidad de Chile. 2006, p. 13.

la organización, los fundamentos de la Teoría de la imputación objetiva son iguales en todas las vertientes. Es decir, la metodología utilizada para concretar la responsabilidad en los llamados aparatos de poder es la misma para la delincuencia empresarial o la transnacional, por lo tanto, debe unificarse el tratamiento dogmático para los diferentes fenómenos de delincuencia organizada. En este sentido Hans-Jörg Albrecht (2001) sostiene que el concepto de criminalidad organizada tiene como rasgo distintivo su organización y su tendencia empresarial⁴², características que sin duda alguna tienen los aparatos organizados de poder. Por ello insisto en que esta propuesta de imputación es universal y puede ser empleada para todo tipo de estructuras criminales.

Es así como la Convención de Palermo presenta una nueva realidad del crimen organizado, vista desde una perspectiva horizontal. En concordancia con lo anterior, la Organización Internacional de Policía Criminal - INTERPOL creó en el año 2017 una estrategia sobre delincuencia organizada y nuevas tendencias delictivas⁴³, lo que evidencia la necesidad de migrar a cambios sustanciales en la forma de imputación. Señaló la INTERPOL (2017) que la delincuencia organizada ha transformado su estructura tradicional, ya no solo comandadas por líderes poderosos que la controlaban por virtud de la violencia. En estos nuevos grupos criminales convergen redes delictivas informales y flexibles, que fácilmente se ajustan a operaciones ilícitas y modelos de negocios en función de las oportunidades, los incentivos económicos, la rentabilidad y la demanda del mercado. Actualmente los delitos son más

⁴² ALBRECHT, Hans-Jörg. Criminalidad, Comercio de Narcóticos y Lavado de Dinero. Universidad Externado de Colombia. 2001, p. 20.

⁴³ INTERPOL, Secretaría General. Resumen de Estrategias Sobre Delincuencia Organizada y Nuevas Tendencias Delictivas. Lyon Francia. 2017, pp. 1.

complejos, están interconectados y pueden ser perpetrados en cualquier lugar del mundo, incluso trascendiendo del ámbito físico al virtual o digital⁴⁴.

Factores como la flexibilidad en el comercio exterior, la falta de controles en los movimientos internacionales por parte de las autoridades, el acceso fácil e inmediato a la información, el avance de la tecnología, las comunicaciones cifradas y seguras y la economía subterránea, garantizan el fortalecimiento de la delincuencia transnacional y ponen en peligro la seguridad de la sociedad. Generan riesgos tangibles para la economía mundial y tienen una alta capacidad para desacreditar al Estado de Derecho y para debilitar la confianza de los ciudadanos en las instituciones que se encargan de protegerlos y aquellas que imparten justicia⁴⁵. Esto último, debido a que lamentablemente algunos servidores públicos hacen parte de estos grupos ilegales.

Así las cosas, varios países, en consonancia con la Convención de Palermo y Mérida, han adoptado medidas legislativas para luchar contra el crimen organizado. Por ejemplo, en el año 2004 Francia aprobó la Ley 2004-204 con el objetivo de adaptar la justicia a la evolución de la delincuencia; se trata de un estatuto denominado Loi Perben II, en honor al ministro de justicia que abogó por el reforzamiento de las normas existentes para los delitos más graves⁴⁶.

En el año 2005 la Unión Europea suscribió el Tratado de Prüm, fue firmado por siete estados miembros, Bélgica, Alemania, España, Francia, Luxemburgo, Países Bajos y Austria. Y establece el marco legal para profundizar en la cooperación entre los Estados en la lucha contra

⁴⁴ INTERPOL, Secretaría General. Resumen de Estrategias Sobre Delincuencia Organizada y Nuevas Tendencias Delictivas. Lyon Francia, 2017, pp. 1.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la inmigración ilegal. Prevé el intercambio de perfiles de ADN, datos dactiloscópicos, registros de vehículos y datos personales, como elementos sustanciales para el fortalecimiento probatorio.

Según Hans-Jörg Albrecht (2001) el crimen organizado es una consecuencia de un Estado y una sociedad débil, circunstancia que es aprovechada por estos delincuentes profesionales para ampliar sus actividades criminales, incluso se aprovechan del pesimismo de los ciudadanos para obtener su aprobación. Pero estas repercusiones son muy graves, ya que el sistema normativo y de valores de la sociedad pierden fuerza, por ello la lucha contra la delincuencia organizada no es una simple batalla contra el crimen, sino además la reafirmación del Estado democrático de derecho, si se fracasa se teme la pérdida de autoridad del Estado y la amenaza a la democracia. Por ello, las medidas legales, policiales y judiciales deben estar a la altura de esta amenaza⁴⁷, sin que el fin justifique los medios, es decir, que se afecten gravemente las garantías fundamentales de los implicados para encontrar la verdad. En este orden de ideas, la criminalidad económica puede sumergir en una crisis social más aguda que la provocada por los aparatos de poder organizados, es decir, estructuras de delincuencia estatales⁴⁸.

El monopolio de la fuerza es exclusivo del Estado, a pesar de que el Estado en situaciones específicas también recurre a la violencia, está legitimado por la Ley para hacerlo, de una manera proporcional, amoldada a los Derechos Fundamentales y al Derecho Internacional Humanitario. Su legitimación deriva del sistema democrático.

⁴⁷ ALBRECHT, Hans-Jörg. Criminalidad, Comercio de Narcóticos y Lavado de Dinero. Universidad Externado de Colombia. 2001, p. 32.

⁴⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Imputación Objetiva en el Derecho Penal Económico y Empresarial. InDret. Revista para el Análisis del Derecho. 2009, p. 6.

Cuando la estructura perpetra sus crímenes -que por lo general siempre son de gran magnitud- está manifestando abiertamente que con ello desafía la estabilidad del Estado de Derecho, si existen estructuras que también pueden actuar con violencia y fuerza, significa que el Estado no tiene esta prerrogativa, denotándose así su inoperancia.

Por su parte Manuel Cancio Meliá y Jesús María Silva (2008) consideran que las actuaciones delictivas violentas en las que incurren estas estructuras criminales son acciones que consiguen cuestionar la credibilidad y el funcionamiento del sistema social, situación que suscita incertidumbre y pérdida de confianza en las instituciones democráticas⁴⁹. Esto tiene repercusiones cognitivas en los ciudadanos, en el entendido de que asimilan el monopolio de la violencia no como un asunto exclusivo de soberanía nacional, sino que los particulares también se la pueden atribuir a su arbitrio.

Por ejemplo, organizaciones como la del narcotraficante Pablo Escobar Gaviria, que en una lucha abierta con el Estado Colombiano dejó un sinnúmero de víctimas. Los grupos guerrilleros que han sostenido una lucha insaciable por el poder, cometiendo actos de terrorismo y financiándose con el narcotráfico, el lavado de activos, el secuestro. Los grupos paramilitares y la nueva criminalidad empresarial. El grupo terrorista ETA en España, que dejó miles de víctimas. En el caso de que una organización delictiva se aproveche del monopolio ilegítimo de la fuerza para emplear irracionalmente la violencia, habrá un desafío a la juridicidad. Surge así un Estado ilegítimo, paralelo al concebido con las formalidades propias de un Estado de Derecho, el monopolio de la violencia no se puede emplear de manera ilógica o disparatada.

⁴⁹ CANCIO MELIÁ, Manuel. Y SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Delitos de Organización. Editorial IBdeF. Montevideo Buenos. Aires. 2008, p. 76.

En este sentido, Álvaro Orlando Pérez Pinzón (2006) considera que la criminalidad -que denomina también no convencional- es la cometida por un grupo de personas que tienen poder económico y político, representados en entes jurídicos estatales o privados, nacionales o transnacionales y sus víctimas son plurales. Estas formas de criminalidad se manifiestan de diferentes formas, por ejemplo, la macrocriminalidad, definida como el conjunto de situaciones que generan multitud de afectados, como el genocidio, el terrorismo, la piratería, resaltando la crueldad de estas acciones, lo cual genera un grave desorden en la comunidad⁵⁰.

4. Límites a la persecución penal

Planteados los anteriores argumentos, me parece relevante detenerme a hacer una breve reflexión sobre las herramientas de investigación y figuras jurídicas que recientemente se han implementado por parte de algunos países para contener el crimen organizado, esto no se puede dejar pasar por alto. Considero que existen unos límites infranqueables que no pueden ser desconocidos, me refiero a las garantías fundamentales del derecho penal, ya que, a pesar de que sí se necesita una respuesta contundente contra el crimen organizado, esta no puede ser lesiva de los principios fundamentales del derecho.

Razón tiene Günther Jakobs (2008) al afirmar que su idea no es crear la teoría del derecho penal del enemigo, por el contrario, se ocupa de describir el derecho que ya se encuentra en la realidad⁵¹. Aunado a lo anterior, creo que estas nuevas propuestas que combaten el crimen organizado riñen gravemente con los principios del derecho penal liberal. Es cuestionable que la

⁵⁰ PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando. Curso de Criminología, Universidad Externado de Colombia. 2006, p. 53.

⁵¹ GÜNTHER, Jakobs. Y POLAINO-ORTS, Miguel. Terrorismo y Estado de Derecho. Universidad de Externado. 2008, p. 19.

ley Loi Perben II permita que los detenidos puedan permanecer más de cuatro días privados de la libertad en las comisarías, antes de ser puestos a disposición de un Juez. También observo con preocupación su marcada vocación a elevar las penas de cárcel para los responsables de este tipo de atentados contra el Estado y sus libertades. Medidas que, en mi criterio, van en contra de la humanización de la pena y los principios rectores del derecho penal.

De mi óptica crítica -pero constructiva- no escapa el análisis al Tratado de Prüm, el cual confiere amplias facultades de reacción, prevención e investigación a las autoridades policíacas. Sus alcances reviven el debate sobre el derecho penal del enemigo, lo que podría otorgarle la razón a la tesis de Günther Jakobs (2003) -la cual ha recibido fuertes cuestionamientos-, en cuanto sostiene que todas las personas están vinculadas entre sí por el derecho, lo que permite identificar las relaciones jurídicas y las antijurídicas⁵².

Según Günther Jakobs (2008), la persona en derecho no es un individuo, sino el portador de un rol. Diciéndolo en otras palabras, es el destinatario del derecho. Por lo tanto, a las personas les compete el cumplimiento de deberes y son titulares de derechos, los dos deben ser una realidad -también en este grupo están las personas jurídicas-. Lo anterior plantea una gran diferencia con la descripción clásica de persona natural, se denota que el concepto de persona es sociológico y cuantificable, verbigracia, los niños tienen deberes y derechos más restringidos que el de los adultos, lo mismo pasa con la persona jurídica frente a la persona natural⁵³.

⁵² GÜNTHER, Jakobs. Y. CANCIO MELIÁ, Manual. Derecho Penal del Enemigo. Editorial THOMSON. Cuadernos CIVITAS. 2003, pp. 13.

⁵³ GÜNTHER, Jakobs. Y POLAINO-ORTS, Miguel Terrorismo y Estado de Derecho. Universidad de Externado. 2008, pp. 25.

Al amparo de esta visión, la sociedad mantiene la expectativa de que las personas cumplirán con sus deberes, es decir, se ceñirán a una relación jurídica. Empero hay casos donde no se espera el cumplimiento de la expectativa, y no cabe la mínima ilusión de que la relación de las personas con su entorno se ajuste a las disposiciones jurídicas por arraigadas que sean, lo que convierte al ciudadano en un individuo, que no actúa pensando en la sociedad, sino en su deseo egoísta de quebrantar reiterativamente el derecho en beneficio exclusivo de sus intereses particulares⁵⁴.

En estas circunstancias, la persona actúa como un simple y solitario individuo, pues solo atiende su visión del mundo y se muestra proclive a desconocer la norma general de conducta que demanda la sociedad a los ciudadanos. En otras palabras, adquiere el perfil de un peligroso enemigo y queda enmarcado en la tesis de Immanuel Kant (2003).

"(...) hay que separarse de quien no admite ser incluido bajo una constitución civil"⁵⁵.

Esto significa que la persona que no está dispuesta a cumplir con lo que le demanda la sociedad tiene que ser apartada de ella.

Al ser cuantificable el concepto de persona, ello permite -desafortunadamente- que a esta -a quien algunos consideran como enemigo- se le restrinjan sus derechos, ya que de ella hacia el futuro no se espera una conducta conforme a derecho, sin embargo, él mantiene sus derechos a la

⁵⁴ GÜNTHER, Jakobs. Y. CANCIO MELIÁ, Manual. Derecho Penal del Enemigo. Editorial THOMSON. Cuadernos CIVITAS. 2003, p. 13.

⁵⁵ Apud. *Ibidem*.

vida, a la integridad física, y puede conservar su patrimonio⁵⁶. En este estado de cosas, considero que el sentido descriptivo y no legitimador de la Teoría del derecho penal del enemigo puede propiciar medidas contundentes y poco garantistas en contra de los enemigos que afectan gravemente sus derechos fundamentales. La conmoción propiciada por la delincuencia organizada termina siendo la base para la implementación de un derecho penal prevencionista donde, por ejemplo, se defiende la prolongación de la privación de libertad antes de la sentencia⁵⁷.

Incluso Hans Welzel (1956) propugnó -lamentablemente- por un derecho penal -en mi concepto contra el enemigo- en el caso de los delincuentes habituales peligrosos, definiendo que la pena poco puede hacer frente a estos individuos, sin que quede otro remedio que conjurar este peligro mediante una medida de seguridad para combatir los peligros sociales agudos, más la pena retributiva⁵⁸.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Carranza Alarcón Vs. Ecuador, en la Sentencia IDH-CP-20/2020, cuestionó la privación prolongada de la libertad

⁵⁶ GÜNTHER, Jakobs. Y POLAINO-ORTS, Miguel Terrorismo y Estado de Derecho. Universidad de Externado. 2008, p. 32.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ WELZEL, Hans. Derecho Penal Parte General. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1956, p. 11 -13. "Frente al criminal de estado, el derecho penal propiamente dicho no resulta suficiente, puesto que no está en condiciones de desplegar una fuerza que conforme y dé sostén a la moral. La pena retributiva, delimitada por el grado de la culpa, no hace a la peligrosidad permanente que radica en la personalidad del autor. Ella debe ser combatida mediante una clase distinta de medidas de seguridad, que, conjuntamente con la pena, lograrán el pleno amparo de los bienes jurídicos. El derecho vigente pone a disposición las casas de trabajo para los antisociales que revelen una criminalidad leve; y para los criminales habituales peligrosos, los establecimientos de seguridad como medida de seguridad (a aplicar a continuación de la pena impuesta como retribución de la culpa (...)) "Un derecho penal eficaz dispone de dos caminos: es un derecho penal retributivo, fundado ético-socialmente y delimitado por tipos fijos, contra el autor ocasional, por un lado, y un derecho de seguridad -que combate peligros sociales agudos- contra el criminal de estado, por el otro".

de los investigados, tildando este hecho como arbitrario, en flagrante contradicción con los artículos 7.1 y 7.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵⁹.

Sin duda alguna, esta tensión entre los derechos del individuo y la seguridad de la sociedad ha sido un punto de discusión que por muchos años ha esquivado el Derecho Penal liberal, partiendo de un punto de vista sencillo, pero a su vez complejo, y es la ponderación de las libertades frente a la protección de la comunidad. La balanza siempre ha estado inclinada hacia las libertades individuales, presupuesto que considero plausible pero no radical.

Sin embargo, la realidad del mundo moderno y el engranaje de las nuevas tendencias de la criminalidad plantean un reto enorme con referencia a la intervención del Estado como garante de la convivencia pacífica, a cambio del sacrificio de las singularidades de los derechos fundamentales. Al fin y al cabo, la idea de un derecho penal mínimo, donde la libertad sea la columna vertebral del sistema, siempre ha encontrado defensores acérrimos. Dentro de los cuales me suscribo sin dubitación alguna.

Ahora bien, para lograr hacer una adecuada ponderación de la intervención del Estado, sin que sea excesiva su tarea para conjurar la delincuencia organizada, es preciso estructurar una acertada política criminal. Una política capaz de delimitar el terreno de la batalla contra los grupos ilegales y de promover medidas concretas, y milimétricamente direccionadas a combatirlas de manera contundente, brindándole garantías fundamentales a los procesados y responsables. De otra forma se puede caer en el peligroso plano de la descripción del derecho penal del enemigo, cruda antítesis del más moderno sistema positivo, por sus sesgos

⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Carranza Alarcón Vs. Ecuador. Sentencia IDH-CP-20/2020.

prevencionistas y por su lógica deleznable en la que la pena es impuesta, no por la afectación a los objetos de protección del derecho, sino por el grado de peligrosidad que se evidencie en el individuo.

Sin duda alguna, se le tiene que dar la razón a Günther Jakobs (2008)⁶⁰ en el sentido que él no quiere legitimar la teoría del derecho penal del enemigo, sino describirla. Y ello es tan verídico que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se consagró el delito de asociación criminal, que no es más que una medida de prevención para que los integrantes de organizaciones criminales puedan ser penados anticipadamente, presumiendo el peligro - castigando excepcionalmente actos preparatorios-, incluso sin que cometan un solo delito del plan criminal. Lo mismo ha sucedido en el derecho procesal penal, donde se afectan gravemente derechos fundamentales con actos de investigación muy agresivos, como, por ejemplo, la infiltración de agentes encubiertos, la interceptación de comunicaciones y las indagaciones reservadas. Lo anterior es una prueba de que el derecho penal del enemigo existe hace ya varios años. ¿En qué momento se nos hizo normal que los actos preparatorios fueran un delito autónomo?

Cancio Meliá (2003) señala que las medidas preventivas contenidas en los nuevos modelos de represión penal contra las estructuras criminales que han sido denominadas como derecho penal del enemigo plantean en realidad una situación de estado de excepción. En ella -su uso y eventual abuso-, el contexto de inseguridad y zozobra en la que viven hoy los ciudadanos adquiere un estatus de normalidad. Su resultado es crítico, un derecho peligrosista, concepción

⁶⁰ GÜNTHER, Jakobs. Y POLAINO-ORTS, Miguel Terrorismo y Estado de Derecho. Universidad de Externado. 2008, p. 37.

sinónima del derecho penal del enemigo, que termina sustituyendo al actual sistema normativo del derecho penal, el cual se destaca por sus múltiples garantías, entre ellas la presunción de inocencia⁶¹.

En este sentido Alexandro Baratta (2004) defiende la idea de un derecho penal mínimo, como guía de la política criminal del Estado, estableciendo una frontera donde se divisen los requisitos mínimos de respeto a los derechos humanos en la ley penal. Plantea que estos tienen dos funciones, una negativa que atañe a los límites del derecho penal, y otra positiva que es la protección por medio del derecho penal al procesado⁶².

Y es que esta situación fue advertida por Luigi Ferrjoli (1995), que indica que, a pesar de que el modelo constitucional fundado en los derechos humanos es el límite del derecho penal, esta premisa se encuentra ampliamente desatendida en la práctica, lo que comporta que las garantías se conviertan en una simple fachada. Por ello propone el garantismo en del derecho penal, en contraposición a las crecientes culturas jurídicas y políticas que han ocultado y avalado, en nombre de la defensa del Estado, el ataque a los derechos humanos⁶³.

Para no llegar a estos extremos es indispensable establecer cuáles son las características de las nuevas estructuras organizadas ilegales, y se hace necesario categorizarlas, ya que incluso sin la debida delimitación de su accionar criminal, se estaría planteando una confrontación con estas estructuras ilegales que podrían atentar incluso en contra de los derechos fundamentales de

⁶¹ GÜNTHER, Jakobs. Y. CANCIO MELIÁ, Manual. Derecho Penal del Enemigo. Editorial THOMSON. Cuadernos CIVITAS. 2003, p.16.

⁶² BARATTA, Alessandro. Criminología y Sistema Penal (Compilación *in Memoriam*). Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina. 2004, pp. 299.

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta. España. 1995, pp. 851.

los demás ciudadanos. Sin un adecuado conocimiento y sin una planificada estrategia para contener estos grupos delictivos, el desgaste en recursos logísticos, humanos y legales serían muy altos para el Estado.

El pleno conocimiento del funcionamiento de esta nueva criminalidad aportará los presupuestos básicos que logran mitigar su actuar, sin sacrificar las garantías fundamentales de los mismos responsables -como lo son los dirigentes de estas estructuras criminales-. Es inconcebible que la nueva criminalidad nos obligue a llegar a un punto de retroceso en la evolución garantista y de las libertades individuales de que hoy goza el derecho penal. Derechos que se garantizan con la protección de la sociedad y el Estado. Entre más esté consolidado el Estado, respetándose su estructura jurídica o, diciéndolo en otras palabras, manteniendo indemne la vigencia de las normas, más derechos fundamentales se pueden garantizar y proteger.

He hecho una breve descripción de la realidad actual de las estructuras criminales, las más importantes que hoy operan con gran poder en todo el mundo. No me sumergí en sus detalles, por cuanto no es el tema central de la investigación, pues como lo he referenciado esta gira en la estructura dogmática de la imputación. Por lo tanto, me he aproximado a sus patrones, características, fortalezas, modalidades, jerarquías, formas de asociación y objetivos. Y he perfilado sus principales formas de delinquir y los diferentes roles de sus integrantes. Su existencia y composición plantea no solo un reto para los cuerpos de investigación criminal, sino también para la actual dogmática penal, pues el mapa criminal de hoy es totalmente diferente y novedoso al conocido tradicionalmente tal como lo he expuesto. Esta es la razón por la cual, propongo un cambio de perspectiva dogmática para abordar este nuevo fenómeno.

Sin duda alguna, las tradicionales teorías de la autoría y participación e, incluso, la de los aparatos organizados de poder, no ofrecen, desde mi perspectiva, una apropiada y satisfactoria solución jurídica que responda con coherencia al quebrantamiento del ordenamiento jurídico por parte de este tipo de organizaciones. Estas razones son las que me han impulsado a estructurar una teoría universal de la imputación objetiva que sea aplicable en todas las modalidades que he descrito anteriormente. Soslayando paralelamente la aplicación del derecho penal del enemigo, desdeñando con razón por ser un modelo que implicaría que los justos respondieran por los pecadores y que la acción penal terminase convertida en una respuesta prevencionista.

B. LA EVOLUCIÓN DOGMÁTICA DE LA IMPUTACIÓN EN EL CRIMEN ORGANIZADO

5. Las formas de imputación penal y sus principales críticas

Una vez comienza a transformarse el crimen tradicional en empresas criminales sofisticadas, doctrinantes plantean diferentes teorías jurídicas para ocuparse de la responsabilidad penal de sus integrantes. Sin embargo, considero que estas son insuficientes para abarcar los nuevos fenómenos criminales. No existe, en mi criterio, hoy en día, una teoría que sea capaz de procesar, con coherencia dogmática, la gama de aportes de los múltiples intervinientes en esta clase de estructuras criminales, y lograr de forma ponderada y adecuada clasificar sus aportes y la proporción de las penas sin excesos.

Surgiendo la preocupación por las exageradas penas a personas que hacen parte de la organización, pero sus aportes son ínfimos con respecto a los aportes de los dirigentes,

destacándose un tratamiento jurídico benévolo para los líderes de estas estructuras, ya que no existe una clara línea dogmática que le permita al derecho llegar a establecer la responsabilidad de los dirigentes, incluso si esto fuera posible, para algunos mandos bajos e intervinientes del delito su pena sería muy baja.

Es lamentable que la mayoría de los condenados del crimen organizado sean los autores directos, es decir, los últimos del eslabón de la estructura, quienes no tienen mayor relevancia en ella. Muchos de ellos entran a sus filas por necesidad o reclutados de manera forzosa. En mi opinión, la mayoría son víctimas de las estructuras ilegales que se aprovechan de su paupérrima necesidad.

No resulta razonable que las personas que planean, controlan y dirigen la ejecución del delito, no tengan un grado de responsabilidad y proporción de la pena ajustada a sus aportes, es escandaloso que sus subordinados reciban una pena mayor. Por esa potísima razón, la lucha contra la delincuencia organizada es inocua, pues estas lagunas jurídicas les permiten a los líderes de las organizaciones criminales expandir sus acciones delictivas sin una respuesta adecuada del derecho penal.

Uno de los grandes problemas de la imputación, cuando se involucran varias personas en el hecho criminal, es la individualización de la responsabilidad penal, que por lo general es un criterio para fundamentar la distinción entre autoría y participación. Para ambientar esta distinción se puede partir del punto de vista de que el sujeto -con excepción de los casos donde es obligado o engañado- tiene la capacidad de decidir autónomamente que su ámbito de responsabilidad se integre en una expresión de sentido global o colectivo. Además, nadie puede

eludir su propia infracción al deber o el auto quebrantamiento de expectativas -el principio de autorresponsabilidad no puede ser un obstáculo- arguyendo que otros han violado el suyo⁶⁴.

Si nos remontamos al concepto unitario de autor, que consiste en hacer responsable a cada interviniente por su contribución independientemente de cualquier distinción sustantiva, la conducta de cada uno es considerada como una acción personal, han cometido una acción contraria a derecho con independencia de que existan otros responsables. El problema de la autorresponsabilidad se plantea aislando a los intervinientes y negando cualquier imputación recíproca. A ninguno se le imputa lo que el otro hace auto-responsablemente. Cada sujeto responde por su contribución causal⁶⁵. Tesis que hoy en día no es descabellada si se aterriza en un plano normativo y se deja a un lado la causalidad, diciéndolo en términos modernos, cada persona responde por la propia infracción de sus deberes o quebrantamiento de sus expectativas, sin olvidar que el hecho les pertenece a todos, lo que denominaré más adelante como la doble imputación.

Pero superada la teoría de la autoría unitaria debido a su excesivo naturalismo, surge la figura del autor como pieza nuclear del hecho y el partícipe como figura secundaria, y junto a estos conceptos el principio de accesoriedad, que buscan aplicar una pena diferente a cada interviniente en el delito. En este sentido se desarrollan las primeras teorías tendientes a aislar a la figura mayor (autor) de la figura menor (partícipe). Y en mi criterio lamentablemente se abandonó la discusión sobre la responsabilidad penal mancomunada o colectiva. Es así como, las teorías que pretendían aislar al cómplice menos importante hicieron carrera en el tiempo, siendo

⁶⁴ VAN WEEZEL, Alex. Límites de la Imputación Penal. Estudios 2000-2010. Universidad Externado de Colombia Bogotá. 2011, p. 157.

⁶⁵ *Ibidem*.

acogidas unas más que otras, por ejemplo, la teoría subjetiva del interés, la formal objetiva, y del dominio del hecho, que en el fondo creo que esta última es un retorno a la teoría subjetiva de autor⁶⁶.

La búsqueda de la diferenciación causal entre los aportes de los intervinientes duró más de un siglo, pero paralelamente se desarrolló la idea de que entre el autor y el cómplice -además de la diferencia causal- también existe una diferencia cualitativa, pues el autor comete su propio delito y el partícipe contribuye a este, lo que permite imputarle al partícipe también el hecho principal, es el llamado principio de accesoriedad como lo reseñe supra.

Esta visión tiene la virtud de no desconocer el problema de la autorresponsabilidad, intenta resolverlo argumentando que el hecho principal es del autor y buscan razones valederas para poderle imputar este hecho a otro. Pero el interrogante que queda por resolver es ¿Qué es lo que permite imputarle al partícipe un hecho ajeno? Lo primero que se tiene que decir para responder esta pregunta es que todas las teorías acuden tanto a elementos subjetivos como objetivos para resolver los casos complejos.

Para los que resuelven apelar al elemento objetivo como fúndante, si el dirigente da la orden, planea el delito hasta el último detalle, y se limita a esperar a que el ejecutor directo haga detonar la bomba, tal acto no sería propio, sino ajeno -carencia del elemento objetivo, pues no actúa en la etapa de ejecución-, por ello responderá como partícipe.

⁶⁶ VAN WEEZEL, Alex. Límites de la Imputación Penal. Estudios 2000-2010. Universidad Externado de Colombia Bogotá. 2011, p. 157.

Por otro lado, las teorías que se inclinan por el elemento subjetivo argumentan que para que se configure la coautoría basta con el acuerdo en común o plan delictivo. Esto trae como consecuencia que se considere -para el dirigente de la estructura- como un hecho propio, imputándosele el delito a título de coautoría. Finalmente están los que defienden la postura de la autoría mediata, cuando se instrumentaliza a otra persona o la organización delictiva como instrumento para que a través de este se cometa el delito⁶⁷.

En este orden de ideas, para la primera teoría el dirigente de la organización será un partícipe y responderá por un hecho ajeno. Para la segunda será coautor y responderá por un hecho propio, y para la tercera teoría será autor y responderá por un hecho ajeno. Lo anterior significa que hasta el momento no existe claridad sobre la solución en los criterios cualitativos, y que permitan determinar con claridad cuándo el hecho es propio o ajeno⁶⁸.

Debo hacer una aclaración previa, la doctrina mayoritaria encuentra diferencias sustanciales entre los grupos criminales y los aparatos organizados de poder, para los primeros usualmente se aplican las teorías de la determinación y la coautoría, mientras que para los aparatos organizados de poder se aplica la teoría de la autoría mediata. Debo advertir -y como lo reseñé supra- que no le encuentro sentido a esta diferenciación, y ello tiene respaldo en el análisis que hice previamente de la evolución del crimen organizado, donde logré demostrar que no solo en los aparatos organizados de poder existe mandos medios y bajos, diferentes órdenes, varias jerarquías, alta capacidad de perturbación y pluralidad de aportes sin acuerdo en común, sino también en la mayoría de los grupos criminales.

⁶⁷ VAN WEEZEL, Alex. Límites de la Imputación Penal, Estudios 2000-2010. Universidad Externado de Colombia Bogotá. 2011, p. 157.

⁶⁸ *Ibidem*.

Así las cosas, abarcaré el análisis de las diferentes teorías que han tratado de resolver el dilema de la responsabilidad penal de los dirigentes de los aparatos organizados de poder. Por lo tanto, evidenciaré cómo por medio de estas se ha tratado de construir los fundamentos dogmáticos de la posible solución, empezando con la coautoría, después con la determinación y finalmente la autoría mediata en sus diferentes vertientes.

5.1. La coautoría

La descripción de la conducta delictiva por regla general está establecida de manera singular, ya que la tipicidad está diseñada para la intervención de una sola persona. Sin embargo, cuando se presentan aportes de diferentes individuos, restrictivamente el tipo por sí solo no puede abarcarlos. Esta es la razón para aplicar la coautoría como un dispositivo que genera una ampliación de la interpretación de la tipicidad, habilitando a la norma para valorar la responsabilidad penal de todas las personas que hayan actuado en el hecho delictivo, con base en unos requisitos subjetivos y objetivos.

Para Hans Welzel (1956):

"La coautoría es autoría cuya particularidad consiste en que el dominio del hecho unitario es común a varias personas. Coautor es quien, estando en posesión de las condiciones personales de autor, y participando de la decisión común del hecho, sobre la base de ella, coparticipa en la ejecución del delito. La coautoría se basa sobre el principio de la división del trabajo. Todo coautor complementa con su parte del hecho las partes del hecho de los demás en un total delictuoso; por eso responde también por el

total"⁶⁹.

En cierta medida, fue una de las herramientas jurídicas más utilizadas para englobar, desde un punto de vista cualitativo, los aportes de los integrantes de grupos delincuenciales con el fin de que todos los actos relevantes quedaran contemplados en la tipicidad.

Según Heinrich Jescheck (1981):

"Cuando varios cometen un hecho en común, todos son castigados como autores. La propia ley designa en este caso a los intervinientes como "coautores" (...) se basa en el dominio del hecho. Pero como en su ejecución intervienen varios, el dominio del hecho debe ser común"⁷⁰.

Los requisitos de la coautoría se construyen desde el punto de vista subjetivo y objetivo. El primero hace referencia -en lo esencial- al acuerdo en común que debe existir entre los intervinientes en el hecho delictivo antes de la ejecución del delito o incluso de manera concomitante con este. En el segundo parámetro queda ubicada la división de tareas y la importancia del aporte. Como postura mayoritaria ha prevalecido que el aporte debe prestarse durante la etapa ejecutiva del delito para ser considerados como coautores, pero aquellos que no reúnan esa condición serán partícipes⁷¹.

En este sentido Jescheck y Weigend (2002) sostienen que la imputación a los dirigentes de las organizaciones ilegales debe darse a título de coautoría, en el entendido de que como son

⁶⁹ WELZEL, Hans. Derecho Penal Parte General. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1956, p. 112.

⁷⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal Parte General. Volumen Segundo. Bosch. Casa Editorial S.A. Barcelona. 1981, p. 937.

⁷¹ HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Alberto. Lecciones de Derecho Penal, Parte General. Universidad Externado. Segunda edición. Bogotá. 2011, p. 289.

varias personas las que intervienen en el delito, sería esta figura dogmática la llamada a resolver esta situación fáctica. La tesis considera que los hombres de atrás -que son los mandos altos o dirigentes de la organización-, deben responder como coautores al controlar las acciones de la estructura criminal⁷².

Bernd Schunemann (2002) sostiene -desde la visión de los delitos empresariales-, que si es posible la coautoría:

"Por eso, en mi opinión, la figura de la coautoría no se puede negar sólo con el argumento de que falta el mutuo acuerdo entre el principal y el órgano de ejecución, ya que la intensidad débil de la dimensión «mutuo acuerdo» en la empresa sí podría compensarse con la estrecha vinculación objetiva de las aportaciones del principal y del órgano de ejecución⁷³".

En este mismo sentido, Carlos Gómez -Jara Díez (2012), también desde el ámbito empresarial, considera posible la configuración de la coautoría:

"Una posible definición del concepto sería la siguiente: las diferentes aportaciones personales -de cada persona- se agregan, en virtud de una vinculación cuyo fundamento radica en la división de trabajo, en una organización global que constituye una expresión de sentido de infracción de la norma. Es precisamente dicha organización global, y no las contribuciones individuales aisladas, la que adquiere unidad de sentido

⁷² JESCHECK, Hans Heinrich. Y. WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Editorial Comares. 2002, p. 722.

⁷³ SCHUNEMANN, Bernd, Responsabilidad Penal en el Marco de la Empresa, Dificultades Relativas a la Individualización de la Imputación, ADPCP, vol. lv, España. 2002, p. 11.

global del hecho penal en virtud de una interpretación normativa⁷⁴ⁿ

Sin embargo, ha sido una postura rechazada por parte de la doctrina dominante, toda vez que no puede establecerse una responsabilidad a título de coautores de quienes intervienen en un delito, por una orden dada bajo el programa criminal de una estructura. Aquí ha de tenerse en cuenta que uno de los requisitos nucleares de esta forma de intervención es el acuerdo previo o concomitante entre los integrantes del grupo. Esa condición no se cumple en este tipo de situaciones, puesto que entre los dirigentes de la organización y los autores materiales de los hechos delictivos no existe ningún acuerdo en común.

Incluso no hay una comunicación directa entre ellos, la ejecución del delito se realiza en cumplimiento de una orden que proviene de los mandos altos y que es transmitida a los autores directos a través de otros integrantes de la organización. En este orden de ideas el elemento subjetivo de la coautoría no estaría presente, una orden o instrucción, emitida por los mandos superiores, no es un acuerdo en común logrado entre los intervinientes para ejecutar el delito. Aun así, con la finalidad de superar esta crítica podría plantearse que el elemento subjetivo de la coautoría es susceptible de ser reemplazado por el consentimiento del sujeto que decide ingresar libremente a la estructura criminal, en consecuencia, quien lo hace contrae la obligación de cumplir y asumir las directrices y el programa criminal de la organización.

Pero esto no es aceptable, ya que para que se establezca un plan en común debe existir una relación directa y horizontal entre los intervinientes y no una subordinación de la voluntad de los autores inmediatos. Las órdenes de los dirigentes no son un acuerdo en común, sino el

⁷⁴ GÓMEZ -JARA DÍEZ, Jara. Cuestiones Fundamentales de Derecho Penal Económico. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2012, pp. 133.

cumplimiento de un mandato⁷⁵. Tampoco puede predicarse la existencia de una ejecución mancomunada, por cuanto el dirigente de la organización ilegal no hace un aporte material en la etapa de ejecución del delito. Esto quiere decir que no tiene el dominio actual del hecho, el cual reside en los autores directos.

El dirigente actúa en la fase preparatoria del delito y el subordinado lo hace en la etapa de ejecución. Si es así, los aportes en la etapa preparatoria del delito no pueden constituir la coautoría, en razón a que los aportes de los intervinientes, necesariamente, deben confluir en la ejecución del delito⁷⁶. Por lo general, en las estructuras criminales el cabecilla no tiene conocimiento de quién es el autor directo del delito, el dirigente se limita solamente a dar la orden para que se ejecute el plan criminal. Esto significa que hay una cadena de mando que se diferencia del concepto de acuerdo, puesto que el autor directo está frente a un mandato y no a un convenio entre partes, que se caracteriza por ser de manera libre y consciente sobre la resolución de un hecho.

Sin embargo, Günther Jakobs (2011) planteó, en su primera tesis, la posibilidad de la coautoría sin que existiera un plan en común entre los intervinientes, siempre y cuando se den los elementos objetivos, tales como la división de tareas y la importancia del aporte. Así que el elemento subjetivo no sería determinante en la estructuración de la coautoría:

“no se trata de una comunidad de corazones, sino ¡de división de trabajo! Ésta puede producirse objetivamente, sin que la persona

⁷⁵ SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. La Autoría. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007, p. 330.

⁷⁶ ROXIN, Claus. Autoría Mediata. REJ Revista de Estudios de la Justicia No. 7. Universidad de Chile. 2006, p.13.

que alienta sepa que está incitando y, dando el caso, a quién está incitando”⁷⁷.

Miremos el siguiente ejemplo con respecto a la posición de Günther Jakobs (2011), si alguien se ocupa de que una persona permanezca en un lugar solitario -lo amarra- y en ese momento otra persona aprovechando que la víctima está inmovilizada hurta sus pertenencias, todo esto sin que exista un acuerdo en común entre los intervinientes⁷⁸, es innegable que sin el primer aporte el delito de hurto no hubiera sido posible a pesar de que no existió un acuerdo en común. El aporte objetivo se destaca por su importancia en el hecho, la persona que amarró a la víctima podría ser coautora del delito de hurto. Quien presta un aporte –en sentido objetivo- que pueda ser utilizado para cometer un delito también es dueño del segundo hecho⁷⁹.

Aterricemos esta postura a las organizaciones criminales. El dirigente tiene la certeza de que sus subordinados van a ejecutar su orden, igualmente a los ejecutores les queda claro que su superior ordenó ejecutar el plan criminal. Hay división de tareas, a ello le sumamos cuantitativamente la importancia del aporte, así que quien ordena y quien ejecuta cometen el hecho. En conclusión, podría presentarse una coautoría entre el dirigente y sus subordinados, siempre y cuando no se tenga en cuenta el elemento subjetivo que es el plan en común⁸⁰, tesis con la que no estoy de acuerdo, puesto que el elemento subjetivo -de tipo normativo- es de vital importancia en la teoría del delito.

⁷⁷ GÜNTHER, Jakobs. La Autoría Mediata El Caso de Fujimori. ARA editores. Ediciones AXEL. Lima- Perú. 2011, p. 109.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ *Ibidem*, p.110.

Claus Roxin (2016) critica abiertamente la postura de Jescheck y Weigend por cuanto el dirigente desconoce quien será el ejecutor del delito y no existe la resolución en conjunto del hecho, sin que este último elemento se pueda reemplazar por la decisión del ejecutor directo de pertenecer al grupo criminal, y que tampoco se pueda entender las órdenes como resolución en conjunto, es decir, que no hay acuerdo en común entre el dirigente y ejecutor, elemento que al ser esencial para la coautoría, no permite su configuración. Además de no existir la resolución conjunta del hecho, también hace falta la ejecución conjunta de este, ni siquiera llegan a tener contacto en la etapa preparatoria del delito⁸¹.

Miren Odriozola - Gurrutxaga (2015), quien ha hecho un estudio detallado de la autoría y participación en el derecho internacional de las que ella denomina empresas criminales conjuntas, y además de los aparatos organizados de poder, a pesar de que los maneja de una forma diferenciada, siguiendo los parámetros de la doctrina mayoritaria, hace unos importantes aportes. Sostiene que los tribunales internacionales han aplicado a las empresas criminales la teoría de la coautoría y plantea como crítica que a estos no se les puede aplicar la tesis de la coautoría, dado que ninguno de ellos exige el requisito de la esencialidad en el aporte, además que carece de otro elemento importante que es la conciencia y aceptación mutua del crimen, es decir el acuerdo en común⁸².

A pesar de las críticas, varios países, en determinado momento, se adhirieron a la postura de la coautoría como forma de responsabilizar a los dirigentes de las organizaciones ilegales. En

⁸¹ ROXIN, Claus. Autoría y el Dominio del Hecho en el Derecho Penal. Editorial Marcial Pons. España. 2016, p. 697.

⁸² ODRIOZOLA-GURRUTXAGA, Miren. Autoría y participación en el derecho penal internacional. Los Crímenes de Atrociadad. Editorial COMARES. España. 2015, p. 402.

España, por ejemplo, en la sentencia STS 6461 del año 2001, se analizó en detalle la responsabilidad del dirigente y los mandos intermedios como coautores, por la detención que hicieron unos miembros del Ejército de dos personas. Entre ellos organizaron un plan en común, que se generó a partir de las directrices del Gobernador, que era el jefe de las Fuerzas de Seguridad en la Provincia⁸³.

En estos hechos -según el tribunal- existió división de tareas entre los intervinientes, un plan delictivo, con distintos roles, en tres niveles: 1. Decisión; 2. Coordinación; 3. Y ejecución. Todos estos actos fueron considerados como esenciales en el delito, y, por lo tanto, todos los intervinientes tienen el mismo grado de responsabilidad como coautores⁸⁴.

Pero en lo que tiene que ver con el Gobernador -según el Tribunal- es claro que sin su consentimiento no se hubiera podido realizar el delito, lo cual evidencia una comunión con los militares. El Gobernador violó su posición de garante -libertad y respeto a la ley- con independencia de que la ejecución la hubieren realizado otras personas⁸⁵.

En Colombia, la jurisprudencia en principio adoptó la postura del coautor. Como precedente la Corte Suprema de Justicia profirió tres sentencias que estudiaron la intervención de estructuras de poder en la realización de delitos, pero ninguna se alejó de los tradicionales conceptos de la autoría y la participación, con excepción del caso Machuca, al cual haré

⁸³ Sentencia STS 6461/2001 20/07/2001 (caso Lasa – Zabala) ponente Joaquín Giménez García. Terrorismo de los GAL (España).

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Ibidem*.

referencia⁸⁶:

Los hechos ocurrieron el 18 de octubre de 1998, en el corregimiento de Machuca, situado en el municipio de Segovia - Antioquia. Guerrilleros del ELN (Ejército de Liberación Nacional) instalaron un artefacto explosivo en el poliducto, produciendo su destrucción, el derramamiento de crudo petróleo, y un gran incendio, acción que acabó con la vida de varios habitantes⁸⁷. La Corte Suprema de Justicia condenó a los diez dirigentes del ELN como coautores impropios, por cuanto existió división de trabajo entre los dirigentes, los mandos medios, y ejecutores directos. Más allá de una orden impartida por el comando del ELN, se trató de un acuerdo común entre los intervinientes⁸⁸.

Así las cosas, me aparto de estas posturas dogmáticas y jurisprudenciales que consideran que los dirigentes de organizaciones criminales son coautores porque: 1. En la coautoría se requiere un plan en común entre los intervinientes que desarrollan el delito. Una persona no puede responder por los actos de los demás, a no ser que acuerden que el acto sea de todos; 2. Que las órdenes del dirigente a sus subordinados no son un acuerdo en común; 3. Que no se puede fundamentar la coautoría en solo elementos objetivos, ya que daría pie a una responsabilidad penal objetiva, la cual está prescrita de la mayoría de los ordenamientos jurídicos; 4. La importancia del aporte no se puede considerar solo como presupuesto para la coautoría cuando se dé en la fase ejecutiva del delito, ya que se ha demostrado que la mayoría de

⁸⁶ Sentencias: 12 de septiembre de 2007 Proceso Radicado No. 24448; 8 de agosto de 2007. Proceso Radicado No. 25974. Y, 7 de marzo de 2007. Proceso Radicado No. 23825. Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Ibidem*.

los aportes de los dirigentes -y que son esenciales-, los realizan en la etapa preparatoria del delito.

5.2. La determinación

La determinación también se ubica como un dispositivo amplificador del tipo dentro de la figura jurídica de la participación, y se rige por el principio de accesoriedad. Esto significa que debe existir un autor doloso para que se pueda habilitar la responsabilidad del determinador. En una de sus posturas Hans Welzel (1956) la denominó instigación, destacándola como la tarea de producción del hecho criminal en el autor:

"Instigar es determinar dolosamente a un hecho doloso (mediante influenciación psíquica). Es fundamental la producción de la decisión del hecho en el autor; no es necesario, en cambio, haber inspirado el plan del hecho. Por eso, es instigador quien da el dinero pedido al asesino, que se había puesto a disposición, por sí mismo, para la comisión del delito por precio"⁸⁹.

Así mismo la doctrina le ha denominado también inducción. Dentro de esta clasificación, están las personas que intervienen en el delito antes de su ejecución con conocimiento y acuerdo previo con el autor directo. Resaltando que el aporte del determinador no es considerado de suma importancia en la ejecución del delito, ya que no tiene el dominio del hecho. Para este estudio es fundamental definir el concepto del determinador, dejando claro que esta es la persona que siembra la idea criminal en el autor material o directo. Es quien, mediante instigación, mandato, inducción, consejo, orden, convenio o cualquier medio idóneo, logra que la otra persona realice

⁸⁹ WELZEL, Hans. Derecho Penal Parte General. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1956, p. 121.

material o directamente el delito. La inducción no se limita solo a quien originó la idea de realizar el delito, sino que además genera una influencia psíquica determinante de la realización del delito en la otra persona⁹⁰.

Con respecto a la responsabilidad penal de los dirigentes, Hans Welzel (1956) se inclina por la alternativa de la inducción. Y señala que el concepto del dominio del hecho no contempla la posibilidad de que el sujeto que está detrás de la organización pueda ser autor de la conducta delictiva. Sostiene:

“[L]a autoría mediata por medio de un sujeto actuante directo que es a su vez autor, resulta un despropósito. Quien determina a un autor a un hecho, no es sino un inductor, y no hay voluntad de autor que pueda convertirlo en autor”⁹¹.

Según una de las posturas de esta línea finalista, la responsabilidad atribuible al dirigente no es la de autor, sino de inductor⁹².

En esa misma línea argumentativa, Gimbernat Ordeig (1996) sostiene que los sujetos que dan las órdenes y dirigen el grupo ilegal son determinadores. Por tal motivo, califica a Hitler y Eichmann -teniente coronel del régimen de Adolfo Hitler, encargado del transporte de los deportados a los campos de concentración alemanes, durante la segunda guerra mundial-, como inductores, e igualmente el de todos aquellos de quienes surgió la idea del genocidio y se

⁹⁰ HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Alberto. Lecciones de Derecho Penal, Parte General. Universidad Externado. Segunda edición. Bogotá. 2011, pp. 296.

⁹¹ WELZEL, Hans. Derecho Penal Parte General. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1956, p. 121

⁹² Apud. JAN-MICHEL, Simón. XXXV Jornadas de Derecho Penal. Procesos de Paz: Derecho Penal y Justicia Transicional. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2014, p. 212.

encargaron de convencer -valiéndose de su poder- a otras personas, a través de doctrinas nacionalistas, para asesinar a los que se consideraban como enemigos de la patria⁹³.

Por otro lado, destaca que el comportamiento de los mandos medios -quienes son los que transmitieron la orden- es una conducta que se enmarca en la figura de la complicidad, puesto que descarta una inducción en cadena. Así mismo, los ejecutores materiales responden como autores, ya que sus aportes tienen todo el peso de la acción típica⁹⁴.

Considero que en esta postura al rol del dirigente se le da una menor importancia frente a las intervenciones de los subordinados, quienes recibirán una pena mucho más alta, simplemente por tener el dominio del hecho en la ejecución del plan criminal del cual es dueño el dirigente.

En este mismo sentido Claus Roxin (2016) señala que esta postura es incorrecta, por cuanto es un requisito esencial de la determinación es que el inductor debe entrar en contacto psíquico con el ejecutor directo, y no puede ejercer poder de mando, sino que depende de la decisión del instigado, quien es el único que puede decidir si el hecho se va a cometer o no. Panorama que dista de las estructuras criminales, el dirigente no necesita vinculación personal con el ejecutor directo, y el cumplimiento de su orden no depende de nadie, ni de un autor singular, se da por sentado que su orden será cumplida, no importa quién sea el ejecutor⁹⁵.

Por otra parte, señala Kai Ambos (2003) que, mientras en la determinación existe una vinculación más directa entre el determinador y el determinado, no pasa lo mismo en la autoría

⁹³ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Autor y Cómplice en Derecho Penal. Madrid. Universidad de Madrid, España. 1996, p. 189.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ ROXIN, Claus. Autoría y el Dominio del Hecho en el Derecho Penal. Editorial Marcial Pons, España. 2016, p. 698.

mediata, pues es una relación de poder la que se establece entre el dirigente y el subordinado, que se traduce por medio de la estructura organizada, por regla general el dirigente no sabe, ni le interesa, quien será la persona que va a ejecutar el delito⁹⁶.

Alicia Gil Gil (2009) hace algunas reflexiones sobre la inducción en cadena, tomando como referencia la normatividad española, la cual, según su posición, es admitida la inducción, a pesar de las fuertes críticas esbozadas por parte de la doctrina mayoritaria. Según la Sentencia 212 del año 2007, se da la inducción, inclusive cuando existe un intermediario entre el inductor y el autor directo. Aunque el Tribunal Superior en algunas sentencias se ha apartado de este criterio, la mayor parte de su línea jurisprudencial reconoce la inducción en cadena y niega que el inductor del inductor sea un inductor en cadena. Siguiendo con esta línea de argumentación es posible que un dirigente de una organización criminal responda como inductor:

“pero no porque el ejecutor actúe creyendo que cumple su voluntad y no la de su superior inmediato, sino porque efectivamente la cadena de mando de la organización se ha comportado como un mecanismo semiautomático en la transmisión de la orden”⁹⁷.

El primer inductor trasmite la orden a través de la cadena de mando, y la peligrosidad de su conducta queda incólume así existan intermediarios; a su vez los mandos medios deben responder por ser conductores de la orden y ejercer poder de mando, hacia arriba son un mero

⁹⁶ AMBOS, Kai. Dominio del Hecho por Organización. La responsabilidad de la Conducción Militar Argentina por la Muerte de Elisabeth Kasemann. Revista Penal No. 12. Argentina. 2003, p. 28.

⁹⁷ GIL GIL, Alicia. Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente un Estudio Comparado. Segunda Edición. Editorial TEMIS S.A. Bogotá. 2009, p.117.

mecanismo de transmisión de mando, pero hacia abajo ejercen autoridad y por lo tanto, su actividad también es de inducción⁹⁸.

Esta visión ha sido también rechazada unánimemente por la doctrina dominante, ya que el aporte del inductor siempre está fuera del suceso, y deja en manos de quién actúa inmediatamente la decisión -el sí y el cómo será ejecutado el delito-. En la inducción el ejecutor material llega solo a la concreta situación de acción. En cambio, en aparatos de poder, el dirigente ostenta el poder, lo que le permite tomar la decisión de sí el hecho debe ser ejecutado o no⁹⁹. Entonces, el autor directo no puede cambiar nada del curso esencial trazado por la organización. Ni siquiera el rechazo de la orden afecta el plan, por cuanto la organización que impera dentro del aparato organizado se asegura que en el evento de que el ejecutor material se niegue a cumplir la orden pueda ser reemplazado por otro subordinado e inevitablemente la orden se cumpla¹⁰⁰.

Al respecto Francisco Muñoz Conde (1999) opina que, en consideración a la estructura jerárquica de la organización ilegal, existe una línea de poder, la división de tareas y diferentes funciones asignadas por los superiores, es incoherente sostener que los dirigentes de la organización deben responder como inductores o determinadores de los delitos ejecutados por sus subordinados¹⁰¹.

⁹⁸GIL GIL, Alicia. Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente un Estudio Comparado. Segunda Edición. Editorial TEMIS S.A. Bogotá, 2009, p.117.

⁹⁹ROXIN, Claus. Autoría Mediata. REJ Revista de Estudios de la Justicia No. 7. Universidad de Chile, 2006, p. 13.

¹⁰⁰Ibidem.

¹⁰¹MUÑOZ CONDE, Francisco. El Delito de Alzamiento de Bienes. 2º Edición. Barcelona. Librería Bosch. 1999, p. 180.

En la inducción es necesario que el partícipe determine directamente al autor, pero en las organizaciones ilegales la orden del superior se transmite a través de los mandos medios, que son intermediarios entre el dirigente y el ejecutor directo y tienen el poder para que el mandato se cumpla, pues, como bien se sabe, no es posible la inducción en cadena, es decir, no existe la inducción de la inducción¹⁰². Cuando se imparte la orden por parte del dirigente y es recibida por los mandos medios, quienes a su vez la dan al autor directo, no existe inducción entre el dirigente y el ejecutor material, porque el primero no induce directamente al último, lo que conlleva a afirmar que, según los parámetros de la autoría y participación, no hay forma de imputarle la conducta a título de determinador al dirigente¹⁰³.

Además, la inducción exige que el determinador deba encontrar a un instigado, y ello con el objetivo de sembrarle la idea criminal. Esto implica entablar una interacción directa. Pero en este tipo de casos no se cumple con esta característica, pues las personas que se ubican en los niveles inferiores son figuras anónimas y sustituibles que no llegan a establecer una relación directa con el dirigente¹⁰⁴.

La jurisprudencia española también ha empleado esta postura. En la sentencia STS 4718 de 2004 fue analizado el atentado terrorista perpetrado por la ETA -Organización Independentista del País Vasco, que utilizaba el terrorismo como forma de actuación política, como lo reseñé supra-, al colocar un artefacto explosivo en el establecimiento Hipercor de

¹⁰² SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. La Autoría. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2007, p. 332.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ JAN-MICHEL, Simón. XXXV Jornadas de Derecho Penal. Procesos de Paz: Derecho Penal y Justicia Transicional. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2014, p. 221.

Barcelona en el año 1987¹⁰⁵. A las dos personas que participaron en el delito se les condenó por las muertes y las lesiones de las víctimas de los hechos, uno en modalidad de inductor y cooperador necesario y el otro como partícipe material en la colocación del explosivo. Todo ello basado en que el primero de los procesados fue quien ordenó la realización del atentado en razón a que era dirigente de la ETA, como jefe de los comandos armados que obraron bajo sus órdenes¹⁰⁶.

En la misma línea, la sentencia de la Audiencia Nacional Sala Penal 40/200 de 2004 se pronunció sobre la responsabilidad de los integrantes de ETA en el atentado contra la Dirección General de la Guardia Civil, en la cual condenaron por los asesinatos consumados y frustrados a quien dio la orden de ejecutarlos. Dicha condena se fundamentó en el dolo o, ánimo de muerte, que tuvo el acusado y en la intención de facilitarles a los autores directos los medios necesarios para realizar el atentado. Fue hallado responsable como inductor y cooperador necesario según el artículo 28, párrafo 2º a) y b) del Código Penal¹⁰⁷.

Otro de los casos relevantes en España fue el procesamiento No. 5 de la AN (Juez Baltasar Garzón) de 1998 de Augusto Pinochet, Jefe de Gobierno de Chile desde el año 1973. A pesar de que no participó en la ejecución material de los hechos (detenciones ilegales, asesinatos, desaparición, torturas) fue quien ideó el plan criminal y lo financió con recursos públicos¹⁰⁸. La participación de Pinochet como inductor es clara según el fallo, su acción anterior a la

¹⁰⁵ Terrorismo de ETA (caso Hipercor) STS 4718/2004 02/07/2004 ponente Joaquín Delgado García.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ Sentencia Audiencia Nacional Sala de lo Penal 40/2000 de 02/10/2002. Terrorismo de ETA (Atentado contra la Dirección General de la Guardia Civil).

¹⁰⁸ Auto de procesamiento contra Augusto Pinochet. Auto del Juzgado de Instrucción Nº 5 de la AN (Juez Baltasar Garzón) de 10 de diciembre de 1998.

realización de los delitos es directa y contra personas determinadas. Daba las órdenes -consiente de sus repercusiones- a sus subordinados y controlaba la ejecución directa de los delitos, a través de la Dirección de Inteligencia Nacional. Además, se valió de la estructura estatal para financiar las actividades delictivas. En este orden de ideas, para el juez no hubo duda de que Pinochet fue el determinador en cadena¹⁰⁹.

En otro connotado caso en España, el auto del 29 de marzo de 2006 proferido por el Juzgado Central de Instrucción N.º 5 en el caso terrorismo ETA, señaló que existieron sólidos indicios que demostraron que el procesado es dirigente de la organización terrorista a título de autor mediato o inductor. Los hechos mencionan la perpetración de varios delitos con fines terroristas, respecto de su participación o autoría y de acuerdo con la nueva imputación, tiene que examinarse los criterios jurisprudenciales sobre la inducción, para ello existen -según el Tribunal- varios requisitos¹¹⁰:

1. Que la influencia induzca a quien previamente no está decidido a cometer el delito; 2. La inducción tiene que ser intensa y adecuada de forma que motive suficientemente al ejecutor;
3. Que exista un ejecutor y delito determinado; 4. Que el inducido realice el delito; 5. Que el inductor haya actuado con la doble intención de generar la decisión criminal y que el delito se ejecute; 6. La inducción puede realizarse por medio de persona interpuesta. Pero tampoco puede dejarse de lado la comisión por omisión (artículo 11 b. Código Penal) -en la que se estipula la

¹⁰⁹ Auto de procesamiento contra Augusto Pinochet. Auto del Juzgado de Instrucción N° 5 de la AN (Juez Baltazar Garzón) de 10 de diciembre de 1998.

¹¹⁰ Auto de 29 del marzo de 2006 del Juzgado Central de Instrucción No. 5 de la Audiencia Nacional (Juez Grande Marlask). Decretando prisión contra el dirigente de Batasuma Arnaldo Otegi. Terrorismo de ETA.

teoría de la injerencia; al no hacer lo que estaba obligado el omitente, responde como si lo hubiera producido con una conducta activa¹¹¹.

Por otro lado, en Colombia -retomando el caso de Machuca- también se sostuvo la tesis de la determinación antes de que fueran condenados por la Corte Suprema de Justicia en modalidad de coautores. Al respecto, la Fiscalía vinculó a los investigados como coautores determinadores, por los delitos de terrorismo, rebelión y homicidio, imputación hecha a los tres jefes de esa compañía y a los siete comandantes de la cúpula del ELN. Es así como el Juzgado Segundo Penal Especializado de Antioquia consideró que los cabecillas del ELN actuaron como determinadores, ya que de ellos nació la idea o la resolución del delito, al igual que la orden de colocar la bomba, de manera que no actuaron directa o materialmente en la ejecución del delito¹¹².

Con ocasión de la apelación en este caso, el Tribunal Superior de Antioquia estimó que el hecho que se presentó con posterioridad al acto terrorista obedeció a una acción imprudente generada por los ejecutores materiales, de manera que los dirigentes del ELN no podían ser condenados como determinadores, porque dogmáticamente no se puede pregonar una determinación culposa. Por estos argumentos únicamente quedó en firme la condena por rebelión¹¹³.

Tampoco estoy de acuerdo con esta postura general de que los dirigentes deben responder

¹¹¹ Auto de 29 del marzo de 2006 del Juzgado Central de Instrucción No. 5 de la Audiencia Nacional (Juez Grande Marlask). Decretando prisión contra el dirigente de Batasuma Arnaldo Otegi. Terrorismo de ETA.

¹¹² Sentencias: 12 de septiembre de 2007 Proceso Radicado No. 24448; 8 de agosto de 2007. Proceso Radicado No. 25974. Y, 7 de marzo de 2007. Proceso Radicado No. 23825. Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal.

¹¹³ *Ibidem*.

como inductores o determinadores por las siguientes razones: 1. En organizaciones criminales el dirigente no induce al subordinado de forma directa; 2. Para que se pueda configurar la inducción la siembra de la idea criminal se tiene que hacer de forma directa y no por intermedio de otro subordinado; 3. El dirigente tiene el control de la organización y por ende de los actos delictivos; si el dirigente fuera el inductor, este no podría cambiar nada, ya que quien tiene el dominio del hecho es el autor directo, esta regla no se cumple en el crimen organizado; 4. El inductor siempre está fuera del suceso, y deja en manos del autor el delito, pero -contrario a esta regla de la inducción- el dirigente tiene en sus manos el control del delito, cometido por sus subordinados; 5. No se puede considerar como un simple inductor al dirigente que ha creado el riesgo no permitido -al conformar la organización, dirigirla y ordenar los crímenes- el cual es el que se representa en la tipicidad, cuantitativamente este riesgo ubica al dirigente como autor del delito y no como inductor.

5.3. La autoría mediata

Es una teoría que ha tenido una importante aceptación en la doctrina, sin embargo, ha sido cuestionada, partiendo incluso de los mismos argumentos planteados por Claus Roxin (2016)¹¹⁴, ya que se critica que la persona que realiza el delito de forma directa sea considerada como un instrumento, a pesar de que al igual que el hombre de atrás, tiene el dominio del hecho - lo que implica el conocimiento y la voluntad de cometer el delito-, es decir, que tiene el mismo deseo del dirigente de ejecutar el hecho. Lo curioso es que Roxin en los orígenes de su teoría, al analizar la autoría mediata en los errores de prohibición, sostenga que si el autor directo es

¹¹⁴ ROXIN, Claus. Autoría y el Dominio del Hecho en el Derecho Penal. Editorial Marcial Pons, España. 2016, p. 199.

consiente de la dañosidad de su conducta, será un caso de participación y no de autoría mediata. En este orden de ideas, este mismo criterio puede ser utilizado en la autoría mediata en aparatos organizados de poder, y más aún cuando el supuesto instrumento actúa con dolo y conciencia de antijuricidad, esta y otras observaciones las desarrollaré a continuación.

El autor mediato es la persona que domina el hecho y tiene todas las cualidades especiales de la autoría. Se vale de otra persona, denominada instrumento, para poder ejecutar la acción típica. Claus Roxin (2016), lo explica mediante el siguiente ejemplo, si un rey domina a un virrey rebelde, dominara la provincia que domina este¹¹⁵. Por el contrario, no se dará dicha estructura, cuando los distintos delincuentes simplemente están ligados por relaciones personales¹¹⁶. Esta teoría no ha tenido total aprobación fuera de Alemania. En España e Italia, por ejemplo, ha sido considerada como superflua por algunos doctrinantes como Gimbernat Ordeig (1968) al considerar que la mayoría de los tipos están diseñados exclusivamente para el autor inmediato¹¹⁷.

La responsabilidad como autor del dirigente, quien es el que da las órdenes, no es novedosa. El Derecho romano aplicaba la regla de Ulpiano (siglo III d.C), que señala que quien mandaba a cometer un homicidio respondía como si él lo hubiera perpetrado [mandator coedis

¹¹⁵ ROXIN, Claus. *Autoría y el Dominio del Hecho en el Derecho Penal*. Editorial Marcial Pons, España. 2016, p. 138.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 692.

¹¹⁷ Apud. BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Editorial TEMIS. Bogotá. 1996, p. 190. "GIMBERNAT ORDEIG (ZStW 80, 1968, pp. 915 y ss.) ha previsto la posibilidad de un cierto reparo de orden constitucional contra la figura del autor mediato, pues "la mayoría de los tipos se han concebido en vista del autor inmediato" (p. 937). "No se discute -afirma en el mismo lugar- que el autor mediato debe responder como el autor en sentido estricto".

pro homitida habetur]. También cuando un esclavo cometía un delito por orden de su amo, los dos eran considerados autores del delito¹¹⁸.

En el libro de los jueces -que es la traducción romance del Liber Iudiciorum o Lex gothica, código legal visigodo- promulgado por los reyes visigodos, primero por Recesvinto en el año (654), y posteriormente, en una versión completada, por Ervigio (681), en el número XII, del Título V, del Libro VI dispone:

“(...) el que manda o conseia fazer omezillio, es más enculpado que aquel que lo faze de fecho, por ende establecemos especialmiente que si el siervo dize que so sennor le mandó matar...deve recibir c.c. azotes... e los seniores que lo mandaron fazer deven seer descabezados...”¹¹⁹.

Lo anterior significa que el que manda a cometer un delito es más culpable que el que cometió el hecho. Si el siervo fue mandado por su señor a matar a otro, el siervo debe recibir azotes, pero el señor que mando a matar debe ser decapitado.

El derecho canónico tampoco desconocía esta premisa. El canon 2209, parágrafo 3 dice:

“No solo el que manda, que es el autor principal del delito, sino también los que inducen o, de cualquier manera, cooperan en su consumación, contraen una imputabilidad, que no es menor que la del mismo ejecutor del delito...”¹²⁰.

¹¹⁸ Apud. MALARINO, Ezequiel. Capítulo II. El Caso Argentino. Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente. Estudio comparado. Temis. Bogotá. 2009, p. 46.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ *Ibidem*.

Para Enrique Bacigalupo (1996) la teoría del autor mediato deriva de la figura de la ciencia jurídica italiana Mandat, desarrollada en la edad media. Sin embargo, el concepto solo aparece hasta Stübel (1828), en reemplazo del autor intelectual. La fundamentación moderna inicia con los hegelianos: Luden, Köstlin, Berner, Hálsce, producto del desarrollo de la accesoria extrema, que exigía del autor directo el requisito de la culpabilidad¹²¹.

Así las cosas, los que determinaban o instigaban a autores inculpables resultaban impunes. Esta consecuencia forjó la teoría del autor mediato, pero concomitantemente generó ciertos reparos. Esta consideración es cierta si se parte de la teoría formal-objetiva, que estipula que el autor es quien causalmente desarrolla los elementos del tipo, y el partícipe aquel que se limita a realizar una contribución de menor importancia. Pero la teoría del autor mediato parte de otra premisa, que rige también para el autor inmediato, y es el dominio del hecho¹²².

A partir de este razonamiento, la teoría del dominio del hecho se convierte en la piedra angular de la autoría mediata. Es decir, que el dominio del hecho que tiene el dirigente sobre sus subordinados o el grupo ilegal, es el fundamento para considerarlo como autor de los delitos cometidos por estos, pues quien tiene el dominio del hecho es el autor del delito. Con esta postura pareciera destrabarse los límites de las teorías formal-objetivas de la autoría y la participación.

En este sentido, Claus Roxin (2006) se apoya en la tesis, según la cual, en una organización criminal los hombres de atrás -Hintermänner-, que dirigen delitos con mando autónomo, pueden ser responsables como autores mediatos a pesar de que los autores directos

¹²¹ Apud. BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho Penal. Editorial TEMIS. Bogotá. 1996, p. 190

¹²² BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho Penal. Editorial TEMIS. Bogotá. 1996, p. 190.

también puedan ser castigados como autores materiales, los denominó delincuentes de despacho o escritorio -schreibtischtäter-¹²³. Tomó como referencia el proceso seguido en Jerusalén, en contra de Adolf Eichmann, uno de los responsables de los asesinatos de judíos en el Gobierno Nazi. Claus Roxin (2006) elevó la idea a categoría dogmática del derecho penal, la cual hoy es la postura mayoritaria en varios países¹²⁴.

La figura jurídica se impuso en Alemania en el año 1994, cuando el Tribunal Supremo condenó como autores mediatos de homicidio con dolo, a los miembros del antiguo Consejo de Seguridad Nacional del Gobierno del Este, debido a que fueron ellos quienes ordenaron impedir mediante disparos que fugitivos traspasaran el muro de Berlín con dirección al Oeste. Además, los soldados que custodiaban el muro -mauerschützen- fueron condenados como autores materiales con dolo por los homicidios¹²⁵.

Claus Roxin (2006), influenciado por Schroeder, agrega algunas características a su teoría inicial. El fundamento de esta se encuentra en la correcta interpretación del concepto de estructura organizada de poder, ya que el hombre de atrás no instrumentaliza al ejecutor directo, sino al grupo ilegal que está compuesto por una pluralidad de personas que tienen asignadas previamente competencias y roles. Cada integrante desarrolla una función relativa a la organización, lo que le asegura al dirigente el dominio sobre el resultado¹²⁶.

Dentro de la estructura organizada de poder se matiza el concepto del dominio del hecho. El que tiene el dirigente se denomina dominio de la organización, el cual le permite asegurar la

¹²³ ROXIN, Claus. Autoría Mediata. REJ Revista de Estudios de la Justicia No. 7. Universidad de Chile, 2006, p. 11.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 12.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 15.

consecución del resultado sin haber intervenido en la ejecución del delito. El dominio que tiene el ejecutor material se llama dominio de la acción -*handlungsherrschaft*-, ya que este es quien con sus propias manos comete el delito. Los dos, tanto el dominio de la organización, como el de la acción, no se excluyen entre sí y pueden coexistir¹²⁷. Como lo ha señalado la Corte Penal Internacional en el caso Katanga y Ngudjolo (2008), la estructura organizada de poder tiene vida propia y es irrelevante e independiente de la identidad de sus miembros, los cuales son intercambiables¹²⁸. Es decir, la consideran una máquina de destrucción sin alma y sin corazón.

Al interior de los aparatos organizados de poder, en la autoría mediata, el instrumento no tiene un déficit subjetivo, contrario a lo que plantea la inicial postura de la autoría mediata por coacción o por error, donde los autores directos no actúan libremente -la coacción ejercida en una persona, la doctrina la denomina *vis absoluta* o *vis compulsiva*-, o lo hacen sin conocimiento -la ausencia de conocimiento la doctrina lo ha denominado error de tipo o de prohibición-¹²⁹. En cambio, en el aparato organizado el instrumento posee el conocimiento del resultado delictivo, y actúa de manera deliberada ejecutando el delito, bajo la dirección del dirigente quien, a través del aparato de poder, puede llegar al resultado, incluso con mayor certidumbre que en los casos de autoría mediata por coacción o de error¹³⁰.

En el ámbito internacional también ha tenido aceptación mayoritaria la tesis de la autoría mediata en aparatos organizados de poder. Algunos países la han reconocido, a pesar de que

¹²⁷ROXIN, Claus. Autoría Mediata. REJ Revista de Estudios de la Justicia No. 7. Universidad de Chile, 2006, p. 1.

¹²⁸ Sentencia. Caso Katanga y Ngudjolo. PRE-TRIAL CHAMBER I DECISION ON THE CONFIRMATION OF CHARGES. ICC-01/04-01/07-717 del 01 de octubre de 2008, pp. 297.

¹²⁹ ROXIN, Claus. Autoría Mediata. REJ Revista de Estudios de la Justicia No. 7. Universidad de Chile. 2006, p. 15.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³⁰ *Ibidem*.

dentro de su normatividad no existe la figura de forma específica, lo que los ha obligado a realizar una interpretación amplia de la autoría; sin embargo, han dejado grandes interrogantes frente a su congruencia jurídica y el principio de legalidad.

En España, hay varios precedentes jurisprudenciales que hacen referencia al tema, empezando por la autoría mediata, cuando el ejecutor es responsable. Es el caso del alcalde racista (STS 02/07/1994), donde este, aprovechando su autoridad, lanzó proclamas contra vecinos y al tiempo acusaba a un grupo étnico de un hecho individual¹³¹. Esta situación generó la represión de un grupo de manifestantes contra el grupo étnico. Se planteó la posibilidad de una autoría mediata, sobre la base del autor detrás del autor, por cuanto el autor directo es plenamente responsable. Los autores materiales obraron con la creencia de que su comportamiento tenía la autorización oficial, pero cuya ilicitud podían reconocer. La autoridad del alcalde le otorga una posición de dominio superior sobre los autores directos -manifestantes- que obraron en forma consiente. El alcalde fue condenado como autor mediato, por el delito de daños¹³².

En el caso del atentado Yihadista del 11M del año 2007 un dirigente del grupo terrorista manifestó, con orgullo, que su “jamaa” -grupo- había realizado un atentado terrorista. Se determinó que lo anterior no era suficiente para considerarlo responsable del atentado. En primer lugar, la palabra “jamaa” es muy frecuente, y se refiere, en general, a un grupo de personas. En segundo lugar, esa palabra la pronuncia tras los atentados para hacer alusión a un grupo de marroquíes que hay en España, Yihadistas de origen marroquí, que no necesariamente están bajo

¹³¹ Sentencia. Caso alcalde racista. STS de 02/07/1994 ponente Enrique Bacigalupo Zapater.

¹³² *Ibidem*.

sus órdenes. Y, por último, el hecho de que sea dirigente del Grupo Islámico Combatiente Marroquí (GICM) no lo hace responsable de los atentados cometidos por el grupo terrorista que integra¹³³.

Según la sentencia, en el caso de los grupos terroristas la cúpula responde cuando: 1. Existe una orden; 2. Hay una estructura y dependencia jerárquica; 3. Hay una relación entre el dirigente y el ejecutor material que permita deducir la orden; 4. Se pruebe un canal de transmisión de órdenes para atribuirle esta al dirigente¹³⁴.

En el mismo caso, el día 11 de marzo de 2014 el Tribunal Supremo (STS 17/07/2008) admite la posibilidad teórica de emplear la autoría mediata en aparatos organizados de poder. Al examinar la responsabilidad del procesado Hassan El Haski, dice el Tribunal que por el solo hecho de que el acusado sea dirigente de la organización terrorista no lo hace responsable del atentado terrorista¹³⁵.

Además, debe acreditarse que los hechos fueron ejecutados por integrantes del grupo que dirige el procesado. Igualmente se debe determinar si el dominio que tenía en la organización le permitía conocer la probabilidad del resultado, la cercanía al suceso, y la autorización de intervenir de forma relevante en la decisión de ejecutar o suspender el hecho criminal. Con base en estos postulados, dentro del proceso no se probó el dominio de la organización del procesado

¹³³ Sentencia. Atentado Yihadista del 11 M. SAN 4398/2007 31/10/2007. Ponente Salvador Francisco Javier Gómez Bermúdez.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ Sentencia. STS de 17.07.08 (Rec. 10012/2008; S. 2.^a). Delitos Contra el Orden Público. Terrorismo.

con respecto al grupo ilegal. La falta de estos elementos impidió al Tribunal Supremo considerarlo responsable del atentado¹³⁶.

A pesar de ser la teoría mayoritaria, se han planteado una serie de críticas a esta, que denotan ciertas incoherencias dogmáticas, abriendo un debate profundo sobre los principios nucleares de la teoría del dominio del hecho, veamos:

5.3.1. El autor mediato no es un instrumento

Lo primero que se debe analizar es la intervención de una o varias personas en la etapa preparatoria del delito, y las consecuencias que, frente a la responsabilidad penal de estas, puedan traer los actos de los autores materiales. Una solución a este interrogante es la tesis del autor mediato -empero es preciso aclarar que considero que el autor mediato no domina el instrumento o al ejecutor material, sino que trabaja conjuntamente con este-.

Pero, en todo caso, el aporte del subordinado es cuantitativamente igual de importante que el del dirigente, ya que a pesar de que su aporte pareciera desde un punto de vista fáctico el más trascendental, no lo es desde el punto de vista normativo, ya que el dirigente al crear la estructura y dirigirla produce un riesgo no permitido, y por otro lado el autor material produce su propio riesgo no permitido al ejecutar el hecho. Agregando a lo anterior que ninguno de los dos puede responder por la infracción de los deberes del otro, como mal lo plantea la autoría mediata, que sostiene que el dirigente responde por los actos de su subordinado. Este punto en mi criterio es uno de los sustentos de la teoría de Roxin -además del dominio de la organización-, para

136 Sentencia. STS de 17.07.08 (Rec. 10012/2008; S. 2.^a). Delitos Contra el Orden Público. Terrorismo.

considerar como autor al dirigente, basándose en la gravedad del hecho que ejecutó el autor directo y esta misma gravedad la representa en el dirigente.

Günther Jakobs (2011) afirma que el comandante de un aparato organizado de poder no domina sujetos que actúan de forma irresponsable. Es decir, no manipula instrumentos, sino que actúa conjuntamente con delincuentes responsables y que a su vez estos delinquen con otros responsables, que se encuentran en sus mismas condiciones, en relación con la estructura organizada¹³⁷.

Es así como se debe contemplar en estricto sentido que los ejecutores materiales en un aparato organizado de poder actúan de forma responsable, es decir, no son instrumentos. Por ende, quien da la orden no sería autor mediato porque él, como cualquier otro interviniente, no puede decidir autónomamente la realización del tipo penal¹³⁸. Esto desde el punto de vista jurídico me parece absurdo debido a que los ejecutores materiales son responsables.

Hans Welzel (1956), con respecto a la autoría mediata, partiendo del dominio final del hecho, sostuvo, vehementemente, que para que un jefe pudiera responder por los actos de su subordinado este último tenía que haber actuado de buena fe:

"En la utilización de un subordinado, que actúa de buena fe, para la ejecución de una orden antijurídica"¹³⁹

Se debe aclarar que Hans Welzel (1956) reconoció el llamado instrumento doloso

¹³⁷ GÜNTHER, Jakobs. La Autoría Mediata El Caso de Fujimori. ARA editores. Ediciones AXEL. Lima- Perú. 2011, p. 106

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ WELZEL, Hans. Derecho Penal Parte General. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1956, pp. 108.

siempre y cuando este se limitara a brindar una ayuda ínfima, conociendo el delito que comete el autor mediato, pero sin que el instrumento tenga la intención de cometer también ese delito o en otras palabras el dominio final de la acción. Esta máxima del derecho contradice la teoría mediata en aparatos organizados de poder, por cuanto niega de plano la tesis del autor detrás del autor, además porque considera que el instrumento no es autor de la conducta¹⁴⁰.

La legislación alemana implementó un concepto abierto de autoría mediata, definiendo como autor mediato a quien comete, por medio de otro, el hecho punible (Artículo 25–1º Código Penal Alemán StGB). Sin embargo, no se plasma concretamente la autoría mediata en aparatos organizados de poder, evidenciándose que su desarrollo parte de decisiones jurisprudenciales. El Código Penal Alemán estipula, en su artículo 25 numeral. 1º, que será autor quien cometa un hecho punible por sí mismo o por medio de otro, es decir, lo que se conoce en la doctrina como autor directo y autor mediato. En el mismo artículo, numeral 2º, señala que si varias personas cometen conjuntamente el hecho, se castigará a cada uno como autor. Y en el artículo 26 hace referencia a la instigación o determinación (inducción a delinquir) y se castiga igual al autor como al instigador que haya determinado dolosamente a otro para la comisión dolosa de un hecho antijurídico¹⁴¹.

Considero que de la lectura del artículo del Código Penal Alemán se desprenden dos interpretaciones: 1. No es dable la figura de la autoría mediata cuando el ejecutor realiza el tipo con responsabilidad, es decir, es consiente del delito que comete, pues esa misma responsabilidad excluye la del dirigente. Ya que el subordinado no es un mero instrumento, me

¹⁴⁰ WELZEL, Hans. Derecho Penal Parte General. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1956, pp. 108.

¹⁴¹ LÓPEZ DIAZ, Claudia. Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998.

inclino por esta interpretación. 2. A pesar de que el instrumento actúa con responsabilidad, siempre y cuando el dirigente mantenga el curso del acontecer bajo control, y retenga una reserva de fuerzas empleando como mero instrumento al ejecutor. Ante esta interpretación tengo que sentar mi objeción.

Sin embargo, en Alemania, la posición mayoritaria ha sido la segunda, veamos:

El BGH (Tribunal Supremo Federal Alemán), en diferentes sentencias ha sostenido que el autor mediato es el que ejecuta el hecho por medio de otro, excluyendo la responsabilidad de este último. En otra gama de fallos, el BGH se inclina en que es factible la autoría mediata en los sucesos en los cuales el hombre de adelante actúa con responsabilidad¹⁴².

Es el caso de la sentencia BGHSt 3, 110, en NJW 1952, 1024, en la que se reprochó la sentencia de un juez que condenó a una persona a la pena de muerte por homicidio (no se alcanzó a ejecutar la condena), pero la sentencia emitida por el juez era ilegal. Es decir, que en derecho no era viable condenar a muerte al procesado. Esto desató la responsabilidad del juez como autor de homicidio de manera tentada, pues se sirvió conscientemente de un aparato estatal de forma antijurídica¹⁴³.

En la sentencia BGHSt 32, 165 (178), en NJW 1984, 9317, se estudió el caso de un grupo armado, que desplegó actividades violentas en la pista de despegue de oeste. Se dijo que el líder intelectual -quien no estaba presente en el lugar- podía ser autor mediato, ya que él, en primer

¹⁴²AMBOS, Kai. Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente un Estudio Comparado. Segunda Edición. Editorial TEMIS, Bogotá. 2009, p. 21.

¹⁴³ *Ibidem*.

lugar, dominó el acontecer en virtud de su voluntad superior y, en segundo lugar, tenía en sus manos la causación del resultado¹⁴⁴.

En la sentencia BGHSt 37, 106, en NJW 1990, 2560, se analizó la responsabilidad de un grupo de gerentes frente a las consecuencias nocivas de sus productos, y se les atribuyó lesiones peligrosas por omisión, cometidas en autoría, sin probar si las personas encargadas de la distribución conocían el peligro y si actuaron con responsabilidad¹⁴⁵.

En la sentencia BGHSt 35, 347 en NJW 1989, 912, caso Rey de Gatos, se sostuvo la tesis de la autoría mediata, a pesar de que el ejecutor se encontraba bajo un error de prohibición vencible, ya que el asunto no depende de si el autor actúa responsablemente, sino del dominio objetivo del hecho que tiene el hombre de atrás¹⁴⁶.

La Corte Suprema Federal Alemana, en sentencia 26.7.1994, en el caso seguido por homicidio en autoría mediata en la frontera de la República Democrática Alemana, determinó que, según el Código Penal, los acusados Heinz KeBler antiguo Ministro de la RDA, Fritz Streletz, antiguo viceministro de Defensa, y Hans Albrecht, miembro del Consejo Nacional de Defensa, eran autores mediatos de homicidio; consideró el Tribunal que, a pesar de que los soldados de frontera actuaron culpablemente, se configura la autoría mediata, puesto que también es dable su aplicación cuando el ejecutor actúa con culpabilidad plena y con autoría calificada¹⁴⁷.

¹⁴⁴ AMBOS, Kai. Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente un Estudio Comparado. Segunda Edición. Editorial TEMIS, Bogotá. 2009, p. 21.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

Queda claro que los Tribunales alemanes aceptan sin mayor problema la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, así el ejecutor material del delito sea responsable. Sin perjuicio de ello se ha debatido la evolución jurisprudencial de esta postura. Dicho en otras palabras, cuando el autor directo también es consiente de sus actos, no encaja muy bien que sea el dirigente el que domine el hecho. Frente a este aspecto, en principio, la jurisprudencia parecía reconocer la autoría mediata solo en los casos donde el autor directo no era responsable, es decir, que actuaba bajo error y coacción. Sin embargo, más adelante se amplía la interpretación y se da cabida a la autoría mediata incluso cuando el autor inmediato también es responsable del delito, lo que ha denominado la doctrina el autor detrás del autor.

Con esta tesis no puedo estar de acuerdo, pues considero que no puede existir un instrumento que detente el conocimiento y la voluntad de cometer el delito, de modo que realmente no es un instrumento. Es un error mantener la línea de argumentación que sostiene que el dirigente tiene el dominio sobre un instrumento que posee la capacidad de ser responsable de sus actos. Si el subordinado actúa con plena libertad, no hay dominio de la voluntad sobre este por parte del dirigente. Esta característica creo que es esencial en la teoría de la autoría mediata, ya que no puede existir instrumentalización del subordinado en los esquemas del crimen organizado, pues está actuando con conocimiento, voluntad y deliberadamente bajo el plan criminal del dirigente, plan que conoce perfectamente el subordinado, el cual decide desarrollar conociendo las consecuencias que se desprende de la ejecución de este.

En este mismo sentido, Günther Jakobs (2011) se aparta de esta visión. No se equivoca al afirmar que el dirigente debe responder como autor. Ahora bien, si son varios los dirigentes,

todos deberán responder como autores, pero con fundamento en la teoría de los delitos de competencia por organización y como autores en delitos de competencia por institución¹⁴⁸, tal como lo explicaré más adelante.

A mis objeciones ya planteadas debo adicionar lo siguiente, el autor subordinado razona y decide integrar el grupo ilegal, es consciente del riesgo al que se está sujetando, pues en las organizaciones delictivas no existen reglas vinculadas al ordenamiento jurídico vigente. Este hecho le da la posibilidad al subordinado de avizorar, con claridad, las consecuencias negativas que acarrea ser miembro de un grupo delincencial. El subordinado entiende previamente que las actividades que va a desarrollar -dentro del grupo armado al margen de la ley- son ilegales. Este no es un instrumento, ya que actúa con sus capacidades cognitivas plenas al poseer la libertad de elegir si quiere hacer parte de la organización criminal y cometer los delitos planificados por esta.

Además, cuando el subordinado comete un delito derivado del plan criminal del dirigente, este tiene la potestad de decidir si lo ejecuta o no. Por regla general, los instrumentos -ya sean por un error o coacción, no por aparatos organizados de poder- no tienen capacidad de disposición sobre el delito. Así, cuando el dirigente supuestamente tiene el control sobre la organización, puede ocurrir que la persona designada para materializar el delito finalmente desista de llevarlo a cabo. Bajo esta hipótesis se derrumba la tesis de que el dirigente domina totalmente a sus subordinados en las condiciones que brinda el grupo criminal. De tal manera

¹⁴⁸ GÜNTHER, Jakobs. La Autoría Mediata El Caso de Fujimori. ARA Editores. Ediciones AXEL. Lima- Perú. 2011, p. 106.

que no se puede aseverar que exista un control absoluto y predominante por parte del dirigente sobre los integrantes de la estructura, ya que estos, sí, pueden negarse a cumplir las órdenes.

No se puede perder de vista que Claus Roxin (2011), al advertir esta inconsistencia, pretendió matizar la crítica. En esta nueva postura argumenta que el instrumento es fungible, con ello intentó demostrar que el dirigente sí tiene el dominio total sobre sus subordinados, ya que en caso de que estos no cumplan las órdenes pueden ser removidos o reemplazados¹⁴⁹. Considero que tampoco esta nueva postura es capaz de acreditar el dominio de la organización ilegal por parte del dirigente, porque la capacidad de los supuestos instrumentos para deliberar acerca de las directrices dadas por la cúpula, y el hecho de que sean fungibles, revela en realidad que no existe una sujeción ciega de los subordinados con el dirigente.

Sin embargo, se debe aclarar que para superar esta crítica más adelante el autor habla de "dominio de la organización" y no de "dominio de los subordinados". En esta medida, lo que expresa la fungibilidad es precisamente que el dominio debe estar en relación con la organización.

Recapitulando, si se tiene que acudir a otro ejecutor -en caso de que el primero se niegue a cumplir sus órdenes-, es un indicio de incumplimiento, de indisciplina y desorden, sin que se pueda predicar que se tiene el dominio de la organización delictiva cuando hay subalternos que no están dispuestos a cumplir el plan criminal. En este sentido Hans Heinrich Jescheck (1981) afirma que se tiene que reconocer que la autoría mediata tiene unos límites, y precisamente uno

¹⁴⁹ ROXIN, Claus. Autoría Mediata. REJ Revista de Estudios de la Justicia No. 7. Universidad de Chile. 2006, pp. 11.

de ellos es que el instrumento es en sí mismo un autor plenamente responsable¹⁵⁰. En este caso la ley penal presume que el subordinado debe responder por el hecho que ejecutó en su propia persona como autor, de tal manera que, en estas condiciones, la intervención del dirigente solo puede considerarse como la de un partícipe dentro de la teoría del dominio del hecho.

También Michael Köhler (1997) hace referencia a la misma crítica, señalando que, en este tipo de casos se deben resolver con la figura de la determinación o inducción, razonamiento que se desprende de sus conclusiones en sus estudios de la filosofía kantiana. Allí indica que el comportamiento humano es la expresión esencial de la libertad de cada persona, es decir, marca su autonomía. Ahora bien, si la autoría mediata presupone que el dirigente ejecuta el hecho por medio de otro, este último representa al primero, pero ello no tiene sentido alguno, pues el subordinado -autor inmediato- se determina a sí mismo como un ser libre, lo que significa que el dirigente no está siendo representado en el actuar delictivo, y su responsabilidad será en modalidad de determinador, en este orden de ideas se radicaliza Michael Köhler, y solo justifica la autoría mediata para los casos en que el autor material actúa sin dolo, pues es la única forma en que se anula la libertad¹⁵¹.

En resumen, Michael Köhler (1997) utiliza una máxima kantiana para demostrar que el autor directo no puede ser considerado como instrumento porque actúa con libertad¹⁵². A pesar de que estoy de acuerdo con que el autor directo no es un instrumento, no me convence su postura frente a la inducción, no la veo como una solución viable al problema, enfrentando las

¹⁵⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal Parte General. Volumen Segundo. Bosch. Casa editorial S.A. Barcelona. 1981, p. 921.

¹⁵¹ KÖHLER, Michel. Strafrecht Allgemeine Teil, editorial Springer Link, Alemania. 1997, pp. 505.

¹⁵² Ibidem.

mismas críticas que ya he planteado supra con respecto a la determinación como modalidad de intervención del dirigente, donde sostuve que esta fundamentación dogmática se debe descartar.

En la misma línea, Alicia Gil (2009) manifiesta que la construcción teórica de Claus Roxin ha generado muchas discusiones en España y Alemania. Según ella, quienes hacen estas críticas se sustentan en el hecho de que la autoría mediata en aparatos organizados de poder no es aplicable cuando el subordinado es plenamente responsable, y que solamente habrá autoría mediata en el crimen organizado cuando los integrantes de la organización hayan sido reclutados forzadamente¹⁵³.

Queda claro que siempre el subordinado será el ejecutor directo del delito, y que, además, es el responsable de este. Es absurdo, en mi opinión, sostener que se puede manipular a una persona que actúa racionalmente, y tratar de difuminar esta realidad con el argumento de que la estructura organizada es una cosa, un objeto parco e inanimado, ello es negar de entrada la misma dignidad de la persona, la cual actúa en estas situaciones específicas con dolo. Precisamente este fue el objetivo de Claus Roxin para salir adelante a las críticas, al denotar que no podía negar el elemento subjetivo en el subordinado, corriendo el riesgo de ir en contra de la premisa incuestionable de la libertad -materialización del principio de culpabilidad-, ya que no es razonable que una persona responsable sea un simple instrumento.

Con la nueva postura de Claus Roxin no se necesitaría cuestionar si el subordinado actuó con dolo o no, pues si se presenta la estructura como una máquina delictiva sin corazón ni conciencia, no tendría sentido valorar el dolo del subordinado cuando comete el delito. Esto sería

¹⁵³ GIL GIL, Alicia. Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente un Estudio Comparado. Segunda Edición. Editorial TEMIS, Bogotá. 2009, p. 117.

indiferente en el ejercicio de imputación, corriéndose el peligro de que incluso el subordinado se le aplique una responsabilidad netamente objetiva. En conclusión, este análisis me lleva a sostener de forma inexorable, que una persona que puede autogobernarse, con la capacidad de cumplir con su rol en la sociedad, no debe ser considerado como un instrumento.

5.3.2. El quebrantamiento al principio de culpabilidad

También considero que se pone en peligro con la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder uno de los principios rectores del derecho penal, me refiero al principio de responsabilidad o culpabilidad. Como bien se sabe, este pregona que cada persona debe responder por sus propios actos y no por los actos de los terceros.

Al respecto Bernd Schünemann (2014) ha sostenido esta misma crítica, señalando que, según la concepción de la autoría mediata, el subordinado es un simple instrumento, pero que ello no es cierto por cuanto el subordinado obra con capacidad y por ende con culpabilidad. El gran inconveniente es que Roxin le achaca la culpabilidad del autor material al dirigente, y lo convierte en autor por los actos de un tercero¹⁵⁴.

Cuando al subordinado se le imputa el delito porque tenía conocimiento de este, y actuó con total libertad, la consecuencia jurídica es que el dirigente tendrá que responder a título de partícipe, de modo que, conforme a este principio no existe la figura jurídica del autor detrás del autor como lo he explicado supra. Continuando con sus objeciones, Bernd Schünemann (2014) sostiene que desde hace 40 años tal fortaleza jurídica se ha venido debilitando, producto de

¹⁵⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. El Tempestuoso Desarrollo de la Figura de la Autoría Mediata. Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Volumen 25. N° 75. Bogotá. 2004, p. 29.

algunas excepciones introducidas por la influyente monografía de 1963 de Claus Roxin, denominada la Autoría y Dominio del Hecho, debido a que la teoría del autor detrás del autor se contradice con el principio de responsabilidad penal, lo que denomina Bernd Schünemann (2014) como:

“(…) un tormentoso desarrollo y expansión de la figura de la autoría mediata”¹⁵⁵.

La extensión en la aplicación de la autoría mediata ha avanzado en los últimos años, debido a los crímenes en contra de la humanidad por parte de los dirigentes que tienen bajo su mando las organizaciones criminales, sin percatarse la mayoría de los ordenamientos jurídicos que con ello se está propagando una excepción al principio de responsabilidad penal¹⁵⁶, entendiéndolo como la garantía que procura que la pena solo pueda ser aplicada al culpable, al dueño de su propia acción o al titular del deber infringido¹⁵⁷.

En este mismo sentido, Yesid Reyes (2005) sostiene que:

“Si se quisiera expresar con un principio general de derecho la pretensión hegeliana de imputar a cada persona solamente aquello que deba ser considerado como “su obra”, nada mejor entonces que recurrir al principio de auto-responsabilidad, de acuerdo con el cual el individuo debe responder por sus propias actuaciones y no por las conductas de los demás”¹⁵⁸.

¹⁵⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. El Tempestuoso Desarrollo de la Figura de la Autoría Mediata. Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Volumen 25. N° 75. Bogotá. 2004, p. 29.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 34.

¹⁵⁷ BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho Penal. Editorial TEMIS. Bogotá. 1996, p 28.

¹⁵⁸ REYES ALVARADO, Yesid. Imputación Objetiva. Tercera Edición. TEMIS, Bogotá. 2005, p. 52.

Esta afirmación tiene unas repercusiones enormes con respecto a la autoría mediata, ya que bajo este razonamiento sería contradictorio que el dirigente respondiera por los delitos que cometen sus subordinados, y más cuando estos últimos tienen la capacidad de responder por sus actos. Entonces ¿dónde quedaría el principio de culpabilidad el cual pregona que cada persona debe responder por sus actos?

A pesar de las objeciones, la figura ha sido aplicada en varios países, verbigracia, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en la sentencia 29.221 del año 2009, afirmó que un grupo de dirigentes adscritos al Estado -que aprovechando la estructura jerárquica a la que pertenecían dentro de la administración pública- cometieron crímenes. En este caso la Corte concluye que el dirigente posee el dominio del aparato organizado, lo que significa que también lo tiene sobre la voluntad del autor material del hecho, así que el dirigente debe responder por los actos de sus subordinados.

En el mismo sentido, en la sentencia 32672, del año 2009, la Corte Suprema de Justicia de Colombia señaló que los voceros políticos de una estructura paramilitar eran dirigentes de la organización criminal y que gozaban de mando, lo que les permitía planificar e impulsar acciones delictivas con el fin de consolidar su avance. El político, como integrante de la estructura criminal, pretendía ganar espacios en todos los poderes del Estado, y que la organización estaba integrada por varias personas sustituibles que mantenían una relación jerárquica con sus superiores. Aquellas personas pueden o no tener predisposición a ejecutar delitos, es así como la estructuración de la figura del dominio por parte del dirigente puede estar determinada por la creación de la organización o a través de la jerarquía que posibilita sus

actuaciones ilícitas. Estos fundamentos revelaron en el caso en concreto un dominio del riesgo por parte del dirigente, que hace suyos los actos de sus subordinados.

Como lo he reseñado, Claus Roxin (2006) ha insistido en emplear como requisito de la autoría mediata en aparatos organizados de poder la fácil fungibilidad del subordinado, de esta figura se desprende el dominio funcional del hecho por parte del dirigente. Este criterio representa el pilar de la teoría, puesto que el autor material del delito puede encontrarse en el lugar de la lesión del bien jurídico, pero es incapaz de evitar su ataque¹⁵⁹. Afirmación que, supra, he desmentido, por cuanto el autor material sí tiene la posibilidad de no ejecutar el delito.

Según Bernd Schünemann (2014) es un despropósito considerar que entre más control tenga el dirigente de la organización criminal, será más responsable del delito. Esto significaría abandonar el principio de responsabilidad penal y sustituirlo por una teoría de los grados del dominio del hecho, donde el autor, desafortunadamente, dependería únicamente del alto nivel de control de la organización, teniéndose en cuenta que el dirigente, en cualquier caso, tiene una visión superior sobre la estructura, lo que le permite controlar el suceso mejor que el subordinado, lo que significa que por el simple control de la organización será responsable de todos los delitos que cometa esta, denotando la clara violación al principio de culpabilidad¹⁶⁰.

En conclusión, la teoría de la autoría mediata quebranta el principio de responsabilidad penal, por cuanto los dirigentes de la organización terminan respondiendo por los delitos de sus subordinados. Me parece que el dominio funcional de la organización está siendo interpretado de

¹⁵⁹ ROXIN, Claus. Autoría Mediata. REJ Revista de Estudios de la Justicia No. 7. Universidad de Chile, 2006, pp. 11.

¹⁶⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. El Tempestuoso Desarrollo de la Figura de la Autoría Mediata. Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Volumen 25. N° 75. Bogotá. 2004, pp. 35.

forma distorsionada para fundamentar, de forma incorrecta, que el acto del subordinado es propio del dirigente, cuando ello dogmáticamente no ha sido demostrado, pues, como lo he dejado claro, no existe realmente un dominio del hecho del dirigente sobre la estructura.

En este orden de ideas -y desacreditado este elemento-, no existe otra fundamentación jurídica que logre justificar como propios del dirigente los delitos o actos cometidos por sus subordinados, ni siquiera apelando al concepto -ya criticado, supra- de la estructura como el instrumento y no los subordinados. Considero que, más allá de la visión de Reyes y de Schönemann, el auténtico criterio de culpabilidad del dirigente tiene como fundamento el quebrantamiento de sus propios deberes, por lo tanto, desde la teoría de la imputación objetiva, el principio de responsabilidad se mantiene indemne, puesto que el dirigente estaría respondiendo por sus propias obligaciones derivadas de su rol social¹⁶¹, tal como lo explicaré más adelante.

5.3.3. La desmitificación del requisito de la desvinculación al derecho

La desvinculación del ordenamiento jurídico de la organización delictiva es una condición esencial del dominio de la organización. La estructura ilegal tiene que haberse desvinculado del derecho, por ejemplo, las acciones ejecutadas por el Estado Nacionalista Alemán eran permitidas por el ordenamiento jurídico vigente, las acciones concretas y sistemáticas de los asesinatos de los judíos en el año 1941, para los alemanes, eran conformes a derecho¹⁶². Es decir, los dirigentes del régimen nazi consideraron no aplicable para ellos o, mejor

¹⁶¹ HEIKO HARTMUT, Lesch. Injusto y Culpabilidad en Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2001, pp. 15.

¹⁶² ROXIN, Claus. Autoría y el Dominio del Hecho en el Derecho Penal. Editorial Marcial Pons. 2016, p. 244.

aún, inexistente la prohibición de matar a los judíos¹⁶³, un panorama casi irrepetible e inconcebible en los modernos Estados.

Sin embargo, en este caso la vinculación al derecho no dependió de cómo se valoraba el sistema jurídico interno, sino de la aplicación universal de los derechos fundamentales. Los homicidios en el muro de Berlín en el año 1961, que fueron ejecutados por dirigentes del mismo Estado, eran acciones desvinculadas de los derechos humanos, al igual que los asesinatos en masa del régimen Nazi del año 1941. Así las órdenes en las que estuvieran amparadas por dichos Estados eran abiertamente lejanas del derecho¹⁶⁴, resaltando que la desvinculación a derecho también se presenta cuando se considera legal la conducta¹⁶⁵.

La historia ha demostrado la existencia de una tensión entre los derechos humanos y las normas internas de los Estados. Es un punto de vista que ha sido muy cuestionado, pues señala que los derechos que tienen los ciudadanos es un asunto interno de cada país, por ser estos autónomos y soberanos, con lo cual se limita la intervención de la comunidad internacional y los tratados internacionales de derechos humanos, barreras que con la creación de la Corte Penal internacional se han despejado.

Sin embargo, esta tesis comenzó a ser desvirtuada a partir del siglo XX, y especialmente en consideración a las barbaries cometidas por la Alemania nazi en el año de 1933, y las atrocidades acaecidas durante la Segunda Guerra Mundial en el año de 1939¹⁶⁶. Esto significa

¹⁶³ ROXIN, Claus. *Autoría y el Dominio del Hecho en el Derecho Penal*. Editorial Marcial Pons. España. 2016, p. 692.

¹⁶⁴ ROXIN, Claus. *Autoría Mediata*. REJ Revista de Estudios de la Justicia No. 7. Universidad de Chile. 2006, p. 16.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ ROXIN, Claus. *Autoría y el Dominio del Hecho en el Derecho Penal*. Editorial Marcial Pons. España. 2016, p. 692.

¹⁶⁶ Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Viena 1993. *Declaración y Programa de Acción de Viena*, p. 4.

que el reconocimiento de los derechos fundamentales no depende de su positivización, pues al ser estos derechos universales e inalienables deben ser reconocidos y protegidos así los mismos Estados los desconozcan.

Si, hipotéticamente, se variara la situación, y el homicidio de personas que intentaran pasar a la Alemania Federal, atravesando el muro de Berlín, hubiera sido prohibido por la ley, los asesinatos serían consecuencia de las órdenes impartidas por servidores públicos no autorizados. Estas acciones criminales, aisladas del engranaje estatal, serían individuales y valoradas con la regla general de la inducción o de la coautoría.

En ese orden de ideas, el guardia fronterizo podía haber desobedecido el mandato de su superior de asesinar a las personas que intentaran traspasar el muro de Berlín, amparándose en la legislación del Estado Alemán. Lo mismo ocurriría si se trasladaran las mismas variables al caso del genocidio Nazi, exterminio que seguramente no hubiese ocurrido sin la existencia de la estructura organizada de poder al interior del Estado. Por lo tanto, el Estado actuó de forma delictiva -*rechtsgelöst*-, desvinculado del derecho, adjudicándosele los resultados de la estructura estatal a los subordinados, sin desconocer que los demás integrantes de la estructura, como mandos medios, también pueden responder como autores¹⁶⁷. Reitero que se trata de un panorama que difícilmente se pueda repetir en la historia de la humanidad.

Es importante aclarar que -en la teoría del dominio del hecho- si todo el aparato de poder se mueve dentro de los parámetros de los derechos humanos, en el evento que un dirigente emita una orden antijurídica será un caso de inducción. Ello en razón a que todo el aparato se despliega

¹⁶⁷ ROXIN, Claus. Autoría Mediata. REJ Revista de Estudios de la Justicia No. 7. Universidad de Chile. 2006, p. 16.

dentro del derecho, lo que impide que una orden ilegal pueda ser considerada como el dominio de la organización. Sería una situación aislada, que no tiene la capacidad de desvincular por solo este hecho a la estructura del ordenamiento jurídico. No se trata de una acción de la maquinaria, sino de una visión particular de quien será considerado como inductor, que se desarrollará sin el consentimiento de la estructura. En esta situación no se actúa con el aparato, sino en contra del aparato.

Esta aclaración es supremamente importante, ya que varios tribunales, equivocadamente, le han dado la categoría de autoría mediata a hechos que -según los parámetros descritos- corresponde a hechos aislados de miembros de la fuerza pública, que en nada comprometen a la estructura de poder, y que realmente son inducciones, lo que ha conllevado a que haya sido distorsionado este elemento esencial de la autoría mediata y que además demuestra su desmitificación.

En las situaciones donde la estructura de poder esté desvinculada al derecho es claro que los dirigentes deben responder, inexorablemente, por los delitos que ordenaron ejecutar a sus subordinados -delitos de lesa humanidad que violaron los derechos humanos-, pero con respecto a la responsabilidad penal de los subordinados existen divergencias, veamos: los delitos perpetrados por el régimen Nazi y por la Alemania Democrática están desvinculados de los derechos universales -inalienables al ser humano-, es así como los subordinados no pueden ampararse o excusarse en alguna causal de legitimación, ya que la protección de los derechos humanos no admite excepciones en ningún ordenamiento jurídico del mundo.

Al respecto Yesid Reyes Alvarado (2005) señala –partiendo de la teoría de la imputación objetiva– que los guardias fronterizos en la Alemania Democrática tenían la obligación de dispararle a quien cruzara -con dirección a la Alemania Federal- el muro sin permiso. Inclusive, impedir la fuga era un servicio distinguido para ellos, que los hacía merecedores de beneficios económicos y profesionales, de modo que aquí lo que se plantea es la sanción solo a los máximos responsables. Una vez unificadas las Alemanias, se juzgó a dos vigilantes fronterizos que dispararon y dieron muerte a un joven que intentó escapar hacia el occidente. La conducta de los guardias generó un riesgo desaprobado a la luz de las normas vigentes de la entonces Alemania Occidental. Todavía, se desconoció en su juicio, en el año 1993, que cuando ellos dispararon contra el prófugo, no solamente estaban desarrollando un comportamiento que en su país - Alemania Democrática- era permitido, sino además exigido¹⁶⁸.

“Cuando los miembros de una sociedad han sido educados de forma tal que dentro de la comunidad es reputada como permitida, incluso la muerte de seres humanos no es el individuo quien debe responder por haberse comportado como le era exigible, sino el Estado que de esa manera formó a sus coasociados”¹⁶⁹.

En concordancia, Iván Meini (2009) considera lo siguiente:

“si, efectivamente, en un aparato de poder que opera al margen del Ordenamiento Jurídico las leyes no priman sobre las órdenes ilícitas, simplemente no se podría

¹⁶⁸ REYES ALVARADO, Yesid. Imputación Objetiva, Tercera Edición, TEMIS, Bogotá. 2005, p. 121.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

juzgar ni condenar a quienes las cumplen”¹⁷⁰

Considero que no basta con afirmar que la estructura criminal no está cobijada por la legalidad. De tal conclusión se derivan más temas de fondo, puesto que este requisito imposibilita aplicar la figura al crimen empresarial como se explicará más adelante. Además, deja abierta la duda de si en estructuras estatales puede ocurrir lo mismo, ya que el Estado siempre está legitimado para actuar, puesto que sus actuaciones se desarrollan bajo el imperio de la Ley, quedando la figura relegada para casos donde, abierta y notoriamente, la estructura actúa desligada de forma burda de la legalidad. Esto porque, como lo he reseñado, la mayoría de los actos criminales de servidores públicos no son políticas de Estado, sino, por el contrario, van en contra del ordenamiento jurídico, es decir este requisito cada día entra en desuso.

Ahora bien, se debe también dejar claro -y que refuerza el anterior argumento- que en las estructuras estatales existe un deber de obediencia limitada; primero, por la posibilidad de que el subordinado no esté obligado a cumplir las órdenes cuando son flagrantemente contrarias a derecho; y, segundo, porque existe la transferencia de responsabilidad al superior -son características que no se encuentran en estructuras delincuenciales no estatales-, lo que pone en duda si realmente las organizaciones estatales están desvinculadas del derecho.

Las consecuencias de impartir una orden ilícita dentro de una organización estatal o empresarial son totalmente diferentes, puesto que quien las emite puede esperar que no sean cumplidas por sus subalternos. Esa es la fuerza que tiene la ley sobre estas órdenes ilícitas cuando la estructura está vinculada al derecho, pero en otro tipo de organizaciones esa fuerza

¹⁷⁰ MEINI, Iván. Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente. Estudio comparado. Temis. Bogotá. 2009, p. 135.

normativa no opera¹⁷¹. Insisto, este análisis sugiere que es muy difícil que en sociedades modernas existan Estados que actúen con total desconocimiento de la Ley, provocando que los grupos ilegales de servidores públicos no se entiendan como desvinculados al derecho, sino, por el contrario, un grupo criminal que actúa en contra del derecho que quiere mantener vigente el Estado.

La anterior reflexión abre la posibilidad de que se entienda que la desvinculación al derecho pierde su razón de ser como elemento fúndante de la autoría mediata en el crimen organizado, aclarando que no son los delitos cometidos por la estructura los que generan la desvinculación al derecho sino su naturaleza, su estructura organizacional y funcionamiento no están amparados por el ordenamiento jurídico. Diferente lo que sucede con estructuras del Estado que sí están creadas por la ley, verbigracia las Fuerzas Militares. Esto marca una gran diferencia con la creación de un grupo delincuencia no estatal, que, por su sola existencia, estarían sus integrantes cometiendo el delito de concierto para delinquir.

En este orden de ideas, en organizaciones vinculadas al derecho la ley prima sobre las órdenes ilícitas, en el entendido de que el servidor público está sujeto y debe actuar en derecho. Pero yendo un poco más allá, el mismo argumento podría utilizarse en cualquier organización criminal, teniendo en cuenta que todos los ciudadanos deben actuar conforme a derecho y no tienen la obligación de acatar órdenes ilícitas. Hoy en día, jurídicamente, una orden ilícita jamás podrá vincular normativamente a su destinatario.

¹⁷¹ MEINI, Iván. Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente. Estudio comparado. Temis. Bogotá. 2009, p.134.

5.3.4. No siempre el subordinado es fungible

Otro elemento de la autoría mediata se configura cuando el ejecutor material -fungible- actúa dentro del aparato organizado de poder, realizando el último acto ejecutivo para incurrir en el tipo penal, también se le conoce como el subordinado. Es una de las características fundamentales para acreditar el dominio de la organización del dirigente, puesto que la obtención del resultado por parte del dirigente se asegura gracias a que muchos potenciales ejecutores directos están disponibles. En consecuencia, la negativa de un subordinado no puede evitar que se cometa el delito¹⁷², de manera que si falta un ejecutor otro ocupara su lugar, asegurando de esta manera el cumplimiento de la orden, pues el dominio del hecho no se fundamenta en el ejecutor, sino en el gran número de estos, que garantizan la ejecución del delito¹⁷³.

Hay que tener en cuenta que el subordinado puede actuar sin responsabilidad y con responsabilidad. A esta última tesis la doctrina la ha denominado el autor detrás del autor, precisamente porque tanto el subordinado como el dirigente son plenamente responsables de sus actos, siendo irrelevante para efectos de la responsabilidad del dirigente si quien comete el delito, es decir, el subordinado, quería o no cometerlo -como lo he referenciado supra-.

Al respecto Friedrich-Christian Schroeder (2011) analiza en su tesis de doctorado la figura jurídica del autor detrás del autor, y afirma que la característica de fungibilidad no tiene relevancia y la reemplaza por el concepto de resolución condicional del hecho, fundamentándose en la teoría del dominio del hecho. El autor insiste en la secuencia automática y regular del acontecimiento, afirmando que el elemento constitutivo de esta regularidad -no como lo concibe

¹⁷² ROXIN, Claus. Autoría Mediata. REJ Revista de Estudios de la Justicia No. 7. Universidad de Chile. 2006, p. 17.

¹⁷³ ROXIN, Claus. Autoría y el Dominio del Hecho en el Derecho Penal. Editorial Marcial Pons, España. 2016, p. 692.

Claus Roxin en la fungibilidad del instrumento o en el intercambio voluntario del agente directores la determinación del hecho ya presente, independientemente de la influencia del dirigente, es decir, para él era imprescindible la falta de fuerzas de cohibición en el ejecutor al momento de perpetrarse el hecho¹⁷⁴.

Veamos algunos ejemplos: se destaca el caso del 21 de noviembre del año 1976 en Washington, Estados Unidos, allí fueron asesinados ese día Orlando Letelier y su secretaria Ronnie Moffitt. Letelier fungió como embajador ante la Confederación Norteamericana y como Ministro de Relaciones Exteriores y Defensa del Gobierno de Salvador Allende Gossens, vivía exiliado en Washington y desde allí hacia oposición al Gobierno que lo había expulsado de Chile¹⁷⁵.

Su asesinato se planeó con varias estrategias de espionaje, realizadas por la Dirección de Inteligencia Nacional. Fue ejecutado cuando viajaba en su automóvil con Moffitt. El homicida activó un explosivo instalado en su vehículo. Michael Townley -agente de la CIA-, fue el responsable de este hecho¹⁷⁶. El asesino afirmó en su declaración que siguió las órdenes del director del organismo de inteligencia, el Coronel Contreras, transmitidas a través del coronel Espinoza, Jefe de Operaciones, lo que demostró que los dos altos oficiales enviaron a Townley a los Estados Unidos con la misión de asesinar a Letelier¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Apud. ROTSCH, Thomas. La Autoría Mediata El Caso de Fujimori. ARA editores. Ediciones AXEL. Lima-Perú. 2011, p. 36.

¹⁷⁵ GUZMÁN, José Luis. Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente un Estudio Comparado. Segunda Edición. Editorial TEMIS, Bogotá. 2009, pp. 77.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

Por estos hechos, en 1978 se abre una investigación en la Justicia Penal Militar Chilena, pero solo hasta el año 1991 asume la competencia la justicia ordinaria y le imprime celeridad al proceso, superando así la negligencia detectada por parte del Tribunal Militar. En el año de 1993 la Corte Suprema sentenció a los procesados por el delito de homicidio¹⁷⁸. En el fallo que condenó a Contreras y Espinoza como coautores del asesinato de Orlando Latelier el sentenciador descartó la responsabilidad por inducción o determinación, al considerar que ella supone un acto de persuasión, que no corresponde con al acto coercitivo en el caso concreto, ya que se impartió fue una orden que obligó a Michael Townley a colocar la bomba. Por tal motivo el Tribunal se inclina por la teoría de la autoría mediata, donde el ejecutor aparece como un instrumento de la Dirección de Inteligencia Nacional¹⁷⁹.

Varias cosas frente a esta sentencia, en lo referente a la fungibilidad del autor directo. ¿Cualquier integrante de la organización hubiera podido cometer el asesinato si Michael Townley se hubiera negado a hacerlo? Considero que no, por cuanto esta persona era de un perfil tan alto, tan específico, es decir, era agente de la CIA, era nacional de los Estados Unidos, tenía profundos estudios en electrónica y explosivos por parte de exmiembros de la CIA, hablaba inglés, podía entrar a los Estados Unidos sin levantar sospechas; por lo tanto, era casi imposible que fuera reemplazado por otra persona, lo que contradice el principio de fungibilidad del dominio del hecho en aparatos organizados de poder.

Por estas razones traigo a la discusión si la fungibilidad es uno de los elementos esenciales de la autoría mediata. Sin embargo, el Tribunal no se detuvo a analizar si este

¹⁷⁸ GUZMÁN, José Luis. Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente un Estudio Comparado. Segunda Edición. Editorial TEMIS S.A. 2009, pp. 77.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

elemento se configuraba en este hecho. En mi concepto, este es uno de los casos más importantes donde se ha fallado con base en la autoría mediata, y que creo que demuestra, sin lugar a duda, que no en todas las organizaciones delictivas los subordinados se pueden reemplazar con la facilidad que enseña Claus Roxin. Seguramente si Michael Townley se hubiera negado a cometer el asesinato, Orlando Latelier hubiera preservado su vida.

Lo anterior me lleva a concluir que no a todos los delitos cometidos por la estructura organizada de poder se le es posible aplicar la teoría del dominio del hecho, ya que, como lo he demostrado, no siempre los autores materiales son fungibles. Esto mantiene la tesis de la inducción, que, en este tipo de circunstancias, es decir, cuando el autor es una persona especializada, bajo los clásicos criterios cualitativos de la autoría y la participación se tendrá que apelar a modelo de la determinación. Sin embargo, regresaríamos a los mismos dilemas y cuestionamientos ya planteados supra sobre la incompatibilidad de esta figura en estructuras criminales.

5.3.5. La distorsión del concepto de la disponibilidad al hecho

A las características esenciales descritas hasta ahora, se tiene que agregar un último elemento que contiene la teoría del dominio del hecho -*tatherrschaft*-, el cual opera con respecto de los dirigentes de la organización a sus subordinados -*hintermänner*-, lo que Claus Roxin ha denominado “disponibilidad al hecho del ejecutor considerablemente elevada”¹⁸⁰. También ha reconocido que dicha disposición al hecho no es un criterio autónomo del dominio de la

¹⁸⁰ ROXIN, Claus. Autoría Mediata. REJ Revista de Estudios de la Justicia No. 7. Universidad de Chile. 2006, p. 17.

organización, sino la consecuencia del poder de mando, la sustracción o desvinculación al derecho, y la fungibilidad de los ejecutores directos¹⁸¹.

Fue Friedrich-Christian Schroeder (2011) quien planteó el criterio decisorio de la predisposición al hecho. Sostuvo que aquel que, en un aparato organizado de poder, desvinculado del derecho, ejecuta el último acto que realiza el tipo penal estará sometido a varias influencias, derivadas de la organización, que, si bien no eliminan su responsabilidad por el hecho, hacen al sujeto más predispuesto al delito que otros potenciales criminales. Bajo esta perspectiva, gracias a esos influjos, la probabilidad de éxito de la orden dada por el dirigente se aumenta¹⁸².

El subordinado, que es aquel que ejecuta el delito y que integra un aparato organizado de poder ilegal, lleva a cabo el último acto, correspondiente al tipo delictivo, de lo que se deduce que las condiciones en las que actúa son diferentes a los de un autor que opera individualmente y se desenvuelve por sí solo¹⁸³. La persona adquiere la calidad de subordinado, al decidir integrarse a la organización y someterse a su influencia. Ello no significa que su responsabilidad penal quede descartada, pero sí lo hacen más proclive a ejecutar el hecho que otros potenciales criminales, lo cual aumenta las probabilidades del éxito de la orden impartida por el dirigente y contribuye al dominio del hecho de este¹⁸⁴.

¹⁸¹ ROXIN, Claus. *Autoría y el Dominio del Hecho en el Derecho Penal*. Editorial Marcial Pons, España. 2016, p. 693.

¹⁸² Apud. ROTSCHE, Thomas. *La Autoría Mediata El Caso de Fujimori*. ARA editores. Ediciones AXEL. Lima-Perú. 2011, p. 39.

¹⁸³ ROXIN, Claus. *Autoría Mediata*. REJ Revista de Estudios de la Justicia No. 7. Universidad de Chile. 2006, p.20.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

Al ser integrante de la organización, la persona se adapta a ella y asume cierta identidad con la estructura, esto conlleva a que el sujeto participe en hechos delictivos de forma inflexible, delitos que posiblemente nunca se le hubieran ocurrido si no fuera parte de dicha organización. Concomitantemente confluyen otros factores, como que el miembro del grupo se esfuerce por sobresalir, tenga un afán desmesurado por hacerse notar, el gusto ideológico, y le apasionen los actos criminales que ordenen sus superiores¹⁸⁵, también puede suceder que algunos subordinados, se resignen a ejecutar la orden como producto de la reflexión: si no lo hago yo, lo hace de todas forma otro.

Hay unos supuestos que no fundamentan la coacción o el error de los hombres de atrás, pero que pueden aproximarse a tales situaciones, por ejemplo, el ejecutor tiene temor, por tanto, hace todo lo que le manden¹⁸⁶. Los anteriores factores no excluyen la culpabilidad del subordinado -schuld-, ni la responsabilidad del dirigente -verantwortlichkeit-, pero en algo se ve mitigada su notoriedad frente al hecho delictivo, lo que quiere decir que el dominio finalmente lo tiene el dirigente, y se le suma la intercambiabilidad del ejecutor, que le asegura a este que sus órdenes serán ejecutadas¹⁸⁷.

Pero Claus Roxin (2016) no siempre estuvo de acuerdo con que este elemento hiciera parte de la autoría mediata. En una abierta crítica a un caso fallado en Alemania sostuvo, en su momento, que esta disponibilidad al hecho por parte del ejecutor directo era irrelevante para el dirigente, ya que este confía en que su orden se va a ejecutar gracias al dominio de la organización. Pero que, en cierta medida, la disponibilidad al hecho que tiene el autor directo sí

¹⁸⁵ ROXIN, Claus. Autoría Mediata. REJ Revista de Estudios de la Justicia No. 7. Universidad de Chile. 2006, p.20.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

afectaba el dominio del hecho, ya que se puede entender que el ejecutor material quiere el resultado como propio de su actuación. En este orden de ideas el aceptar esa disponibilidad no constituye autoría mediata, sino inducción¹⁸⁸.

Veamos un ejemplo de esta figura, la cual Claus Roxin desacreditó en principio y después la legitimó. En la historia judicial peruana hay un precedente jurisprudencial muy importante, que marcó el cambio de postura de la Corte Suprema de Justicia en lo concerniente a la responsabilidad de los dirigentes y en cuanto al alto grado de disponibilidad en el hecho de sus subordinados. Es el caso del guerrillero Abimael Guzmán Reynoso, líder del movimiento Sendero Luminoso.

El jefe guerrillero fue condenado a cadena perpetua por terrorismo y homicidio calificado por la masacre de la comunidad de Lucanamarca de Ayacucho, cometida por el grupo Sendero Luminoso, por medio de sus subordinados, quienes siempre proclamaron que sus actos los hacían por convicción en la causa; es así como la sentencia de primera instancia se fundamentó en la teoría del autor mediato en aparatos organizados de poder, postura que fue confirmada por la Corte Suprema¹⁸⁹.

El recuento fáctico y jurídico de la sentencia se centra en que Guzmán, máximo dirigente del grupo guerrillero Sendero Luminoso, lideró la lucha armada desde los inicios de la agrupación, provocando varios actos terroristas por medio de sus subordinados, que se caracterizaban precisamente por su elevada disponibilidad para cometer los delitos ordenados

¹⁸⁸ ROXIN, Claus. *Autoría y el Dominio del Hecho en el Derecho Penal*. Editorial Marcial Pons. 2016, p. 579.

¹⁸⁹ Sentencia de Primera Instancia de la Sala Penal Nacional de fecha 13 de octubre de 2006 (Expediente acumulado N. 560-03). Y. Sentencia de Segunda Instancia de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 14 de diciembre de 2007 (Recurso de Nulidad N. 5385-2006).

por su dirigente, en el caso concreto fue él quien ordenó, en el año 1983, la masacre contra 79 pobladores de la localidad de Lucanamarca¹⁹⁰.

Según la sentencia, Guzmán no solamente era el líder, sino que también adoctrinaba ideológicamente a sus subordinados, marcando en ellos su línea política y militar, lo que hizo que estos tuvieran más disposición para desarrollar el programa criminal. Le correspondía aprobar planes militares y atentados, determinando dónde y quién los ejecutaría. Guzmán Reynoso dominaba por completo la organización terrorista, valiéndose de la ideología, principios de obediencia y jerarquía militar¹⁹¹.

En la masacre de los pobladores se calificó a Guzmán Reynoso como autor mediato en virtud del dominio de la organización, es así como en la sentencia de la Sala Penal Nacional (SPN) del 13 de octubre del año 2006, expediente acumulado 560-03, se destacó la influencia de la autoría mediata y la elevada disponibilidad para cometer los delitos por parte de sus subordinados, miremos:

“(…) los ejecutores son parte de una organización a la cual voluntariamente ‘prestan sus servicios’ y el hombre de atrás (Abimael Guzmán), al aprovecharse de la funcionalidad de la organización, se aprovecha de la disposición de los ejecutores para realizar el delito. Y este aprovechamiento no tiene por qué suponer un

¹⁹⁰ Sentencia de Primera Instancia de la Sala Penal Nacional de fecha 13 de octubre de 2006 (Expediente acumulado N. 560-03). Y. Sentencia de Segunda Instancia de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 14 de diciembre de 2007 (Recurso de Nulidad N. 5385-2006).

¹⁹¹ *Ibidem*.

déficit de conocimiento ni de libertad, ni un defecto de responsabilidad en el sujeto”¹⁹².

Tampoco estoy de acuerdo con esta postura, pues considero que la elevada disponibilidad en el hecho por parte del subordinado no es otra cosa que un elemento que está implícito en el dolo -para algunos como elemento subjetivo de la culpabilidad- el cual está presente en todos los delitos, con independencia de que se sea un subordinado del grupo ilegal. Es decir, las personas cuando cometen un delito, con conocimiento y voluntad, siempre quieren alcanzar un fin, por ejemplo, la lucha de clases, el ánimo de lucro, el odio, la envidia, estos están dentro de esos fines, por lo tanto, este aspecto no los hace más o menos proclives a cometer el delito, sino por el contrario, es la base del dolo, el cual se valora en la tipicidad de la conducta. Sin embargo, en un esquema normativo de imputación estos fines serían intrascendentales.

No en vano, cuando Claus Roxin se apartó en sus primeras tesis de este concepto, con mucha claridad describió que la elevada disponibilidad del hecho del ejecutor directo lo que lograba era disminuir el dominio de la organización del dirigente, incluso mutando la autoría mediata en inducción, ya que si el autor directo se considera un instrumento no sería lógico que este tuviera más predisposición de cometer el delito que el propio dirigente que supuestamente lo instrumentaliza.

Verbigracia, el esposo que contrata a un sicario par matar a su esposa porque esta le fue infiel, y para tal propósito escoge un sicario que también fue traicionado por su esposa, no podemos afirmar que esta condición representa algo más allá del dolo del autor material, y que

¹⁹² Sentencia de Primera Instancia de la Sala Penal Nacional de fecha 13 de octubre de 2006 (Expediente acumulado N. 560-03). Y. Sentencia de Segunda Instancia de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 14 de diciembre de 2007 (Recurso de Nulidad N. 5385-2006).

esta situación ocasione que el delito sea más efectivo. Así las cosas, creo que este elemento reseñado por Claus Roxin, de la elevada disponibilidad del subordinado, es superficial y poco o nada aporta a la fundamentación de la autoría mediata.

5.3.6. La limitación de la responsabilidad de los dirigentes en la omisión

Hay casos que creo no pueden ser abordados por la teoría de la autoría mediata y precisamente son los de omisión. Claus Roxin (2016) ha sostenido enfáticamente que la autoría mediata no se puede producir por omisión, ya que el sujeto de atrás o, el dirigente de la organización, se sirve de una persona por medio de un actuar activo¹⁹³. Y esta conclusión no es una sorpresa, ya que corresponde con el espíritu de su tesis, pues de aceptar esta variable estaría cada vez más cerca de nuestra postura, pues aceptar la omisión en la autoría mediata significaría que todos los garantes que no intervienen para evitar un delito serían responsables, conclusión que rechaza Claus Roxin, pero que inexorablemente se producirá.

Si los delitos de omisión son delitos de infracción del deber -como se explicará más adelante- y se reconoce que no aplica en la omisión en la autoría mediata, esta teoría no puede representar ningún papel en la interpretación en este tipo de situaciones, ya que no es necesaria. Realmente no es útil, incluso, si no se acepta la omisión en la autoría mediata -y es lo que quiere evitar Claus Roxin-, en estos casos donde el garante no hace nada ante el delito, igual sería responsable por virtud de la teoría general del delito de infracción del deber, pues recordemos que sea por acción u omisión, el obligado responde por el delito cuando es titular de una posición de garante.

¹⁹³ ROXIN, Claus. *Autoría y el Dominio del Hecho en el Derecho Penal*. Editorial Marcial Pons. España. 2016, p. 453.

En el caso donde un dirigente crea una organización criminal, le provee al grupo las armas, dinero y elementos logísticos, y no hace nada por evitar que esta máquina de guerra que ha creado cometa delitos, no se podría responsabilizar por autor mediato, por cuanto, como se ha dicho, no es dable la omisión en estos eventos. No se puede confundir con un actuar activo la conformación de la organización, de la cual se desprende el delito de asociación criminal por acción, pero los delitos que se desprendan de la estructura, los cuales omite evitar el dirigente, se quedarían por fuera de la autoría mediata, tesis que en mi concepto es inconcebible y deja abierta una laguna de punibilidad.

5.3.7. El reduccionismo provocado a la autoría mediata por los delitos de infracción del deber

Sentado el concepto del dominio de la organización por parte del dirigente como un elemento básico de la autoría mediata, cuestionaré las condiciones para fundamentar el dominio de la organización por parte de este en relación con el poder de mando del dirigente en la estructura. Se presupone que dentro de la organización criminal el dirigente debe tener el poder y la autoridad para impartir órdenes y que por medio de estas se cometa y asegure el delito.

Según Claus Roxin (2011) la orden pasa por distintos niveles de jerarquía y mandos y esta los sujeta a cumplirlas. En el caso de los campos de concentración Nazi, con ocasión a su posición de poder, los encargados de estos -servidores públicos- son autores mediatos por ordenar los asesinatos¹⁹⁴. Verbigracia, en Argentina en la sentencia del 9 de diciembre del año 1985 de la Cámara Federal, en el juicio seguido con la Causa N.º 13/84, en contra de los

¹⁹⁴ ROXIN, Claus. Autoría Mediata. REJ Revista de Estudios de la Justicia No. 7. Universidad de Chile, 2006, p. 16.

excomandantes militares del régimen militar que gobernaron al país hasta el año 1976, según el tribunal los procesados desplegaron su facultad de mando, derivada del ejercicio de su cargo dentro de las Fuerzas Armadas.

Es decir, era evidente su relación de poder con sus subordinados, ya que estos se valieron de la estructura del ejército, que es jerarquizada, para lograr que sus órdenes se cumplieran. Según el Tribunal, las órdenes eran emitidas para desarrollar la lucha militar, es así como el actuar de los subordinados -respondiendo a las directrices de los dirigentes-, se direccionó contra los grupos terroristas, pero las órdenes que emitieron estos, eran evidentemente ilícitas.

El Tribunal hizo énfasis en la responsabilidad de los procesados a partir del hecho de que no habían realizado personalmente las acciones descritas en los tipos penales, y la jurisdicción que se aplicó fue la militar, ya que se consideraron sus acciones como actos del servicio. El artículo 514 del Código de Justicia Militar fue la base de la condena, el cual predica:

“Cuando se haya cometido delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiera dado será el único responsable, solo será considerado cómplice el inferior, cuando este se hubiera excedido en el cumplimiento de dicha orden”.

Así que el superior que emitió la orden es el autor del delito, en virtud de la relación de poder que tenía con sus subordinados. La seguridad de que la orden se ejecutara se reforzaba con

sanciones para el subordinado que le acarreaban si no la cumplía, pues en el ámbito militar las órdenes deben ejecutarse¹⁹⁵.

Ezequiel Malarino (2009), quien se ha ocupado con rigurosidad a analizar este tema en la Argentina, señala que esta estructura jurídica es el reconocimiento de la relación de poder entre el dirigente y el subordinado, ya que el superior que imparte una orden con vocación de fuerza domina el curso causal del suceso, gracias al poder que detenta, y solo de ese poder depende la consumación del delito, cuya ejecución estará a cargo del subordinado¹⁹⁶. Sostiene que dicha norma no es ajena al ordenamiento argentino, ya que el artículo 6º del Código Penal Militar del año 1895 decía que:

“cuando haya sido violada una ley penal por la ejecución de una orden del servicio, el jefe militar que hubiera dado la orden será el único responsable”¹⁹⁷.

Me parece que, en realidad, se trata de una responsabilidad basada en una relación de poder, derivada de una posición de garante, lo que implica que las consecuencias de la violación de los deberes solo le competen al titular del rol, por lo tanto, no se necesita de la autoría mediata para fundamentar la responsabilidad del dirigente.

A pesar de ese reconocimiento, el Tribunal hace varias reflexiones, dice que entre más amplio sea el ámbito de libertad del ejecutor, menor será el dominio del hecho de la persona de atrás, es decir, del dirigente. Esta afirmación me lleva a concluir que para el Tribunal la autoría

¹⁹⁵ Sentencia del 9 de diciembre de 1985 de la Cámara Federal, en el juicio seguido [Causa N° 13/84] Contra los Ex-Comandantes Militares del Régimen Militar Argentino.

¹⁹⁶ MALARINO, Ezequiel. Capítulo II. El Caso Argentino. Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente. Estudio comparado Temis S.A. Bogotá D.C. 2009, p. 64.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

mediata se extingue cuando interviene un autor plenamente responsable y me da la razón con respecto a las críticas formuladas supra.

Sin embargo, el Tribunal acepta una excepción a la regla general, en la que es factible la coexistencia de la autoría mediata, así el ejecutor sea plenamente responsable¹⁹⁸, decisión que no me deja de parecer contradictoria con la primera postura ¿Entonces el subordinado sí puede actuar con libertad? A pesar de ello, si esto es así, se pone también en duda el dominio de la organización que tiene el dirigente sobre el grupo criminal, llegando a la conclusión de que, si no hay dominio en esta, no hay autoría mediata.

El anterior planteamiento me abre el camino para detallar más esta crítica, ya que otro de los puntos débiles que considero tiene la teoría de la autoría mediata dominante es el tratamiento diferenciado entre los delitos de dominio del hecho y los de infracción del deber. Como lo explicaré más adelante, el dominio del hecho no aplica en los delitos de infracción de deber, por lo tanto, su configuración cambia sustancialmente la modalidad delictiva del sujeto, ya que quien es titular del deber, así no tenga el dominio del hecho siempre será autor del delito. Este razonamiento trae unas repercusiones enormes en la teoría del delito, pues el ejecutor que instrumentaliza a otro en aparatos organizados de poder no será autor por virtud de la autoría mediata, sino por haber quebrantado sus deberes.

Es así como Claus Roxin (2017) lo reconoce, al señalar que en los delitos de infracción del deber no se requiere el dominio del hecho, y la autoría depende es de una relación con el deber. Por ello, no hay razón para fundamentar la responsabilidad mediante la autoría mediata

¹⁹⁸ MALARINO, Ezequiel. Capítulo II. El Caso Argentino. Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente. Estudio comparado Temis S.A. Bogotá D.C. 2009, p. 64.

del autor cualificado cuando no ejecuta el delito, pues este es el único que puede ser autor, independientemente si su actuación se desarrolla dentro de los parámetros de la autoría mediata en una estructura organizada de poder o no. Así mismo, con independencia de la importancia de su aporte. No se sustrae al ejecutor cualificado de ser el autor del delito¹⁹⁹.

Lo anterior es muy importante dejarlo claro, ya que la fortaleza de la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder radica en las estructuras estatales, donde todos los implicados son titulares de deberes. En este orden de ideas, está por encima de la autoría mediata la teoría de la autoría de los delitos de infracción del deber, reduciéndose un gran número de casos a ese entendimiento dogmático, donde la autoría mediata pierde todo sentido desde un punto de vista práctico, dándole prioridad a la autoría por solo el hecho de infringir los deberes, independientemente de si el ejecutor no cualificado tenía el dominio de la organización y los demás requisitos explicados supra.

5.3.8. La exclusión de la responsabilidad empresarial

La aplicación de la autoría mediata en los esquemas empresariales no ha sido reconocida, lo que representa un límite importante en la universalidad de la figura dogmática, ya que lo ideal sería que esta pudiera abarcar todos los fenómenos de delincuencia organizada. Cada vez son menos los casos de estructuras de poder, tal como se consideraron originalmente con el propósito de aplicar la teoría de la autoría mediata. Frente al gran problema en el análisis jurídico de la criminalidad empresarial, los operadores jurídicos se han visto tentados a homologar la teoría de la autoría mediata a este tipo de estructuras, por cuanto hoy en día existe un considerable número

¹⁹⁹ ROXIN, Claus. *Autoría y el Dominio del Hecho en el Derecho Penal*. Editorial Marcial Pons, España. 2016., pp. 350.

de casos donde las empresas han aprovechado su estructura organizacional para cometer delitos.

Al respecto, Claus Roxin (2016) ha abordado este debate, es decir, analizando si en virtud de la idea del dominio del hecho de las maquinarias de poder es posible trasladarlo al mundo de las empresas. Posibilidad que rechaza tajantemente, pues ciertamente la estructura que se ha definido para los crímenes nazis con relación a sus requisitos, como la desvinculación al derecho y la fungibilidad de los autores directos, pueden aplicarse a organizaciones, incluso a algunas organizaciones terroristas, pero no a la empresa y otros grupos criminales. Si en una empresa un jefe exhorta a un empleado a falsificar un documento, aquel es un determinante del delito así el empleado sea fungible, ya que en una organización que se desenvuelve en el marco de la legalidad se espera que los trabajadores no acaten órdenes ilegales²⁰⁰. Pero considero que lo mismo podría decirse de las organizaciones delictivas no empresariales, siempre se espera que todos los ciudadanos cumplan con las normas.

Sostiene Claus Roxin (2016) que es poco probable que se represente la fungibilidad de los ejecutores, ya que la realidad sugiere que se trata de un grupo independiente que se ha conformado al interior de la empresa y su responsabilidad depende de ellos mismos y no de la empresa, es decir, es una organización autónoma. Sin duda alguna la fundamentación dogmática es diferente para aquellos grupos que se mueven en el marco de la ley.

Una de las premisas más importantes del dominio del hecho en maquinarias de poder es que estén por fuera de la ley, pues su diseño dogmático fue concebido para abarcar los casos de terror a gran escala. Es así como el poder que tienen estos dirigentes dista mucho del que se

²⁰⁰ ROXIN, Claus. *Autoría y el Dominio del Hecho en el Derecho Penal*. Editorial Marcial Pons, España. 2016, pp. 700.

desarrolla en el sector empresarial. Los integrantes de las estructuras de poder son violentos, son máquinas de guerra, por ello los aparatos organizados se destacan en Estados que violan los derechos fundamentales o se pueden representar también en grupos terroristas²⁰¹.

A pesar de estas consideraciones, Bernd schunemann (2002) afirma que en Alemania el Tribunal Supremo Federal ha reconocido explícitamente en su jurisprudencia, que la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder también puede ser utilizada en el ámbito empresarial²⁰².

Frente a esta posibilidad Carlos Gómez -Jara Díez (2012) concluyó que existen dos puntos nucleares que hacen poco coherente la aplicación de la autoría mediata en estructuras empresariales. Primero porque las organizaciones empresariales no están desvinculadas al derecho, no son organizaciones aciviles, lo que se opone notablemente a uno de los requisitos de esta teoría. Y segundo, no se da el fenómeno de la fungibilidad de los autores directos, por cuanto de por medio están los derechos laborales que le dan cierta estabilidad a los trabajadores²⁰³.

Sin embargo, pareciera que no hay una solución clara al problema de la responsabilidad empresarial, ya que en el esquema del delito no siempre es factible responsabilizar como inductor o coautor al dirigente de una empresa que dirige acciones delictivas. Como bien lo ha resaltado Claus Roxin, ello solo es posible acudiendo a la figura de las posiciones de garante,

²⁰¹ ROXIN, Claus. Autoría y el Dominio del Hecho en el Derecho Penal. Editorial Marcial Pons, España. 2016, pp. 700.

²⁰² BERND, Schunemann. Responsabilidad Penal en el Marco de la Empresa. Dificultades Relativas a la Individualización de la Imputación, ADPCP, vol. lv, 2002, p 11.

²⁰³ GÓMEZ -JARA DÍEZ, Jara. Cuestiones Fundamentales de Derecho Penal Económico. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2012, pp. 133.

específicamente con la estructura de los delitos de infracción del deber, advirtiendo de entrada que es la misma postura asumida en esta investigación, y como lo explicaré infra esta teoría de las posiciones de garante debe ser aplicada incluso para maquinarias de poder.

Bernardo Feijoo Sánchez (2009) resalta que las categorías dogmáticas de la imputación objetiva pueden ser aplicadas, sin restricción alguna, en el contexto de los delitos económicos y de empresas. Lo anterior es importante aclararlo, ya que no solo se debe entender -como se explicó, supra- el crimen organizado identificado como un aparato estatal o de naturaleza privado-mafiosa. Claro que esto es de gran importancia, ya que esta teoría se está consolidando como dominante, resaltando que no se suprimen los parámetros causales que se le abrogaban antiguamente al tipo. Según este autor -y con el cual estoy de acuerdo- la imputación objetiva está triunfando como teoría del injusto penal, mostrando una superioridad absoluta frente a cualquier teoría del tipo anterior, integrando los delitos económicos a sus postulados básicos, y dejando atrás la interpretación residual que se la daba al mismo²⁰⁴.

Las teorías de la autoría y participación deben abarcar los fenómenos del derecho penal económico, como también las diferentes estructuras criminales, por ello creo que no es adecuado tener una teoría para los aparatos organizados de poder y otra para las empresas. Desde el análisis que he realizado, he identificado que la forma como están compuestas no representa diferencias irreconciliables que impidan diseñar una sola teoría de la autoría y participación para las dos. En mi criterio, los problemas específicos de la criminalidad organizada deben ser tratados en general por medio de la teoría de la imputación objetiva, esta no es una simple teoría

²⁰⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Imputación Objetiva en el Derecho Penal Económico y Empresarial. InDret. Revista para el Análisis del Derecho. 2009, p. 6.

de imputación de resultados, sino una teoría universal que logra absorber las complejidades que se generan en el sistema social, como lo es el crimen en todas sus variables.

5.4. La coautoría mediata

He hecho referencia en anteriores apartes a la dinámica de la implementación de la autoría mediata en aparatos organizados de poder en la dogmática y en diferentes ordenamientos jurídicos. La depuración de esta doctrina ha creado una modalidad de intervención denominada la coautoría mediata, la cual no fue desarrollada por Claus Roxin. Ella tiene tres vertientes que ameritan su análisis, ya que han sido acogidas en decisiones trascendentales en materia de responsabilidad penal internacional.

1. La llamada coautoría mediata vertical, que hace referencia al modo de imputación penal cuando confluye el trabajo mancomunado del dirigente y los subordinados. 2. La denominada coautoría mediata horizontal versa sobre el trabajo mancomunado entre los diferentes dirigentes de la organización, o la estructura organizada de poder, sin que entren en esta categoría los aportes de los subordinados. Dentro de esta hay a su vez, dos tipos: uno de ellos se configura cuando los dirigentes de la organización tienen el dominio del hecho compartido y coordinado sobre la organización, lo que les permite asegurar la ejecución del delito; el otro es cuando varios dirigentes dominan distintas organizaciones criminales o parte de estas y las utilizan para estructurar el plan en común y ejecutar en conjunto el delito. 3. como último criterio de esta clasificación, dentro de la organización el aporte esencial de un integrante de esta le dará la calidad de autor directo, mientras que el dirigente, por el hecho de ejercer el control sobre la organización, será considerado coautor mediato. Se trata de una coautoría

mediata horizontal y vertical, porque coexisten los aportes horizontales de los dirigentes y los aportes verticales de los demás integrantes de la organización.

Son escasos los referentes doctrinales de estas posturas. Sin embargo, Marcelo A. Sancinetti (1991) hizo referencia a la coautoría vertical, y señaló que la discusión se ha centrado en sí existe autoría mediata o coautoría en los casos donde el instrumento es totalmente responsable de sus actos. Al respecto no encuentra ninguna contradicción entre uno y otro concepto, explicando que a la autoría mediata se le opone a la autoría directa, y, por otro lado, a la coautoría se le opone la autoría individual²⁰⁵.

Así, si el autor mediato es el que domina el aparato organizado de poder, sin intervenir en la ejecución del delito, y paralelamente deja en manos de otros la realización del hecho como autores directos, esto quiere decir que entre el autor mediato y el autor individual se conforma coautoría, de modo que con su aporte cada uno domina la co-realización del hecho, a pesar de que tienen el control del suceso en momentos distintos²⁰⁶.

Por otro lado, Jens David Ohlin (2012) afirma que el concepto de coautoría mediata es novedoso, y que no tiene ninguna base en la teoría de Claus Roxin, encontrando que en decisiones de tribunales internacionales, como la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional, y el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, aplican la coautoría mediata horizontal y vertical²⁰⁷.

²⁰⁵ SANCINETTI, Marcelo A. Teoría del Delito y Disvalor de Acción. HAMMURABI. Buenos Aires. 1991, p. 714.

²⁰⁶ *Ibidem*.

²⁰⁷ OHLIN, J. Second-Order Linking Principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability (Cornell Law Faculty Publications. 2012, pp. 772.

Miren Odriozola - Gurrutxaga (2015) explica que la coautoría mediata es necesaria para tratar tres situaciones, y que, por separado, ni la coautoría ni la autoría mediata se ajustan a estas variables. 1. Varios líderes utilizan la estructura organizada que dominan para desarrollar el plan en común de forma coordinada y cometer el delito 2. Varios líderes tienen el control y lo comparten sobre una misma organización, la cual emplean para ejecutar el crimen por medio de un plan en común de forma organizada. 3. algunos coautores hacen su contribución esencial en el delito directamente, mientras otros coautores intervienen por medio de su control sobre un aparato organizado de poder. Resumiendo su postura en que la coautoría mediata combina la coautoría por dominio funcional del hecho y la autoría mediata, las dos pertenecen a la teoría del dominio del hecho²⁰⁸.

También Chile y Colombia - como lo explique supra- han aplicado el concepto, sin que las cortes de estos dos países hayan explicado con detalle cómo funciona. Así las cosas, mezclan dos líneas de responsabilidad penal, una en sentido horizontal y la otra en sentido vertical. La primera permite enjuiciar al dirigente de la organización como coautor mediato, junto con los demás líderes (políticos, militares, entre otros). La segunda, a los demás integrantes de la estructura, incluyendo los subordinados.

El hilo conductor entre la responsabilidad vertical y horizontal lo denominan principio de responsabilidad, el cual apela a la naturaleza colectiva del grupo de liderazgo horizontal, como la base para una atribución mutua de responsabilidad por los crímenes perpetrados de forma directa por la rama vertical. En otras palabras, la creación y dirección de la estructura por parte de los

²⁰⁸ ODRIOZOLA-GURRUTXAGA, Miren. Autoría y participación en el Derecho Penal Internacional: Los crímenes de Atrociadad. Editorial COMARES, España. 2015, p. 404.

dirigentes permite imputar la responsabilidad recíproca con los subordinados que hacen parte de esta por los delitos ejecutados por estos últimos. Así que la rama horizontal responderá por los delitos de la rama vertical, lo que posibilita la imputación solidaria²⁰⁹.

En el caso Katanga y Ngudjolo (2008), la Corte Penal Internacional consideró que la coautoría mediata está contemplada en el Estatuto de Roma, ya que no existe fundamento jurídico que impida estructurar la responsabilidad de un delito por medio de la combinación de un actuar individual de una persona que instrumentaliza a otras y los aportes de los demás líderes que intervienen como coautores. Si la persona tiene el control sobre la organización, y de forma conjunta actúa con otros, que también tengan el dominio sobre esta, es dable la atribución de responsabilidad como coautores para todos²¹⁰.

En este caso, según el Tribunal, se probó la colaboración recíproca entre los líderes de las estructuras, ellos dieron las órdenes y planearon el delito, mientras que los integrantes lo ejecutaron. Se estableció un elemento especial que permitió mezclar las figuras de autoría mediata y coautoría: la lealtad étnica. Algunos miembros de la organización únicamente aceptaban instrucciones de su propia etnia. Con respecto a los elementos subjetivos se determinó que los sentenciados tenían conciencia de su rol esencial en la planificación del plan en común y su capacidad de frustrar el delito, en razón a la importancia de sus aportes²¹¹.

No puedo estar de acuerdo con esta tesis por las siguientes razones. Para que se pueda

²⁰⁹ OHLIN, J. Second-Order Linking Principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability (Cornell Law Faculty Publications. 2012, pp. 772.

²¹⁰ Sentencia. Caso Katanga y Ngudjolo. PRE-TRIAL CHAMBER I DECISION ON THE CONFIRMATION OF CHARGES. ICC-01/04-01/07-717 del 1 de octubre de 2008, pp. 297.

²¹¹ The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta, Pre- Trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges: 23 January 2012, p. 415.

configurar la coautoría mediata se deben cumplir tanto con los elementos subjetivos y objetivos de la autoría mediata y la coautoría por dominio funcional del hecho. Estos son: que la persona o personas deben hacer parte del plan o acuerdo en común; realizar una contribución esencial en el delito; tener el control sobre la organización; la organización debe ser un aparato organizado de poder; el delito debe asegurarse mediante el cumplimiento de las órdenes; además es preciso contar con el elemento subjetivo del delito, es decir, el dolo, que los intervinientes sean conscientes y acepten el plan en común, y que estos acepten conscientemente el control funcional del delito por parte del dirigente. Además, cada uno de los intervinientes debe tener un aporte en el delito, precedido de un plan en común y con división de tareas, incluso ese aporte puede presentarse en la etapa preparatoria del delito y no en su ejecución. Considero que la coautoría mediata, tal como lo concibe el Tribunal, no reúne los requisitos esenciales ni de la autoría mediata y tampoco de la coautoría.

En gracia de discusión, dándole la posibilidad a que la figura pudiera ser aplicada, se podría tomar como sustento lo planteado por Welzel y Kuper con referencia a la coautoría. Es una línea argumentativa que flexibiliza la exigencia del elemento subjetivo. Se puede interpretar que sería posible imputarle a título de coautoría el hecho al jefe de la organización o a quien fuese el arquitecto del plan criminal al imperar en esta tesis dogmática el elemento subjetivo, ya que el aporte subjetivo sería el fúndante en la responsabilidad, sin importar si se da en la etapa de ejecución del delito, los cuales tendrían un menor peso frente a los realizados por los demás intervinientes²¹². Sin embargo, creo que nuevamente esta tesis caería en las críticas ya planteadas, supra, sobre la coautoría, por cuanto entre el dirigente y el subordinado no existe un

²¹² Apud. VAN WEEZEL, Alex. Límites de la Imputación Penal. Estudios 2000-2010. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2011, p. 168.

acuerdo en común.

Por el contrario, Roxin y Hans Joachim Rodolphi (2011) sostienen que el elemento subjetivo debe estar condicionado por el objetivo, por lo tanto, no basta con que subjetivamente el sujeto tenga el dominio del hecho, sino que se debe exigir la condición objetiva de que este actúe en la etapa de ejecución del delito²¹³. Esta circunstancia lleva a concluir que, como el dirigente no actúa en la acción típica materialmente, no puede ser coautor del delito e, inexorablemente, será partícipe, aplicándose una pena más benevolente.

En otro caso, el de Al Bashir, el Tribunal se fundamenta en el modelo de junta militar, ya que un grupo de subordinados está bajo las órdenes de varios líderes, que ejercen control de manera vertical y no de manera individual. Según la Corte, Al Bashir movilizó fuerzas estatales con el fin de atacar a dos grupos insurgentes en la región de Darfur. El líder coordinó junto con otros altos mandos políticos y militares de Sudán la ofensiva por medio de la junta militar, y controlaron, de manera conjunta, a los subordinados, cada uno dominó una rama vertical del gobierno, pero solo una de ellas participó directamente en la comisión de los crímenes²¹⁴.

Este caso plantea un problema y es cuando hay varios grupos coordinados - independientes- para ejecutar un delito, pero solo uno de esos grupos es el que finalmente lo perpetra de forma directa. Sin embargo, los demás líderes deben responder como coautores, por los delitos cometidos por otra estructura que no está directamente bajo su mando. Francamente me parece un exceso en la imputación de la responsabilidad, pues solo por el hecho de ser líderes

²¹³ Apud. VAN WEEZEL, Alex. Límites de la Imputación Penal. Estudios 2000-2010. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2011, p. 168.

²¹⁴ Corte Penal Internacional. Decisión No. ICC-02/05-01/09. Fecha 12 de julio de 2010.

de una organización, responderían por los actos de otra organización que no dominan, este esquema me parece que se acerca a la teoría del derecho penal del enemigo y me remito a las consideraciones sobre los límites del derecho penal que traté supra.

Sin duda alguna, es muy cuestionable la configuración de todos los elementos. La Corte Penal Internacional ha señalado la necesidad de verificarlos desde el plano subjetivo y objetivo, situación que es muy distante en el plano práctico, pues el dirigente debe ser coautor, por el control conjunto que tiene sobre el crimen en forma horizontal con los demás líderes, y autor mediato, por el control sobre la organización en forma vertical. Se trata de una situación que es muy difícil que se pueda cumplir con todos estos requisitos, por cuanto la teoría de la coautoría mediata mezcla dos formas de intervención delictiva, una es el dominio funcional en la coautoría, sin que el aporte necesariamente se dé en la etapa ejecutiva, como ya se indicó, y la segunda, el dominio del hecho a través de un aparato organizado de poder, lo cual refleja un diseño jurídico que es muy cuestionable en su aplicación en la práctica.

La Corte Penal Internacional ha utilizado la postura en los casos reseñados, a pesar de que fácticamente no reúnen la totalidad de los requisitos exigidos por la teoría original del dominio del hecho. Sin embargo, se han emitido condenas en estas condiciones, lo que hace peligrosa la línea jurisprudencial de la Corte, porque claramente -y sin fundamento alguno- ha flexibilizado los elementos esenciales del dominio del hecho, dictando condenas sin una argumentación dogmática coherente y yendo en contravía del principio de legalidad, pues, en estricto sentido, ni el artículo 25²¹⁵, ni el artículo 28²¹⁶ del Estatuto de Roma reconocen

²¹⁵ "Artículo 25. Responsabilidad penal individual 1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales. 2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será

taxativamente esta novedosa y compleja tesis.

En las decisiones de la Corte se evidencia que basta con que la persona tenga una posición jerarquizada dentro de la organización para que esta responda por todos los delitos, incluso por los de personas que no están bajo su mando. En este sentido, se estarían desconociendo los presupuestos mínimos de la autoría mediata, sin que exista, desde el punto de vista fáctico, una comprobación de estos elementos, como, por ejemplo, el dominio absoluto sobre la organización y la fungibilidad de los ejecutores materiales.

responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto. 3. 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; b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa; c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión; d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen; e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa; f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consume no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo. 4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional".

²¹⁶ "Artículo 28. Responsabilidad de los jefes y otros superiores Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte: a) El jefe militar o el que actué efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento. b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando: i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento".

Lo propio ocurriría frente a la coautoría, ya que solo la prueba de ser el líder de la estructura delincuenciales sería un elemento suficiente para ser coautor, sin que se verifiquen los demás elementos que la configuran. En mi opinión, convierten la teoría del dominio del hecho en una teoría de infracción del deber, sin que se constate como esa infracción se representa en el resultado delictivo.

La Corte ha defendido una estructura de responsabilidad bajo los parámetros de la teoría del dominio del hecho, pero en la práctica la ha llevado realmente a la aplicación de una teoría fundamentada en la infracción de deberes, insistiendo en que están haciendo responsable a los líderes de estructuras solo por quebrantar sus deberes, sin que se verifique cómo este se traduce en los resultados delictivos. Y no es que la teoría de la infracción de deberes no sea capaz de solucionar estos problemas, el inconveniente es que la Corte tampoco agota todos los presupuestos de esta teoría para hacer una adecuada imputación de los resultados al dirigente.

La aplicación de la teoría de la infracción del deber en la autoría mediata trae unos efectos muy significativos, tal como lo afirma Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles (2003). Si el líder de la organización ostenta una posición de garante, por su jerarquía, es decir, el intraneus, y este utiliza a un tercero, denominado extraneus, para cometer la infracción del deber, responderá el líder como autor, al igual que si hubiese omitido impedir el delito²¹⁷.

Si el jefe de la estructura se vale de un tercero para cometer un homicidio, responderá como autor mediato del delito de homicidio, pero si, además, no impide que uno de sus subordinados asesine a otra persona dentro del ámbito o contexto de la organización, también

²¹⁷ SÁNCHEZ VERA GÓMEZ TRELLES, Javier. El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs. Universidad Externado. 2003, p. 285

responderá por homicidio. Así las cosas, la autoría mediata se desvanecería y solo tendría un propósito lingüístico, ya que el autor mediato respondería por no cumplir sus deberes de vigilancia, supervisión y control, independientemente si dio la orden de matar o si actuó por omisión o acción²¹⁸.

Es importante resaltar que ninguno de los países en los cuales se basó el análisis normativo y jurisprudencial contempla en su legislación interna la autoría mediata en aparatos organizados de poder. Sin embargo, todos han hecho una interpretación amplia -por medio de su jurisprudencia- del concepto de autoría mediata, que, en mi criterio, atenta peligrosamente contra el principio de legalidad, ya que realmente se está creando una nueva forma de intervención delictiva, usurpando las funciones del legislador. Sucede lo mismo con el concepto de coautores mediatos, tesis que en ninguna de las sentencias estudiadas es explicada a fondo.

Concluyo este apartado con las reflexiones finales de Claus Roxin (2016), donde, en mi concepto, termina reconociendo la debilidad de su teoría, producto de las críticas que se han planteado a su postura, la mayoría de estas explicadas supra. Sostiene que, en la realidad, difícilmente en un Estado de Derecho consolidado, la estructura de la autoría mediata en aparatos organizados puede ser aplicada²¹⁹.

Esta afirmación me lleva a deducir que en varios países y cortes internacionales han distorsionado los parámetros de esta teoría, que, al parecer, solamente tenía cabida para un contexto excepcional, como lo fue el gobierno nacionalista nazi Alemán durante la segunda

²¹⁸ SÁNCHEZ VERA GÓMEZ TRELLES, Javier. El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs. Universidad Externado. 2003, p. 285

²¹⁹ ROXIN, Claus. Autoría y el Dominio del Hecho en el Derecho Penal. Editorial Marcial Pons. 2016, p. 246.

guerra mundial, el cual seguramente no tendrá parangón alguno en el próximo siglo. Por lo tanto, a continuación, presentaré mi propuesta.

CAPÍTULO II

A. LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS Y SOCIOLOGICOS SOBRE LA LEGITIMIDAD DE LA SANCIÓN PENAL AL DIRIGENTE

La presente investigación se fundamenta en el presupuesto de identificar en qué sociedad nos encontramos y cómo funciona, con el objetivo de estructurar e implementar un derecho penal consecuente con las complejidades que emanan de esta, la cual se caracteriza por sus complejidades, y donde se destacan nuevas formas de comunicación social. Ello en razón a que la sociedad cambia rápidamente y es muy dinámica, así, que la dogmática penal tiene que adaptarse a esas nuevas realidades, como, por ejemplo, la responsabilidad de las personas jurídicas, el derecho penal empresarial, el crimen cibernético, la propagación de epidemias, el derecho penal internacional y, sin duda alguna, el planteamiento de la responsabilidad penal de los dirigentes del crimen organizado.

Para tal objetivo se debe entender la función que tiene el derecho penal en la sociedad, la cual considero -adhiriéndome a las ideas de Niklas Luhmann (2002)- es confirmar la identidad normativa de la sociedad, por medio de la reducción de complejidades y manteniendo el equilibrio del sistema²²⁰. Entendiendo la complejidad como la existencia de varias probabilidades frente a algo, por ello, entre más desarrollada sea la sociedad, es más compleja. Esta teoría es universal, lo que posibilita que sea aplicada a todas las relaciones que confluyen en la sociedad y superar de una vez por todas el anclaje en el naturalismo.

²²⁰ LUHMANN, Niklas. El Derecho de la Sociedad' Formatação Eletrônica. João Protásio Farias Domingues de Vargas e Marjorie Corrêa Marona. Brasil, 2002, p. 115.

Para comprender cualquier teoría dogmática es imprescindible establecer en principio cuál es la estructura filosófica y sociológica del sistema que se propone, es decir, cuáles son las bases que legitiman la acción penal contra los dirigentes de organizaciones criminales, veámoslas brevemente.

6. Los postulados de Friedrich Hegel

Uno de los grandes derroteros de la fundamentación de la presente investigación son las ideas racionalistas de Friedrich Hegel, cuyo pensamiento hace posible una visión normativista del derecho penal, de acuerdo con la idea de que este debería escapar de las consideraciones ontológicas y de una comprensión de las consecuencias de la pena derivadas del mundo del ser, como son el daño en el cuerpo de la persona, el cual es inadmisibles. Él estructura el derecho penal a partir de una interpretación normativa de la sociedad, por ello las teorías de la prevención especial negativa son fuertemente criticadas gracias a esta postura filosófica.

Friedrich Hegel (1966), en su famosa obra de la *"Fenomenología del espíritu"*, retrata la evolución del ser humano como un desgarramiento de la humanidad en diferentes vertientes contrapuestas, desgarramiento que se produce gracias al ejercicio de la libertad del sujeto, ya que al nacer libre este se desenvuelve en la sociedad con múltiples acciones; libertad que, no sobra aclarar, es un derecho innato de la persona, por lo tanto el Estado debe garantizarle al sujeto este ejercicio de libertad, la cual debe ejercer dentro de los parámetros del derecho²²¹.

221 HEGEL FRIEDRICH, Georg Wilhelm. Fenomenología del Espíritu. La edición se basa en el texto de Johannes Hoffmeister. Editorial Félix Meiner. Hamburgo. D. R. (c) Fondo de Cultura Económica. México D. F. Ediciones F.C.E. España. El Espíritu, 1966, p. 164

Según Friedrich Hegel (1966) con este derecho a la libertad el sujeto recorre un camino en el que desarrolla su experiencia humana dentro del derecho, ello por medio de un proceso histórico, lo que le permite llegar a algo definitivo como persona, o, diciéndolo en otras palabras, es el espíritu objetivo que, a su vez, se reconoce como el derecho²²², destacando que la libertad del sujeto depende del respeto al derecho.

Sostiene Friedrich Hegel (1966) que el derecho racional no es aquello que está en la cabeza del sujeto, y que este tenga la capacidad de exponerlo para los demás, sino, en el derecho lo racional es lo que se produce colectivamente, y que tiene un movimiento continuo²²³, de tal manera que el derecho, más que proteger al individuo, protege es a la sociedad como colectivo; es la unión entre el ser y el deber ser, llegando a una conclusión de lo que debe ser.

Friedrich Hegel (1966) dividió la filosofía del derecho en tres partes: 1. Derecho abstracto²²⁴; 2. Moralidad²²⁵; 3. Y la ética²²⁶. Mostrando el recorrido que hace la idea del derecho en los diferentes estadios que se pueden identificar socialmente, hasta llegar al Estado como lo más relevante, y el individuo se considera como parte del Estado, ubicando al Estado en la eticidad como idea primaria. El primer paso de la libertad es lo que se denomina derecho abstracto. La persona que se encuentra en una sociedad, donde es libre y autónoma, y donde la libertad se tiene que ejercer, teniendo en cuenta al otro. Es una relación de reconocimiento con el otro, partiendo de que una persona reconoce al otro como persona.

222 HEGEL FRIEDRICH, Georg Wilhelm. Fenomenología del Espíritu. La edición se basa en el texto de Johaunes Hoffmeister. Editorial Félix Meiner. Hamburgo. D. R. (c) Fondo de Cultura Económica. México D. F. Ediciones F.C.E. España. El Espíritu, 1966, p. 164

²²³ Ibidem, p. 167.

²²⁴ HEGEL FRIEDRICH, Georg Wilhelm. Filosofía del Derecho Biblioteca Filosófica. Volumen 5. Editorial Claridad S.A. 1968, pp. 67.

²²⁵ Ibidem, p. 114.

²²⁶ Ibidem, p. 150.

"La personalidad encierra, en general, la capacidad jurídica y constituye el concepto y la base también abstracta del derecho abstracto y por ello, formal. La norma jurídica es, por lo tanto: "se personifica y respeta a los demás como personas"²²⁷.

Es decir, ser persona es también reconocer a los demás como persona, lo que obliga al sujeto a cumplir sus deberes de respeto frente a las demás personas²²⁸.

En la moralidad, Friedrich Hegel (1966) establece una diferencia entre lo que es moral y ético; la moralidad es subjetiva y está relacionada con valores; es la conciencia que le ayuda a llegar a la persona a la eticidad, al terminar de recorrer su camino de auto reconocimiento²²⁹. Pero, lo ético es algo objetivo del derecho, siendo la eticidad el último nivel del derecho, donde se describen las instituciones como la familia, la sociedad civil, y el Estado, entendiéndolos como los tres niveles del derecho.

1. La familia es un claro ejemplo de eticidad, es la primera relación de lo colectivo en comunidad; por ejemplo, en la relación del padre con el hijo se espera que el padre lo cuide, que lo proteja, no siendo solamente una relación de derecho abstracto de evitar que sufra algún daño, sino de evitar todos los posibles daños. El sujeto, antes de llegar a la familia, es hijo de nadie, y cuando sale de la familia es hijo de la sociedad civil²³⁰. 2. En la sociedad civil, el sujeto se relaciona como persona con todas las capacidades de desenvolverse en la sociedad, y encuentra

²²⁷ HEGEL FRIEDRICH, Georg Wilhelm. Filosofía del Derecho Biblioteca Filosófica. Volumen 5. Editorial Claridad S.A. 1968, pp. 68.

²²⁸ *Ibidem*. pp. 114.

²²⁹ *Ibidem*.

²³⁰ *Ibidem*, pp. 171.

las relaciones referidas a la estructuración de corporaciones²³¹. 3. El Estado es la idea, es decir, donde la sociedad tiene que llegar como su máximo nivel. El Estado, visto como lo más importante, sin que se desconozca los derechos de cada persona²³².

Afirma Friedrich Hegel (1999) que lo injusto es la violencia y el remedio de la violencia es la propia violencia; es así, como la segunda violencia es la que elimina la primera.²³³ Así las cosas, el derecho abstracto es derecho forzoso, en el entendido de que la injusticia contra este es una fuerza contra la libertad exterior, y, a su vez, para procurar su conservación este derecho también tiene una fuerza exterior aceptada, y que no es mala y que se encarga de eliminar la violencia mala que se ejerce por medio de otra fuerza no aceptada²³⁴. Hegel dignifica al infractor, rechazando el poder de corrección que, en su criterio, es igual que amansar a un perro rabioso con la pena, lo que trasformaría al hombre en un animal²³⁵.

Friedrich Hegel (1999)²³⁶ sostiene que cuando la sociedad es firme, el delito es débil, así que la negación a ese delito también debe medirse por esa debilidad. Las penas severas no son por sí mismas injustas, sino que deben estar relacionadas con la época, con el único fin de erradicar la perturbación social. Un código penal no puede valer para toda época, y este pertenece esencialmente a su época, así que los delitos son existencias aparentes que pueden acarrear un mayor o menor rechazo. Es imposible dejar el delito sin castigo alguno, de lo contrario se vería como algo justo, sin embargo, cuando la sociedad está segura de sí misma, el

²³¹ HEGEL FRIEDRICH, Georg Wilhelm. *Filosofía del Derecho* Biblioteca Filosófica. Volumen 5. Editorial Claridad S.A. 1968, pp. 171.

²³² *Ibidem*.

²³³ HEGEL FRIEDRICH, Georg Wilhelm. *Principios de la Filosofía del Derecho*. Barcelona. Edhasa. 1999, pp. 179.

²³⁴ *Ibidem*.

²³⁵ *Ibidem*. pp. 185.

²³⁶ *Ibidem*.

delito sería una pequeña manifestación individual del delincuente frente a ella, algo aislado y sin solidez. Esa misma solidez de la sociedad confiere al delito la condición de algo meramente subjetivo, que no surge de la conciencia de la sociedad, sino de un impulso natural. Esta situación ubica al delito en una posición más indulgente, por lo que la pena será indulgente, pero si, por el contrario, la sociedad está insegura o vacilante, la pena debe ser severa²³⁷.

Lo anterior lleva a considerar que para Friedrich Hegel las penas solamente tendrán que ser severas cuando el contexto de la sociedad así lo amerite. Si el delito es concebido como una realidad que no logra lesionar el derecho abstracto, la pena deberá ser mínima.

7. Los postulados de Niklas Luhmann

Otra de las líneas argumentativas que fundamentan mi propuesta -pero ahora desde el punto de vista sociológico- son las ideas de la Teoría de los Sistemas de Niklas Luhmann (2002), quien planteó los presupuestos estructurales que se pueden utilizar para el análisis de la responsabilidad penal para contrarrestar el moderno crimen organizado. Es importante resaltar que su análisis está radicado en la realidad de la sociedad, la cual la concibe como un gran sistema social²³⁸, de este axioma se desprenden todas sus conclusiones.

Siendo la sociedad un sistema²³⁹, el despliegue del rol de una persona produce un sin número de expectativas que deben ser cumplidas por el sujeto, comunicando a la sociedad que está dispuesto acatar sus preceptos, con el objetivo de vivir pacíficamente. El cumplimiento del

²³⁷ HEGEL FRIEDRICH, Georg Wilhelm. Principios de la Filosofía del Derecho. Barcelona. Edhasa. 1999, pp. 341.

²³⁸ LUHMANN, Niklas. El Derecho de la 'Sociedad' Formatação Eletrônica. João Protásio Farias Domingues de Vargas e Marjorie Corrêa Marona. Brasil, 2002, p. 3.

²³⁹ *Ibidem*.

rol genera una comunicación al sistema, que es que está cumpliendo con sus deberes; pero también el incumplimiento de sus deberes le comunica al sistema que se deben tomar las medidas necesarias para reafirmar las expectativas, con el fin de corregir la comunicación defectuosa producida por la persona²⁴⁰.

Frecuentemente en el sistema social las personas producen defraudaciones de expectativas²⁴¹. Es así como estas acciones producen una errónea comunicación, y el sistema debe garantizar el cumplimiento de estas expectativas defraudadas. Esta es la razón que legitima la sanción, siendo que, a su vez, la sanción le comunica a la sociedad que la norma sigue vigente. Si el sistema no reaccionara de esta manera, los demás asociados se inclinarían por no cumplir con las expectativas.

El aseguramiento institucional de los roles garantiza su eficacia, imponiéndose en la evolución de la sociedad²⁴². El concepto funcional de la norma, entendida como expectativa de conducta, se debe estabilizar a pesar de las defraudaciones. Ello se hace de manera contra-fáctica. Si la persona defrauda las expectativas, el sistema debe responderle con sanciones, así que la expectativa de sanción produce sus efectos. Este efecto simbólico permite reconocer si la expectativa corresponde al derecho o no, y, al contrario, si existe la ausencia de sanción se rompen los símbolos, y por ende se quebranta la vigencia de la norma²⁴³.

²⁴⁰ LUHMANN, Niklas. El Derecho de la Sociedad' Formação Eletrônica. João Protásio Farias Domingues de Vargas e Marjorie Corrêa Marona. Brasil, 2002, p. 24.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 55.

²⁴² *Ibidem*, p. 85.

²⁴³ *Ibidem*, p. 93.

Si la sociedad no logra afianzar la expectativa, esta difícilmente puede sostenerse. Por ello la función del derecho en estos casos es estabilizar los estragos generados por la defraudación²⁴⁴, es como, con las sanciones impuestas, el sistema se reafirma así mismo y así permanece estable la norma²⁴⁵. Cuando se defrauda una expectativa normativa, la sociedad tiene que garantizar la corrección de esa comunicación errónea por medio de una sanción, ya que necesita demostrar que a pesar de que la expectativa fue quebrantada, sigue vigente la expectativa y se debe seguir cumpliendo.

En la sociedad -es decir en el sistema- los subsistemas son funcionales, significa esto que, por sí solos, y por sí mismos, se organizan, evolucionan y se protegen²⁴⁶, a esto se le denomina la autopoiesis, que es la libertad de creación que tienen los subsistemas, que les permite también contar con una identidad propia, que perdura a lo largo de su evolución, concatenado con el sentido que es la historia o memoria del sistema²⁴⁷.

Todos los elementos reseñados son parte de una constante construcción de la sociedad y se van actualizando a medida que esta va evolucionando²⁴⁸. Por lo tanto, la identidad de la sociedad garantiza que se proteja la estabilidad del sistema para todos los ciudadanos. Precisamente el sistema necesita una memoria que le permita disponer de los resultados o experiencias anteriores, esto le ayuda a recordar u olvidar, a esto se le denomina -como ya lo

²⁴⁴ LUHMANN, Niklas. El Derecho de la Sociedad' Formação Eletrônica. João Protásio Farias Domingues de Vargas e Marjorie Corrêa Marona. Brasil, 2002, p. 95.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 100.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 25.

²⁴⁷ *Ibidem*.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 28.

indiqué-, el concepto de sentido²⁴⁹. El sentido es un contexto de remisiones al infinito acudiendo a los recuerdos del sistema, y el sistema social emplea este sentido para observarse a sí mismo y a su entorno. Es decir que, el sistema se autoobserva y se autodescribe gracias al sentido que, como ya lo indiqué, es su memoria fijada por resultados o experiencias²⁵⁰. Dicho, en otros términos, entra en desarrollo el proceso de la autopoiesis del sistema para reducir las complejidades²⁵¹.

Al mantener el sistema social la vigencia de las normas, asegura su validez jurídica e implícitamente el mantenimiento del sistema social, porque, precisamente, es la formación de todas estas operaciones válidas las que protegen el sistema²⁵². Por esto es supremamente importante neutralizar las defraudaciones, de lo contrario el símbolo de validez de las normas se minimiza, ocasionando que en el sistema se pierda el respeto hacia la ley. El sistema jurídico es un sistema inmunológico, lo que significa que su adecuada aplicación logra inmunizar al sistema social²⁵³.

En la teoría sociológica de los sistemas se habla de la función del derecho y su estructura, y se encuentra que las determinaciones estructurales son indispensables, puesto que la función, por sí sola, deja muchas preguntas por responder. Es así como la función del derecho crea dos componentes con referencia a las expectativas normativas -independientemente de su origen-: 1.

²⁴⁹ LUHMANN, Niklas. El Derecho de la Sociedad' Formação Eletrônica. João Protásio Farias Domingues de Vargas e Marjorie Corrêa Marona. Brasil, 2002, p. 29.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 33.

²⁵¹ *Ibidem*, pp. 40.

²⁵² *Ibidem*, p. 153.

²⁵³ *Ibidem*, p. 154.

Se cumplen o; 2. Se frustra su cumplimiento²⁵⁴. Las dos posibilidades pueden presentarse y el derecho reacciona de una manera diferente frente a cada una de ellas. Mientras la primera será lo "normal" que tienen que hacer todos los ciudadanos, la segunda será lo "anormal" y el sistema tendrá que corregirlo²⁵⁵.

Pero hay que tener en consideración un tipo de casos especiales. Se trata de normas que proyectan aparentemente una defraudación de la expectativa, pero, al mismo tiempo, reafirman un derecho, lo que obliga a examinar si la expectativa o la conducta fue o será conforme a derecho²⁵⁶. Niklas Luhmann (2002):

“[E]l derecho es no derecho”²⁵⁷.

La afirmación de que alguien que está en su derecho está en su no derecho sería una argumentación reprimida por la lógica, pero, realmente, el derecho es derecho y es uno solo, no hay que invocar confusiones²⁵⁸. Esta presunta contradicción se aclara analizando cada caso de forma puntual, determinando cuál de los dos comportamientos es el que se ajusta a derecho, por ejemplo, la legítima defensa²⁵⁹.

Niklas Luhmann (2002) sostiene que la sanción debe ser ejemplar, pues de este mensaje simbólico depende la corrección de la comunicación y la estabilización de la norma. Así las

²⁵⁴ LUHMANN, Niklas. El Derecho de la Sociedad' Formação Eletrônica. João Protásio Farias Domingues de Vargas e Marjorie Corrêa Marona. Brasil, 2002, p 117.

²⁵⁵ *Ibidem*,

²⁵⁶ *Ibidem*, p.118.

²⁵⁷ *Ibidem*, p.119.

²⁵⁸ *Ibidem*.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 121.

cosas, en cada caso en concreto la norma de justicia debe transmitir que existió justicia²⁶⁰. Pero ¿Por qué la sanción es importante? Porque el derecho también comunica y se defiende por medio de la autopoiesis, es decir, se autoregula. El sistema social emplea el lenguaje simbólico y el subsistema del derecho también, entre más ejemplarizante, mayor será la estabilización de las normas²⁶¹. Pero las personas que no actúan con libertad no se les puede exigir que cumplan con la expectativa o que cumplan con la norma²⁶².

En este sentido, la defraudación irrita en gran medida el sistema; el sistema mide la irritación dependiendo de su estabilidad; esa irritabilidad es producto del quebrantamiento de las expectativas; la expectativa presume que en caso de perturbación pueda encontrarse una solución rápida, que impida el bloqueo de la operatividad interna del sistema; la irritación dirige la atención a la solución²⁶³. Con la sanción, la misma comunicación clausura la complejidad, cuando la expectativa logra la solución a la irritación con la sanción²⁶⁴. En palabras de Niklas Luhmann (2002)

“un residuo de intereses cuya organización no merece consideración”²⁶⁵.

8. Los efectos en la dogmática penal

Después de haber analizado estas dos corrientes, tanto filosófica como sociológica, se pueden extraer algunas conclusiones matizadas con el objeto de estudio. Me parece que la

²⁶⁰ LUHMANN, Niklas. El Derecho de la Sociedad' Formação Eletrônica. João Protásio Farias Domingues de Vargas e Marjorie Corrêa Marona. Brasil, 2002, p. 159.

²⁶¹ Ibídem, p. 174.

²⁶² Ibídem, p. 182.

²⁶³ Ibídem, p. 318.

²⁶⁴ Ibídem.

²⁶⁵ Ibídem, p. 390.

sanción garantiza la libertad de los demás ciudadanos, libertad entendida como el respeto de las expectativas, que normativamente se pueden traducir como el respeto por los derechos de los demás. Las ideas de Hegel legitiman de manera palmaria el rechazo de las acciones desarrolladas por el crimen organizado, que como lo he reseñado amenazan las libertades. El sistema jurídico no autoriza este tipo de acciones, además no son aceptadas por la sociedad. Entiendo que esto puede parecer muy obvio, pero estoy sentando las bases de la legitimación de la acción penal.

Las premisas de Hegel marcan los parámetros de la responsabilidad penal de los dirigentes -no solo de estos, sino de todo aquel que quebrante la norma penal-. La respuesta del derecho penal se basaría en buscar la neutralización de la violencia generada por estos grupos -y en general para todos los fenómenos delictivos-.

Sin duda alguna las ideas de Hegel y Luhmann se concatenan con los conceptos modernos de la dogmática penal, conocidos hoy en día como las competencias en virtud de una institución y por organización -figuras que detallaré más adelante-, por ahora basta con identificar que los postulados que he analizado, supra, son el fundamento de la Teoría de la imputación objetiva. Estos dos deberes obligan a los integrantes de las estructuras criminales, con independencia de su naturaleza, a respetar las expectativas, las cuales están contenidas en la ley o normas.

Es importante resaltar -fundamentándome en Hegel- que al ser el Estado el máximo nivel de la sociedad, este es precisamente el que se ve amenazado con el funcionamiento de las estructuras criminales. De allí parte la gravedad de las acciones ilegales que están en cabeza de los dirigentes, y, sin duda alguna, de este fundamento filosófico se desprende la respuesta del

derecho contra este fenómeno delincencial. El propósito de la juridicidad es que el Estado llegue a su sitio ideal, por lo tanto, los dirigentes de estos grupos ilegales deben ser derrotados con el derecho, estos actúan a partir de sus propios intereses, como seres individuales, yendo en contravía de la sociedad²⁶⁶.

Pienso que esta reflexión es totalmente legítima y, además, necesaria para contrarrestar las amenazas que despliegan los dirigentes. Por ejemplo, las violaciones a los derechos humanos por parte de grupos armados al margen de la ley, sea por acción u omisión, esto es violencia, entendida como una fuerza que quebranta un derecho, y con ello se quebrantan los deberes estatuidos por las normas.

Esta violencia ejercida por los dirigentes de la estructura ilegal es una voluntad natural o salvaje, que va en contravía de la idea de la libertad, precisamente porque el actuar del grupo afecta los derechos de los demás. La libertad, reconocida también como derecho de los demás, tiene que ser protegida frente a esa voluntad no culturizada, que pretenden imponer a la fuerza los integrantes del grupo criminal.

La violencia, entendida como la fuerza ejercida por parte de los dirigentes que guían la organización, afecta la idea de la libertad de los demás asociados, concebida desde el punto de vista jurídico; es decir, como el derecho plantea la libertad, y no como se concibe desde la naturaleza, esta acción es considerada como un delito. La pena sería un juicio negativo, con el cual se niega la amenaza que significa el funcionamiento del crimen organizado, es una violencia con aprobación jurídica por parte de la sociedad. De manera que, además de que se violenta la

²⁶⁶ HEGEL FRIEDRICH, Georg Wilhelm. *Filosofía del Derecho* Biblioteca Filosófica. Volumen 5. Editorial Claridad S.A. 1968, pp. 150.

norma, a su vez la estructura ilegal lesiona las expectativas que en el derecho tienen las personas, como lo es la confianza en la norma²⁶⁷.

La forma de castigar los delitos perpetrados por el crimen organizado se hace por medio de determinaciones positivas como lo es la pena. Cuando se configura una lesión al derecho, esta violencia mala debe ser anulada y se debe rechazar la perturbación. Esta es la realidad del derecho, el cual se mide, así mismo, por la efectividad de la eliminación de las amenazas a la juridicidad, pues con el delito se genera una alteración latente, que es palpable, pero la existencia de esta alteración es lo contrario al derecho.

Por lo tanto, las actividades promovidas por los dirigentes en sí mismas se presumen nulas, por estar encaminadas a eliminar el derecho vigente. El derecho no puede suprimirse por los criminales, así que la exteriorización del delito debe ser contrarrestada. El hecho delincuencial es una fuerza negativa a la que se le debe aplicar la pena, como una negación de la negación. Por lo tanto, el derecho demostrará ser efectivo si es capaz de eliminar la perturbación social generada por los dirigentes, lo que denota su validez, evidenciándose con esto que la existencia de la pena es necesaria²⁶⁸.

Ahora bien, la pena no busca un perjuicio irracional para el delincuente, su fin es proteger la vigencia de la norma, asegurar las funciones del Estado y mantener el respeto de los derechos de los demás. No se puede perder de vista que los efectos psicológicos de la pena son intrascendentes, lo que importa es que el delito debe ser eliminado, no con la producción de un

²⁶⁷ HEGEL FRIEDRICH, Georg Wilhelm. Principios de la Filosofía del Derecho. Barcelona. Edhasa. 1999, pp.184.

²⁶⁸ *Ibidem*.

perjuicio al delincuente, sino con una respuesta normativa por parte del derecho, identificando que el verdadero perjuicio es la existencia del delito y no el delincuente.

El crimen organizado, hoy en día, es una amenaza latente para el sistema social, pone en peligro la economía, las finanzas públicas, los derechos humanos, el derecho a la libre competencia, entre otros. En este orden de ideas, la eliminación del delito cometido por los dirigentes se alcanza mediante una pena, siendo esta una compensación, por cuanto es un mal legítimo para una lesión ilegítima.

Insistiendo en que la represaría psicológica que se adopta contra un criminal es extraña al derecho, por lo tanto, la pena solo debe ser una reacción del delito, es decir, la otra mitad del delito que se ve como necesaria, no se puede pensar que la compensación es una venganza; la pena no es un asunto personal con el dirigente²⁶⁹.

Así las cosas, considero que el derecho existe y tiene validez por su necesidad como lo efectivamente real, el cual repele o excluye la acción perturbadora -en este caso las acciones del crimen organizado-, que es incompatible con la norma, trayendo como consecuencia la eliminación de la acción violenta que se deriva de la organización ilegal, mediante la defensa del derecho abstracto que, como ya lo advertí, sería por medio de la sanción²⁷⁰.

A los anteriores fundamentos, se suman las ideas de Luhman, las cuales en mi concepto son congruentes y se complementan, miremos: si el crimen organizado es una amenaza para el sistema social, afecta su identidad y contradice sus objetivos, el mismo sistema por medio del

²⁶⁹ HEGEL FRIEDRICH, Georg Wilhelm. Principios de la Filosofía del Derecho. Barcelona. Edhasa. 1999, pp.184

²⁷⁰ *Ibidem*.

derecho responde al ataque. Y es que el sentido o identidad de la sociedad rechaza la delincuencia, lo que implica que si el delito niega el sistema, el sistema debe negar el delito.

El sistema social garantiza que las defraudaciones sean negadas contra-fácticamente, propendiendo porque se mantengan las expectativas de conductas reconocidas como apropiadas por la sociedad. Así que el sistema protege los derechos de los demás ciudadanos, reprimiendo por medio del derecho penal -para el caso de las conductas desplegadas por la delincuencia organizada- la rebeldía frente al acatamiento de la ley.

Las acciones ilegales que estos despliegan generan dentro del sistema una comunicación incorrecta que es simbólica, pero no ejemplarizante, como, por ejemplo, si un grupo criminal perpetra una masacre, o en la criminalidad empresarial el gerente de un banco roba a la entidad, estarán comunicando a la sociedad que matar de forma violenta y defraudar una entidad financiera es permitido. Esta comunicación errónea activa los medios con que cuenta el sistema para su protección, entre ellos -como lo he indicado- el derecho penal, lo anterior con el fin de mantener las expectativas vigentes de comportamiento que son correctas.

Regresando a los ejemplos, con la pena se comunica que no está permitido defraudar el sistema financiero, y quien desarrolla esta conducta -en el ejemplo, el gerente del banco- será sancionado, denotando que esta comunicación -la pena- además de negar el delito, comunica que la ley que protege la economía y el patrimonio de terceros y su protección es irrenunciable; este es el fundamento de las sanciones impuestas a los integrantes de estos grupos criminales.

Importantes repercusiones traen el planteamiento de Luhman a la dogmática penal, ya que en este orden de ideas la descripción de la comunicación hecha, supra, ahora se ubica dentro de la tipicidad, entendiéndola como la errónea comunicación. Es decir, el reemplazo del concepto de acción o conducta típica ahora se comprenderá como una comunicación típica y que, como lo explicaré más adelante, es una comunicación que incumbe y vincula a todos los miembros de la organización delictiva. No sobra aclarar -y así se vea como obvio-, que esta comunicación no se puede entender como la reproducción de palabras, sino -como lo he indicado- la comprensión de los roles sociales, pues en la medida en que los integrantes de la organización no cumplan con sus roles, generan una comunicación defectuosa, es decir, la tipicidad de ciertas conductas, que se traduce en el menoscabo de los derechos de los demás, que se traducen en la infracción a la norma²⁷¹.

En este sentido, Bernardo José Feijjo Sánchez (2017) reseña que el injusto no depende del contenido de la acción, sino del sentido comunicativo que la sociedad le concede a esta, de manera que lo importante no es el sentido que el hecho tenga para el infractor o la víctima, sino el significado que este tiene para la sociedad, o, diciéndolo en otras palabras, para el ordenamiento jurídico²⁷².

En la Teoría de los sistemas la comunicación se deriva del funcionamiento de este, es así como la comunicación errónea cometida por los integrantes de la organización delictiva se afecta y perturba la vigencia de la norma. Las comunicaciones correctas son operaciones permitidas por

²⁷¹ LUHMANN, Niklas. El Derecho de la 'Sociedad' Formatação Eletrônica. João Protásio Farias Domingues de Vargas e Marjorie Corrêa Marona. Brasil, 2002, p. 153.

²⁷² FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Derecho penal de la empresa e imputación objetiva. Ediciones OLEJNIK, Chile. 2017, p. 31.

el sistema, mientras que las comunicaciones incorrectas son operaciones inválidas no aceptadas por el sistema. Las operaciones válidas son aquellas que se desarrollan dentro del riesgo permitido, así mismo las inválidas generan un riesgo no permitido.

B. LOS MECANISMOS PARA MANTENER LA VIGENCIA DE LA NORMA

9. El fin de la pena

He demostrado con la anterior argumentación la importancia de la sanción para el subsistema del derecho penal y como esta logra la estabilización del sistema en general. Por lo tanto, me parece primordial definir en esta propuesta cuál es el fin de la pena que guarda congruencia con mi tesis, bajo los criterios ya esbozados de Hegel y Luhmann, los cuales -como lo veremos- han sido acogidos por algunos tratadistas, pues es indispensable especificar si este efecto de la pena se aplica también para el crimen organizado.

Como criterio inicial traigo a colación lo que me parece es el objeto del debate, y como bien ya lo definía Hans Welzel (1956), según el cual la pena es indispensable para mantener el orden de la comunidad²⁷³, pero este orden -en mi concepto- solo es posible mediante el mantenimiento del orden jurídico.

El fin de la pena debe estar dirigido al hecho y no al autor del delito, partiendo de la línea argumentativa de Friedrich Hegel (1999), quien señala que la pena es la negación de la

²⁷³ WELZEL, Hans. Derecho Penal Parte General. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1956. P. 235. "El fundamento real de la pena estatal radica en su indispensabilidad, para mantener el orden de la comunidad. Por eso, la realidad de la pena estatal se puede fundamentar sólo "relativamente", vale decir, en lo referente a su necesidad para la existencia del orden de la comunidad".

negación²⁷⁴, es una respuesta contra fáctica, es decir, una reacción en contra de lo sucedido, que en este caso y para efectos de mi análisis, se ve representado en el mal desatado por el dirigente de la organización ilegal, o de cualquier delincuente. Esta reafirmación de la norma es necesaria para poder seguir confiando en las expectativas normativas de la sociedad²⁷⁵.

Precisamente Günther Jakobs (1998) sostiene que:

"la sociedad mantiene las normas y se niega a concebirles a sí mismas de otro modo. En esta concepción, la pena no es tan sólo un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo (...)"²⁷⁶.

Aterrizando esta afirmación a mi estudio, se puede concluir que la pena se presenta como una respuesta contra fáctica del sistema. Es así como los integrantes de la organización delictiva, al quebrantar la expectativa que prevén sus roles, el sistema se encarga de reafirmarlas por medio de una pena, es decir, mantiene la vigencia de la norma, y con esto el sistema comunica que la norma -a pesar de su defraudación- tiene vigencia antes, durante y después. La aplicación de la pena le indica a las personas que pueden mantener la confianza en el sistema normativo. La pena no busca que el infractor no vuelva a cometer delitos, tampoco que una vez resocializado se incluya nuevamente a la sociedad; no es un asunto en contra del dirigente de la organización,

²⁷⁴ HEGEL FRIEDRICH, Georg Wilhelm. Principios de la Filosofía del Derecho. Barcelona. Edhasa. 1999, pp. 184.

²⁷⁵ HEIKO HARTMUT, Lesch. La Función de la Pena. Universidad Externado de Colombia. 2000, pp. 75.

²⁷⁶ GÜNTHER, Jakobs. Sociedad, Norma. Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional. Universidad Externado. 1998, pp. 11.

sino en contra de los efectos perturbadores de sus acciones, pues el fin de la pena va dirigido a la sociedad²⁷⁷.

Estas mismas consideraciones me permiten afirmar que la pena tiene un significado específico, que es declarar que el actuar contrario a la norma, desarrollado por el dirigente de la organización ilegal, no marca la pauta, y que la norma, por el contrario, a lo expresado por este, mantiene su vigencia. La pena demuestra que el dirigente de la estructura no ha cumplido con sus deberes de forma correcta, por lo tanto, se le limitan y suprimen los medios con que cometió el delito con el fin de neutralizar la perturbación, es decir, desarticulando el grupo ilegal y limitando su libertad²⁷⁸.

Lo anterior se confirma con lo sostenido por Heiko H. Lesh (2000): el delito y pena son actos simbólicos con un sentido comunicador, deben ser entendidos como discurso y réplica²⁷⁹. Esto me lleva a afirmar que el conflicto que genera el dirigente de la organización es que la norma no protege los intereses del Estado y tampoco los derechos de las personas, enviando el mensaje de que la norma no está vigente con respecto a la vida, la integridad, el patrimonio, el sistema económico entre otros. Por el contrario, la pena comunica que la ley sí está vigente, rechaza y neutraliza la perturbación generada por el crimen organizado

El mal que causa el dirigente con la perpetración de un homicidio no es el cadáver de la víctima, este daño es irreparable, sino el ataque del delincuente a la vigencia de la norma que

²⁷⁷ GÜNTHER, Jakobs. ¿Cómo protege el Derecho penal y Qué es lo que Protege? Derecho penal en el Siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs. Ara. 2005, pp. 147.

²⁷⁸ HEIKO HARTMUT, Lesch. La Función de la Pena. Universidad Externado de Colombia. 2000, p. 77.

²⁷⁹ *Ibidem*.

prohíbe matar²⁸⁰, es decir, la Constitución y el Código Penal. En mi análisis el dirigente es ese delincuente que cuestiona la norma. También considero que cuando el representante legal de una compañía defrauda a sus acreedores y esconde sus bienes para no pagarles afirma como universal que es permitido robar, por lo tanto, por medio de la pena se contradice esa errónea afirmación y se demuestra que antes, ahora, y después, la norma tiene vigencia, y que quien se orienta conforme a esta norma estará actuando correctamente.

Según Heiko H. Lesh (2000), esta teoría de la pena es denominada como prevención general positiva, nombre que no le parece acertado -postura con la cual estoy de acuerdo-, pues la protección a la vigencia de la norma no se trata de un fin preventivo, es decir, de evitar en el futuro determinados comportamientos, se trata es de una teoría funcional retributiva y compensadora de la culpabilidad²⁸¹.

Incluso Hans Welzel (1956), al analizar la teoría de la retribución de la pena, ya había hecho énfasis en esta postura, es decir, en el fin de la pena como una retribución normativa, por cuanto el Estado no busca la justicia con la pena, sino la existencia de un orden jurídico válido y que este sea acatado²⁸². Es decir, Hans Welzel (1956) acepta que el fin de la pena es asegurar la

²⁸⁰ HEIKO HARTMUT, Lesch. La Función de la Pena. Universidad Externado de Colombia. 2000, p. 77.

²⁸¹ *Ibidem*, p.78.

²⁸² WELZEL, Hans. Derecho Penal Parte General. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1956, p. 236. “Tanto como la pena está moralmente justificada solamente como retribución justa -también en manos del Estado-, no es, en cambio, la función del Estado defender el mantenimiento de la justicia en el curso general del mundo, aparte de lo que es necesario para su propia existencia como comunidad jurídica. El Estado no pena a fin de que exista, en general, en el mundo justicia, sino a fin de que exista un orden jurídico en la vida de la comunidad (validez y observancia de su orden jurídico)”.

validez inquebrantable de la norma, recalcando que el delito es un choque individual con el orden jurídico²⁸³.

Sin embargo, Claus Roxin (1997) se ha opuesto a esta postura partiendo de la premisa de que el derecho penal protege bienes jurídicos y que no es permitido que la pena prescinda de todos los fines sociales, además que se aplicarían penas donde la protección a bienes jurídicos no la ven como necesaria. Considero que esta apreciación parte de un punto de vista tautológico e indemostrable, y la teoría de los bienes jurídicos, al igual que la vigencia de la norma, paradójicamente es una ficción jurídica, lo que puede generar que las mismas críticas calen en sus propias argumentaciones, ya que empíricamente no se ha probado que el derecho penal pueda proteger bienes jurídicos. Incluso, en la mayoría de los casos el derecho penal llega cuando el bien jurídico ya no existe o no tiene remedio, verbigracia, en las estafas financieras²⁸⁴.

No es cierto que con la teoría de la retribución funcional o normativa se prescindan de otros efectos de la pena. A pesar de que no son fines de la pena, estos pueden estar implícitos en

²⁸³ WELZEL, Hans. Derecho Penal Parte General. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1956, p. 250. "Se debe aplicar la pena en tal forma que asegure la validez inquebrantable de las normas ético sociales, dentro del margen de una retribución justa, y llegando a la conciencia del autor. Como el delito es el choque de la voluntad individual con el orden general, los factores generales e individuales son decisivos para la graduación de la pena".

²⁸⁴ ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Civitas. España Madrid. 1997, p. 84 "No obstante, la teoría de la retribución ya no se puede sostener hoy científicamente. Pues, si, como se puso de manifiesto en los párrafos anteriores, la finalidad del Derecho penal consiste en la protección subsidiaria de bienes jurídicos, entonces, para el cumplimiento de este cometido, no está permitido servirse de una pena que de forma expresa prescinda de todos los fines sociales. La idea de retribución exige también una pena allí, donde sobre la base de la protección de bienes jurídicos no sería necesaria (cfr. nm. 3); pero entonces la pena ya no sirve a los cometidos del Derecho penal y pierde su legitimación social. Dicho de otra manera: el Estado, como institución humana, no es capaz de realizar la idea metafísica de justicia ni está legitimado para ello. La voluntad de los ciudadanos le obliga a asegurar la convivencia del hombre en paz y en libertad; está limitado a esta tarea de protección. La idea de que se puede compensar o suprimir un mal (el delito) causando otro mal adicional (el del sufrimiento de la pena), sólo es susceptible de una creencia o fe, a la que el Estado no puede obligar a nadie desde el momento en que ya no recibe su poder de Dios, sino del pueblo. Tampoco la tesis de una "culpabilidad" que hay que retribuir puede fundamentar por sí sola la pena; la culpabilidad individual está ligada a la existencia de una libertad de voluntad, cuya indemostrabilidad la hace inadecuada como único fundamento de las intervenciones estatales".

forma subsidiaria, pero no son esenciales. El fin de la vigencia de la norma -como lo explicaré más adelante- no es estático, pues no se puede perder de vista que no es la sola contradicción a la norma lo que configura la antijuricidad, se debe demostrar, además, que la acción típica tiene la capacidad de desestabilizar la norma. Por ejemplo, el vehículo automotor que contamina, por sí solo no tiene la capacidad de desestabilizar la norma, no es un riesgo jurídico relevante para el derecho penal, ya que por un solo vehículo que contamine la sociedad no va a considerar que la norma que protege el medio ambiente no está vigente, basta con una sanción administrativa para conjurar esta situación.

Por último, considero que Claus Roxin (1997) se acerca a la postura de la retribución funcional cuando sostiene que la prevención general positiva tiene tres efectos: 1. El efecto de aprendizaje, es decir castigar el mal ejemplo; 2. La confianza en el derecho por parte de la sociedad, de modo que el ciudadano debe ser testigo de que la norma se aplica; 3. El efecto pacificador, que se da cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza por efecto de la sanción sobre el quebrantamiento de la ley. Fines que según Claus Roxin están enfocados a evitar que se cometan más delitos en el futuro²⁸⁵. Pero es evidente como los fines que describe corresponden con los fines de la retribución funcional esbozados por Heiko H. Lesh (2000), es decir, la vigencia de la norma, que tiene como efectos, en mi opinión, no evitar que se cometan delitos, como lo sostiene Claus Roxin, sino por el contrario mantener la vigencia de la norma.

Tengo como conclusión que la tesis de Claus Roxin se cae por su propio peso, pues si las teorías prevencionistas se limitan a prevenir los delitos, mirando hacia el futuro, los comandantes

²⁸⁵ ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Civitas. España Madrid. 1997, pp. 92.

nazis no tendrían necesidad de pena, por cuanto no hay posibilidad de que vuelvan a cometerlos, ya que el estado nacionalista ya no existe, lo mismo pasaría con los comandantes de las actuales estructuras criminales cuando la organización ha sido disuelta. Esta conclusión es inaceptable, es por ello por lo que, para no llegar a esta conclusión, apelan a la prevención general, en su arista de la vigencia de la norma, este fin -que es esencialmente retributivo- termina siendo el que justifica la pena. Por lo tanto, creo que Claus Roxin está más cerca de lo que se ha creído a la teoría de la retribución normativa.

Las demás consecuencias de la pena, que algunos consideran fines, como la intimidación, y la resocialización, en realidad son efectos favorables que pueden derivarse del fin superior reseñado, pero estos no tienen nada que ver con el fin de la pena²⁸⁶. La pena no es un fin en sí mismo, sino que tiene la función de mantener las condiciones fundamentales de la convivencia pacífica en la sociedad y su identidad normativa. El dirigente debe responder por la perturbación del orden legal que genera la estructura, sin que se mire hacia el futuro para fundamentar su pena²⁸⁷.

Por ejemplo, en Colombia recientemente se firmó un acuerdo de paz con la guerrilla denominada las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia -FARC-. En mi opinión, el pacto se caracteriza por sus benevolentes penas, siendo que lo que se discute es si la aplicación de estas -que en la mayoría de los casos son irrisorias y simbólicas- tienen la capacidad de estabilizar el sistema, en mi criterio creo que no²⁸⁸. En un sistema social maduro, fundamentado en las

²⁸⁶ WELZEL, Hans. Derecho Penal Parte General. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1956, p. 236.

²⁸⁷ HEIKO HARTMUT, Lesch. La Función de la Pena. Universidad Externado de Colombia. 2000, p. 78.

²⁸⁸ Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. 24 de noviembre de 2016. Entre Colombia y las FARC-EP.

expectativas normativas, debería ser inadmitido un sistema de justicia de estas características, resaltando que incluso en Colombia la mayoría de los ciudadanos votaron que no se firmara la paz en estos términos, precisamente por el riesgo de que estos delitos quedaran en la impunidad.

El no recibir un castigo con una adecuada retribución normativa ante estas graves conductas deslegitima la vigencia de la norma, de modo que no hay un castigo que cumpla el fin de la pena relacionado con la prevención general o la retribución normativa, lo que sugiere que en estas condiciones la perturbación al sistema jurídico sigue vigente. De esta forma, el sistema social corre el riesgo de que se interprete que las normas han perdido su vigencia, mandando un mensaje inconcebible para la sociedad, que es el premiar a los delincuentes, logrando comunicar un mensaje que contradice las expectativas normativas. Por lo tanto, creo que no puede admitirse que se premie a los dirigentes de una organización criminal, incluso por encima del adecuado funcionamiento del sistema.

En Colombia a los máximos dirigentes guerrilleros se les asignó una curul como congresistas, sin que hayan respondido por sus delitos contra la humanidad. Si bien es cierto que el sistema social tiene un objetivo, y es alcanzar la paz, pero para lograrlo se debe canalizar esa pretensión a través de una verdadera justicia, sin que se creen excepciones normativas, que pueden poner en riesgo el funcionamiento del sistema.

Como conclusiones puedo abordar las siguientes. Que una teoría de la pena tratada bajo los fundamentos de Hegel y Luhmann sí es posible y su fin será mantener la vigencia de la norma. Que en lo que tiene que ver con los dirigentes de organizaciones criminales, la teoría prevencionista especial de la pena no es el fundamento de la sanción, pues como lo reseñé supra

si la estructura es desmantelada no hay riesgo de que el dirigente continúe con su actuar delictivo, lo que representa que si la pena se aplica para que este no delinca perdería todo sentido este fin. Pero si le encuentro sentido a que la pena se aplique es para mantener la norma vigente, teniendo en cuenta que ese fin puede tener otros efectos, pero no son los principales. Y que la prevención general defendida por Roxin se asemeja a la de la retribución especial. Es así como al dirigente de la organización, en mi concepto y después de este análisis, se le debe aplicar la pena con un fin normativo retributivo, si él niega la norma, el sistema por medio de la norma lo niega a él con la pena.

10. El quebrantamiento de los roles

Es importante aclarar que la teoría de la imputación objetiva no es una construcción normativa que se fundamente únicamente en la infracción de la norma, me refiero a que, además del quebrantamiento del deber por parte del infractor, se debe verificar que el incumplimiento del deber -rol- logre desestabilizar la norma penal.

En lo que se refiere al papel de los deberes en el derecho penal, Hans Welzel (1956) indicó que el cumplimiento de estos no es muy valorado, pero su incumplimiento representa una acción disvaliosa:

"'Tú no debes matar, robar, defraudar', etc. Pero también las pocas acciones positivas impuestas se limitan a deberes elementales (eventualmente, el deber del cuidado de los padres para con sus hijos, y cosas semejantes). Así, aun cuando sea muy escaso el valor que supone el cumplimiento de esos deberes en el sentido ético-social, con tanto

mayor motivo ha de darse significado a su lesión, de acuerdo con el principio 'cuanto menor es la magnitud de valor del cumplimiento de un deber, tanto más grave es su lesión' (y viceversa). Precisamente, por que está sobrentendido el deber de respeto por la vida ajena en el sentido ético-social, su lesión, el homicidio o el asesinato, constituye uno de los delitos más graves. Los deberes ético-sociales comprendidos por el derecho penal y protegidos bajo amenaza de pena, son elementales en el doble sentido de que su cumplimiento supone escaso valor, en tanto que su lesión es marcadamente disvaliosa (...) Por el hecho de que pone en evidencia la vigencia inquebrantable de los deberes ético-sociales elementales, sancionando a quienes los lesionan, modela y consolida eficazmente el juicio moral y el sentido jurídico de los hombres sometidos a una comunidad de derecho. La seguridad del juicio ético-social de los particulares depende, esencialmente, de la seguridad con que el Estado pronuncia e impone sus juicios de valor"²⁸⁹.

En este orden de ideas hay conductas que, a pesar de que infringen el rol, no logran afectar o poner en peligro la norma que protege el derecho penal. Verbigracia, si un gerente de un banco omite el cumplimiento del sistema de prevención de lavado de activos, pero a pesar de ello el dinero del banco no se contamina con recursos ilícitos, esta conducta, así haya quebrantado el rol, no trae consigo ninguna consecuencia penal, sin desmedro de las sanciones administrativas, ya que no afectó la estabilización de la norma que protege el derecho penal, es decir, el sistema financiero.

En este mismo sentido Heiko Lesch (2001) afirma:

²⁸⁹ HEIKO HARTMUT, Lesch. La Función de la Pena. Universidad Externado de Colombia. 2000, p. 78.

"sin embargo, no toda desautorización de una norma tiene consecuencias per se un tratamiento y una respuesta por parte del derecho penal, sino que este nivel sólo se alcanza con el elemento formal del concepto del delito, es decir, con la vinculación de la voluntad particular a una forma externa muy concreta que se determina mediante un tipo penal específico"²⁹⁰.

Se vislumbra que la valoración de la estabilización de la norma se hace desde la misma tipicidad de la conducta, al momento de analizar su configuración. El anterior postulado demuestra que la teoría de la imputación objetiva termina absorbiendo las demás categorías dogmáticas, incluso la antijuricidad, transformándola en un postulado eminentemente jurídico, que también permite la ponderación del rol infringido con respecto a la desestabilización de la norma.

También hay que considerar que, por lo general, niños o menores de edad hacen parte de estas estructuras delincuenciales, incluso algunos de ellos no son forzados a pertenecer a la organización, sino que lo hacen por gusto, estatus o para ganar dinero fácil. Para este tipo de situaciones opino que la inmadurez no permite que se tenga una dimensión acertada sobre el cumplimiento de las normas o los roles sociales, por lo tanto, no existe confianza en que cumplan la ley, no defraudan las expectativas sociales y por ende la vigencia de la norma seguirá intacta.

En este mismo sentido, sostiene Claus Roxin (1997) que de los inmaduros no se puede esperar el cumplimiento de las normas, y en caso de que infrinjan la ley no defraudan ninguna

²⁹⁰ HEIKO HARTMUT, Lesch. Injusto y Culpabilidad en Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia. 2001, pp. 35.

expectativa social²⁹¹. Mientras que para Claus Roxín la falta de madurez excluye la culpabilidad por su incapacidad mental, en mi concepto excluye es la tipicidad, por cuanto, si estos individuos no tienen la capacidad de desarrollar roles en la sociedad no pueden ser sujetos de imputación dentro del ámbito penal, por lo tanto se les debe aplicar un derecho correccional concebido especialmente para niños y adolescentes, sin que sea necesario que la conducta dentro del ámbito penal sea típica, pues esta valoración se tendrá que hacer dentro del derecho correccional y no el penal.

Haciendo énfasis en el elemento subjetivo, el derecho penal solo puede castigar un comportamiento doloso y culpable, es decir, en que el agente tenga el conocimiento del hecho y la conciencia de la antijuricidad, por ello, los errores en estas dos aristas podrían excluir la responsabilidad penal, siempre y cuando sean invencibles. Destaco que un comportamiento no doloso invencible, nunca podrá afectar la validez del derecho, a pesar de que en principio objetivamente tenga esa apariencia²⁹². En conclusión, bajo los parámetros reseñados no hay perturbación a la norma.

11. Las expectativas como forma de comunicación social

Como lo he indicado, la sociedad debe entenderse como un sistema que integra diferentes subsistemas, y la comunicación es el canal medular para su construcción. El cumplimiento de la

²⁹¹ ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Civitas. España Madrid. 1997, p. 811. “Así sucede con las personas mental o psíquicamente enfermas y gravemente perturbadas en su capacidad de motivación, así como con las inmaduras o con aquellas que no podían alcanzar a conocer las normas. De ellas no se espera en general que observen las normas. Si infringen la ley, no se defrauda ninguna expectativa social y la conciencia social no se conmueve. Nadie resulta estimulado a imitarlos, porque la vigencia de la norma a los ojos de la opinión pública no resulta disminuida por tales hechos”.

²⁹² MANSON, Porto Teresa. Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal. Universidad Externado de Colombia. 1999, pp. 21.

norma es la correcta comunicación, pero esta comunicación se perturba cuando surge una comunicación defectuosa con la capacidad de desestabilizar el sistema. En este orden de ideas -y como también lo he reseñado- el crimen organizado es capaz de afectar el sistema social²⁹³.

Günther Jakobs (1996) afirma que la sociedad es la estructuración de un contexto comunicativo y que la identidad de la sociedad se da por medio de normas. En este sentido, la comunicación debe tener la capacidad de mantener esa identidad normativa, logrando repeler modelos divergentes²⁹⁴, es decir, comunicaciones incorrectas.

Así mismo, Heiko Lesch (1997) considera que el individuo se constituye en persona en sentido social, mediante la relación con otras personas, por medio de la comunicación con sus semejantes, así que la comunicación es el proceso social básico de la constitución de sentido en el trato entre seres humanos, sin la cual no es posible un sistema social²⁹⁵.

La comunicación se produce cuando una persona tiene un rol asignado y actúa. Si esta desarrolla de forma adecuada su rol, la vigencia de la norma permanecerá indemne; esto se entenderá como una comunicación correcta; por el contrario, si la persona desarrolla su rol de

²⁹³ GÜNTHER, Jakobs. La imputación Jurídico Penal y las Condiciones de Vigencia de la Norma, en Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y Posibilidad de Aplicación. Ara. Lima – Perú. 2007, pp. 227.

²⁹⁴ GÜNTHER, Jakobs. Sociedad, Norma. Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional. Universidad Externado. 1998, pp. 17. "La sociedad es la construcción de un contexto de comunicación que en todo caso podría estar configurado de otro modo, a como está configurado en el caso concreto (de otro modo, no se trataría de una construcción). Puesto que se trata de la configuración, y no de la constatación de un estado, la identidad de la sociedad se determina por medio de normas, y no por determinados estados o bienes (aunque, ciertamente, puede que en determinados ámbitos se deduzca de modo correcto a partir del reflejo de la norma, esto es, por ejemplo, a partir de bienes, la norma misma). El contexto de comunicación debe ser capaz de mantener su configuración frente a modelos divergentes, si se quiere evitar que toda divergencia se tome como comienzo de una evolución, e incluso en este caso han de asegurarse los requisitos de la evolución, pues de lo contrario no podría distinguirse lo que es evolución de lo que es causal".

²⁹⁵ HEIKO HARTMUT, Lesch. Intervención Delictiva e Imputación Objetiva. traducción Javier Sánchez – Vera Gómez. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá. 1997, p. 15.

forma inadecuada, este hecho se traducirá como una comunicación defectuosa, la cual perturba la estabilidad de la norma.

Bajo estos postulados considero que los roles tienen atadas las expectativas, es decir, que las personas tienen la expectativa de que los demás van a cumplir con sus roles, teniendo en cuenta que las normas son expectativas. Es así como la persona cumple con la ley, pero también espera que los demás la cumplan; a esto se le puede llamar las expectativas de la expectativa, siendo esta la razón por la que el derecho penal se encargue de proteger la vigencia de la norma, que debe ser defendida ante la negación del ordenamiento jurídico por el dirigente de la organización criminal, cuando mantiene la organización delictiva o al ejecutar los delitos del plan criminal.

Para Javier Sánchez-Vera (1997) una persona para poder dirigir de forma más adecuada su comportamiento debe atender a lo que se espera de él, por lo tanto, la conducta propia se planifica de mejor forma cuando se confía en el cumplimiento de la expectativa de los demás o las ajenas; el que espera expectativas y no comportamientos se encuentra en una mejor posición de evitar conflictos²⁹⁶. Con toda la razón, Günther Jakobs (1998) sostiene que la sociedad tiene una dependencia recíproca con el derecho penal, de modo que este último debe asumir nuevos problemas sociales para que la sociedad deba tener en cuenta los límites indiscutibles que impone el derecho²⁹⁷.

²⁹⁶ SÁNCHEZ VERA GÓMEZ – TRELLES. Javier Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá. 1997, p. 28.

²⁹⁷ GÜNTHER, Jakobs. Sociedad, Norma. Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional. Universidad Externado. 1998, pp. 13. "Por consiguiente, existe una dependencia recíproca entre la sociedad y el Derecho penal:

Para una mayor comprensión, el derecho contiene tres dimensiones: social, material y temporal, que tratan de reducir las complejidades de la sociedad por medio de la generalización de expectativas. Temporalmente se generalizan cuando, a pesar de su quebrantamiento permanecen estables por medio de la pena. En lo material, estableciendo los roles generales, garantizando la identidad de la expectativa a pesar de la diversidad de comportamientos. Y en el social se generalizan las expectativas por medio del consenso²⁹⁸.

El sistema social interactúa por medio de la comunicación. A su vez, para el subsistema del derecho penal solo será relevante el incumplimiento de las expectativas sociales que se traduzcan en la tipicidad. Por el contrario, las expectativas ontológicas o cognitivas no son de su resorte, verbigracia, a la persona se le puede exigir que cumpla con sus deberes, pero a un río no se le puede obligar a que no se salga de su cauce²⁹⁹. Si la expectativa es cognitiva, la persona debe aprender de la realidad y modificar la expectativa para el futuro, lo que implica construir la casa lejos del río; pero si la expectativa es normativa, esta no debe modificarse sino mantenerse y exigirse su cumplimiento³⁰⁰.

cabe pedir al Derecho penal que realice esfuerzos para asumir nuevos problemas sociales, hasta que el sistema jurídico alcance una complejidad adecuada con referencia al sistema social, del mismo modo que a la inversa el Derecho penal puede recordar a la sociedad que se deben tener en cuenta ciertas máximas que se consideran indisponibles. Pero ello debe ser compatible con las condiciones de la evolución. Ni el sistema social ni el sistema jurídico salta por encima de su propia sombra. Por lo tanto, por un lado, no se puede degradar el Derecho penal al papel de mero lacayo, pues es parte de la sociedad y, dicho de otro modo metafórico, debe tener un aspecto respetable aun a plena luz del día"

²⁹⁸ SÁNCHEZ VERA GÓMEZ – TRELLES. Javier Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá. 1997, pp. 42.

²⁹⁹ HEIKO HARTMUT, Lesch. La Función de la Pena. Universidad Externado de Colombia. 2000, p. 74.

³⁰⁰ SÁNCHEZ VERA GÓMEZ – TRELLES. Javier Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá. 1997, p. 31.

Precisamente al respecto, Günther Jakobs (1998) sostiene que por medio del derecho penal se pueden mantener el cumplimiento de las expectativas, pues el incumplimiento de estas por parte de una persona genera una comunicación defectuosa, que es la base de la tipicidad, la cual, debe ser imputada a su autor, con el objetivo de restablecer la comunicación que es válida en el sistema³⁰¹. Todo esto también trae consigo notables repercusiones en la teoría del delito, como ya lo he indicado, pues ya no sería la conducta la que debe encajar en la tipicidad, sino que entraría a ser reemplazada por la comunicación en un sentido social³⁰².

"El Derecho penal confirma, por tanto, la identidad social. El delito no se toma como principio de una evolución ni tampoco como suceso que deba solucionarse de modo cognitivo, sino como comunicación defectuosa, siendo imputado este efecto al autor como culpa suya. Dicho de otro modo, la sociedad mantiene las normas y se niega a concebirles a sí mismas de otro modo. (...) el Derecho penal restablece en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma. Y eso significa, al mismo tiempo, que con ellos se presenta la identidad de no modificada de la sociedad"³⁰³.

Esta línea argumentativa conlleva a más consecuencias en la dogmática penal. Si el derecho penal se construye a partir de la acción comunicativa, esto permite crear una sola teoría para los delitos de acción, los delitos de omisión, los delitos culposos, y los delitos dolosos. Miremos una de esas consecuencias: en el dolo, cuando se actúa bajo error de tipo, este surge

³⁰¹ GÜNTHER, Jakobs. Sociedad, Norma. Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional. Universidad Externado. 1998, pp. 11.

³⁰² GÜNTHER, Jakobs. Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión. Vol. 2. Madrid. EDISOFER S.L. 2006, pp. 77.

³⁰³ GÜNTHER, Jakobs. Sociedad, Norma. Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional. Universidad Externado. 1998, p. 11.

también -en mi opinión- del desconocimiento de los deberes; en este orden de ideas, en el famoso caso del cazador, donde este mata a un niño pensando que era un venado, el error se configura porque no era la intención del cazador quebrantar su rol de no hacerle daño a los demás. ¿Se puede afirmar que libremente cumplió con su expectativa? La respuesta es no, por lo tanto, los errores tienen la virtud de no desestabilizar la norma, porque no se puede esperar nada de una persona que actúa bajo un error.

También en los casos, donde la persona no tiene libertad de actuación, no se espera que pueda cumplir con las expectativas que emanan de su rol, lo que comunica que carecerá de toda importancia para el derecho penal. Es por ello por lo que, si el gerente de una empresa obliga a la persona encargada a no pagar los impuestos de la empresa, el empleado no debe responder por los delitos que le fueron obligados a cometer por parte de su jefe, ya que no se puede derivar responsabilidad penal de una persona que no actúa libremente³⁰⁴. Si la persona no tiene la capacidad -ya sea por un error o coacción- para cumplir con su rol no perturba la vigencia de la norma, ya que el sistema jurídico no espera que una persona en estas condiciones cumpla con sus expectativas; pero también en este grupo de casos están los que no tienen la capacidad cognitiva de cumplir con los roles, como lo he indicado los inimputables que son reclutados forzosamente en estos grupos.

Así las cosas, las expectativas dirigidas al portador de un rol son las que tienen un sentido social, que vincula las acciones individuales a las socialmente permitidas, verbigracia, se considera que el solo hecho de conformar una estructura ilegal empresarial genera un riesgo no

³⁰⁴ GÜNTHER, Jakobs. Sociedad, Norma. Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional. Universidad Externado. 1998, pp. 20.

permitido, que amenaza el sistema financiero, con independencia de lo que piensen sus integrantes; ello quiere decir que el elemento fúndante está radicado en el sentido social de la conducta y no en la acción en sentido ontológico.

12. Las posiciones de garante

Este concepto ha tenido una evolución interesante en la teoría del delito, incluso se puede interpretar -sin temor a equivocarme- de los estudios de Hans Welzel (1956) que los deberes jurídicos propios del autor eran exigidos previamente en el estudio de la tipicidad para la acreditación de la antijuricidad, deberes que hoy son reconocidos como las posiciones de garante. No creo que existan dudas de que actualmente todos los delitos son tipos abiertos, por cuanto en toda acción desplegada por la persona está inmiscuido un deber, así sea el más abstracto, como es el de la solidaridad, por lo tanto, los tipos cerrados están condenados a desaparecer³⁰⁵.

Incluso Hans Welzel (1956), cuando analizó la diferencia entre los delitos de omisión propia y comisión por omisión, estableció que existía un común denominador entre ellos, el cual denominó el deber de garantía:

"Es decisiva la posición de garante del autor, que le coloca, en el permanente acontecer de la vida social, desde un principio, en una relación estrecha y especial de deberes para salvaguardar el bien jurídico. Esta posición de garante es una posición efectiva de

³⁰⁵ WELZEL, Hans. Derecho Penal Parte General. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1956, p. 88. "En todos estos casos, la antijuricidad no está todavía indicada con el solo establecimiento de la adecuación típica, sino que debe ser averiguada positivamente mediante la comprobación de las características especiales del deber jurídico (validez jurídica, adecuación jurídica, competencia, etc.)"

vinculación estrecha con el bien jurídico, adecuada al deber, que resulta de los órdenes de la vida social. Solamente deberes que surgen en tal posición de garantía, fundamentan una punibilidad por delitos de comisión"³⁰⁶.

También Jescheck (1981) argumentó, tímidamente, que en los delitos de comisión propia y omisión impropia se equiparaban las posiciones de garante:

"en los delitos de comisión, la imputación objetiva descansa en la causación del resultado típico. En los delitos de omisión impropia, no basta, por el contrario, el hecho de que una posible acción hubiera evitado el resultado para poner a cargo de todo aquel sujeto capaz de actuar la lesión del bien jurídico como injusto del que deba responder, pues no puede existir un deber de prestar ayuda donde quiera que haga falta (...) La equivalencia de la omisión con el hacer positivo, presupone, pues, que el omitente aparezca como un "garante" de la evitación del resultado"³⁰⁷.

Con relación a este tema Yesid Reyes (2005), mencionando la postura que considero es la correcta, asegura que en todos los delitos se presentan las posiciones de garante:

"(...) [L]a teoría de la imputación objetiva, como determinadora del injusto del comportamiento, es aplicable a todos los tipos de la parte especial, esto es tanto a los delitos de resultado como a los de peligro, por igual a los ilícitos dolosos e imprudentes, así como a las acciones y omisiones y

³⁰⁶ WELZEL, Hans. Derecho Penal Parte General. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1956, pp. 206.

³⁰⁷ JESCHECK, Heinrich. Y. WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Editorial Comares. 2002, p. 854.

también debe ser referida tanto a los delitos consumados como a los tentados (...)"³⁰⁸.

En consecuencia, creo que tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes siempre se identifica el rol que debe desarrollar el autor del delito, y el rol siempre trae consigo una posición de garante. En algunos casos, las posiciones de garante son más evidentes que otros, como sucede con los delitos culposos. A pesar de ello esta diferencia es superficial, ya que, si el delito es cometido con dolo o imprudencia, igual se quebranta una posición de garante³⁰⁹; así que, aterrizando este panorama al objeto de estudio, independientemente de la acción desplegada por los dirigentes de la organización criminal, estos siempre estarán quebrantando una posición de garante.

La teoría de la imputación objetiva tiene como fundamento las posiciones de garante, su quebrantamiento, además de ser un hecho socialmente relevante, también es la base de la tipicidad, interpretación que tiene que fundamentarse en los siguientes aspectos: 1. Los seres humanos en la sociedad son titulares de roles, es decir, son las personas las únicas que tienen este privilegio, así que el privilegio les demanda comportarse según el estándar determinado por el sistema social. 2. Con ayuda de las reglas de la imputación objetiva se debe establecer a quién le pertenece el resultado típico, es decir, si le pertenece al sujeto activo de la acción, a las víctimas o a un tercero, esto atendiendo a los roles que despliegan.

De manera que, cuando el dirigente de una organización ilegal despliega sus acciones en contravía de su rol, este desvío lo obliga a responder por las consecuencias de sus actos; pero puede darse el caso, donde el dirigente no sea el dueño del resultado, sino que es la propia

³⁰⁸ REYES ALVARADO, Yesid. Imputación Objetiva, Tercera Edición, Bogotá. TEMIS S.A. Colombia. 2005, p. 84.

³⁰⁹ GÜNTHER, Jakobs. La Imputación Objetiva en Derecho Penal. Editorial AD-HOC. Buenos Aires 1997, pp. 22.

víctima la que ha propiciado el resultado -acciones a propio riesgo-; pero si todos cumplen con el rol asignado, lo acaecido será un riesgo general de la vida, el cual no se le puede endilgar a nadie³¹⁰.

Los delitos que se derivan del crimen organizado no se pueden interpretar desde la vertiente naturalista, lo adecuado es el análisis del quebrantamiento de los roles que desarrollan los dirigentes de la organización. La gran virtud de esta interpretación es que asegura que el verdadero responsable del hecho responderá por sus actos. Incluso, pienso que, en algunos casos, las penas drásticas deben ser para los dirigentes de la organización, previendo penas más benévolas para los demás integrantes. La edificación de la sociedad se hace por medio del cumplimiento de los roles³¹¹, de modo que el dirigente, así no lo quiera, debe garantizar que sus acciones respeten las normas, con independencia de sus deseos; en caso contrario -y como sucede en la mayoría de los casos- el sistema social se encargará de corregir esta perturbación.

Al respecto, Hans Welzel (1956) afirma que en actividades especialmente difíciles, que representan peligro para la vida, deben ser realizadas por personas que tengan la capacidad para desarrollar la tarea asignada, exigiéndoseles el máximo en la diligencia objetiva³¹². También ello ocurre en otros ámbitos de la vida, como, por ejemplo, el gerente de una entidad financiera debe garantizar la idoneidad y capacidad de sus empleados para prevenir el lavado de activos, por el contrario el jefe del banco podría responder por el delito en caso de que se reciba dinero ilícito; también los dirigentes de la organización que entregan armas ilegales a sus subordinados, deben asegurar que no se cause ningún daño con ellas. Ellos -los dirigentes- son garantes frente a los

³¹⁰ GÜNTHER, Jakobs. La Imputación Objetiva en Derecho Penal. Editorial AD-HOC. Buenos Aires 1997, pp. 24.

³¹¹ *Ibidem*, p. 26.

³¹² WELZEL, Hans. Derecho Penal Parte General. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1956, p. 144.

demás ciudadanos con respecto a sus deberes, incluso cuando hacen una delegación a personas que no son idóneas o que saben que harán mal uso de la fuente de riesgo.

Cuando el dirigente de la organización criminal no garantiza el control de su actividad riesgosa crea una perturbación social que, como garante, debe revocar. Es por ello, por lo que la responsabilidad penal tiene como fundamento el quebrantamiento de un rol. Es así como los jefes del grupo delictivo que quebrantan sus roles, por regla general, responden como autores del delito. Por ejemplo, el líder de la estructura criminal debe responder como autor por administrar el grupo, también responde por los daños causados por la organización delictiva. Esta conclusión es coherente porque lo que constituye la responsabilidad es la competencia que ha asumido el dirigente sobre el grupo³¹³.

Quienes organizan una actividad peligrosa, como es el caso de los dirigentes del crimen organizado, deben procurar no afectar organizaciones ajenas, puesto que son titulares de deberes negativos, los cuales los obligan a evitar lesionar a otros. La forma de organizarse correctamente es cumpliendo todas las normas que demanda su actividad³¹⁴, es así como los dirigentes empresariales también son titulares de posiciones de garante³¹⁵. La imputación objetiva ha demostrado que la posición de garante se configura en todos los delitos ¿Por qué es importante esta reflexión? Porque de las posiciones de garante nace el fundamento de la responsabilidad penal de todos aquellos dirigentes que tienen bajo su mando organizaciones criminales.

³¹³ WELZEL, Hans. Derecho Penal Parte General. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1956, p. 205.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 74.

³¹⁵ JESCHECK, Hans Heinrich. Y. WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Editorial Comares. 2002, p. 854.

Aclarando lo siguiente, quienes crean una situación de riesgo están obligados a que este no tenga consecuencias nocivas, sin embargo, esta premisa se configura solo en los riesgos no permitidos, pues en los permitidos son aceptados los daños lesivos que se pueden derivar de estos, por ejemplo el conductor que acatando todas las reglas de tránsito atropella a un peatón, este está actuando dentro del riesgo permitido por ello no está obligado a revocarlo, no respondería penalmente por las lesiones del transeúnte.

El líder que crea una estructura criminal está generando un riesgo no permitido, está en la obligación de revocar las consecuencias lesivas que resultan de ese riesgo inadmisibles, distinguiendo que uno es el riesgo por la creación de la estructura (asociación delictiva) y otro el representado en los delitos cometidos bajo la dirección del dirigente (homicidios, secuestros, lavado de activos, entre otros), al crear la estructura o dirigirla, al líder le surge la obligación de revocar la comisión de los demás delitos. En conclusión, responde por todos estos riesgos generados, los cuales son propios.

Hans Welzel (1956) afirmó que los tipos de comisión son tipos de prohibición, es decir, no se le permite al titular de la posición de garante generar males, verbigracia matar³¹⁶. En este orden de ideas se puede afirmar lo siguiente: todas las infracciones a las posiciones de garante son casos de comisión por omisión, pues en definitiva se eleva el riesgo no permitido, el cual se ve representado en el resultado típico.

El no cumplir con el rol que la sociedad le demanda al dirigente de la organización tiene varias consecuencias. Si por una acción se aparta de sus deberes, como, por ejemplo, ordenar la

³¹⁶ WELZEL, Hans. Derecho Penal Parte General. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1956, p. 205.

muerte de sus enemigos, a pesar de que esto es una actuar positivo, omite comportarse conforme a la norma que le prohíbe el no cumplir con sus deberes, como también es igual no hacer nada para que no los maten. Por lo tanto, todos los delitos cometidos por el jefe de la organización se reducen a la omisión del cumplimiento de sus deberes, ya sea por acción o -valga la redundancia- por omisión, y ello están cierto que el juicio de reproche se basa en no haber cumplido la norma o su rol, teniendo la obligación de comportarse conforme a ella³¹⁷.

Para explicar mejor el anterior postulado están las reflexiones de Sánchez Vera Gómez – Trelles. (1997), quien reseña que el incumplimiento de una expectativa es una omisión, siendo necesario distinguir entre expectativas de omisión y forma de defraudación de esta expectativa por medio de una acción o una omisión. Diciéndolo en otras palabras, la persona es portadora de un rol, de modo que la expectativa le demanda cumplirlo; si no acata su deber está omitiendo la expectativa, pero esa omisión en la situación específica se puede dar por una acción y también por un no hacer. Verbigracia, el gerente de un banco que no hace nada para que en la entidad financiera se lave dinero del narcotráfico, o el mismo gerente que teniendo un sistema de prevención de lavado de activos ordena no aplicarlo, en las dos hipótesis el gerente ha omitido proteger el sistema financiero³¹⁸.

Muy acertada en este apartado es la reflexión de Claus Roxin (2016), quien reseña que todos los casos de omisión se tratan de delitos de infracción del deber, ya que la omisión va

³¹⁷ WELZEL, Hans. Derecho Penal Parte General. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1956, p. 210. En este mismo sentido Hans Welzel "No existe delito alguno de omisión, sino un delito puro de comisión, si alguien impide por un hacer activo una serie de actos tendientes al salvamento; p. ej., si alguien impide al médico, por la fuerza, vendar al que se desangra"

³¹⁸ SÁNCHEZ VERA GÓMEZ – TRELLES. Javier Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá. 1997, p. 43.

precedida de un deber de protección o conservación, cuyo quebrantamiento se valora como la infracción de la norma, por ello es indiferente si el quebrantamiento se produce por un hacer o un omitir, pues en cualquier variable deberá responder por el delito, resaltando que el autor no lo llega a hacer por virtud de la teoría del dominio del hecho³¹⁹.

Llevada esta consideración a mi tesis, en el entendido que todos los delitos son de omisión, incluso los que tradicionalmente son tratados bajo los parámetros del dominio del hecho, inexorablemente se llega a la conclusión de que todos los delitos son de infracción del deber. Verbigracia, si el socio de una empresa roba a los demás socios está quebrantando el deber más abstracto que tiene una persona, impuesto por la sociedad, que es no hacerle daño a los demás, así sea por un hacer o una omisión. En el fondo él quebranta este deber general, es decir, este es un caso de omisión, a pesar de que mediante una acción robó a sus socios, omitió respetar su patrimonio.

13. El mantenimiento de la identidad de la sociedad

En este orden de ideas, el mantenimiento de la identidad de la sociedad depende de la vigencia de las normas, mientras más se cumplan y se respeten estas, la sociedad funcionará óptimamente. Esta consideración fue descrita sustancialmente por Hans Welzel (1956), quien sostuvo que el derecho penal se encarga de mantener los valores de la sociedad, los cuales están

³¹⁹ ROXIN, Claus. Autoría y Dominio del hecho en el derecho penal. Traducción de la novena edición alemana. Marcial Pons. España. 2016, pp. 442.

contenidos en el derecho. En este orden de ideas, quienes no son fieles a la norma deben recibir una pena para asegurar el cumplimiento de esos valores³²⁰.

En este mismo sentido señala Claus Roxín (1997) -ubicado en la culpabilidad en relación con la prevención general de la pena- que el fin de la paz y la seguridad implica que todas las personas sean fieles a los mandatos y prohibiciones, con la obligación de mantener las expectativas sociales. Quien viola la ley penal produce una conmoción en la conciencia jurídica - lo que he denominado la desestabilización de la vigencia de la norma-, por lo que se hace necesario reafirmar su vigencia por medio de la pena, pues, de lo contrario, la impunidad motivaría la anarquía³²¹.

El delito cometido por los dirigentes es una comunicación defectuosa que quebranta expectativas y desestabiliza la vigencia de la norma. Me atrevo a afirmar -contrario a lo sostenido por Claus Roxín (1997), quien lo considera un problema de culpabilidad³²²- que la

³²⁰ WELZEL, Hans. Derecho Penal Parte General. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1956, p. 3. "Esos valores, que radican en el pensar jurídico permanente de un obrar conforme al derecho, constituyen el substrato ético-social de las normas del derecho penal. El derecho penal asegura su real observancia determinando pena para quienes se apartan de ellas a través de acciones infieles, indisciplinadas, deshonestas, desleales. La misión central del derecho penal reside, entonces, en asegurar la validez inviolable de esos valores, mediante la amenaza y la aplicación de pena para las acciones que se apartan de modo realmente ostensible de esos valores fundamentales en el actuar humano (...)"Sin embargo, la misión primaria del derecho penal no es el amparo actual de los bienes jurídicos; es decir, el amparo de la persona individual, de la propiedad, etc., pues es allí, precisamente, adonde, por regla general, llega su acción demasiado tarde. Por encima del amparo de los bienes jurídicos individuales concretos, está la misión de asegurar la validez real (la observancia) de los valores del actuar según el pensamiento jurídico. Ellos constituyen el más sólido fundamento sobre el que se basan el Estado y la sociedad. El mero amparo de bienes jurídicos sólo tiene una finalidad negativo-preventiva, policial-preventiva"

³²¹ ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Civitas. España Madrid. 1997. P. 811. "La paz y la seguridad jurídicas en una sociedad resultan de la expectativa de que a los seres humanos se les induce por regla general a la conducta fiel al Derecho mediante prohibiciones y mandatos. Por ello, cuando alguien infringe las leyes penales se produce una conmoción de la conciencia jurídica general (y con ella descontento e inseguridad) que se solventa de nuevo cuando las normas se afirman en su vigencia mediante la punición del sujeto. Si los delitos quedaran por regla general impunes, las normas perderían ampliamente su poder de motivación, y la sociedad se hundiría más y más en la anarquía".

³²² *Ibidem*.

antijuricidad es la ponderación de la desestabilización de la norma y que los dirigentes de organizaciones criminales actúan como individuos cuando perturban esta.

Günther Jakobs (1998) plantea la diferencia entre individuos y personas. Los individuos tratan de ejercer los derechos que ellos creen les corresponden sin que tengan un vínculo común con los demás individuos; por el contrario, las personas son las que están vinculadas a las normas estatuidas por la sociedad, encaminadas al cumplimiento de los intereses generales del sistema; por lo tanto, los dirigentes de las organizaciones criminales son individuos que creen que tienen el poder de alcanzar sus intereses sin consideración alguna a las demás personas³²³.

La capacidad cognitiva es una característica de las personas en sentido sociológico, pues se comportan en la sociedad conforme al ordenamiento jurídico, lo que cimienta las expectativas normativas, ya que se garantiza su cumplimiento. Tanto la persona como la norma contribuyen a que la expectativa funcione, por ende, quien pretenda ser tratado como persona tiene que demostrar su interés para acatar la norma³²⁴.

Argumenta Jakobs (1998):

"El pensamiento pluralista habitual en sociedades parciales procede de este modo, es decir, entiende la comunidad como privacidad. De este modo, quien es socializado en esta sociedades se convierte en

³²³GÜNTHER, Jakobs. La Imputación Objetiva en Derecho Penal. Editorial AD-HOC. Buenos Aires 1997, pp. 22. "No se trata de, desde luego, de invertir los términos; no se afirma aquí que toda sociedad en funcionamiento sea una sociedad en la que los sujetos obtienen lo que es su derecho, sino que tan sólo se afirma, aunque decididamente, que sin una sociedad en funcionamiento no hay nada más que un cúmulo causal de individuos humanos que al carecer de algo común de carácter vinculante no conocen el mundo objetivo y por ello no pueden traspasar el marco de sus respectivas percepciones individuales".

³²⁴ POLAINO ORTS, Miguel. Derecho Penal del Enemigo. Desmitificación de un Concepto. Grijley. Lima-Perú. 2006, p. 105.

alguien especial; precisamente, en un sujeto privado, que trata habitualmente con otros sujetos privados: la revelación del ámbito de lo privado se convierte en un divertimento recíproco, y en el objetivo de la socialización es el "soy como soy". Hablando en términos aristotélicos, habría que referirse a la formación de grupos animales y dioses pues la comunidad de Aristóteles en lo público, el Estado. Este ya no puede concebirse -a diferencia de lo que aun Hegel intentó- como algo sagrado para el sujeto, pero esto, a su vez, tampoco significa que exista una alternativa plausible al principio de la juridicidad en el sentido de la sociedad civil. El sujeto debe alcanzar este conocimiento laboriosamente y por sí mismo; de lo contrario, la juridicidad es para él una mera coacción, convirtiéndose en animal, o es nula, y entonces actúa como dios. Quien no puede fundamentar ningún principio de comunidad pública, no es sujeto en el ámbito público (...)"³²⁵.

Al respecto, Bernardo José Feijoo Sánchez (2017) plantea el interrogante sobre si el derecho penal debe garantizar la seguridad de las normas o los bienes jurídicos. Opina que no existe una contradicción entre la protección de las normas y los bienes jurídicos teniendo presente que la primera se traduce en la segunda premisa, ya que los bienes jurídicos son una construcción normativa, pues si no hay normas, no hay bienes jurídicos, sino simplemente intereses individuales³²⁶.

Recapitulando algunas conclusiones anteriores. Las normas jurídicas generan expectativas de cumplimiento con respecto a los integrantes de la organización delictiva; el

³²⁵ GÜNTHER, Jakobs. Sociedad, Norma. Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional. Universidad Externado. 1998, pp. 24.

³²⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Derecho penal de la empresa e imputación objetiva. Ediciones OLEJNIK, 2017, p. 33.

delito que cometen estas estructuras es una comunicación defectuosa que vulnera la vigencia de la norma y que la pena, como bien lo hemos recalado, es el medio que asegura que la norma siga vigente, mediante una respuesta contra fáctica; es así como, ante una comunicación defectuosa, el sistema responde con una pena, lo que he denominado supra como un fin retributivo funcional de la pena³²⁷.

Es así como los integrantes de las organizaciones criminales perturban la vigencia de la norma, que, como también lo he señalado, sería el fundamento de la antijuricidad. En este mismo sentido, Heiko Lesch (1997) indica el porqué la teoría del bien jurídico, bajo su notable raigambre naturalista, no puede ser el fundamento del injusto. Explica que el concepto de bien jurídico proviene del derecho civil, que lo definía como el aseguramiento de beneficios para cubrir las necesidades y fomentar intereses personales, a ello lo denominaron un bien; por lo tanto, el bien es el contenido del derecho para cada persona³²⁸.

Más adelante este concepto fue trasladado al derecho penal, fundamentando el contenido de la antijuricidad material, entendida como una perturbación de las condiciones externas que satisfacen a un individuo, como lesión causal exterior de un interés humano jurídicamente protegido, o lesión de un bien. Definiendo el delito como la lesión de un bien jurídico y la pena la prevención contra la pérdida de estos derechos. El problema radica que el derecho civil persigue la compensación por lesiones una vez que estas se han producido, pero cuando estas lesiones ocurren el bien jurídico ya está afectado, no se puede compensar; verbigracia, el muerto

³²⁷ LESCH. HEIKO HARTMUT. La Función de la Pena. Universidad Externado de Colombia. 2000, pp. 71.

³²⁸ LESCH. HEIKO HARTMUT. Intervención Delictiva e Imputación Objetiva. Traducción Javier Sánchez – Vera Gómez. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá. 1997, p. 18.

no se podrá revivir, es decir que el derecho penal siempre llega tarde a proteger los bienes jurídicos³²⁹.

¿La idea es esperar que el crimen organizado no lesione bienes jurídicos? ¡No! El derecho penal debe garantizar la vigencia de la ley, asegurando la orientación necesaria de los contactos sociales, con el fin de que los hombres se puedan comunicar entre sí³³⁰. Así las cosas, las organizaciones criminales, solo por el hecho de constituirse -en estricto sentido-, no alcanzan a lesionar los bienes jurídicos, ya que no han cometido aun delito alguno. Sin embargo, esa peligrosidad que representan -antes que poner en riesgo el bien jurídico-, lo que genera realmente es una perturbación a la vigencia de la norma, pues amenazan la estabilidad del orden jurídico, contradiciendo el monopolio de la fuerza que es exclusivo del Estado.

Incluso, si partimos del concepto de que el derecho penal protege bienes jurídicos, es decir, que previene la comisión de delitos, este es un asunto que no lo puede asegurar el derecho penal en estos términos, pues siempre que la organización criminal perpetra los delitos -secuestro, extorsión, peculado, homicidio- se evidencia el fracaso del fin clásico del derecho penal, ya que él, bajo estas condiciones, no fue capaz de proteger ese bien individual del actuar de la organización delictiva.

³²⁹ LESCH. HEIKO HARTMUT. Intervención Delictiva e Imputación Objetiva. Traducción Javier Sánchez – Vera Gómez. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá. 1997, p. 20.

³³⁰ *Ibidem*, p. 24.

C. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL MARCO DE LOS DELITOS COMETIDOS POR ORGANIZACIONES CRIMINALES

14. Evolución

La teoría de la imputación ha logrado un influyente enfoque dentro de la Ciencia Penal del siglo XXI, lo evidencia el hecho de que muchas de las lagunas de la dogmática, que por años tuvieron intensas discusiones doctrinales, ahora sean superadas gracias a sus nuevos postulados³³¹, lo que ha permitido cambiar paradigmas en el derecho penal, dándole un vuelco radical a la dogmática. Es posible establecer los límites de lo éticamente tolerable y la acentuación de la teoría en la revalidación de la vigencia de la norma, esto conduce inexorablemente a la normativización jurídica de los roles sociales y al criterio básico de imputación objetiva, que es el quebrantamiento de roles³³².

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede afirmar que la teoría de la imputación objetiva del siglo XXI ya no se fundamenta en los principios ontológicos, sino en una amplia gama de criterios jurídicos; los resultados derivados de la causalidad ahora se convierten en resultados no imputables. Los criterios de imputación son exclusivamente jurídicos. El sujeto a quien se le ha de imputar el resultado considerado como injusto debe haber creado el peligro desaprobado y este peligro, a su vez, debe haberse realizado en el resultado típico. Así, si se crea un riesgo aprobado y en virtud de este se produce un resultado lesivo no se le puede imputar el resultado al

³³¹ MIR PUIG, Santiago. Introducción a las Bases del Derecho Penal. Segunda Edición. Editorial IB de IF Buenos Aires Montevideo. 2003, p. 258.

³³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. En Torno de la Cuestión Penal. Editorial IB de IF Montevideo Buenos Aires. 2005, pp. 94.

sujeto, ya que el riesgo es tolerado de forma general³³³; ya el resultado no se concretará en la tipicidad si el riesgo creado por el sujeto no es el que se realiza en el resultado.

En esta misma línea argumentativa se considera que el resultado producido no debe ser imputado al sujeto cuando su conducta, a pesar de que no se ajustó a derecho -así esta lo hubiera estado-, igualmente se hubiera producido el mismo resultado; verbigracia, si la muerte de un paciente debido a una enfermedad que no tenía cura se hubiera producido igual con el correcto tratamiento que demanda la *lex artis*, es decir, que tampoco se hubiera evitado con la conducta correcta, entonces la conducta incorrecta del médico es evidentemente causal.

En consecuencia, no se le puede imputar la muerte del paciente en estos casos, pues falta la relación de realización específica entre la conducta incorrecta y el resultado acaecido. Así que, en consecuencia, se debe tener en cuenta que las diversas teorías de imputación objetiva en su sentido amplio tienen un común denominador que las caracteriza, que es la relación entre la actuación del sujeto y la producción de resultado³³⁴. Resaltando que los pilares de la imputación objetiva han sido unánimemente admitidos por la doctrina, siendo que las pocas diferencias que existen radican principalmente en cuestiones terminológicas.

Así sucede con los delitos imprudentes, donde se utilizan diferentes palabras, pero que manejan el mismo concepto. Denominaciones como la creación del riesgo no permitido tienen congruencia con el vocabulario tradicional de la dogmática del delito culposo, conocido como la infracción al deber objetivo de cuidado, teniendo en cuenta que este también tiene como presupuesto la creación de un peligro desaprobado para bienes ajenos, que sobrepasa la frontera

³³³ FRISCH, Wolfgang. Sobre el Estado de la Teoría del Delito . Cuadernos Civitas. 2000, pp. 21.

³³⁴ *Ibidem*.

de lo socialmente tolerable. La relación entre peligro y resultado se explica tomando el resultado como realización del peligro no tolerado, resultado lesivo que se sitúa dentro del ámbito de protección del tipo penal, incluso, algunas causales de ausencia de imputación objetiva han sido reconocidas por la jurisprudencia en los delitos culposos.

En Colombia se dio el caso donde un hombre disparó su arma de fuego en contra de otro en defensa personal, sin embargo, otra persona que trató de evitar que impactaran al agresor recibió también los disparos y quien se interpuso en el fuego cruzado perdió la vida. A quien produjo las muertes le fue reconocida la causal de justificación con respecto al atacante³³⁵, no ocurrió lo mismo con la responsabilidad frente a la persona que se atravesó en el tiroteo, ya que fue condenado por homicidio imprudente. A pesar de ello, en el recurso de casación la Corte Suprema de Justicia reconoció que la víctima había actuado en autopuesta en peligro, y era consciente de las consecuencias al interponerse en el enfrentamiento, por ende, el acusado fue absuelto, encontrando la Corte que la conducta fue atípica³³⁶.

La teoría de la imputación objetiva se basa en 5 pilares generales: 1. La creación del riesgo, que, como lo he sostenido en líneas anteriores, consiste en la desviación de las expectativas del rol y en no cumplir con sus deberes. 2. La realización del riesgo en el resultado, que consiste en analizar si el riesgo desaprobado sea el que se traduce en el resultado típico. 3. El principio de confianza, que significa que las personas confían en que los demás van a cumplir con sus deberes, se presume que van a cumplir con las expectativas que demandan los roles que

³³⁵ Sentencia. Corte Suprema de Justicia de Colombia Sala de Casación Penal, Fernando Alberto Castro Caballero Magistrado Ponente, AP1018-2014, radicación N° 43033, (aprobado acta no. 61), Bogotá D.C., cinco (5) de marzo de dos mil catorce (2014).

³³⁶ *Ibidem*.

desarrollan. 4. La prohibición de regreso se refiera a un comportamiento que socialmente es aceptado, y no constituye participación en el delito de quien hizo el aporte. 5. Las acciones a propio riesgo es cuando la víctima tiene que soportar un resultado nocivo por haber creado, ella misma, el riesgo no permitido. Lo que la destina a asumir sus propias consecuencias.

Para Bernardo José Feijoo Sánchez (2017) la teoría de la imputación objetiva se representa en cómo el sistema jurídico imputa a una persona un acto identificado como injusto, independiente si es un delito de resultado, de mera actividad, de lesión o peligro, de autoría o participación, doloso o imprudente. Es decir, se materializa cuando a una persona se le puede imputar un riesgo como incidencia típica, riesgo que permite explicar el resultado, definiendo su comportamiento como atribución de injusto de un ámbito de organización ajeno. Concluyendo que esta teoría abarca el hecho desde una perspectiva comunicativa y con fundamento en que los tipos son organizaciones defectuosas de ámbitos de organización³³⁷. A pesar de que Feijoo Sánchez cuestiona la teoría de los roles sociales, que es la teoría que defiende en este trabajo, sus consideraciones sobre la imputación objetiva no me parecen que sean incompatibles con mi tesis, por el contrario, las refuerzan, sin adherirme a su tesis central.

En este mismo sentido, Bernardo Feijoo Sánchez (2009) -ya en el campo de los delitos empresariales- sostiene que la teoría de la imputación objetiva no solo tiene como objetivo limitar la causalidad, como sucede, verbigracia, en los delitos contra la vida y la salud, sino que también permite reducir la intervención de la pena en los casos donde, bajo las reglas de la dogmática tradicional, es excesiva. Es decir, posibilita distinguir realmente las causas penales de

³³⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Derecho penal de la empresa e imputación objetiva. Ediciones OLEJNIK, 2017, pp. 67.

las meras infracciones administrativas o mercantiles, las cuales son asunto del derecho administrativo sancionador; si la conducta de un administrador societario es riesgosa, pero correcta es indiferente su intención o conocimientos³³⁸.

15. El sistema de doble imputación

Estoy de acuerdo con Claus Roxin (2016) con que la figura central del acontecer delictivo debe ser el autor³³⁹. Sin embargo -y sin desmedro de sus importantes argumentos-, considero que el barómetro para establecer esta premisa reposa en el análisis cuantitativo de los aportes de cada interviniente, ello con el objetivo de aterrizar el concepto de autoría y participación a la realidad de la sociedad, es decir, el conocimiento estándar de la estructura básica normativa de la sociedad.

Es así como la teoría de la doble imputación no desvanece este propósito, sino, por el contrario, crea la posibilidad de encontrar dentro de una gama de aportes de los intervinientes en el hecho delictivo cuál de ellos ocupan la figura central, sin descartar de plano aportes que, valorados de forma cualitativa, erróneamente se pueden clasificar como aportes de participación. Aclarando que no se puede correr el riesgo siquiera de imaginar que esta propuesta corresponde o es similar a la teoría unitaria de autor, insinuación que descarto radicalmente.

Tampoco se puede confundir la presente propuesta con las teorías objetivo-formales, ya que no se plantea que los intervinientes, para ser autores, deban agotar total o parcialmente una

³³⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Imputación Objetiva en el Derecho Penal Económico y Empresarial. InDret. Revista para el Análisis del Derecho. 2009, pp. 6.

³³⁹ ROXIN, Claus. Autoría y Dominio del hecho en el derecho penal. Traducción de la novena edición alemana. Marcial Pons. Año 2016, p. 42.

acción descrita en el tipo. ¡No! Yendo en contravía de este postulado ya superado hace varios años³⁴⁰, lo que se propone es la correspondencia global del hecho a todos los intervinientes, según su aporte en el delito, con independencia de si este se enmarca en la descripción típica, pues, finalmente, el sentido mancomunado de la acción es el que se debe constatar en la tipicidad y no la acción individual de cada interviniente. Corresponde hacer una valoración cuantitativa del aporte con referencia al impacto en el hecho delictivo, y de esta surgirá la diferencia entre autoría y participación, teniendo, además, como límite de responsabilidad penal la prohibición de regreso y la prohibición de sobrevaloración, las cuales explicaré más adelante.

Este sistema fue dado a conocer por Marxen (2016), buscando desarrollar una teoría que concretara la responsabilidad penal de los miembros de un grupo armado insurgente, o una organización criminal, es decir, una estructura organizada de poder, superando las inconsistencias de los sistemas clásicos de responsabilidad colectiva³⁴¹. Sin duda alguna, es un aporte muy valioso a la comunidad jurídica, ya que no se limita a examinar un caso en particular, sino que, por el contrario, plantea un análisis en contexto del hecho criminal, con la finalidad de darle un sentido macrocriminal al delito.

El punto de partida de la doble imputación no es la responsabilidad individual, sino la colectiva, iniciando precisamente con el análisis en contexto del hecho y valorando la cuantificación de cada aporte de los intervinientes, y, además, determinando el funcionamiento y la organización de la estructura criminal. La importancia del aporte individual se delimita

³⁴⁰ ROXIN, Claus. Autoría y Dominio del hecho en el derecho penal. Traducción de la novena edición alemana. Marcial Pons. Año 2016, p. 53.

³⁴¹ Apud. Resolución 0001 Fiscalía General de la Nación de Colombia. Fundamentos Jurídicos de la Responsabilidad del Dirigente. 2016, p. 2.

distinguiendo el rol de cada interviniente, de tal manera que se verifica el sentido normativo del hecho total; en segundo plano está el aporte individual y su relación con el hecho total. Conforme a lo anterior, la comisión de un delito -como el secuestro, el terrorismo o la corrupción empresarial- es un hecho total imputable a toda la organización; ese hecho total es imputable a todos los integrantes de la organización, pero también se hará una imputación individual a cada integrante, valorando de forma cuantitativa su aporte en el delito³⁴².

Bajo esta noción, en el caso de la perpetración de delitos por parte de estructuras de crimen organizado, existirán múltiples aportes específicos de sus integrantes. De esto se deriva que de su funcionamiento se desprendan la comisión sistemática de delitos. Por tal motivo, el análisis de responsabilidad se debe plantear desde un nivel que supere lo individual, ya que lo importante en este tipo de casos –sin abandonar la imputación individual- es contextualizar el sentido colectivo de la conducta, para después determinar el sentido individual de la misma. En primera medida se le debe imputar el acto colectivo a todos los miembros de la organización que han intervenido en el delito, y con fundamento en las posiciones de garante y criterios cuantitativos de autoría y participación, es posible establecer el grado de intervención de cada integrante, es decir, si es autor o partícipe³⁴³.

En este mismo sentido, Heiko Lesch (1997) -en relación con la intervención delictiva- afirma que en la ejecución del delito no hay división de trabajo y que realmente lo que se estructura es un hecho único, que se le imputa a todos los intervinientes en conjunto; el sujeto de la acción típica es el colectivo, sin desconocer el aporte de cada uno, pero no por separado. Así

³⁴² Resolución 0001 Fiscalía General de la Nación de Colombia. Fundamentos Jurídicos de la Responsabilidad del Dirigente. 2016, p. 2.

³⁴³ *Ibidem*, p. 4.

las cosas, la ejecución es un único hecho de todos los intervinientes, ya que coautores y partícipes son abarcados de la misma manera. Lo anterior significa que el tipo no recoge ninguna diferencia cualitativa entre autoría y participación, los implicados son un colectivo³⁴⁴.

La atribución de un hecho jurídicamente relevante a varios sujetos es una expresión de sentido colectivo en el sistema jurídico-penal. Cuando están vinculadas varias personas, las reglas de la intervención permiten establecer la responsabilidad de cada uno, según el rol que desarrolla y el peso del aporte en el hecho global³⁴⁵. La conducta prohibida en un sistema penal está descrita en el tipo y en consideración a una sola persona. Pero, cuando esa conducta es perpetrada por varios sujetos, se activan los amplificadores del tipo, por ello opino que la teoría de la doble imputación es un nuevo amplificador del tipo. Por esta razón, las intervenciones son analizadas desde la conducta típica, el aporte individual es una contribución al sentido global del delito que involucra a todos los intervinientes; por lo tanto, el tipo lo quebranta el grupo ilegal que desarrolló el delito.

En principio a todos los intervinientes se les imputa el hecho, de modo que la noción colectiva de la conducta tiene un significado, y otro la imputación típica del hecho. Cuando se ejecuta el delito por varias personas, en principio el tipo penal no hace un balance sobre la intensidad de la contribución de cada una de ellas, sino una interpretación única del hecho mancomunado. Por ejemplo, si un grupo terrorista activa un artefacto explosivo en una Estación de Policía matando a varios agentes: A (fabricó la bomba); B (instaló la bomba en la estación); C

³⁴⁴ HEIKO HARTMUT, Lesch. *Intervención Delictiva e Imputación Objetiva*. traducción Javier Sánchez – Vera Gómez. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá. 1997, p. 49.

³⁴⁵ Resolución 0001 Fiscalía General de la Nación de Colombia. *Fundamentos Jurídicos de la Responsabilidad del Dirigente*. 2016, p. 4.

(detonó la bomba); D (dio la orden y elaboró el plan); E (es el dirigente de la organización). Este es un hecho mancomunado de homicidio y el asesinato de los policías es el objeto principal de la imputación, que vendría siendo una expresión de sentido en el sistema penal. El hecho global le pertenece a: A, B, C, D y E.

Igual sucede en la delincuencia empresarial, verbigracia, aquellas compañías que venden, con conocimiento, productos que son nocivos para la salud, ocultando este grave hecho a los usuarios. A pesar de que existen diferentes roles y aportes, todos confluyen en la mancomunidad de un solo hecho, tanto el gerente que administra la empresa en estas condiciones y pone en venta el producto nocivo, como los publicistas que desarrollan las campañas para vender el producto, como los encargados de fabricar el producto, e incluso los distribuidores, sin desmedro de la aplicación del principio de confianza.

En los dos ejemplos los implicados han quebrantado las expectativas de sus roles, que les demanda la sociedad, ya sea por virtud de una competencia por organización o competencia por institución. Ellos logran comunicar que la norma no está vigente, que su acción es contraria a la establecida por el derecho y que esta conducta les pertenece. Sin embargo, el aporte individual no es el objeto de imputación, lo es el conjunto de aportes que desenlazaron el delito, de manera que el hecho global, en sí mismo, es la razón que hace considerar a cada uno como parte del sentido mancomunado de la conducta.

Pareciera que esta vertiente trasgrede flagrantemente la máxima del derecho penal, que pregona que cada sujeto que interviene en un delito debe responder por su propio acto y no por hechos ajenos. Realmente no es así, aunque el hecho es de todos, cada uno infringe sus propios

deberes, cada uno desestabiliza la norma, cada uno genera una comunicación incorrecta en el sistema.

Por lo tanto, la suma de esas infracciones -traducidas en el tipo- dan como resultado la imputación de un hecho único. Ahora bien, la pena que se aplica a cada interviniente se individualiza, teniendo en cuenta el rol, el deber o ámbito de competencia que cada uno ha quebrantado, en proporción gradual de su intervención, y el peso de su aporte, sin perder de vista que el ilícito es obra de todos.

De manera que, para que una conducta adquiera relevancia penal debe observarse en un sentido mancomunado; hecha la imputación global, se valorará quién es el autor y quién es el partícipe según la posición de garante que ostenten los integrantes del grupo ilegal, la importancia o peso del aporte, y, finalmente, la ponderación; estos elementos identificarán quienes son los autores y los partícipes en el delito.

Diciéndolo, en otros términos, es erróneo afirmar que quien participa en un hecho ajeno no ejecuta de propia mano la conducta descrita en el tipo, como sucede en los delitos perpetrados por los subordinados que están en la última línea de la jerarquía de la estructura de poder. Se ha explicado que el delito tiene una representación simbólica social, no ontológica, es por ello que el delito se le puede imputar mancomunadamente a varios, así sean de aquellos denominados de propia mano; es de unos, como de los otros. En esta nueva visión de la autoría el hecho pertenece a todos, pero no se le imputa al partícipe lo que haga el autor, o al autor lo que haya hecho el

partícipe; una vez se verifica que la conducta global ha infringido el tipo, se hace la valoración particular de cada aporte, se evalúa la intervención de cada uno por separado³⁴⁶.

En este mismo sentido Günther Jakobs (1997) hace la siguiente reflexión:

“Por tanto, un hecho, con independencia de que sea preparado y efectuado por uno o por varios autores, sólo pasa una vez -y no por separado para cada uno de los intervinientes- del estadio de la preparación al estadio del comienzo de la tentativa, como también una sola vez lo hace al estadio de la tentativa acabada; y es que se trata de un solo injusto, aunque sea propio de varias personas”³⁴⁷.

Creo que el sistema de doble imputación es la figura más apropiada para la delimitación de la responsabilidad penal de los delitos cometidos por los dirigentes de grupos delincuenciales, incluidos los empresariales, sin olvidar lo vital que resulta, en esta misma línea de pensamiento, el desarrollo de la investigación criminal en contexto; esta apoya la delimitación del sentido normativo del delito, pues en la medida en que se interprete el delito bajo el criterio de hechos aislados se evapora la responsabilidad mancomunada de los demás intervinientes.

Por ejemplo, en una investigación la primera valoración de la Fiscalía es la identificación de una estafa simple a un consumidor; pero, al contextualizarla en una línea de investigación en contexto, se establece que es el plan criminal de una empresa compuesta por varias personas, que en el mercado ofrecen productos de alta calidad, pero entregan al usuario uno de baja calidad;

³⁴⁶ VAN WEEZEL, Alex. Límites de la Imputación Penal. Estudios 2000-2010. Universidad Externado de Colombia Bogotá. 2011, pp. 176.

³⁴⁷ GÜNTHER, Jakobs. La Imputación Objetiva en Derecho Penal. Editorial AD-HOC. Buenos Aires 1997, p. 80.

esto ayuda a advertir a los investigadores que realmente se trata de una estafa empresarial y no de un simple vendedor que quiere sacar provecho para sí mismo.

Cuando a un cliente de un banco le clonan su tarjeta de crédito y logran robarle dinero, parece a simple vista un hurto, sin embargo, dentro de la investigación adelantada por la Fiscalía se logran contextualizar varias operaciones similares, dando como resultado que se trata de una organización delictiva, que ha robado a millones de usuarios.

Para la teoría de la intervención delictiva estos ejemplos se tratan de una unión de varias acciones delictivas en una ejecución global, conforme a un programa criminal, donde el significado de cada ejecución se deduce a partir del análisis en contexto³⁴⁸. El sistema de doble imputación contiene los siguientes elementos, que permiten concretar el análisis en contexto de la organización. 1. El delito es un hecho global, compuesto por varios aportes, y a todos se les imputa el delito. 2. La identificación del rol que desarrolla y la importancia de su aporte, además el comportamiento específico del integrante de la organización. 4. La precisión del contexto criminal de la organización, como identificación de la estructura, máximos líderes, líneas de mando, regiones de injerencia, potencial de guerra, finanzas, programa criminal y su modus operandi. 5. Y la identificación de los resultados delictivos generados por la organización, como los secuestros, homicidios y tráfico de armas.

³⁴⁸ Resolución 0001 Fiscalía General de la Nación de Colombia. Fundamentos jurídicos de la responsabilidad del dirigente. 2016.

16. La relación funcional de la conducta y el hecho global

La pertenencia por sí sola a la organización criminal no significa que por este hecho la persona sea responsable de todos los delitos cometidos por la estructura -con excepción del delito de asociación criminal-, en cada caso se deberá establecer, necesariamente, la relación funcional entre el aporte individual y la acción colectiva que, evaluada en contexto, sería el hecho total.

Así las cosas, la persona será responsable por el hecho total si el aporte hace parte de este. Es así como el sistema de doble imputación establece como la conducta individual le pertenece al hecho global; ello se le denomina una relación de imputación, por cuanto implica la consideración del comportamiento concreto del sujeto en particular, determinando el contexto criminal supra individual; es decir, el rol del sujeto en la estructura criminal, que su aporte esté dentro del plan criminal y que el resultado delictivo sea la traducción de este³⁴⁹.

Por ejemplo, el dirigente de un grupo insurgente que, como programa criminal, tiene el secuestro de personas por parte de los miembros de su organización; si se perpetra el objetivo criminal, si bien es cierto el dirigente no es quien priva directamente de la libertad a sus víctimas, el hecho es comprendido como una totalidad, por la suma de las conductas particulares que se desarrollan entre sí para realizar el delito.

Lo que objetivamente es imputable al dirigente es lo que se deriva del programa criminal que hace parte de su ámbito de competencia. Así las cosas, por eso la realización del tipo de propia mano de otro, también es obra del dirigente. No es que este responda por los hechos de un

³⁴⁹ Resolución 0001 Fiscalía General de la Nación de Colombia. Fundamentos jurídicos de la responsabilidad del dirigente. 2016.

tercero cuanto este ha creado un riesgo jurídicamente no permitido, sino porque, como el jefe de la estructura, quebranta sus propios deberes y obligaciones frente a los demás ciudadanos y debe responder por la infracción de sus propios deberes, por la generación del riesgo que ha provocado al quebrantar sus obligaciones al crear o dirigir la estructura y no revocar ese peligro.

17. Delimitación de la responsabilidad

Otro de los puntos cardinales de esta propuesta son las posiciones de garante, las cuales, dentro de la teoría de la imputación objetiva, se conciben como uno de los elementos más importantes, y, a su vez, son el límite de la responsabilidad penal de cada persona al momento de valorar la intervención delictiva, como sucede en el crimen organizado o empresarial. Esta delimitación logra especificar, desde el punto de vista jurídico, cuándo un acontecer delincencial, generado por el grupo criminal, le pertenece a alguno de sus integrantes. Una de las características que sobresale de este esquema es que se respetan los principios generales del derecho penal y las reglas de la teoría de la imputación objetiva.

En mi criterio, por medio de las posiciones de garante y su debido reconocimiento en la estructura jurídica es posible imputarle un hecho a una persona con precisión, y, para el caso en concreto, elevar a autores de la conducta a los dirigentes de la organización. También las posiciones de garante controlan el exceso de la persecución penal en supuestos de hecho que sobrepasan los parámetros del poder punitivo del Estado. Además, que esta limitación tiene una clara concordancia con el derecho penal mínimo, ya que incentiva a que el sistema penal solo ejerza la acción penal en contra de los verdaderos responsables del delito, sin prolongar la

responsabilidad penal en terceros tan solo con fundamentos causalistas u ontológicos, ello evita una imputación basada en hechos irrelevantes.

Es así como en la valoración total de un hecho delictivo, perpetrado por una organización criminal, inexorablemente se debe establecer como primera medida cuál era el rol de cada interviniente y, por ende, el deber o los parámetros de su competencia. Este ejercicio, netamente normativo, permite delimitar, con agudeza, si la persona está involucrada en el hecho delictivo generado por la estructura, si esta incurrió en un riesgo no permitido y si este -después de agotar los requisitos de la imputación objetiva- se traduce en el resultado típico.

Es importante resaltar que esta investigación maneja dos líneas que fundamentan las posiciones de garante en el crimen organizado. Se trata de las competencias por virtud de la institución y por virtud de la organización, cada una contiene parámetros específicos, concordantes con los criterios generales de la imputación objetiva. Esta misma metodología la adoptó Claus Roxin (2016) en su teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, sosteniendo que el dominio de la voluntad se puede configurar por medio de estructuras estatales (competencia por institución) y estructuras clandestinas (competencias por organización), que las caracterizó como Estados dentro de mismo Estado, bandas criminales o semejantes. A pesar de que la estructura de la teoría de la autoría mediata es abiertamente diferente a la que se defiende en esta investigación, que es basada en las posiciones de garante, debo resaltar que a pesar de

ello Claus Roxin (2016) implícitamente también era consciente de las grandes diferencias entre este tipo de estructuras y por ende la necesidad de que tuvieran un tratamiento diferenciado³⁵⁰.

A pesar de que esta diferenciación hecha por Günther Jakobs (2004)³⁵¹ me parece correcta, no ha escapado al debate. Bernardo José Feijoo Sánchez (2017) considera que la distinción entre competencias por institución y organización es acertada, pero que en el fondo lo trascendental no es que la persona haya cumplido los deberes de su institución como estructura nuclear de la sociedad, sino que, siendo titular de unos deberes especiales de solidaridad, no ha cumplido sus deberes de preservar bienes ajenos. Como sucede en el caso del padre, lo relevante no es que viole las relaciones paterno-familiares como institución, sino que no evite el riesgo para la vida o la salud de su hijo. Tilda como de desenfocada el tratamiento dado a este asunto, pues se hace énfasis en la responsabilidad por la institución en desmedro de la responsabilidad por el hecho³⁵².

Opino que la visión de Feijoo Sánchez (2017) sin duda es una de las más autorizadas hoy en día, pero no se puede alejar su valoración de las bases de su teoría, recordando sus esfuerzos por mantener la importancia del bien jurídico dentro de una teoría normativista, como si aún lo persiguiera el fantasma del naturalismo. Lo que creo, lo lleva a darle prelación no a la infracción de la institución como fundamento de la responsabilidad, sino a las consecuencias de esa infracción. El padre que no cumple con sus deberes quebranta su institución, la cual trae como consecuencia precisamente poner en riesgo la vida o la salud de su hijo. Pero a mi parecer, no se

³⁵⁰ ROXIN, Claus. *Autoría y el Dominio del Hecho en el Derecho Penal*. Editorial Marcial Pons. 2016, pp. 244.

³⁵¹ APUD. SÁNCHEZ VERA GÓMEZ TRELLES, Javier. *El Funcionalismo en Derecho Penal*. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs. Universidad Externado. 2003, p. 273.

³⁵² FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*. Ediciones OLEJNIK, 2017, pp. 74.

puede pretender tomar como fundamento en una teoría de la norma, las consecuencias de la infracción del deber, desconociendo la importancia de la infracción de la institución, la segunda está implícita en la primera. Tampoco se puede olvidar (siendo consecuente con la teoría normativista) que lo que se busca proteger -más allá de un interés individual- es la estabilización del sistema, y este fin solo se logra con la protección de las instituciones.

El anterior comentario -en mi opinión- no desconoce la adhesión de Feijoo Sánchez (2017) a los postulados básicos de Günther Jakobs (2004), y tampoco la resta importancia a sus grandes aportes a la dogmática penal, con los cuales en su mayoría estoy de acuerdo, como lo sustentaré más adelante.

D. LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA COMPETENCIA POR ORGANIZACIÓN

18. Concepto

Según Günther Jakobs (2004), la idea de la competencia por organización tiene su origen en el Derecho Romano y deriva del concepto de “no dañar a nadie”, es así como indica que posteriormente fue referenciada por Kant, quien considera que se trata de un “no inmiscuirse en las esferas de libertad ajenas”, y también por Hegel en su obra Filosofía del Derecho, quien sostuvo que es una máxima del derecho, que consiste en “respetar a los demás como personas”, en este mismo sentido explica que Arthur Schopenhauer indica que uno de los deberes jurídicos que debe proteger la sociedad es “no dañar”³⁵³. Es así como Günther Jakobs les da sentido a

³⁵³ Apud. GÜNTHER, Jakobs. La Imputación Objetiva en el Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2004, p. 75.

estos postulados dentro del Derecho Penal, agregando los fundamentos de Niklas Luhmann -los cuales ya he expuesto supra-, aseverando que cuando el autor extiende su organización de forma prohibida a ámbitos de organización de terceros va en contravía de los derechos ajenos³⁵⁴.

Lo anterior, Günther Jakobs (2004) lo denomina las competencias en virtud de una organización, en el entendido de que la persona está sujeta a los deberes generales que emanan de la sociedad, colocando su acento en los deberes negativos, que se resumen en no lesionar a los demás, deberes que no van direccionados a establecer un mundo en común, más allá de la juridicidad general establecida por la sociedad, es decir, cada persona debe limitarse a cumplir de forma estricta su rol³⁵⁵.

Günther Jakobs hace una diferenciación de las distintas esferas:

“no lesiones a otro puesto que también es partícipe del ordenamiento jurídico, déjale en paz”³⁵⁶.

Lo que significa que no vivimos solos en el mundo, sino con otros, pero si no se quiere tener relación con los demás, basta con distanciarse de ellos, limitándose la persona al cumplimiento de sus deberes; es así como no es obligatorio que se produzcan configuraciones comunes, pero si se producen y se quebranta el rol general de solidaridad -dependiente del caso-, el derecho penal reaccionara ante este ataque al sistema para corregirlo³⁵⁷.

³⁵⁴ APUD. SÁNCHEZ VERA GÓMEZ TRELLES, Javier. El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs. Universidad Externado. 2003, p. 273.

³⁵⁵ GÜNTHER, Jakobs. La Imputación Objetiva en el Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2004, p. 75.

³⁵⁶ *Ibidem*.

³⁵⁷ *Ibidem*.

La violación a la competencia negativa en el Derecho Penal se conoce como los delitos por organización, y cuando el sujeto se organiza defectuosamente lo puede hacer tanto por acción, como por omisión. En este sentido Roterin (2003) sostiene que la defectuosa organización de un sujeto que conduce un carruaje se puede quebrantar porque el chofer dirija la carroza contra un peatón, es decir, por acción, o cuando el chofer suelta las riendas del carruaje para descansar, y este se dirige inexorablemente sobre el peatón, sin que el chofer retome nuevamente las riendas para evitarlo, es decir, por omisión³⁵⁸.

En los dos casos, si el peatón es arrollado, el chofer está quebrantando una expectativa negativa, y la expectativa jurídica por acción u omisión es idéntica, la cual consiste en no lesionar a nadie. Si el peatón es atropellado, el chofer incumple una prohibición y no un mandato, así que las acciones son equiparables a las omisiones y, en consecuencia, no requieren una especial regulación, pues el fundamento por el cuál se debe actuar y que convierte a las omisiones en delito reside en la defectuosa organización, que a su vez es un delito común³⁵⁹. De tal manera que no es una categoría exclusiva de los delitos por omisión impropia, también abarca los delitos de omisión propia y los de acción, recuérdese que los delitos de acción también van precedidos de un deber general que tienen que cumplir todos los ciudadanos, que es no afectar organizaciones ajenas³⁶⁰.

³⁵⁸ Apud. SÁNCHEZ VERA GÓMEZ TRELLES, Javier. El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs. Universidad Externado. 2003, p. 274.

³⁵⁹ PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. El Delito de Comisión por Omisión en el Nuevo Código Penal Colombiano. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. Bogotá. 2007, pp. 12.

³⁶⁰ BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho Penal. Editorial TEMIS. Bogotá D.C. 1996, p. 230.

Es indispensable aclarar lo siguiente, puede pensarse que los delitos impropios de omisión no están positivizados en su totalidad o que no están plasmados ya sean en leyes, resoluciones, contratos, manuales de conducta o normas técnicas, sugiriendo la equivocada conclusión de que los tipos de omisión son abiertos e indeterminados y que vulneran el principio de legalidad, pero ello no es así, pues además de las abundantes normas de regulación de actividades que tiene la sociedad, también existe la figura del hombre prudente.

Yendo a la propuesta de Günther Jakobs (2004), quien planteó la figura del hombre prudente como punto de referencia para los ciudadanos. Al no existir un deber consagrado de ciertas conductas que se despliegan en la sociedad, deberían comportarse como un hombre prudente, esto teniendo en cuenta que sería inadmisibles la impunidad de los delitos de omisión impropia donde los deberes no estén regulados formalmente. No se trata de un simple deber de actuar, sino la específica posición en que se encuentra el sujeto activo frente a una fuente de peligro³⁶¹. El comportarse como un hombre prudente no vulnera el principio de legalidad, ya que esta obligación, es decir, actuar con prudencia, es la traducción del principio de solidaridad que deben cumplir todas las personas, incluso es un deber legal.

La competencia por organización está conformada por obligaciones de aseguramiento frente a peligros derivados de objetos o actividades empresariales, incluyendo el comportamiento antijurídico precedente³⁶². De esta manera se puede realizar una interpretación en sentido normativo de la conducta, permitiendo efectuar una imputación fiel a la intervención de la persona, sin extralimitarse, manteniendo una adecuada valoración de la comunicación errónea,

³⁶¹ GÜNTHER, Jakobs. La Imputación Objetiva en el Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2004, pp. 75.

³⁶² *Ibidem*.

que, como sostuve supra, sería la tipicidad. Posteriormente se hará la ponderación de las consecuencias del delito, de modo que cada persona -y para el caso en concreto de las organizaciones criminales- recibirá una pena ajustada a la infracción de sus propios deberes, según la competencia que haya infringido, pues en la sociedad no todo les compete a todos³⁶³.

El derecho abstracto se encarga de garantizar contactos masivos y anónimos, como lo reclama la estructuración de la sociedad, a través de estándares vinculantes de comportamiento que permitan establecer contactos. Los deberes negativos contienen la prohibición de causar lesiones, pero también mandatos dirigidos a evitar cursos lesivos; el deber está determinado por estrechas relaciones entre personas - denominadas también comunidades normativas-³⁶⁴.

En resumen, una vez determinada la posición de garante, se identifica el quebrantamiento de los deberes, lo que genera la creación de un riesgo no permitido que afecta los derechos de las demás personas u organizaciones ajenas, es como la posición de garante le exige a la persona el aseguramiento del peligro desaprobado que desató, ello con el objetivo de no quebrantar derechos ajenos³⁶⁵.

Señala Bernardo José Feijoo Sánchez (2017) que quien tiene una preferencia de actuación en su ámbito de organización, el cual administra de forma libre, tiene el deber de evitar que este vulnere organizaciones ajenas. Es decir, el que tiene la competencia de configurar su vida de forma autónoma es competente, a cambio, de garantizar que su ámbito de organización no provoque peligros para otros, debiéndose coordinar de forma correcta con ámbitos ajenos. Por lo

³⁶³ GÜNTHER, Jakobs. La Imputación Objetiva en Derecho Penal. Editorial AD-HOC. Buenos Aires 1997, p. 25.

³⁶⁴ PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. El Delito de Comisión por Omisión en el Nuevo Código Penal Colombiano. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. Bogotá. 2007, p. 30.

³⁶⁵ *ibídem*, p. 40.

tanto, entre mayor sea la libertad organizativa, es más rigurosa la responsabilidad por el desarrollo incorrecto de esa libertad, este es el fundamento de los deberes de injerencia, los de aseguramiento del propio ámbito de organización y los de salvamento del ámbito de organización ajena³⁶⁶.

Según Feijoo Sánchez (2017) los ámbitos de organización en la teoría funcional también son denominados roles con deberes negativos³⁶⁷. Ante esta afirmación debo advertir que a esta tesis se adscribe la presente investigación, es decir, a la preferencia por el concepto de roles sociales, como lo he explicado anteriormente, lo que no representa en mi concepto una incompatibilidad con los postulados de Feijoo Sánchez.

Ahora bien, con respecto a la estructura delictiva he dicho que sus integrantes cometen un hecho ilícito global que se les imputa a todos, lo que se conoce como la teoría de la doble imputación. Este hecho global se debe aterrizar a las modalidades de autoría y participación con el objetivo de hacer una diferenciación entre las distintas modalidades delictivas, de acuerdo con los criterios que se establecen a continuación³⁶⁸.

En la competencia por organización se desprenden tres tipos de deberes especiales que son: 1. El deber de aseguramiento en el tráfico; 2. El deber por asunción; 3. El deber por injerencia, el cual considero es el fundamento de la responsabilidad penal de los dirigentes, como autores, en las competencias en virtud de la organización.

³⁶⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Derecho penal de la empresa e imputación objetiva. Ediciones OLEJNIK, 2017, pp. 74.

³⁶⁷ *Ibidem*.

³⁶⁸ Código Penal Colombiano. Ley 599 de 2000 artículo 25.

En los deberes por virtud de una competencia por organización la expectativa normativa se dirige a evitar daños ajenos al propio ámbito de organización del autor; son los deberes de aseguramiento en el tráfico, en los que se le exige al sujeto que configure su ámbito de organización de una manera adecuada para que no afecte derechos ajenos³⁶⁹.

En los deberes de aseguramiento en el tráfico le corresponde a la persona adoptar las medidas necesarias para evitar causarle daños a otras personas en el desempeño de sus actividades, como es el caso de los constructores, médicos, conductores; si ellos alcanzan a provocar un daño a organizaciones ajenas, tienen el deber de revocarlo, a esto se le denomina deberes de salvamento³⁷⁰. Por otro lado, están los deberes por asunción, estos obligan a emplear a la persona que asume un riesgo las medidas apropiadas para desarrollar la actividad que ha decidido emprender voluntariamente, y en caso de que se presente algún defecto, está obligado a compensarlo, verbigracia, la niñera que asume voluntariamente el cuidado de un niño³⁷¹.

Finalmente encontramos los deberes por injerencia³⁷², los cuales se estructuran a partir de que la persona, por medio de una conducta previa, crea un riesgo no permitido que afecta los derechos de los demás, surgiendo para esta el deber de revocar los riesgos que se deriven de su conducta no permitida. A esto se le conoce como una conformación defectuosa de la organización del autor, lo que le obliga a asegurar la nueva situación defectuosa que él mismo ha creado y de la cual es competente³⁷³. Con respecto a la injerencia, se produce cuando la persona,

³⁶⁹ PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. El Delito de Comisión por Omisión en el Nuevo Código Penal Colombiano. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. Bogotá. 2007, p. 30.

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 33.

³⁷¹ *Ibidem*.

³⁷² *Ibidem*, p. 34.

³⁷³ *Ibidem*.

por virtud de una actuación previa, crea un peligro no permitido, que potencialmente pueda quebrantar el derecho vigente; significa que ha organizado su ámbito de actuación de forma equivocada, de allí surge para la persona el deber de asegurar la fuente de peligro o el deber de ejecutar acciones de salvamento, con el fin de que la organización ajena perjudicada no se vea afectada³⁷⁴.

Contextualizando esta última vertiente de la responsabilidad por la injerencia de los dirigentes de las organizaciones criminales, la sola constitución del grupo delictivo crea una organización defectuosa. En este orden de ideas, el jefe de la organización está obligado a revocar el peligro y los daños que se puedan producir de este antes de que afecten organizaciones ajenas. Si no los anula, se analizará si esta defectuosa configuración ocasionó el resultado delictivo, y en caso afirmativo el dirigente que constituyó o dirigió la organización es quien ha quebrantado la prohibición negativa -sin desmedro de la responsabilidad de los demás implicados-, y será este objeto de la imputación por el daño causado en la modalidad de autoría.

Recapitulando lo sostenido en líneas anteriores y conectando la teoría de la doble imputación con la teoría de la injerencia, esto se traduce como una actuación mancomunada que vulnera la vigencia de la norma. En esta medida será el dirigente quien responderá como autor por la conformación del grupo, y también por los delitos que este cometa, junto con los demás miembros de la estructura delictiva; estos últimos podrán ser autores o partícipes según el peso de su aporte en el hecho delictivo, pero sin olvidar que todos son competentes por el resultado,

³⁷⁴ PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. El Delito de Comisión por Omisión en el Nuevo Código Penal Colombiano. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. Bogotá. 2007, p. 34.

ya que el hecho les pertenece a todos, así que es un quebrantamiento colectivo de deberes y el aporte necesariamente tiene que estar ligado con el delito.

Por otro lado, no será competente el interviniente, no se contemplará como parte de la mancomunidad, no infringirá del deber colectivo, si el aporte es neutral o socialmente adecuado³⁷⁵. Esto es importante tenerlo en cuenta, por cuanto algunas estructuras criminales aprovechan los aportes que de buena hace los terceros para la consecución de delitos.

19. El quebrantamiento de deberes

De esto se desprenden los deberes generales o abstractos que confluyen en la sociedad. Diciéndolo en términos normativos, al interior de la posición de garante se consolida un consenso de deberes que determina su configuración por intermedio de expectativas direccionadas a las personas para que las acaten. Se trata de reglas que facilitan la comunicación entre ciudadanos y que no solamente están guiadas a satisfacer los intereses individuales de sus miembros, sino de todos los ciudadanos, además, su diseño está contemplado para mantener la existencia del sistema social, a través de pautas investidas de una fuerza vinculante que obligan a los sujetos a cumplir con sus deberes³⁷⁶.

Teniendo en cuenta lo anterior y el planteamiento de la doble imputación, la posición de garante del dirigente dentro de la estructura criminal es uno de los elementos determinantes para sustentar la autoría, atendiendo a su condición de jefe, lo que le permite orientar la conducta de

³⁷⁵ PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *Funcionalismo y Normativismo Penal. Una Introducción a la obra de Günther Jakobs*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. Bogotá Colombia. 2006, p. 68.

³⁷⁶ GÜNTHER, Jakobs. *Sociedad, Norma. Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional*. Universidad Externado. 1998, pp. 10.

los integrantes del grupo criminal. En este sentido, la situación del líder en la estructura no puede analizarse de forma individual, como ya se ha reseñado anteriormente, por lo tanto, es determinante establecer su grado de competencia.

En este orden de ideas, la posición de garante del jefe de la estructura criminal hace alusión al desarrollo de su libertad, de la cual se desprende el deber de no vulnerar esferas ajenas; es decir, un deber negativo que se enmarca en las competencias por organización, pues aquel que se organiza peligrosamente le surge la obligación de evitar el daño a terceros, o de revocar el daño ya causado ³⁷⁷.

No se puede perder de vista que esta cláusula rige, así la conducta desplegada sea ilícita, manteniéndose la obligación de no dañar. Por lo tanto, el dirigente o cualquier integrante de la estructura ilegal tiene el deber de interrumpir sus actividades criminales y que estas no afecten a terceros, ya que debe asegurar el peligro exteriorizado. Esto porque el carácter criminal de sus actividades no los excusa del vínculo normativo, ya que el exceso en el uso de la libertad que la estructura normativa de la sociedad civilizada les ha conferido, por el hecho de presumirse personas, habilita y legitima la imputación de todos los peligros que se derivan de la organización delincinencial. Por ello el no cumplimiento de la posición de garante del líder le permite al sistema jurídico imputarle a este, como autor, los resultados criminales de la estructura criminal, siempre y cuando estos estén dentro del programa criminal de la estructura.

En este orden de ideas, la posición de garante del dirigente de la organización delictiva será por injerencia, por tratarse de la creación de una situación previa no permitida, como es la

³⁷⁷ Resolución 0001 Fiscalía General de la Nación de Colombia. Fundamentos jurídicos de la responsabilidad del dirigente. 2016.

conformación o direccionamiento de la estructura, por ende, le corresponde, además, -en la posición de garante y como dirigente del grupo- cumplir con los deberes de salvamento para evitar que se lesionen o sigan lesionando los derechos de terceros³⁷⁸.

Un comportamiento que infrinja tales responsabilidades desestabiliza la norma, porque es una defectuosa configuración de la libertad, que debe reprochar el ordenamiento jurídico³⁷⁹. A partir de este fundamento se puede entender la razón por la cual los dirigentes de grupos al margen de la ley también deben responder por los delitos cometidos por la organización criminal por la propia vulneración de sus deberes y no la de los demás.

En conclusión, las afectaciones que se desprendan de la decisión o hecho de conformar un grupo delincuenciales son imputables a título de autor al dirigente, que es el competente. A este le son imputables los actos del grupo criminal, pues haciendo uso de su esfera de actuación – libertad de acto- ha creado una situación de riesgo no permitido. Esta razón lo hace competente por el deber de injerencia, sin perjuicio de la responsabilidad de los autores directos que ejecutan el hecho, produciéndose autorías paralelas, siempre y cuando los resultados estén enmarcados dentro del plan criminal de la estructura criminal.

20. La creación del riesgo jurídicamente desaprobado

Una vez establecida cual es la posición de garante que ostenta el dirigente de la organización delictiva, cuales son sus deberes y sus competencias, se debe establecer si su

³⁷⁸ Resolución 0001 Fiscalía General de la Nación de Colombia. Fundamentos jurídicos de la responsabilidad del dirigente. 2016.

³⁷⁹ PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. La responsabilidad por injerencia en la moderna dogmática penal. En Estudios Penales a Partir de Libertad y Solidaridad. 2009, pp. 33.

conducta o comunicación ha sobrepasado los límites del riesgo tolerado por la sociedad, este marco que está representado en la estructura normativa; en consecuencia, no solamente se analizan los deberes que están consagrados en la ley, sino además los de carácter extrajurídico.

Para establecer lo anterior se debe determinar cuáles fueron las acciones u omisiones desplegadas por el dirigente. Una vez esto se establezca, se examinará, en cada actuación, cuales son las normas aplicables en el caso en específico para desarrollar la actividad, por ejemplo, en la evasión de impuestos la norma aplicable será la estatuida por el régimen tributario. Así las cosas, e identificada la norma o regla por la cual se debe regir el dirigente, se debe verificar si excedió o quebrantó lo demandado para desarrollar la actividad. En este análisis deben concurrir los principios de la imputación objetiva -a los que haré alusión más adelante-, como son el principio de confianza, la prohibición de regreso y acciones a propio riesgo. En este orden de ideas, si el dirigente no cumple con los parámetros de la actividad regulada estará actuando dentro de un riesgo no permitido³⁸⁰.

El barómetro elemental para poder concretar el riesgo jurídicamente desaprobado es el riesgo jurídicamente aceptado. Para lo propio hay que recurrir no solamente a las normas jurídicas que regulan ciertas actividades, sino al sin número de reglas de cuidado que se han implementado en la sociedad. Es por ello que cada ámbito de la vida presenta espacios libres de acción, pero esta libertad está condicionada precisamente por las normas de cuidado; la libertad no entendida como hacer lo que se quiera, sino, por el contrario, hacer lo que se le permita a la persona en la interacción con los demás -rol social-.

³⁸⁰ Resolución 0001 Fiscalía General de la Nación de Colombia. Fundamentos jurídicos de la responsabilidad del dirigente. 2016.

En los delitos empresariales, por ejemplo, el representante de una sociedad que debe responderle a sus acreedores debe desarrollar actos idóneos que perjudiquen la insolvencia de la compañía llevándola a la quiebra; es decir, la conducta de este representante legal será típica si con su actuación defrauda a la masa de acreedores. Por lo tanto, las conductas que no alteren gravemente el pago a los acreedores no tienen relevancia penal, no se puede configurar un fraude si el representante, a pesar de que disminuye su patrimonio, garantiza el pago; así las cosas, el representante no crea algún riesgo no permitido³⁸¹.

21. La Identificación de los riesgos no permitidos

Hay que ocuparse del papel que tiene la teoría de los riesgos dentro de la función del derecho. Recordemos que existen riesgos permitidos, riesgos no permitidos, y riesgos generales de la vida, de tal manera que cualquier actividad que se despliega en la sociedad produce un riesgo, no por ello la actividad está por fuera del derecho. Tanto es así que, para evitar esta conclusión irracional, se desarrollan las reglas, donde desplegar un riesgo es una actuación conforme al derecho; por ejemplo, en las inversiones en la bolsa existe un gran riesgo de perder, pero si se gana, las ganancias son altas, a pesar de ello, es una actividad financiera que se mueve dentro del riesgo permitido, siempre y cuando se respeten las reglas del mercado³⁸².

Empero, en materia de derecho penal no se tendrá que responder por el delito, ya que es un riesgo permitido, en el caso del bombero que rompe una ventana y varias puertas de una casa

³⁸¹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Imputación Objetiva en el Derecho Penal Económico y Empresarial. InDret. Revista para el Análisis del Derecho. 2009, p. 26.

³⁸² LUHMANN, Niklas. El Derecho de la Sociedad' Formatação Eletrônica. João Protásio Farias Domingues de Vargas e Marjorie Corrêa Marona. Brasil, 2002, p. 122.

ajena para salvar la vida de una persona, sin duda, no responderá por el delito de daño en bien ajeno, ya que el bombero está actuando dentro de la órbita del riesgo permitido -para la doctrina dominante causal de justificación-.

Es así como en el caso del representante de una empresa, o el obligado a pagar los impuestos de la sociedad, el núcleo esencial de la tipicidad no recae en la falta de formalidades en la declaración, pues esto en realidad comporta una infracción administrativa. Lo relevante para el derecho penal es que no haya informado la veracidad de las cuentas de la empresa, ya que esa relación tributaria con el Estado está estructurada sobre el deber de veracidad, con respecto al dinero que se recauda por virtud de la obligación tributaria. Por ello, se debe entender que es una relación sustentada sobre la entrega de información real, es así como el representante crea un riesgo no permitido cuando no se cumple con este deber, sea porque se oculta la información o se distorsiona³⁸³.

22. La injerencia

Se ha sostenido que la posición de garante de la que se desprenden los deberes de aseguramiento para el dirigente de la organización delictiva es la derivada de la injerencia, por lo tanto, existen varios riesgos no permitidos que se producen al interior de esta competencia, aclarando que son muchos más los que se configuran, pero resalto los más importantes. Se tratan de la asociación delictiva, la ejecución de peligro por el desarrollo del programa criminal, la responsabilidad por el manejo de las fuentes de peligro, y el mantenimiento del grupo insurgente.

³⁸³ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Imputación Objetiva en el Derecho Penal Económico y Empresarial. InDret. Revista para el Análisis del Derecho. 2009, p. 30.

De antaño ya se había registrado en la doctrina esta figura dogmática, es decir, esta propuesta no es extraña para el derecho penal. Verbigracia, Hans Welzel (1956) sostuvo que quien, por virtud de la actuación previa (culposa), crea un peligro desaprobado, debe evitar la producción de ese resultado³⁸⁴, la única diferencia con mi postura es que considero que el actuar previo se puede dar mediante el dolo o la culpa.

22.1. La asociación delictiva

En este orden de ideas, al conformarse una organización delictiva se está creando un riesgo no permitido, es por ello que la mayoría de las legislaciones en el mundo consideran que cuando se ponen de acuerdo dos o más personas para cometer varios delitos estos están poniendo en riesgo la juridicidad de la sociedad.

Verbigracia el Código Penal Español en su artículo 17 prevé este tipo de riesgos³⁸⁵:

"1. La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo. 2. La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en él. 3. La conspiración y la proposición para delinquir sólo se castigarán en los casos especialmente previstos en la ley".

³⁸⁴ WELZEL, Hans. Derecho Penal Parte General. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1956. P. 208 y ss. "Por un hacer previo. Quien, por un hacer activo, aunque sin culpa, ha creado el peligro cercano de un resultado determinado, debe evitar la producción de ese resultado. RG., 24-339; 46-343; 58-130;73-57. Es ésta la fundamentación de la posición de garantía por un hacer que crea un peligro. El jefe que, sin darse cuenta, deja encerrado al empleado al cerrar el negocio, lo debe liberar, si no comete el delito de privación de libertad por omisión. En cambio, la parte en el proceso que ha llevado al testigo a la situación de declarar en falso, solamente a través de una acción del procedimiento, no tiene ningún deber de garantía para evitar la declaración en falso; pues, procesalmente, el testigo actúa bajo propia responsabilidad".

³⁸⁵ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, Código Penal Español.

Aclarando que en la legislación española la conspiración aplica solamente para los delitos más graves, como el homicidio, lesiones, tráfico de órganos, secuestro, trata de seres humanos, daños informáticos, lavado de activos, entre otros, precisamente estos son los delitos que son más usuales en el crimen organizado.

En este mismo sentido el Código Penal Alemán (1871) en su artículo 127 estipula³⁸⁶:

"cuando un grupo" –aunque solo sea dictando órdenes- “dispone de armas u otros instrumentos peligrosos” será castigado sin que sea necesario que haya realizado actos delictivos”.

Así mismo, el Código Penal Colombiano establece en su artículo 340 lo siguiente³⁸⁷:

"Concierto para delinquir. 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. (...) Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley (...)"

Al respecto, en los tres países el fundamento de la responsabilidad penal es la creación del riesgo abstracto por parte de la organización que amenaza gravemente a los subsistemas como el económico, el político y la existencia del mismo sistema social. La esencia de este peligro ha provocado que, desde el punto de vista de la política criminal, se adopte por combatir,

³⁸⁶ LÓPEZ DIAZ, Claudia. Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998. Traducido por 1999.

³⁸⁷ Ley 599 de 2000. Código Penal Colombiano.

desde la teoría del derecho penal prevencionista, estas amenazas, basándose la responsabilidad de los dirigentes en un riesgo abstracto. En lo particular considero que se debe demostrar el riesgo concreto, es decir, que se deba constatar que la conducta del dirigente tenga la capacidad de desestabilizar la vigencia de la norma.

En este orden de ideas, en relación con las organizaciones delictivas -en consideración al grave riesgo que generan para el sistema social- no necesariamente se debe esperar a que cometan los delitos de su programa criminal para que el derecho penal reaccione, basta con la creación de un riesgo concreto no permitido, como lo es su conformación, para que el derecho penal se arrogue la potestad de reaccionar por la potencial alteración del sistema. Pero, la conformación de la organización, por sí sola, no puede ser objeto de reproche penal, se debe probar -como lo señale supra- que esta realmente produzca una perturbación en la norma.

Al respecto, Cancio Meliá (2008) sostiene que es preciso evocar posiciones teóricas que expliquen el carácter lesivo de la conformación del grupo criminal, las cuales se basan en el hecho de atacar al Estado o específicamente al poder coactivo de este³⁸⁸.

En este sentido señala Berner (1847) con relación a la distinción entre la conspiración y la banda, que el significado específico de la organización en su personalidad autónoma afecta directamente al Estado:

“Del mismo modo que los vicios introducen una desorganización en el microcosmos de la psique, la banda trae una desorganización a la vida de la mónada estatal” quieren (...)

³⁸⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel. Y SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Delitos de Organización. Editorial IBdeF. Montevideo Buenos Aires. 2008, pp. 73.

generar un organismo lo más cerrado en sí mismo posible dentro del organismo del Estado e inexorablemente la contrainstitución entra en conflicto con los fines del Estado"³⁸⁹.

Una conducta previa que origine una situación antijurídica de riesgo, que ponga en peligro la vigencia de la norma, es una anómala conformación de la organización, un arbitrario ejercicio de la libertad. Es aquí donde se puede divisar cuál es el injusto de la asociación criminal, que es usurpar ilegítimamente las facultades que están exclusivamente en cabeza del Estado, no en vano el ideólogo del concepto de monopolio de la violencia, Max Weber (1985), lo relacionó con el mismo surgimiento de la noción moderna de Estado³⁹⁰:

“Estado es aquella comunidad humana que dentro de un territorio... pretende tener (con éxito) el monopolio de la violencia... [el Estado] se considera la única fuente del “derecho” a la violencia”³⁹¹.

Como lo he reseñado, el objetivo de las organizaciones criminales es desestabilizar al Estado, afectando sus funciones esenciales. Un sector de la doctrina ha calificado este delito como el injusto de los sistemas de injusto. En este sentido Miguel Polaino-Orts (2008) sostiene que las agrupaciones criminales son consideradas como sistemas asociales penalmente antijurídicos. Diciéndolo en otras palabras, un sistema disfuncional del sistema social, que se considera desestabilizador del sistema. Por tal razón, la agrupación criminal tiene un injusto derivado de su existencia, este injusto sistémico se concreta cuando unos sujetos se reúnen con

³⁸⁹ Apud. CANCIO MELIÁ, Manuel. Y SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Delitos de Organización. Editorial IBdeF. Montevideo Buenos. Aires. 2008. P. 74 (Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen, 1847, p. 489

³⁹⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel. Y SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Delitos de Organización. Editorial IBdeF. Montevideo Buenos. Aires. 2008. P. 75. (Wirtschaft und Gesellschaft, 5ª edición. A cargo de WINCKELMANN. 1985, p. 822.

³⁹¹ *Ibidem*.

un fin delictivo, poniendo en riesgo la efectividad del Estado. Sin embargo, considera que este injusto no es autónomo, pues hace parte del iter criminis de los delitos objeto de concierto, así las cosas, no sería un injusto autónomo sino derivado³⁹².

Esta posición plantea un cambio radical en la interpretación del delito de concierto para delinquir, pues si se entiende como una derivación de los delitos fines o un estado previo de los delitos que se han acordado cometer por parte de la organización, significa que por un mismo hecho se castigaría el acto de ideación o preparación (concierto para delinquir) y la ejecución o consumación del delito concertado. Sin duda, es una propuesta novedosa que merece análisis.

En lo particular, opino que el delito de concierto para delinquir no es autónomo, ya que pertenece a la etapa de ideación o preparatoria del delito fin; sin embargo, este si tiene un contenido propio, y es la perturbación que causa al sistema social con su alto peligro cuando se conforma la organización, lo que le permite al legislador penalizar de forma anticipada y autónoma los actos de ideación y planificación, sin desmedro de la punición de los delitos fines.

Lo anterior, para algunos, podría ameritar una seria discusión sobre si se está violentando el principio del non bis idem, tema que desborda el objetivo de la presente investigación. Sin embargo, me parece desacertado afirmar que en el caso en que la organización logre perpetrar los delitos concertados únicamente se les podría penar por estos, excluyéndose la responsabilidad por el concierto para delinquir, en virtud del principio del non in idem. Ello no es posible, ya que la perturbación a la vigencia de la norma del concierto para delinquir es distinta a las normas que protegen los delitos fines, por ejemplo, una organización dedicada al narcotráfico, además de que

³⁹² GÜNTHER, Jakobs. Y POLAINO-ORTS, Miguel Terrorismo y Estado de Derecho. Universidad de Externado 2008, pp. 69.

representan un riesgo para la seguridad del Estado (concierto o asociación delictiva), también representan un riesgo para la salud pública (narcotráfico), esta realidad en mi concepto es incontrovertible.

En este orden de ideas, los dirigentes de las organizaciones criminales, al constituir las, crearlas o dirigir las están violando los deberes generales que debe cumplir cualquier ciudadano. Con esta conducta develan su infidelidad a la juridicidad, estructurando una peligrosa amenaza para la sociedad, ya que ponen en riesgo el equilibrio de la norma, por cuanto, mediante un hecho precedente, como lo es la conformación o dirección de la estructura criminal, crean un riesgo jurídicamente no permitido. Por consiguiente, para quien origina un peligro le surge el deber de controlarlo, que es el caso de los dirigentes, que están obligados a hacer lo necesario para impedir que el riesgo perturbe los derechos de los demás y desestabilice la norma.

Basado en los argumentos antepuestos, se puede comprender con claridad las razones por las cuales, a los comandantes, jefes, dirigentes o cabecillas de las organizaciones criminales, se les puede imputar, a título de autores, las conductas punibles llevadas a cabo por la estructura criminal. El deber que surge para los dirigentes de las organizaciones es evidente, pues están obligados a realizar todas las acciones necesarias, encaminadas a evitar que el riesgo generado - por ellos mismos-, termine perturbando el sistema jurídico, lesionando organizaciones ajenas.

Puede ocurrir que el dirigente no sea quien creó la organización, pero haya asumido su dirección, así que, quien se vincula a ella sabe con anterioridad los fines criminales que tiene la estructura y las implicaciones legales que ello representa. En este caso, igualmente el dirigente manifiesta su infidelidad hacia al sistema normativo al ligarse como líder de la estructura

criminal, ya que es una organización peligrosa conformada previamente, que ahora está bajo su control. El dirigente asume ese riesgo creado preexistentemente, equiparando esta situación a la de aquellos que crean la estructura delincinencial; los que crean la organización, como los que sin crearla se vinculan, deben responder por los peligros generados por esta.

22.2. La creación del peligro por la ejecución del programa criminal

Ya he explicado que la sola conformación y dirección del grupo criminal es un riesgo no permitido, ahora analizaré otra variable, y es cuando la organización desarrolla su plan criminal, ya no se trata del peligro potencial que implícitamente genera la creación de la organización ilegal, sino los riesgos causados por la estructura al ejecutar el plan criminal.

Me refiero a la emisión de directrices y en consecuencia la materialización de ellas, dando como resultado la perpetración de varios delitos que están ligados al plan criminal. Es así como, a partir de la ejecución del plan criminal, para el dirigente de la organización surge un deber de aseguramiento con respecto al peligro materializado, lo que le implica una obligación para este de evitar y revocar la comisión de cada uno de los delitos establecidos en el programa criminal, y que han sido puestos en marcha por la organización que creó o que dirige.

En el entendido de que quien ordene o tenga bajo su responsabilidad ejecutar varios delitos, como secuestros, extorsiones, tráfico de drogas, terrorismo y lavado de activos, debe hacer todo lo posible para evitar que se concreten estos resultados prohibidos por el

ordenamiento jurídico -así parezca obvio-, como también todos los daños que se extiendan a terceros que necesariamente podrían verse afectados por el actuar de la organización³⁹³.

Considero que es hora de dejar atrás aquellas teorías cualitativas arraigadas a la ontología y dar el paso a las teorías cuantitativas, como lo planteo en la presente investigación. Es preocupante la amplia dimensión de los riesgos causados por estas organizaciones, sin que las tradicionales estructuras jurídicas -como la autoría mediata- puedan dar una respuesta adecuada para establecer con claridad la responsabilidad de los dirigentes.

Cuando son rebasadas las fronteras legales, se sobrepasa el límite de la justicia, cualquier acción que se intente justificar bajo estas condiciones tiene que ser abiertamente rechazada y sancionada. En este caso se debe responsabilizar a los dirigentes por no anular los riesgos que se desprendan del plan criminal, ya sea por omisión o acción, y al no evitar que se cometan los delitos planificados por la estructura. Por el mantenimiento de la fuerza vinculante de sus órdenes, direccionadas a la comisión de los crímenes, deben asumir la responsabilidad como autores por los delitos perpetrados por la estructura criminal.

Los dirigentes de la estructura criminal que planifican y ejecutan el programa delincencial, logrando su materialización, deben asumir todos los resultados que derivan de estas actuaciones, ello en virtud de su posición de garante, todas las consecuencias que se producen por este riesgo no permitido les pertenecen a los dirigentes.

³⁹³ Resolución 0001 Fiscalía General de la Nación de Colombia. Fundamentos jurídicos de la responsabilidad del dirigente. 2016.

22.3. La responsabilidad por el manejo de fuentes de peligro.

La dirección de una organización criminal lleva consigo la creación de peligros por la tenencia y manejo de fuentes de peligro, riesgos que también le serán achacados al dirigente. Es el caso de la manipulación, custodia y tenencia de objetos o materiales peligrosos, verbigracia, armas de fuego, explosivos, armas químicas, sustancias venenosas, entre otras³⁹⁴. Sin duda alguna, las organizaciones criminales se nutren de estos elementos para poder configurar su programa criminal y tener poder de acción. La orden de resguardar o utilizar estas fuentes de peligro vienen dadas por el dirigente, lo que vincula de forma directa a este con la fuente del riesgo³⁹⁵.

Esta postura opera solo en los casos donde los dirigentes son los encargados u ordenan obtener estos elementos peligrosos, y asumen la responsabilidad por su manejo y custodia, y como lo he señalado, este tipo de aportes representan un peso trascendental dentro de la estructura criminal, y a su vez, la imputación de la responsabilidad penal³⁹⁶. En este sentido, los dirigentes que manejan fuentes de peligro, la norma les demanda el deber de asegurar los peligros que emanen de estas mientras estén bajo su poder. Es decir, por la custodia o manipulación de fuentes de peligro, por cuanto el líder ostenta una posición de garante, y de esta se desprende para él la obligación de adoptar todos los mecanismos necesarios para no vulnerar derechos ajenos o quebrantar otras organizaciones o instituciones.

³⁹⁴ Resolución 0001 Fiscalía General de la Nación de Colombia. Fundamentos jurídicos de la responsabilidad del dirigente. 2016.

³⁹⁵ *Ibidem*.

³⁹⁶ *Ibidem*.

22.4. El mantenimiento del grupo delictivo

También se debe valorar la responsabilidad del dirigente bajo su posición de garante por injerencia, por asumir ciertos riesgos, como lo es el dirigir o manejar a los integrantes de la organización, es así como, quien crea la estructura criminal o tiene bajo su poder el direccionamiento de los integrantes, personas que son altamente peligrosas, el dirigente debe asumir las consecuencias por los daños causados por estos a los derechos de los terceros por ocasión de la ejecución del programa criminal o las actividades propias de la organización³⁹⁷. Quien administra un mal debe asumir las consecuencias de este.

Sin embargo, puede presentarse el caso en que la estructura criminal realice un sin número de delitos, sin que el dirigente lo haya ordenado y estos actos criminales estén por fuera del programa criminal. Es decir, que los subordinados realicen alguna operación delincuencia de forma autónoma, sin el visto bueno del dirigente, pero estos actos los logran perpetrar gracias al poder que la misma organización les ha dado. Sin duda alguna, de por sí, el dirigente ha creado un riesgo no permitido al empoderar a sus integrantes.

Pero este riesgo generado por delitos que están por fuera del programa criminal, en lo particular creo pueden no ser imputados al dirigente -a pesar de que sean muy pocos los casos donde ello pueda ocurrir-, por cuanto los actos de sus subordinados extralimitan el plan delincuencia dado por el dirigente, siempre y cuando estos resultados no ordenados no le fueran previsibles a este, ya que en virtud del dolo eventual sí podría ser responsable de estos hechos, así no estén taxativamente en el plan criminal pero se puedan inferir de este.

³⁹⁷ Resolución 0001 Fiscalía General de la Nación de Colombia. Fundamentos jurídicos de la responsabilidad del dirigente. 2016.

Verbigracia la estructura que tiene como objetivo militar apoderarse de forma violenta de una población, a pesar de que no se les ordenó a los subordinados asesinar a los pobladores, estos con el fin de ejercer el poder y cumplir la orden ejecutan a varios ciudadanos. En este caso le era totalmente predecible al dirigente -a pesar de que no existía la orden de matar- que era altamente probable que los integrantes de la organización cometieran esos homicidios.

Es importante valorar a esta altura la teoría del dolo eventual, debido a que casi siempre un dirigente es consiente de la capacidad de acción de sus subordinados. Por ello, las probabilidades de configuración de delitos autónomos y que no estén dentro de las directrices de la estructura son escasas. Pero, a pesar de ello, es posible que se desarrollen estas conductas autónomas por parte de los subordinados, la mayoría son predecibles. En consecuencia, se puede concluir que así el dirigente lograra probar que fue un hecho aislado de los militantes, siempre estaría latente la posibilidad de responsabilidad de este, en virtud del dolo eventual, gracias a la probabilidad de ocurrencia de sucesos aislados por parte de los subordinados³⁹⁸.

Para finalizar este apartado, frente a los casos de reclutamiento forzado, pueden presentarse casos donde los integrantes de la organización han sido obligados a entrar a sus filas, situación que, una vez sea probada, generaría una causal de exclusión de responsabilidad penal a favor de los reclutados que fueron obligados a conformar la estructura. Incluso, yendo un poco más lejos, el reclutador, que en este caso es el dirigente de la organización ilegal, deberá responder por las consecuencias que sufra el que ha sido reclutado por la fuerza.

³⁹⁸ Resolución 0001 Fiscalía General de la Nación de Colombia. Fundamentos jurídicos de la responsabilidad del dirigente. 2016.

En mi concepto el dirigente del grupo al margen de la ley debe responder por la muerte, ocasionada por un miembro de la fuerza pública, de su propio combatiente reclutado por la fuerza. En Colombia, los grupos guerrilleros adoptaron como metodología delictiva el reclutamiento forzado de menores de edad para exponerlos como combatientes, esto ha provocado que, en algunos casos, producto del enfrentamiento con la fuerza pública, varios de estos menores hayan perdido la vida en combates y bombardeos. Considero que en este tipo de situaciones es indudable que los responsables por las muertes de estos menores no son los miembros de la fuerza pública, ellos actúan en defensa del Estado, pero sí los dirigentes que los reclutaron forzosamente. Sí, los responsables son los dirigentes de los grupos ilegales, los comandantes que implementaron la política de reclutamiento forzado para poner a los niños como carne de cañón. Los daños o afectaciones en contra de los niños son responsabilidad de los cabecillas, sin perder de vista que las fuerzas estatales deben agotar todos los recursos disponibles para evitar este tipo de tragedias.

Veamos el anterior planteamiento desde la percepción de la teoría de la imputación objetiva. Se ha recalcado que la organización, per se, genera un riesgo no permitido con su constitución, funcionamiento y permanencia, así que todo acto ilegal que se desprenda de esta y que esté dentro del plan criminal trazado será responsabilidad de los jefes de la estructura. En este orden de ideas, si el reclutamiento forzado de personas, entre ellas menores de edad, es una política de la organización ilegal, los dirigentes deberán responder por los daños generados a las personas que fueron reclutadas forzosamente y no solamente por los delitos de asociación criminal y reclutamiento forzado, sino, además, por los homicidios o lesiones personales de los subordinados que están en esas condiciones.

El reclutamiento forzado es un riesgo que se traduce en el resultado típico, por ende los comandantes también deben responder por todas las afectaciones ocasionadas sobre estas personas vulnerables, así el daño haya sido provocado por otra persona. Lo anterior, siempre y cuando el hecho se mantenga en el contexto de los riesgos no permitidos generados por la estructura criminal. Sin embargo, si la persona reclutada forzosamente muere en un campamento debido a un paro cardíaco, esta situación no tiene relación alguna con la estructura, la muerte no podrá serle endilgada al dirigente.

E. LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA COMPETENCIA POR INSTITUCIÓN

Junto con las obligaciones negativas - que como lo he explicado consisten en ese deber abstracto que tiene el ciudadano de no lesionar a sus semejantes u organizaciones ajenas - están también las obligaciones positivas, contenidas en las competencias por institución. Estas no se reducen al concepto de no abstenerse de hacer daño a los demás, sino que van más allá, están diseñadas para proteger la relación normativa entre quien ostenta la posición de garante -que es el obligado- y la relación jurídica o el objeto que debe proteger. Diciéndolo en otras palabras, los deberes positivos son la protección de las relaciones de confianza especiales.

23. Concepto

La competencia por institución se centra en la responsabilidad derivada de un fundamento jurídico o normativo especial. No se puede confundir los deberes positivos con los deberes negativos, en estos últimos los obligados se vinculan a deberes como la seguridad en el tráfico vehicular. Los deberes negativos procuran únicamente que las personas en el desarrollo

de sus actividades no lesionen derechos ajenos, sin que exista una relación o sujeción especial con el objeto de protección. Por el contrario, los deberes positivos se derivan de las competencias por institución, donde existe un deber especial de protección o cuidado.

Tampoco se requiere que los titulares de los deberes por institución desarrollen precedentemente un acto riesgoso no permitido, así mismo no se hace necesario que las personas asuman riesgos de forma voluntaria, obligándoseles -una vez asumido este riesgo- a proteger esa relación jurídica, verbigracia la niñera que se hace cargo del cuidado de un bebe. No se necesita nada de lo anterior para que se configure una competencia por institución, ya que esta se basa en una relación normativa de la persona con el objeto de protección, este es el caso de los padres de familia con su hijo.

También los deberes positivos surgen de la estrecha comunidad de vida entre personas, vinculación normativa que se deriva del hecho de convivir, es una obligación y no un acto moral. Al respecto, la responsabilidad penal no se despliega de un accionar en sentido ontológico, sino por el contrario del quebrantamiento de los deberes, por lo tanto, nadie responde por su condición de ser humano, sino por su rol como persona, por cuanto la persona es el sujeto de deberes y de derechos.

Así las cosas, las competencias por institución se cimientan en deberes jurídicos o normativos especiales, los cuales están inmersos en las instituciones que determinan la identidad de la sociedad, estas se encargan del mantenimiento de los elementos esenciales de esta, que

contienen una unión positiva entre personas, estas son obligaciones irrenunciables³⁹⁹. A continuación, la descripción de algunas de ellas:

23.1. Los deberes estatales

Si bien es cierto que el Estado, como persona jurídica, no responde penalmente, si responden las personas que detentan una función pública y que actúan en representación de este, por ende, el Estado tiene la tarea de propender porque el derecho penal cumpla con sus fines. Por ello Friedrich Hegel (1999)⁴⁰⁰ afirmó que el derecho penal es una violencia permitida por parte del Estado para menguar la violencia no permitida ejercida por un hombre En el campo de la discusión este derecho a la violencia se representa por medio del derecho penal, y los delitos constituidos para proteger la administración pública.

Al servidor público le corresponde cumplir con sus deberes de manera irrenunciable, estos no solamente se quebrantan por lesionar mediante una acción los preceptos estatuidos en sus funciones, sino, además, por dejar de hacer su trabajo u omitir sus obligaciones. Por ejemplo, el Juez que no atiende el proceso que está a su cargo, el Fiscal que no persigue al criminal. En caso tal que no cumplan con sus deberes, el derecho penal reacciona porque estas personas los han infringido, en razón a que los deberes le son adjudicados a estas como consecuencia del status que ostentan dentro de la función pública.

En este orden de ideas, el Estado tiene la tarea de resguardar la seguridad interna y externa en virtud de la autodefinition del Estado, si no cumple con sus funciones se deshace a sí

³⁹⁹ GÜNTHER, Jakobs. La Imputación Penal de la Acción y de la Omisión. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. 1996, pp. 50.

⁴⁰⁰ HEGEL FRIEDRICH, Georg Wilhelm. Principios de la Filosofía del Derecho. Barcelona. Edhasa. 1999, pp. 179.

mismo. Por esta razón es fundamental que las personas que trabajan para el Estado cumplan a cabalidad sus obligaciones⁴⁰¹. Dentro de esta gama de deberes también se encuentran los asignados a los servidores públicos, como lo es la seguridad que se le debe garantizar a todos los ciudadanos ante catástrofes o peligros graves, así mismo, el deber de controlar las irregularidades relevantes para el servicio y la seguridad interna y externa del país.

23.2. Las relaciones paterno-filiales

Estos deberes positivos se derivan de las relaciones paterno-filiales, así mismo del contrato de matrimonio. Precedentemente estas posiciones de garante fueron descritas por Hans Welzel (1956), quien indicó que se trataban de relaciones especiales de confianza, de las que se espera la evitación de peligros para el objeto de protección⁴⁰².

Verbigracia, el deber de los padres frente a sus hijos, que tienen que procurarle asistencia médica, así la enfermedad no haya sido provocada por ellos, es decir, como titulares de estos deberes positivos deben garantizar el bienestar de su hijo, así el peligro no provenga de su propio

⁴⁰¹ GÜNTHER, Jakobs. La Imputación Penal de la Acción y de la Omisión. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. 1996, pp.53.

⁴⁰² WELZEL, Hans. Derecho Penal Parte General. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1956. P. 208 y ss. “Por una relación especial de confianza, de la que se espera la evitación de determinados peligros, como consecuencia de las relaciones de la vicia social, basadas sobre una particular confianza recíproca. Cuáles son las relaciones de confianza que entran en cuestión y a qué actividad obligan, debe decidirse siempre en forma distinta, según el ámbito social concreto de la vida y, ante todo, con miras a los distintos tipos penales. En la jurisprudencia se han presentado, especialmente, los siguientes grupos de tipos: Los deberes para la protección de cuerpo y vida resultan de una comunidad estrecha de vida con el lesionado. RG., 64-316; 72-374: deber de previsión de la abuela hacia el nieto no legítimo; RG., 66-71: deber de previsión del padre no legítimo; RG., 69-321: deber de previsión de la sobrina que lleva la casa, frente a la tía que está aceptada en la comunidad de la casa; lo mismo, deberes de salvación en la comunidad de peligros, p. ej.: en un peligro común en la montaña. Véase también, RG., 73-55; 73-390. En la lesión del deber se produce la responsabilidad por los SS 211, 222 y 223 (OLSHAUSEN antes del 47, 7, a). bb) El deber de evitar los actos deshonestos (ss. 180 y 181) resulta de la comunidad de la casa, para el jefe de ella. Para el hombre: RG., 67-314; para la mujer: RG., "Goltd Arch.", 54-164; y para el cónyuge respecto de la esposa: RG., 58-98 y 226; 72-19.”

ámbito de organización, sino de terceros o riesgos generales de la vida⁴⁰³. Si un menor de edad es agredido por un tercero o adquiere por causas desconocidas una bacteria mortal, sus progenitores deben hacer todo lo que esté a su alcance para salvar su vida, es así como los padres que dejan morir a su hijo por negligencia u omisión deben responder a título de autores por la muerte de su hijo.

La doctrina ha sostenido que son deberes positivos los familiares, por ejemplo, el padre tiene el deber de sustentar al hijo hasta que este pueda valerse por sí mismo, en el mismo sentido el cuidado de los adultos mayores por parte de los hijos. Lo anterior es fundamental para el sistema, ya que la sociedad con ello garantiza su existencia y promueve un adecuado desarrollo de la persona y de la familia⁴⁰⁴. En congruencia con lo anterior, Friedrich Hegel (1966) establece la eticidad como el último nivel del derecho, donde se describen las instituciones como la familia, que es la primera relación de lo colectivo en comunidad, por ejemplo, en la relación del padre con el hijo se espera que este lo cuide y que lo proteja. No solamente es una relación de derecho abstracto de evitar que sufra algún daño, sino evitar todos los posibles daños, resaltando que el sujeto antes de llegar a la familia es hijo de nadie, y cuando sale de la familia es hijo de la sociedad civil⁴⁰⁵.

Estos deberes le corresponden a la persona no como titular de una función estatal en representación del Estado, sino como titular de un status dentro de otra institución, se trata de la del padre o madre de familia, la relación entre cónyuges, la relación entre los abuelos y nietos,

⁴⁰³ GÜNTHER, Jakobs.. XXXV Jornadas de Derecho Penal. Procesos de Paz: Derecho Penal y Justicia Transicional. Universidad Externado de Colombia. 2014, pp.125.

⁴⁰⁴ BACIGALUPO, Silvina. Autoría y Participación en los Delitos de Infracción del Deber. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2007, p. 54.

⁴⁰⁵ HEGEL, Friedrich. Filosofía del Derecho Biblioteca Filosófica Volumen 5. Editorial Claridad S.A 1968, p.171.

entre otras. Existe unanimidad sobre el deber de cuidado de los padres sobre sus hijos, deber que incluye prohibiciones y mandatos, igualmente los deberes derivados de la unión marital⁴⁰⁶.

Señala Günther Jakobs (1996) que:

"los padres que piensan por razones de conciencia que no responden al no prestar absolutamente ninguna atención médica a sus hijos, ya no desempeñan el papel de "padres", niegan por tanto en el fondo la institución y únicamente por ello no pueden encontrar indulgencia"⁴⁰⁷.

Lo anterior sin desmedro de las excepciones que se producen ante la incapacidad de cumplir con el rol, verbigracia, que el padre sufra alguna enfermedad grave que le obstaculice cuidar de sus hijos, y ello le dificulte cumplir con este deber positivo.

Si en la sociedad solo existieran las competencias por organización, los padres en las circunstancias planteadas no tendrían responsabilidad por homicidio si dejaran morir a su hijo, responderían por una simple omisión de socorro. Veamos, si la madre deja de amamantar a su bebé recién nacido, no respondería por homicidio sino, por omisión de auxilio. Sin embargo, se debe aclarar que existen casos donde a pesar de que hay una sujeción a un deber positivo este solo es aparente, lo que significa que no puede producir efectos, ya que en la realidad no existe el vínculo, circunstancia que genera la no exigencia de la aplicación del deber positivo. Por ejemplo, una pareja matrimonial que está separada de hecho hace mucho tiempo, sin la menor expectativa de rearmar su relación, pero que aún no han legalizado su separación; en este tipo de

⁴⁰⁶ GÜNTHER, Jakobs. La Imputación Penal de la Acción y de la Omisión. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. 1996, pp. 56.

⁴⁰⁷ *Ibidem*, p. 67.

casos entre los cónyuges ya no serían exigibles los deberes mutuos de ayuda y protección; también el padre que desconoce que tiene un hijo, al cual jamás protegió producto de ese desconocimiento.

La respuesta a lo anterior debe ser el no reconocimiento del deber, ya que no se puede generar una expectativa jurídica de una relación matrimonial que ya no existe, y en el otro ejemplo, de una relación paternal que se desconoce. No se puede pregonar el principio de confianza, por cuanto es latente que el contrato matrimonial no se ha cumplido y en el otro evento se desconoce la filiación, ello a pesar de que aparentemente desde el punto de vista formal los deberes sean exigibles, ello no es así, pues en este tipo de relaciones jurídicas es indispensable que en el plano material esté vigente y se conozca la relación jurídica.

24. Los delitos de infracción del deber

Una vez planteados los principales ejemplos de las competencias por institución, describiré lo que a mi parecer es la columna vertebral de la imputación en estos casos, y son las consecuencias de la infracción de los deberes positivos en la imputación penal. Me anticipo a afirmar que los dirigentes que son titulares de estas posiciones de garante, se les debe aplicar la teoría de los delitos de infracción del deber, veamos.

De antaño, Hans Welzel (1956) sostuvo que en los delitos de infracción del deber el autor está ligado a una característica, y es la posición de sus deberes especiales:

"Sin embargo, en muchos delitos, lo injusto específico del hecho está ligado a un autor más concretamente caracterizado. Los delitos

administrativos (Amtsverh-re-chen) pueden ser cometidos por funcionarios y empleados públicos. No sólo la acción, sino también la posición, que impone al autor especiales deberes, determina aquí lo injusto; así la posición como funcionario en los delitos administrativos (S§ 331 y SS.), como soldado, en los delitos militares, etc. (Elementos objetivos de autoría del tipo de injusto)"⁴⁰⁸.

Con relación a la teoría sobre los delitos de infracción del deber, Claus Roxin (1997) partió de la idea de la impertinencia del concepto del dominio del hecho como un principio universal para la autoría, aceptando que había delitos -como los de infracción de deber- donde se debía recurrir a otros criterios. Roxin tomó como base los delitos contra la administración pública, argumentando que en estos la condición de servidor público no es lo que determina quién es el autor, sino el deber especial que surge de la situación jurídica concreta⁴⁰⁹. Es un deber extrapenal -pero exigido por el tipo- que en ocasiones no se extiende a todos los intervinientes, deberes que por lo general se derivan de otras ramas del derecho, es así como el obligado resalta con respecto a los demás implicados en el delito, porque así lo estableció el legislador en la descripción del tipo (2016)⁴¹⁰.

En este sentido Silvia Bacigalupo (2007) comenta:

“en los delitos de infracción de deber el autor es el que infringe un deber que le incumbe,

⁴⁰⁸ WELZEL, Hans. Derecho Penal Parte General. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1956, p. 73.

⁴⁰⁹ ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Civitas. España Madrid. 1997. P. 214 y ss. “De la diferente configuración de los delitos de acción y los de infracción del deber se derivan diferencias significativas para la delimitación entre autoría y participación; pues sólo allí donde la acción constituye el tipo puede ser su dominación (el llamado dominio del hecho) lo característico de la autoría, mientras que en los delitos de infracción del deber la autoría no se fundamenta por ningún dominio externo, sino por la vulneración del deber, y si ésta falta, aunque haya dominio del curso del hecho, ello sólo puede dar lugar a participación”.

⁴¹⁰ ROXIN, Claus. Autoría y el Dominio del Hecho en el Derecho Penal. Editorial Marcial Pons. 2016, pp. 345.

aunque no sea el que dirige la causalidad del resultado⁴¹¹.

Es decir, que así un interviniente tenga el dominio del hecho y no sea el titular del deber, no será el autor del delito.

Por otro lado, Günther Jakobs (1996) colige que existen ciudadanos que están inmersos en instituciones, que tienen como contenido los deberes positivos, imponiéndoseles la obligación de cuidar los objetos jurídicos puestos a su cargo⁴¹².

En principio, Claus Roxin (1997) -quien en estos casos se aleja de la teoría del dominio del hecho-, sostiene que en los delitos de infracción del deber se requiere que en el tipo esté contenido un deber extrapenal para el autor, es decir, que el deber taxativamente esté involucrado en la descripción típica⁴¹³, por ello afirma que en la decisión del legislador queda la configuración de un delito de dominio del hecho o de infracción del deber⁴¹⁴.

Pero para Günther Jakobs (1996) esto es irrelevante, ya que el delito de infracción del deber depende de la institución en la que esté inmersa la persona y no de que el deber esté inmerso en el tipo, es decir, si el sujeto actúa al interior de una competencia por institución el delito será de infracción del deber así no esté descrito en el tipo, ya que no es la estructura del

⁴¹¹ BACIGALUPO, Silvina. *Autoría y Participación en los Delitos de Infracción del Deber*. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2007, pp. 54.

⁴¹² GÜNTHER, Jakobs. *La Imputación Penal de la Acción y de la Omisión*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. 1996, pp. 53.

⁴¹³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*. Civitas. España Madrid. 1997, pp. 214.

⁴¹⁴ ROXIN, Claus. *Autoría y el Dominio del Hecho en el Derecho Penal*. Editorial Marcial Pons. 2016, p. 373.

tipo la base de la configuración de los delitos de infracción del deber, sino la competencia a la que libremente decidió someterse la persona⁴¹⁵.

Por el contrario, Claus Roxin (1963) sostiene que lo determinante está en la estructura del tipo, que se encarga de delimitar si se trata de un delito de infracción de deber o del dominio del hecho⁴¹⁶.

Por ejemplo, la madre que ordena matar a su pequeño hijo, si se aplica la visión de Claus Roxin, la madre responderá como determinadora del delito de dominio del hecho, es decir es partícipe. En cambio, para Günther Jakobs la madre responderá como autora del delito de infracción del deber, por ocasión al quebrantamiento de la fidelidad a su deber positivo, que es cuidar de todo daño a su hijo.

Sin embargo, este debate entre estos dos doctrinantes se ha superado recientemente, es así como Claus Roxin (2016) ha aceptado la postura de Günther Jakobs considerándola correcta, comenta que es acertada la afirmación que pregona que los padres que matan a su hijo cometen un delito de infracción del deber, de manera que, sin consideración de su aporte, siempre serán autores, ya que son deberes especiales que emanan de un rol social especial. La misma metodología debe ser aplicada en el caso donde el marido facilita todos los medios para que

⁴¹⁵ GÜNTHER, Jakobs. La Imputación Penal de la Acción y de la Omisión. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. 1996, pp. 53.

⁴¹⁶ Apud. BACIGALUPO, Silvina. Autoría y Participación en los Delitos de Infracción del Deber. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2007, pp. 54.

maten a su esposa, este será autor. En los dos casos, los padres y el marido contravienen el deber especial como garantes de la vida que tienen a su cuidado⁴¹⁷.

En lo particular debo tomar partido por esta postura, que pregona que los deberes positivos no necesariamente deben estar contemplados en los elementos descriptivos del tipo, es una visión que invita a reformular los delitos por infracción del deber. Así las cosas, serán delitos de infracción del deber todos aquellos donde las personas que intervengan en este sean titulares de una posición de garante de deberes positivos con respecto al objeto de protección.

Volviendo al ejemplo planteado de la madre que ordena matar a su hijo, el tipo penal señala que el sujeto activo puede ser cualquier persona, no por ello se puede descartar, de plano, que no sea un delito de infracción del deber, ya que la madre sí tiene un deber positivo frente a su hijo, que es protegerlo y cuidarlo, independientemente de cuál sea el aporte de la madre en el hecho será esta autora del homicidio de su hijo. Así las cosas, en este caso en concreto nos encontramos frente a un delito de infracción del deber.

Lo anterior significa que esta tesis es hoy mayoritaria, hay tipos penales cuya configuración taxativamente el legislador señaló la titularidad del deber positivo, ello no sustrae la configuración de los delitos de infracción del deber, es decir, que los deberes estén contemplados en roles sociales que no estén descritos en la tipicidad de la conducta.

Es así como en los casos de los delitos contra la administración pública, donde el deber positivo está en cabeza del servidor público, los demás intervinientes serán partícipes,

⁴¹⁷ ROXIN, Claus. *Autoría y el Dominio del Hecho en el Derecho Penal*. Editorial Marcial Pons. 2016, p. 726.

verbigracia, en el delito de peculado únicamente podrá ser autor el funcionario público que se apropia de los dineros del Estado que estaban bajo su protección. El legislador consideró estas características esenciales para estructurar la capacidad de acción. Pero en otros casos la descripción del sujeto surge del cumplimiento de determinado deber, así que lo importante es la vinculación del sujeto con el deber de su rol. Esta interpretación no afecta la tipicidad, por tal razón hay delitos por institución que no son delitos especiales⁴¹⁸.

Podría pensarse, ingenuamente, que con esta postura se está afectando el principio de legalidad, pero ello no es cierto, pues si la responsabilidad penal se fundamenta en la infracción de deberes, es razonable y adecuado acudir a otras normas o realidades jurídicas para acreditar la posición de garante, así el tipo penal no lo contemple de forma expresa. Con ello no se vulnera principio alguno, ya que se está haciendo la remisión a una norma o directriz que está vinculada con la estructura jurídica del Estado, como sucede en los tradicionales y aceptados tipos en blanco.

La remisión a estos instrumentos se debe hacer con estricto apego a la validez legal del precepto en el tiempo; con lo anterior se deja claro que, si la posición de garante o los deberes se encuentran consagrados en una directriz técnica, esta debe ser válida y además debe estar vigente para el momento de los hechos. Lo anterior, para respetar con rigurosidad el principio de legalidad, el cual demanda que antes de la comisión del delito este deber debe estar previamente establecido, como todas las disposiciones que lo configuran o lo regulan.

⁴¹⁸ BACIGALUPO, Silvina. *Autoría y Participación en los Delitos de Infracción del Deber*. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2007, pp. 35.

25. El autor es el dueño del deber infringido

Todas las competencias por institución, en sí mismas, contienen una competencia negativa, pues el deber de la madre de edificar un mundo en común con su hijo también comprende el deber de no dañarle ni ayudar a que otros lo dañen⁴¹⁹, lo que sugiere implícitamente que es irrelevante la distinción entre acción y omisión, ya que cualquier aporte del titular del deber termina en la autoría del hecho.

Lo importante es la expectativa que defrauda el titular del deber positivo, con independencia de la magnitud del aporte fáctico, pues la relación con el objeto de protección es directa, ya que el obligado especial tiene una sujeción personalísima con sus deberes. La razón para que en estos delitos se considere autor al garante consiste en que los deberes positivos surgen de una relación especial, estos no admiten división de trabajo en la intervención criminal, resaltando que el titular del deber desempeña un rol indivisible y personalísimo.

Por otro lado, la autoría estará limitada al intraneus, que es el sujeto cualificado por la institución, de manera que la conducta exclusivamente podrá imputarse al obligado como autor, siempre y cuando la competencia del hecho sea exclusiva del intraneus, como sucede en el delito de peculado⁴²⁰. La responsabilidad penal siempre se fundamenta en el quebrantamiento de los roles especiales, quien los quebranta responderá como autor en razón a que deben a la víctima el

⁴¹⁹ SÁNCHEZ VERA GÓMEZ TRELLES, Javier. El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs. Universidad Externado. 2003, pp. 276.

⁴²⁰ FIGUEROA ORTEGA, Yván. Delitos de Infracción de Deber. Editorial DYKINSON. Madrid. 2008, pp. 45.

sostenimiento y salvaguarda del ámbito común, aunque el titular del rol actué con dolo o imprudencia, en principio ello es indiferente para hacer la imputación⁴²¹.

Al matizar la anterior concepción surge un aspecto trascendental, se plantea el caso del extraneus que se vale de un obligado especial. Por ejemplo, en un proceso judicial una de las partes engaña a un Juez, provocando que este dicté una decisión contraria a la ley⁴²²; en otro caso, el extraneus coacciona -vis compulsiva- a un servidor público o intraneus a cometer un delito contra la administración pública. En estas dos situaciones quien tiene el dominio del hecho es el extraneus, pero este no puede ser autor porque no tiene las calidades especiales que exige el tipo, que es ostentar la calidad de servidor público.

Por lo tanto, en las dos hipótesis el extraneus responderá como participe y el intraneus será autor; el intraneus actuara bajo una causal de ausencia de responsabilidad, que no lo hace acreedor de la acción penal, y, en consecuencia, por vía de la teoría de la accesoriedad, no habrá participes sin autor doloso. En conclusión, nadie responde, y esta solución del caso en lo particular me parece inaceptable, lo que demuestra las deficiencias de la teoría de la autoría mediata como se explicó supra.

A pesar de que el hombre de atrás -que instrumentalizó o engañó al servidor público - tenga el dominio de la voluntad del hecho, al no contar con las condiciones del tipo no podrá ser autor mediato del delito, y en caso tal que se considerará, por alguna razón, al extraneus como

⁴²¹ GÜNTHER, Jakobs. La Imputación Objetiva en el Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2004, p. 74.

⁴²² SÁNCHEZ VERA GÓMEZ TRELLES, Javier. El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs. Universidad Externado. 2003, p. 275.

autor se estaría violando el principio de legalidad. Ello quiere decir que la teoría del dominio del hecho no puede ser utilizada para solucionar este tipo de casos⁴²³.

No se puede perder de vista que la responsabilidad penal se fundamenta en la infracción del deber que demandan los roles sociales. Si alguno de los intervinientes tiene el dominio del hecho eso es intrascendente, pues se debe partir es de los deberes que debe cumplir. Diciéndolo en otras palabras, a pesar de que la persona tenga el dominio del hecho, si no quebranta sus obligaciones, no es responsable del delito, denotando que no es correcto afirmar que cuando hay un delito común subyacente, como pasa con el peculado y el hurto, al delito impropio no se le pueden dar paliativos, cuando en realidad la responsabilidad nace del rol positivo, lo que sugiere que tal distinción es superflua y carente de fundamentos⁴²⁴.

Si el delito es de aquellos que solo pueden ser agotados por el obligado especial, verbigracia un servidor público, la intervención del titular genera que el comportamiento de los demás intervinientes -quienes carecen de esta cualidad exigida por el tipo y así tengan el dominio del hecho- sean también responsables por el delito especial. Quien no tenga la obligación de cumplir el deber o el cuidado de determinada situación jurídica será partícipe -en las condiciones ya expuestas-, y el titular del rol especial, indudablemente, será el autor, a pesar de que no haya dominado el hecho.

⁴²³ SÁNCHEZ VERA GÓMEZ TRELLES, Javier. El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs. Universidad Externado. 2003, p. 276.

⁴²⁴ *Ibidem*.

En consecuencia, a todos se les reprocha su conducta por el delito especial, con fundamento en la figura de la unidad de imputación⁴²⁵, así que la división de tareas o trabajo no genera una fragmentación en el título de imputación; por lo tanto, el hecho le pertenece al intraneus y al extraneus, pero cada uno asume su responsabilidad por la infracción de su propio deber, ello en razón a la semejanza de sus roles, recalando que no se tiene que probar que el intraneus haya dominado el hecho⁴²⁶.

Es decir, si el particular debe responder por el delito común o el especial ¿Cómo debe responder el particular? Si un particular, junto con un servidor público, se apropian de dineros del Estado que estaban bajo la tutela de este último ¿Al particular se le imputa un delito contra la administración pública o un delito común? Considero que cuando se trata de un delito impropio de infracción de deber -como en el peculado y hurto-, al particular no se le debe endilgar autoría por el hurto, pues es un delito propio como acontece con el prevaricato, el tipo principal de autor le concierne únicamente al funcionario, y para el particular -que no ostenta la posición de garante-, su conducta será reprochada como partícipe, pero por el mismo delito endilgado al servidor público⁴²⁷.

Si un sujeto ostenta una posición de garante en virtud de una competencia por institución, quiere decir que está obligado a proteger la relación jurídica puesta a su tutela. La

⁴²⁵ PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *Funcionalismo y Normativismo Penal. Una Introducción a la obra de GÜNTHER JAKOBS*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. Bogotá Colombia. 2006, p. 75.

⁴²⁶ BACIGALUPO, Silvina. *Autoría y Participación en los Delitos de Infracción del Deber*. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2007, p. 87.

⁴²⁷ *Ibidem*, 70.

responsabilidad emana del tipo especial, con independencia si dentro de la conducta se incurre en un delito común, prevalecerá el tipo especial⁴²⁸.

Así las cosas, recapitulando los dos ejemplos donde el extraneus instrumentaliza un obligado especial para cometer el delito, y cuando el extraneus coacciona al intraneus para que este último cometa el delito, se debe aplicar la teoría de la doble imputación, entendiendo que esta -como lo explique supra- se desarrolla dentro del concepto cuantitativo de autoría y participación, lo que significa que el hecho delincuencial en principio le pertenece a todos, con independencia de si son autores o partícipes, lo que genera que pierda sentido el principio de accesoriedad, pues el hecho ya no depende del autor, sino que es de todos, por ello pueden concurrir partícipes, así los autores hayan sido instrumentalizados y su conducta no sea típica.

Otra hipótesis que es importante mencionar es cuando un intraneus utiliza a un extraneus para infringir su competencia por institución, él responderá como autor, y también será autor si el objeto jurídico de protección se ve afectado por su omisión de protección o por su descuido. Lo anterior evidencia que en cualquiera de las hipótesis planteadas -instrumentalizando a otro, omisión o imprudencia- al obligado se le identifica como el directamente responsable por el delito, en calidad de autor.

Así las cosas, puedo concluir, preliminarmente, que estas premisas pueden ser aplicadas al dirigente de una organización estatal cuando este ostenta la calidad de servidor público. Por lo tanto, este responderá como autor por la infracción de sus deberes al haber ordenado, permitido y promovido los delitos desarrollados por la organización ilegal que se enquistó en el Estado.

⁴²⁸ BACIGALUPO, Silvina. Autoría y Participación en los Delitos de Infracción del Deber. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2007, p. 70.

Con estos argumentos puedo sostener que la autoría mediata en aparatos de poder se limita a un asunto terminológico y pierde su razón de ser. Mirando las cosas desde la teoría del riesgo, por ejemplo, si un servidor público conforma, integra o tolera, el funcionamiento de una estructura organizada de poder dentro del propio aparato estatal ha incumplido sus deberes de protección y vigilancia, que le impone la norma, con ello está creando un riesgo no permitido, que se traduce en el resultado típico llevado a cabo por sus subalternos. De manera que responderá como autor, cualquiera sea la circunstancia, así se aproveche de sus subalternos para la producción del crimen o les ordene ejecutarlo.

Pero también surge el siguiente interrogante ¿Qué sucede con la autoría mediata en aparatos organizados de poder cuándo funcionan al interior del propio Estado? Pienso que los funcionarios se encuentran inmersos en una competencia por virtud de una institución, lo que origina que cada uno debe responder por la infracción de sus propios deberes -in vigilando o eligiendo- y no por virtud de la autoría mediata. Como lo he demostrado, la autoría mediata en los delitos de infracción del deber es irrelevante, estos delitos no se pueden concebir desde esa perspectiva, lo que obliga a emplear criterios normativos como lo son las posiciones de garante y los deberes positivos como base fundamental de la responsabilidad penal⁴²⁹.

La estructura del delito derivada de una competencia por institución trae consigo repercusiones importantes para el concepto de autoría y participación, sobre todo en su delimitación, debido a que no se puede acudir a las mismas reglas descritas para los delitos por organización. Es así que, por regla general, quien defrauda las expectativas exigidas por su rol -

⁴²⁹ Apud. BACIGALUPO, Silvina. Autoría y Participación en los Delitos de Infracción del Deber. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2007, pp. 70.

dentro de una competencia en virtud de una institución- siempre será autor como lo expliqué, supra, regla que se aplica también a los dirigentes que están investidos de la función pública.

Esto con independencia de la magnitud de su aporte, ya que cualquier contribución, así sea ínfima, incluso, abstenerse de actuar, le confiere la potestad al ordenamiento jurídico de considerar al garante como autor del delito⁴³⁰. Por lo tanto, aquellas personas que intervengan en el delito y que no sean titulares de la posición de garante, derivada de una competencia por institución, actuarán como partícipes de la conducta, sin importar el peso de su aporte.

Para la sociedad las relaciones institucionales son vitales, por cuanto a estas se le abrogan en gran medida su existencia y pervivencia. Por esta razón las personas que no cumplen con este tipo de deberes positivos están atentando gravemente contra todo el sistema, y es precisamente la infracción de esa relación especial de sujeción que pone en peligro a la sociedad. Condición que está por encima de cualquier aporte en el delito, en este orden de ideas quien no detenta el deber positivo, a pesar del gran valor o no de su aporte, no se le puede hacer el mismo reproche que al titular del deber, razón suficiente para considerar que su pena no puede ser igual o más alta en comparación con el portador del deber positivo.

Este razonamiento guarda toda equivalencia con la teoría general defendida en esta investigación, pues la protección de la competencia por institución es muy importante, motivo que fundamenta que la pena sea más elevada para aquellos que infringen estos deberes especiales. Bajo cualquier consideración, los que no son titulares de deberes positivos tendrán la

⁴³⁰ PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *Funcionalismo y Normativismo Penal. Una Introducción a la obra de GÜNTHER JAKOBS*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. Bogotá Colombia. 2006, p. 74.

calidad de partícipes en el delito, ello en gracia a la posición de garante que ostentan. La competencia por organización en estos casos no puede saltar por encima de la competencia por institución, esta última tiene un papel vital en la sociedad, por el objeto jurídico que protege, que es el mantenimiento de las relaciones esenciales en el sistema social⁴³¹.

26. No se configura la coautoría

En esta misma línea argumentativa planteo el siguiente interrogante ¿Entre un dirigente obligado por una competencia por institución y un dirigente obligado por organización puede haber coautoría? Considero que entre el titular de un deber especial -que lo infringe- y un no obligado especial no puede configurarse la coautoría, esto en razón a que los deberes no se pueden dividir, cada uno responde por la infracción de sus propios deberes, sin olvidar que el hecho les pertenece a todos como imputación global⁴³².

Explicándolo en otras palabras, si concurre la conducta de un dirigente obligado especial con la conducta de un dirigente obligado por un deber negativo, no serán coautores, sino autores. En este tipo de situaciones cada uno responderá por la infracción de su propio deber. Así que para el dirigente u obligado especial se trata de un delito de infracción del deber, y para el dirigente obligado por un deber negativo será un delito por organización defectuosa. Los dos dirigentes no pueden ser coautores, precisamente por la misma naturaleza de sus roles, la

⁴³¹ PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. Funcionalismo y Normativismo Penal. Una Introducción a la obra de GÜNTHER JAKOBS. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. Bogotá Colombia. 2006, pp. 87.

⁴³² SÁNCHEZ VERA GÓMEZ TRELLES, Javier. El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs. Universidad Externado. 2003, pp. 275.

infracción de un deber lo quebranta cada uno, y de forma individual cada uno asume las consecuencias del incumplimiento de su rol⁴³³.

También se discute el caso donde dos dirigentes que administran conjuntamente un deber institucional pueden ser coautores si quebrantan sus deberes. Para explicar esto, el siguiente ejemplo: dos servidores públicos administran conjuntamente el patrimonio del Estado, juntos planean apropiarse de una parte del capital social; en el plan común la decisión de la operación que produce el daño al capital administrado es tomada por uno de los sujetos, mientras que el otro se encarga de disimular el efecto ¿Las dos personas deben ser consideradas como coautores en el hecho?

Otro ejemplo es el famoso caso resuelto por el Tribunal Supremo Federal de Alemania (BGH): A, miembro del consejo de vigilancia, le aprueba a B, quien funge como consejero delegado, realizar un negocio donde este último se enriquece ilícitamente, el Tribunal estimó que A y B eran coautores del delito de administración desleal⁴³⁴. En este mismo sentido, Claus Roxin (2016) señala que siempre se dará coautoría en los delitos de infracción del deber cuando determinado deber o asunto sea confiado a varias personas a la vez, y uno de ellos, mediante cualquier aportación, incumpliendo su deber, coopera en la configuración del delito⁴³⁵.

Contraria a esta postura, opino que tampoco es posible la coautoría por dos o más obligados especiales. En el caso de los dirigentes que tienen una competencia por institución

⁴³³SÁNCHEZ VERA GÓMEZ TRELLES, Javier. El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs. Universidad Externado. 2003, pp. 275

⁴³⁴ Apud. BACIGALUPO, Silvina. Autoría y Participación en los Delitos de Infracción del Deber. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2007. P.59 y ss.

⁴³⁵ ROXIN, Claus. Autoría y el Dominio del Hecho en el Derecho Penal. Editorial Marcial Pons. 2016, p. 348.

ellos no lesionan conjuntamente su deber, el quebrantamiento es individual, pues la sujeción es personalísima. Por ejemplo, en el caso en que varios guardas de una cárcel intervinieran en la huida de un interno, consistente en que el administrador de la cárcel tolera la huida, un guarda no cierra la puerta de la celda, otro le abre la segunda puerta, un tercero le dice al preso cuál es el mejor camino para la fuga. En el hecho los servidores públicos no son coautores de un delito, sino todos autores por infringir su propio deber.

Es por ello que, en su momento, Hans Welzel (1956) reseñó que cada persona debe ser autor, teniendo cada una las condiciones personales, subjetivas y objetivas de autor:

"La coautoría es en sí misma una forma de la autoría, al lado de la autoría sola. Coautoría es autoría. Por eso cada coautor debe ser autor; vale decir, tener las condiciones personales -objetivas y subjetivas- de autor (...) cada uno debe realizar el mismo acto punible"⁴³⁶.

Entendiéndose este último elemento como la imputación global del hecho que se ha descrito en esta investigación y no la infracción del mismo deber.

En conclusión, en una organización ilegal, donde existan dirigentes o una línea de mando que ostenten la calidad de servidores públicos y de particulares, considero que el servidor público debe responder como autor por violar su competencia por institución y el particular como autor por violar su competencia por organización, por injerencia, serán autores paralelos. Como también si son dos servidores públicos involucrados en los mismos hechos, no

⁴³⁶ WELZEL, Hans. Derecho Penal Parte General. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1956, p. 116.

responderán como coautores, sino que cada uno será autor, al responder por la infracción de sus propios deberes.

27. El dirigente es autor

Para explicar la responsabilidad de los dirigentes en el crimen organizado de estructuras estatales están las siguientes pautas: 1. Deben ser considerados servidores públicos o que, por lo menos, ejerzan funciones públicas. 2. Estos deben actuar dentro del Estado amparándose bajo su armazón. 3. Es importante aclarar que no hace falta acudir al concepto de la injerencia para fundamentar su posición de garante con respecto al peligro previo creado.

Diciéndolo en otras palabras, el dirigente que es un servidor público y que se aprovecha de la estructura del ente gubernamental para perpetrar crímenes también está siendo infiel al derecho, pero en este caso el deber que infringe no es el abstracto, como sucede en los delitos por organización, aquí el deber quebrantado es un deber institucional.

La posición de garante en los deberes positivos se deriva del hecho de que el dirigente, que por mandato tiene la vigilancia o el cuidado de los derechos de los de más, está sujeto a una relación intensificada con la sociedad, es por ello por lo que las instituciones sociales son ineludibles. Los deberes que se desprenden de las competencias por institución son encomendados a los dirigentes con deberes positivos determinados, a raíz de una unión común de ámbitos esenciales basados en la solidaridad, por tales razones, los dirigentes están sujetos a

obligaciones estatales donde, como servidores públicos, son titulares de deberes positivos, que se caracterizan por la sujeción especial de su rol con el Estado⁴³⁷.

Existe una premisa de legalidad que vincula al Estado y las actuaciones de sus servidores públicos con esta. Es decir, las entidades públicas son concebidas para actuar en derecho, no puede existir en el Estado una entidad creada o que su función sea distorsionada para violar la ley. En este tipo de casos quien crea o dirige una entidad, departamento o grupo con el fin de cometer delitos, o que desnaturalice su función para delinquir, debe asumir la responsabilidad de los actos de la estructura. Por ejemplo, la creación de un grupo de policías para asesinar opositores del Gobierno, o que se destine un destacamento del ejercito para extorsionar a ciudadanos, o que se cree un entramado para apropiarse de forma ilegal de los recursos del Estado.

Aquellos mandos que desvíen la función legal de las entidades del Estado, creando este tipo de grupos, deben responder por el delito de asociación para delinquir, junto con sus subordinados, lo que implica la existencia de un riesgo previo que pone en peligro la existencia del sistema social -insisto no por deberes por injerencia, sino por violación a los deberes positivos-. Además, también deben responder por los delitos cometidos por la estructura, siempre y cuando, como lo he señalado, estos estén contemplados dentro del plan criminal.

Esta línea argumentativa tiene congruencia con lo estipulado en el Código Penal Alemán de 1871, en su artículo 357. Este señala que el servidor público que ostente un cargo de dirección

⁴³⁷ PERDOMO TORRES, JORGE FERNANDO. El Delito de Comisión por Omisión en el Nuevo Código Penal Colombiano. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Bogotá, 2007, p. 34.

y que induzca o permita a sus subordinados a cometer un hecho antijurídico en el ejercicio del cargo debe responder por el delito cometido por estos, veamos:

"(1) Un superior que induzca o trate de inducir a sus subordinados a un hecho antijurídico en el ejercicio del cargo o que permita que suceda tal hecho antijurídico de sus subordinados, incurre en el castigo que amenaza a ese hecho antijurídico. (2) La misma determinación se aplicará a un titular de cargo, a quien se le ha encargado de la supervisión o control de los actos de servicio de otro titular de cargo, en tanto que el hecho antijurídico cometido por este último titular de cargo, afecte los asuntos que se encuentran sometidos a su supervisión y control."⁴³⁸.

En este orden de ideas, el dirigente que tiene la calidad de servidor público, con la capacidad jerárquica dentro del aparato estatal para dirigir y controlar una estructura criminal, está vinculado a sus deberes de servidor público, en el entendido de que si los quebranta incumple el rol especial del cual es titular. Pero no solo la infracción de sus deberes es suficiente para imputarle un delito, además es necesario que el quebrantamiento del deber y el riesgo no permitido generado se vea representado en el resultado típico, es decir, en el delito. Al momento que el dirigente viola su posición de garante, aprovechando su investidura para utilizar de manera arbitraria el monopolio de la fuerza que está en cabeza del Estado, crea un riesgo no permitido, esto es una anomalía en el correcto desempeño de su cargo, así las cosas, los resultados acaecidos por virtud de este panorama le pueden ser endilgados al funcionario como autor.

⁴³⁸ LÓPEZ DIAZ, Claudia. Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998.

Los particulares que no estén sometidos a la competencia por institución pueden hacer todo aquello que no les esté prohibido por la Constitución y la ley⁴³⁹, pero los dirigentes con investidura pública solo pueden desarrollar los actos que el sistema jurídico tácitamente les atribuye; ninguna autoridad del Estado puede ejercer funciones diferentes a las asignadas por ocasión de su cargo; no existirá empleo público en donde no se detallen con precisión las labores que debe cumplir el servidor, ya sean por intermedio de una ley o un reglamento.

Así las cosas, si el dirigente se vale de su cargo y rango para conformar una organización delictiva dentro del Estado está faltando a sus deberes, quebranta su posición de garante frente a los administrados, que son los demás ciudadanos, con ello está generando un riesgo no permitido, poniendo en peligro no solamente derechos individuales o colectivos, sino la legitimidad del Estado.

En el caso del presidente Alberto Fujimori sostengo que su modalidad de intervención era la de autor, en virtud del quebrantamiento de sus deberes positivos como presidente del Perú, al haber creado -según los hechos probados en el caso-, los escuadrones de la muerte para repeler a los enemigos. Recordando que Fujimori fue condenado por la Corte Suprema en el año 2009 como autor mediato de los delitos cometidos por la estructura estatal (Asesinato, lesiones y secuestro), pero con fundamento en las ideas que he explicado; al ser el presidente del Perú estaba obligado por sus deberes positivos a respetar los derechos de sus administrados, bajo esta óptica pierde todo el sentido la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder.

⁴³⁹ Constitución política de Colombia, artículo 6. 1991.

Para finalizar, hay que resaltar una condición que evidentemente puede generar algunas dudas en este planteamiento ¿El plan criminal es determinante dentro de la responsabilidad en la competencia por institución? Considero que es razonable y proporcional que se tenga este parámetro como requisito dentro de la imputación objetiva del resultado, como un límite a los delitos que puedan cometer los subordinados, ya que creo que no todos los delitos cometidos por la estructura se le pueden achacar al dirigente, este tema lo abordaré más adelante.

28. ¿Encajan estos presupuestos en el Estatuto de Roma?

Con el objetivo de validar jurídicamente esta investigación con los modernos derroteros del derecho penal, hice el análisis de mis conclusiones con el Estatuto de Roma -por el cual se rige la Corte Penal Internacional-, llegando a la conclusión que esta propuesta es congruente con este, veamos.

El artículo 28 del Estatuto de Roma establece la responsabilidad penal de los dirigentes, y los denomina jefes o superiores, haciendo la distinción en su literal a)⁴⁴⁰ del jefe militar, es decir, el servidor público que tiene la condición de dirigente, clasificación que corresponde con lo que he denominado teoría de la responsabilidad penal de los dirigentes por virtud de una competencia por institución.

⁴⁴⁰«a) El jefe militar o el que actué efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo”

En el mismo sentido, en su literal b).⁴⁴¹ señala la responsabilidad del superior cuando este es un servidor público o un particular, clasificación que también corresponde con lo que he denominado la responsabilidad penal de los dirigentes por virtud de una competencia por institución y organización.

En este mismo sentido, el numeral 1º del artículo 27 del Estatuto destaca que será responsable aquel dirigente que tenga la investidura de servidor público como también los particulares⁴⁴². Además, estipula que los dirigentes deben responder por acción por los delitos que estos ordenen, tal como lo prevé el literal b). numeral 3º, del artículo 25⁴⁴³. Así mismo por omisión, como lo señalan los literales a)⁴⁴⁴ y b)⁴⁴⁵ del artículo 28.

Los dirigentes atados a una competencia por institución responderán por omisión cuando: conozcan -o en razón de las circunstancias del momento- que sus subordinados estaban cometiendo crímenes; o que no hubiere el dirigente adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir la comisión de estos delitos; o por no haber puesto el asunto en conocimiento de las autoridades competentes para evitar el delito.

⁴⁴¹ “b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo”

⁴⁴² "El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena".

⁴⁴³ "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 (...) b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa"

⁴⁴⁴ El jefe militar o el que actué efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas (...)"

⁴⁴⁵ En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados”

Así mismo, los dirigentes atados a una competencia por organización (injerencia), responderán por omisión cuando desconozcan deliberadamente o hagan caso omiso de información que indique que los subordinados estaban cometiendo crímenes, siempre y cuando guarden relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo, y este no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir los delitos, o no los haya puesto en conocimiento de las autoridades competentes para evitarlos.

En este orden de ideas el Estatuto de Roma reconoce -al igual que mi propuesta- una posición de garante por parte de los subordinados al afirmar que los dirigentes -que tienen la condición de servidores públicos y los particulares- también deben responder por omisión, lo que implica que cada uno es titular de una posición de garante. Y mi postura se refrenda en el Estatuto de Roma con el hecho de que se estipule en la convención que los dirigentes en estas condiciones deben responder por los delitos cometidos por la estructura criminal, pero por la infracción de sus propios deberes.

Además, también reconoce el Estatuto de Roma dos elementos que también he presentado en la investigación como esenciales, y es la subordinación más el elemento subjetivo, en el entendido de que el dirigente debe tener el conocimiento de los delitos cometidos por sus subordinados para que este pueda ser responsable penalmente.

F. UNA REFERENCIA ESPECIAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL

Debo hacer una especial referencia sobre los delitos empresariales y cómo esta teoría de la responsabilidad penal -basada en roles-, puede ser aplicada a estas estructuras. Lo anterior,

teniendo en cuenta el especial cuidado -y como lo reseñé supra- con que algunos doctrinantes como Claus Roxin⁴⁴⁶ han tratado el tema. Es entendible el escepticismo que puede existir frente a una teoría que sea aplicable para todos los fenómenos del crimen organizado, propuesta que es el objeto de esta investigación, sin embargo, en las siguientes líneas demostraré -en mi opinión- que si es posible esta pretensión.

Actualmente se han dado interesantes debates sobre la responsabilidad penal de los dirigentes de empresas, a pesar de ello, no existe claridad con respecto a sus fundamentos. Hay teorías que defienden la aplicación de la autoría mediata en aparatos organizados de poder en los esquemas empresariales; por otro lado, hay teorías partidarias de la teoría del dominio del hecho, bajo la premisa del poder del administrador sobre el colectivo, de donde deriva la posición de garante del dirigente; y otras teorías, se matriculan con el normativismo penal -postura que defiendo en esta tesis.

Bernd schunemann (2002) sostiene que la tendencia doctrinal es trasladar la responsabilidad al máximo responsable, es decir, responsabilizar a la primera línea de los órganos directivos de la empresa, y solo en segunda línea a los órganos de ejecución, tesis que coincide con el artículo 28 del Estatuto de Roma, que estatuye que se debe responsabilizar al superior por todos los delitos cometidos por sus subordinados, de los cuales por lo menos debía tener conocimiento y cuya contra comisión no adopta medida alguna. Sin embargo, esta premisa debe ser analizada con detenimiento, verificando su compatibilidad con los principios básicos del

⁴⁴⁶ ROXIN, Claus. *Autoría y el Dominio del Hecho en el Derecho Penal*. Editorial Marcial Pons. 2016., pp. 700.

derecho penal, por ello, recomienda que se respete el principio de culpabilidad⁴⁴⁷ -sobre esta postura ya me había referido supra- Lo que puedo resaltar de esta postura -sin compartir en su totalidad los argumentos de Bernd schunemann (2002)- es que los mismos precursores de estos debates han tratado este tema con sumo cuidado, por ello merece un especial análisis en la presente investigación.

Lo primero que debo resaltar es que este tipo de estructuras son muy dinámicas, por lo tanto, es usual identificar que en muchos casos las conductas de los dirigentes o jefes de la empresa encajan dentro de los parámetros de los delitos de competencia por organización, pero también puede configurarse la infracción de deberes positivos o institucionales. Al respecto Feijoo Sánchez (2017) opina que, como regla general, no se puede ser titular al mismo tiempo -en un hecho en concreto- de deberes por institución y organización, pero que, excepcionalmente, solo en el campo de la criminalidad de la empresa se puede plantear este panorama, como sucede con la conducta de defraudación tributaria cometida por un sujeto no cualificado, que asume fácticamente los deberes de un administrador⁴⁴⁸. Con respecto a la primera postura estoy totalmente de acuerdo, sin embargo, el segundo presupuesto no me parece acertado, ya que considero que los deberes positivos son excluyentes de los negativos en todos los casos.

Regresando a la aclaración que hace Feijoo Sánchez (2017), en el entendido de que existe una diferencia entre los delitos de dominio del hecho y los de infracción del deber, también esta rige con respecto a los delitos de competencia por institución y organización, es decir, se es

⁴⁴⁷ BERND schunemann (2002) Responsabilidad penal en el marco de la empresa. dificultades relativas a la individualización de la imputación, ADPCP, vol. lv, 2002, p 11.

⁴⁴⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Derecho penal de la empresa e imputación objetiva. Ediciones OLEJNIK, 2017, p. 83.

responsable por el uso incorrecto de la libertad organizativa o la infracción de la institución, pero no por los dos, o, diciéndolo en términos de Jakobs, el tipo se representa con los roles que contienen deberes negativos, o roles que contienen deberes positivos, pero no puede existir una tesis intermedia⁴⁴⁹.

En mi concepto, el dueño de una empresa que vende -con conocimiento- un producto nocivo para la salud debe responder por infringir su deber de organización por injerencia, este será el único fundamento de su responsabilidad en el caso en concreto, claro bajo las demás reglas de la imputación objetiva. Pero si se trata de una institución del Estado, como es el caso del jefe de la policía que no evita un atraco a pesar de estar en la capacidad de hacerlo, debe responder por la infracción de sus deberes por institución.

Señala dos ejemplos Feijoo Sánchez (2017): en el cohecho el particular atenta contra la administración pública, como también lo hace el funcionario público, pero el primero tiene deberes negativos y el segundo, deberes positivos. La persona que no frena el vehículo vulnera el bien jurídico del niño que va a atropellar, al igual que el padre que no evita el atropello, el primero lo hace por una organización defectuosa, mientras el segundo infringe sus deberes positivos⁴⁵⁰. Él considera que no tiene ningún sentido la diferencia entre los deberes contenidos en la competencia por institución (lo tilda de poco claro) y organización, y fórmula que deben denominarse deberes fundados en la libertad organizativa y solidaridad especial⁴⁵¹, lo que me

⁴⁴⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Derecho penal de la empresa e imputación objetiva. Ediciones OLEJNIK, 2017, p. 85.

⁴⁵⁰ *Ibidem*, p. 86.

⁴⁵¹ *Ibidem*.

parece más un asunto terminológico que de fondo, discusión que no cambia en nada mis conclusiones.

A lo anterior solo añadire unos breves comentarios. De plano tengo que reconocer mi acuerdo con este postulado sostenido por Feijjo Sánchez (2017), que me parece es correcto. Simplemente me alejo de su definición con respecto a la diferenciación de las competencias, por no considerarla trascendente. Creo que Feijjo Sánchez trata de ir contra la corriente, pero finalmente se deja llevar por ella, me refiero a los postulados fundamentales de Jakobs.

29. La imputación del hecho al colectivo

Para dar respuesta a este tema parto de los principios generales ya explicados en apartados anteriores, es decir, los de la Teoría de la doble imputación, que se ubican dentro del concepto cuantitativo de autoría y participación, lo que significa que el delito le pertenece globalmente a todos los integrantes de la organización, ello no significa que todos deban responder, ello depende del cumplimiento o no de sus deberes. Y creo que esta tesis es compatible con la explicada por Feijjo Sánchez (2017), quien sostiene que para imputar un delito a una persona que hace parte de una empresa lo primero que se debe hacer es imputar el hecho típico al colectivo⁴⁵². En mi opinión, el ámbito defectuoso debe ser atribuido a la organización, no me refiero a la persona jurídica, sino al conjunto de personas que la conforman y que en principio pueden ser competentes por el hecho delictivo.

⁴⁵² FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Derecho penal de la empresa e imputación objetiva. Ediciones OLEJNIK, 2017, p. 164.

Seguramente de forma taxativa Feijjo Sánchez (2017) no se refiere a la teoría de la doble imputación, pero en mi concepto en su postura se basa en las mismas ideas, pues este insiste, a lo largo de su propuesta, que, incluso, los riesgos no permitidos deben ser concebidos como obra del colectivo⁴⁵³. A pesar de ello, me parece que estos argumentos corroboran que en un esquema empresarial también se puede aplicar la teoría de la doble imputación. Creo que esto se refuerza con las siguientes líneas de Feijjo Sánchez (2017), pues afirma que una vez el hecho le es imputado al colectivo, como segunda medida se deben delimitar los ámbitos de organización y responsabilidad al interior de la empresa, pues, citando a Jakobs reseña, que ni siquiera en la empresa todo es asunto de todos, así que hay que buscar al interior de esta las personas que les compete el hecho⁴⁵⁴.

En palabras de Feijjo Sánchez (2017):

"Lo decisivo, por tanto, es que pueda existir una competencia conjunta de varias personas con respecto a un hecho delictivo que, por tanto, es obra de todos ellos. Una cuestión secundaria es si de acuerdo con lo dispuesto en el Código Penal cada contribución debe ser definida como (co)autoría, cooperación necesaria o complicidad, es decir, como una conducta de autoría o como una conducta de participación⁴⁵⁵".

En mi opinión, esta es la misma tesis que postulé supra en la responsabilidad penal de las demás organizaciones criminales, es decir, que primero se le debe imputar el hecho a toda la organización criminal, y después, con base en los deberes y competencias de cada uno, se

⁴⁵³ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Derecho penal de la empresa e imputación objetiva. Ediciones OLEJNIK, 2017, p. 164

⁴⁵⁴ *Ibidem*.

⁴⁵⁵ *ibídem*, p. 206.

determina quién es el responsable del delito. Lo único que, creo, nos separa con Feijjo Sánchez (2017), es que para mí, además del análisis de los roles para determinar quienes son los competentes por el hecho, también agrego -pero para efectos de diferenciación entre autores y partícipes- el peso del aporte. Pero, la reflexión anterior también habilita, en mi concepto, uno de los objetivos de esta tesis, y es que sí es posible concebir un solo sistema de imputación para el crimen organizado y el crimen empresarial, bajo los postulados de la teoría de la doble imputación.

30. La comisión por omisión

Bernd schunemann (2002) reseña que los dirigentes de las empresas tienen una responsabilidad como garantes principales titulares de la organización, denominada como responsabilidad del dueño del negocio. Sostiene que su teoría permite imputar a los administradores responsabilidad, bajo el dominio de la vigilancia ejercida con los medios de poder de la organización, es decir, dirección e información sobre los subordinados, o en virtud de la custodia sobre objetos peligrosos del patrimonio de la empresa. Aclarando que Bernd Schunemann (2002) se funda en el concepto de dominio del hecho -la cual no comparto-, sin embargo, es obligatorio analizar su postura⁴⁵⁶.

Bernd schunemann (2002) refiere que esta posición de garante se desprende del dominio que tienen los dirigentes de la organización, es decir, de acuerdo con la esfera empresarial que dominan. Si el director de un parque móvil se pensiona y se contrata un director nuevo, este tiene

⁴⁵⁶ BERND schunemann (2002) Responsabilidad penal en el marco de la empresa. dificultades relativas a la individualización de la imputación, ADPCP, vol. lv, 2002, p 30.

el dominio sobre el parque automotor, asume la posición de garante de protección frente a los peligros procedentes de los vehículos que se encuentre en su ámbito de dominio⁴⁵⁷.

A pesar de compartir la primera tesis de Bernd schunemann (2002), de que los dirigentes de empresas son titulares de una posición principal de garante, me alejo de su segunda tesis, que fundamenta las posiciones de garante en el dominio del hecho. En líneas anteriores había afirmado que me adscribía a la Teoría de los roles, y una de las consecuencias de la adecuada interpretación de esta teoría, es que todos los delitos que se analicen desde los roles son delitos de comisión por omisión, por cuanto siempre que una persona desarrolla una conducta delictiva está faltando a sus deberes, ya sean positivos o negativos. Lo que implica que, independientemente de si el delito se configuró por acción u omisión, el dirigente está omitiendo cumplir con sus deberes. Y es este esquema general -en mi opinión- el que se debe aplicar a los dirigentes de estructuras empresariales que cometen delitos.

En este sentido, Jesús -María Silva Sánchez (2016) señala que la Teoría de la autoría mediata, en la realidad, no es la figura más recurrida en los tribunales españoles para abarcar la responsabilidad de los administradores o directivos de la empresa. Por ello considera que la teoría de la comisión por omisión parece la solución al problema. Los administradores o altos directivos responderán no por lo que realizaron activamente, sino por lo que no realizaron, es decir, evitar el hecho del inferior. Sostiene Silva Sánchez (2016) que en este tipo de casos es muy difícil acreditar la ejecución activa y directa, o la instrumentalización por parte del dirigente, pero, si se puede probar que el hecho delictivo desarrollado por el inferior tuvo lugar

⁴⁵⁷ BERND schunemann (2002) Responsabilidad penal en el marco de la empresa. dificultades relativas a la individualización de la imputación, ADPCP, vol. lv, 2002, p 30.

dentro de la competencia del administrador o alto directivo, quien teniendo el poder de evitar la conducta del inferior no lo hace, se podrá responsabilizar al dirigente⁴⁵⁸.

Estas razones ponen en evidencia que en la criminalidad empresarial la teoría de la comisión por omisión es el medio adecuado para solucionar los problemas que suscita el delito de comisión activa. Así las cosas, no bastará con el incumplimiento de un deber legal o contractual, o con un actuar previo peligroso para la equiparación, sino que se necesita una valoración normativa entre la omisión y la comisión activa del delito, más la constatación legal o contractual derivada de la injerencia de evitar un daño. Silva Sánchez (2016) considera que esta relación material se fundamenta en un compromiso asumido por el dirigente, que sirve como barrera de contención frente a los riesgos no permitidos. Por lo tanto, al asumir este compromiso, adquiere el dominio de la organización y el control de los riesgos que amenazan el bien jurídico determinado, es este dominio organizativo y no el simple deber jurídico el que fundamenta la responsabilidad del dirigente⁴⁵⁹.

Pero, esta idea trae consigo repercusiones frente a la teoría de la autoría y participación. He concluido que el directivo o administrador responde como autor de los delitos derivados de la empresa que tiene a su cargo por omitir su deber de control -comisión por omisión-, lo que significa que el delito le pertenece globalmente al directivo y al empleado, la imputación del hecho se les achaca a los dos. Y, como también lo he reseñado, la diferenciación entre autor y partícipe será cuantitativa, así las cosas, el partícipe puede responder por el hecho, así el autor

⁴⁵⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús -María. Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa, editorial EDISOFER S.L y IB de IF. 2016, pp. 115.

⁴⁵⁹ *Ibidem*.

haya actuado de forma imprudente, ya que, al ser el hecho de los dos, la suerte del uno no es la del otro.

Pero, no todas las acciones desarrolladas por los dirigentes de la empresa son delictivas, muy a pesar de que sea evidente la perturbación de la norma. En este sentido me apropio parcialmente de las reflexiones de Feijjo Sánchez (2017), quien afirma que la empresa puede actuar dentro del riesgo permitido, lo que evidencia que su ámbito de organización ha sido desarrollado de forma correcta y no se puede interpretar lo acaecido como un injusto, sino como una desgracia de la vida⁴⁶⁰. A lo anterior simplemente le ajustaré la base de mi tesis: más que actuar dentro del riesgo permitido, creo que es más apropiado decir que los dirigentes han actuado dentro de los parámetros de su rol, lo que significa que lo que pase por fuera de este ámbito no le incumbe al dirigente. En lo que sí, concuerdo en este punto con Feijjo Sánchez (2017), es que esta consecuencia se denomina un riesgo residual, como pasa con el empresario que correctamente le indica al consumidor como utilizar el producto, si este último hace caso omiso de estas indicaciones, lo que ocurra no será competencia del dirigente.

Siguiendo con las reflexiones de Feijjo Sánchez (2017), también puede suceder que se le impute el injusto a la propia persona que lo resistió, por lo tanto, no se le puede achacar algún defecto de su organización al empresario. Como puede suceder con la empresa que respeta todas las normas de seguridad laboral y cuenta con un sistema de vigilancia para garantizar el cumplimiento de su objetivo, pero un trabajador burla estas directrices y el sistema de vigilancia

⁴⁶⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Derecho penal de la empresa e imputación objetiva. Ediciones OLEJNIK, 2017, p. 167.

para mezclar unos químicos que le provocan lesiones⁴⁶¹. A esta variable de Feijjo Sánchez (2017) lo denomina la doctrina como una autopuesta en peligro, concepto del cual también hice referencia.

31. Fundamento de la responsabilidad por los deberes por asunción e injerencia

He dicho que el hecho injusto en principio le pertenece a toda la empresa, pero no por ello todos deben responder por este. Por consiguiente, me parece importante aclarar que se debe delimitar la responsabilidad según los ámbitos de competencia quebrantados por los directivos. No hay que perder de vista que la empresa tiene una posición de garante original, que la asumen los directivos, que consiste en la asunción del compromiso de que de esta no se deriven hechos delictivos, tal como lo reseña Feijjo Sánchez ⁴⁶². Sin olvidar que se puede dar la figura de la delegación de deberes, que a su vez se complementa con el principio de confianza. Por lo pronto expondré los fundamentos de la responsabilidad de los dirigentes en empresas.

Para Silva Sánchez (2016) el compromiso que adquiere el dirigente es una asunción fáctica de protección, el cual sería el fundamento de la comisión por omisión. Asunción que representa la contención de los riesgos no permitidos⁴⁶³.

Como ejemplo pone el caso de la jurisprudencia alemana del spray para el cuero y el español de la colza, donde los tribunales se inclinaron por la comisión por omisión de los administradores, sobre la base de su conducta precedente (injerencia), y sobre los parámetros de

⁴⁶¹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernando José. Derecho penal de la empresa e imputación objetiva. Ediciones OLEJNIK, 2017, p. 169.

⁴⁶² *Ibidem*, p. 172.

⁴⁶³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús -María. Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa, editorial EDISOFER S.L y IB de IF. 2016, pp. 115.

responsabilidad fundamentados en la asunción de un compromiso de control del producto por parte del fabricante, incluso durante la etapa de comercialización, pues así el producto de modo fáctico estuviera lejos de la empresa y sus administradores, desde el punto de vista jurídico el producto estaba dentro de su esfera, lo que fundamenta la comisión por omisión⁴⁶⁴.

En palabras de Jesús -María Silva Sánchez (2016):

"lo cierto es que la aplicación de esta estructura en el seno de la empresa permite estimar que cometen el correspondiente delito por omisión los referidos "hombres de atrás", superiores jerárquicos, que no actúan para impedir que un determinado hecho lesivo se produzca cuando se dan los siguientes requisitos: a) que el hecho (llamada la "situación de peligro") se suscite en el ámbito de su competencia (lo que de modo dominante se denomina (posición de garantía)); b) que pudiera y debiera actuar en tal sentido, siempre según los términos del compromiso adquirido de controlar los correspondientes factores de riesgo; c) que, de hacerlo, fuera posible evitar la producción del hecho lesivo (también, según entiende la opinión dominante); y d) que, obviamente se dieran las bases de la correspondiente imputación subjetiva (básicamente, el dolo y, solo excepcionalmente, también la imprudencia)".

Considero que la postura general de Jesús -María Silva Sánchez guarda congruencia con mi propuesta, por lo que me parece importante abordar con más profundidad su línea argumentativa. Veamos, él hace hincapié en que el compromiso asumido por el dirigente de la empresa lo obliga a controlar los hechos delictivos que se desarrollen dentro de esta y que estén

⁴⁶⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús -María. Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa, editorial EDISOFER S.L y IB de IF. 2016, pp. 115.

ligados a su posición de garante. Lo anterior, debido a que el esquema jerárquico y división del trabajo funcional dentro de la empresa crea unas competencias individuales de las cuales se hace responsable el dirigente al estar sometidas a su dirección⁴⁶⁵.

Sin embargo, afirma Silva Sánchez (2016) que este control solo hace referencia a las actividades propias de la empresa y al hecho que el dirigente pueda evitar utilizando los recursos de su posición de garante. Por ello, escapan a su ámbito de competencia aquellos delitos cometidos por sus subordinados que nada tengan que ver con la empresa o que estén por fuera de su ámbito de control. Además, reseña que al administrador o directivo que se le impute el hecho en comisión por omisión puede responder como autor o participe, y que la calidad de autor exige la equivalencia, según el sentido del texto de la ley, de su omisión con una realización activa del hecho en calidad de autor y los demás casos serán de participación⁴⁶⁶.

Por último, Silva Sánchez (2016) analiza la responsabilidad de los demás administradores y el gobierno corporativo. Reseña que la responsabilidad de administradores en un plano horizontal se analiza cuando se configura esta por actos de otros administradores. Afirma que la competencia de un administrador no se extiende a la competencia del otro, ni de los dependientes de este, ya que rige el principio de confianza. Pero sostiene que en algunas compañías no se puede dar esa separación de competencias entre los administradores y, por el contrario, la competencia del administrador es el fundamento para evitar los hechos de otros administradores, como sucedió en el caso de la colza. Si la separación funcional es nítida, no será posible fundamentar la responsabilidad del administrador por los actos de otro administrador, pues si se

⁴⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús -María. Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa, editorial EDISOFER S.L y IB de IF. 2016, pp. 115.

⁴⁶⁶ *Ibidem*.

identifica al responsable del hecho debe excluirse la responsabilidad del órgano de control de los demás administradores o directivos⁴⁶⁷.

Al respecto, comparto la tesis de Silva Sánchez (2016), la cual se identifica con la postura nuclear de mi investigación. Debo resaltar que los principios de responsabilidad penal que él utiliza son los mismos que propuse para las estructuras de crimen en general, pues, como se denota de sus argumentos, basa la responsabilidad de los dirigentes de empresas en los deberes por competencia por organización en las variables de asunción e injerencia bajo los mismos criterios que he expuesto. En mi concepto, sin desmedro de que también se pueda fundamentar la responsabilidad de directivos en competencias por institución cuando las empresas son estatales.

Es decir, asunción cuando el directivo o administrador, por virtud de un contrato, asume el cargo de gerente de la empresa, lo que le implica controlar los peligros que se deriven de esta organización, siempre y cuando estén dentro de sus competencias evitarlos. Además, también toma como fundamento el deber por injerencia, que consiste cuando el dirigente de la empresa genere un riesgo no permitido el cual esta obligado a revocar, por ejemplo, la comercialización de un producto defectuoso que ponga en riesgo la vida. Así las cosas, en las líneas esenciales de la teoría, esta guarda total congruencia con mi investigación, por lo tanto, no me queda más camino que adscribirme a sus conclusiones.

En lo que si me debo apartar es de la afirmación de Silva Sánchez (2016) de que los dirigentes que sean imputados por comisión por omisión, en virtud de los deberes por asunción o injerencia, pueden responder como autores o partícipes según como lo determine la norma. En

⁴⁶⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús -María. Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa, editorial EDISOFER S.L y IB de IF. 2016, pp. 115.

mi criterio, opino que Silva Sánchez (2016) piensa que la calidad de autor o partícipe la define el tipo penal, por cuanto si el dirigente de la empresa no es considerado como autor en el tipo, este tendrá que responder como partícipe, con lo cual no puedo estar de acuerdo, y ello con fundamento en el análisis que desarrollé supra, donde quedó claro que no es el tipo el encargado de definir esto, sino la titularidad de la posición de garante. Por lo tanto, siempre el dueño de la obligación será el autor del delito, quedando relegada la modalidad de participación para aquellos que no sean titulares del deber, no porque lo diga el tipo, sino porque así lo establece el rol. En otras palabras, en mi criterio el administrador o directivo de una empresa será al autor de los delitos que se deriven de la empresa que controla, sin que exista la posibilidad de ser considerado como partícipe.

En esta misma línea trabaja Bernardo José Feijjo Sánchez (2017) quien sostiene que no resulta adecuada la tendencia de la teoría tradicional del dominio del hecho, a considerar a los órganos directivos con gran poder de decisión como partícipes de los hechos que ejecutan sus subordinados no cualificados⁴⁶⁸. Insiste en que los dirigentes de empresas ostentan la responsabilidad preferente por los hechos delictivos realizados en beneficio de la empresa, como sucede con aquellos directivos que deben responder por no haber sido cuidadosos al momento de organizar los peligros internos de la empresa⁴⁶⁹.

Sostengo que quien pone en sus justos términos la discusión es Bernardo José Feijjo Sánchez (2017). Tampoco se acoge a la línea de Silva Sánchez (2016), pero si resalta que esta posición se basa en la idea de dominio fáctico o en relación con criterios fácticos, por lo tanto, es

⁴⁶⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Derecho penal de la empresa e imputación objetiva. Ediciones OLEJNIK, 2017, p. 140.

⁴⁶⁹ *Ibidem*.

lógico que el dirigente pueda responder como participe cuando su posición se aleja de la empresa. Pero, si se parte del concepto normativo de competencia, y si a quien ejerce una competencia dentro de la empresa se le puede imputar directamente el hecho, no hay inconveniente en afirmar su autoría. Según Feijjo Sánchez (2017) esta es la posición que políticamente es más coherente, pues existe un amplio consenso en la doctrina de que el directivo que incumple sus deberes organizativos debe responder como autor⁴⁷⁰.

32. Los deberes de vigilancia y compliance

He afirmado que el cumplimiento de los deberes es un imperativo esencial en el acatamiento de las posiciones de garantes o el desarrollo correcto de los roles sociales. En el ámbito empresarial surgen dos deberes trascendentales, ellos son el de vigilancia y compliance, materia que ha desarrollado con profundidad Jesús -María Silva Sánchez (2016), quien asevera que con respecto al deber de vigilancia sobre el órgano de administración están los deberes ad intra que dan cuenta de la relación jurídica entre el gestor y el propietario. Y deberes ad extra, los cuales Silva Sánchez identifica como deberes negativos, cuyo quebrantamiento puede darse por omisión impropia. Estos últimos tienen dos tratamientos dogmáticos, el método bottom-up - siendo este el más utilizado- que parte del ejecutor inmediato y el top-down donde el ejecutor inmediato no necesariamente es el máximo responsable⁴⁷¹.

En este sentido es apropiada la reflexión de Bernardo José Feijjo Sánchez (2017), quien reseña que la doctrina evita aplicar modelos donde solamente se establezca la responsabilidad del

⁴⁷⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Derecho penal de la empresa e imputación objetiva. Ediciones OLEJNIK, 2017, p. 216.

⁴⁷¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús -María. Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa, editorial EDISOFER S.L y IB de IF. 2016, pp. 193.

último eslabón de la cadena empresarial, ya que no es un modelo adecuado para este tipo de esquemas. Es más importante revisar el papel de los que están ubicados jerárquicamente por encima de estos, es decir, directivos y administradores⁴⁷².

Teniendo en cuenta los deberes que le atañen al órgano de administración, como máximo encargado de los negocios, también le compete autorregular a la compañía, traducida en el sistema de cumplimiento normativo adherido al derecho y la ética. Esta condición de máximo responsable del negocio y compliance estructura una dependencia con los inferiores, lo que sería la base de la responsabilidad por comisión por omisión, por la falta de control de los subordinados derivada de estas posiciones de garante⁴⁷³.

Jesús -María Silva Sánchez (2016) sostiene que en España tanto la jurisprudencia como la doctrina consideran que los superiores en los esquemas empresariales tienen deberes de garante sobre la conducta de sus subordinados, por ejemplo, el deber de vigilancia. A pesar de ello, indica que la posición de garante y sus deberes parten del rol como empresario, administrador o directivo, por lo cual se debe tener claro cual es el origen de la posición de garante en estos roles, como sucede con los administradores, que tienen un doble origen, el ad intra, que lo obliga a evitar resultados lesivos para la empresa, y ad extra, que lo obliga a que la actividad de la empresa no produzca resultados dañinos sobre terceros, como sucede en la responsabilidad del producto⁴⁷⁴.

⁴⁷² FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Derecho penal de la empresa e imputación objetiva. Ediciones OLEJNIK, 2017, p. 140.

⁴⁷³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús -María. Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa, editorial EDISOFER S.L y IB de IF. 2016, pp. 193.

⁴⁷⁴ *Ibidem*, p. 196.

Coincidiendo Silva Sánchez (2016) con mi postura, en la que afirmo que el superior debe tener conocimiento de la situación de peligro generada por el subordinado, de lo contrario no se le puede imputar el delito. También Silva Sánchez (2016) plantea que el fundamento de la responsabilidad del administrador es el control sobre la propia organización. Postura con la cual estoy de acuerdo, por cuanto guarda identidad con la conclusión que planteé supra, que consiste en un deber jurídico de la persona de controlar los peligros que se derivan de las esferas de organización que debe controlar⁴⁷⁵.

En esta misma línea sostiene Silva Sánchez (2016) que el superior, con respecto al deber de vigilancia, tiene que escoger correctamente a sus subordinados, ese deber de selección implica obtener información para poder examinar a los candidatos para una adecuada elección del mejor, este proceso tiene que ser transparente, con el objetivo de que los candidatos exhiban sus capacidades y méritos. Si se viola el deber de selección, el directivo quebranta su obligación de vigilancia permanente en la persona designada, pero, por el contrario, sí se cumple con este deber, la relación entre el superior y el subordinado se rige por el principio de confianza⁴⁷⁶.

Concluye Silva Sánchez (2016) que el deber de vigilancia sobre el subordinado comprende dos deberes: 1. El deber previo de conocimiento de cómo el subordinado desarrolla su competencia, este se subdivide en el deber de instaurar mecanismos para obtener este conocimiento (protocolos, manuales), atender a estos mecanismos y el deber de solicitar

⁴⁷⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús -María. Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa, editorial EDISOFER S.L y IB de IF. 2016, pp. 196.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, p 204.

aclaraciones en caso de dudas. 2. El deber de conminar al subordinado a la corrección evitando la concreción de riesgos no permitidos⁴⁷⁷.

A lo anterior solo voy a hacer un comentario. He sostenido que cuando la persona desarrolla su rol de forma correcta, así tenga conocimiento de que con su conducta se puede cometer un delito -como es el caso del estudiante de química- este no responde por ese delito, por cuanto está cumpliendo con las expectativas sociales. No se le puede reprochar nada, ya que está actuando dentro de los parámetros de su ámbito de organización.

Sin embargo, la postura de Silva Sánchez (2016) plantea que el deber de vigilancia lo quebranta el dirigente cuando teniendo conocimiento de que el subordinado está desarrollando una conducta incorrecta, este no hace nada para evitarlo. Esto en la teoría que defiende traería como consecuencia que el directivo o administrador no fueran autores del delito, ya que este conocimiento no tendría repercusión alguna, lo que podría parecer una contradicción con mi tesis. Pero ello no es así, por cuanto de manera expresa el deber de vigilancia exige que, si existe ese conocimiento, el dirigente debe evitar el resultado antijurídico, lo que plantea una excepción a la regla general, en razón a que este deber en particular le demanda al dirigente evitar el resultado, cuando tiene conocimiento del desarrollo defectuoso de las labores de su subordinado, lo que conlleva a que este responda como autor en virtud de la comisión por omisión. Aun así no pasa lo mismo con los demás roles, en los cuales se espera únicamente el cumplimiento del deber, sin que el conocimiento tenga alguna incidencia en los delitos que se deriven de este, sin desmedro de una posible omisión de denuncia o de socorro.

⁴⁷⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús -María. Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa, editorial EDISOFER S.L y IB de IF. 2016, pp. 214.

Con relación a este tema, también Feijjo Sánchez (2017) concuerda con Silva Sánchez (2016), sostiene que la delegación genera una variante de responsabilidad en las organizaciones que actúan en derecho, en la medida que se originan deberes de selección, información, entrega de medios económicos y materiales, de preparación, instrucción y coordinación, vinculados con una adecuada delegación. Así las cosas, para Feijjo Sánchez (2017) la delegación excluirá la responsabilidad penal si esta es parcial, precisa, específica y necesaria para el desarrollo del objeto de la empresa, siempre y cuando a los que les han delegado las actividades sean idóneos para desempeñarlas. Si el directivo hace la delegación sin cumplir con estos requisitos puede ser responsable penalmente⁴⁷⁸.

Precisa Feijjo Sánchez (2017) que los superiores conservan determinados deberes especiales de vigilancia, supervisión y control que cambia el alcance del nivel de confianza permitido. Por ello, la delegación de deberes empresariales del nivel de dirección a sus inferiores no extingue los deberes de los dirigentes, sino que los transforma, dicha transformación consiste en el mantenimiento residual de los deberes de control, supervisión y vigilancia⁴⁷⁹.

Resaltando que:

"En ese caso, la incorrecta organización de esta esfera de señorío ampliada supone que uno no responde de un injusto ajeno sino de la propia infracción de sus deberes como garante⁴⁸⁰".

⁴⁷⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Derecho penal de la empresa e imputación objetiva. Ediciones OLEJNIK, 2017, p. 176.

⁴⁷⁹ *Ibidem*, p. 181.

⁴⁸⁰ *Ibidem*, p. 183.

La anterior tesis concuerda con mi postura, la cual planteé supra, pero con referencia a las demás estructuras criminales, lo que demuestra que los principios de los diferentes apartados son unánimes.

Por otro lado, está el compliance, que son las medidas de autorregulación adoptadas por la empresa, mediante programas de cumplimiento, que contienen controles, con el fin de fidelizar las actuaciones de la organización al derecho, y ello no solo para evitar la configuración de delitos, sino, además, para evitar infracciones administrativas y éticas. La obligación de crear un programa de control recae sobre el directivo o administrador.

Además que este sistema tiene que ser efectivo, es decir que funcione, pues existe un deber de garantía para el dirigente de implantarlo y también de actualizarlo, el no cumplir con esta obligación daría pie a una infracción de deber, que puede traer repercusiones dentro del derecho penal, respondiendo como autor de delito cometido por el subordinado por la infracción de su obligación de vigilancia, es decir, atribuyéndole responsabilidades al directivo en caso de que, por defecto o por la inexistencia del programa, el subordinado cometa un delito. Pues de la eficacia e implementación del sistema de control se puede predicar el principio de confianza.

Para Jesús -María Silva Sánchez (2016) el compliance es un sistema que permite organizar la vigilancia al interior de la empresa, como también neutraliza las imputaciones dirigidas contra los directivos, ya que la implantación del programa de control tiene como efecto la exclusión de responsabilidad del dirigente, pero un desarrollo defectuoso de este podría traer

repercusiones penales⁴⁸¹. Particularmente pienso que la tesis de Silva Sánchez corresponde con la mía, ya que, si el dirigente cumple con su rol, bajo los parámetros del compliance, no se le puede endilgar responsabilidad alguna, salvo, como ya lo advertí, que este tenga conocimiento de la conducta incorrecta de su subordinado y no haga nada para evitarlo, estando en posibilidad de hacerlo.

Por su parte, Feijjo Sánchez (2017) lo identifica como el principio de confianza y funciones de doble aseguramiento, así que la empresa puede tener asegurados los riesgos de forma doble, creando cargos específicos para trabajadores a quienes les delegan funciones de control, aseguramiento y supervisión, estableciéndose un sistema de controles donde no solo se confía en quien desarrolla el riesgo, sino, además, en la tercera persona que tiene asignada la tarea de control. Es una barrera de contención para evitar los outputs lesivos de la empresa, es un sistema complementario de seguridad⁴⁸².

En este mismo sentido, Carlos Gómez -Jara Díez (2012) denomina a este sistema como ámbitos de regulación:

"Precisamente por ello, la producción sistémica de riesgos y se evaluación adecuada en las empresas hacer que sea necesario un management de riesgos (risk management) -que no management arriesgado- empresarial a largo plazo a través de la precaución y la adaptación. Para que dicho risk management pueda llevarse a cabo diligentemente, si presupone "know-how"

⁴⁸¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús -María. Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa, editorial EDISOFER S.L y IB de IF. 2016, pp. 240.

⁴⁸² FEIJOO SÁNCHEZ, Bernando José. Derecho penal de la empresa e imputación objetiva. Ediciones OLEJNIK, 2017, p. 184.

técnico y una correspondiente predisposición por parte de la empresa a minimizar al máximo los riesgos inherentes a su actividad"⁴⁸³.

G. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Una vez expuesta las bases argumentativas de la propuesta, haré un análisis de los principios más importantes de la imputación objetiva -guiado por la idea y con el fin de verificar si estos pueden ser aplicados a la estructura de la imputación de los dirigentes de organizaciones criminales, ya sea que su responsabilidad se derive de una competencia en virtud de una organización o institución, veamos.

33. El principio de confianza

La función del derecho es proteger las expectativas normativas, teniendo en cuenta que el mismo derecho se orienta y expresa a partir de estas, sin perder de vista que el derecho parte de la sociedad y no de los individuos. Esta función está ligada a la posibilidad de comunicar expectativas y de llevarlas al reconocimiento en la comunicación con las demás personas. De manera que el significado social del derecho se reconoce cuando hay efectos sociales, debido a que se han estabilizado las expectativas, es así como las normas jurídicas constituyen un esquema de expectativas simbólicamente generalizadas⁴⁸⁴.

⁴⁸³ GÓMEZ -JARA DÍEZ, Jara. Cuestiones fundamentales de derecho penal económico. Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 30.

⁴⁸⁴ LUHMANN, Niklas. El Derecho de la Sociedad' Formatação Eletrônica. João Protásio Farias Domingues de Vargas e Marjorie Corrêa Marona. Brasil, 2002, p. 91.

En la sociedad se confía en el símbolo, es decir, lo que las personas perciben que está vigente es lo que es válido gracias al ordenamiento jurídico, por lo tanto, el derecho permite saber cuáles expectativas tienen un respaldo legal y cuales no. Al asegurarse el cumplimiento de las expectativas hay un mayor grado de confianza, por cuanto el derecho asegura la relación. Es por ello por lo que se puede vivir en una sociedad tan compleja, en la que ya no bastan los mecanismos personalizados de interacción para obtener la seguridad en el cumplimiento de los deberes, sino que además el Estado debe garantizar la adecuada comunicación entre personas⁴⁸⁵.

El derecho puede afrontar una crisis en la confianza, que se produce cuando no se respeta la ley o no se impone la compensación o castigo. La sociedad se debe encargar de la estabilización de las expectativas normativas por medio del derecho. También debe verificar que expectativas tienen un mayor grado de confianza en los ciudadanos y cuales no, al momento que estos desarrollan sus roles, esto hace más sencillo el reforzamiento de las expectativas y así asegurar la convivencia pacífica en la sociedad que por esencia es compleja, pues en el caso que no se cumplan las expectativas el sistema tiene que acudir a mecanismos de corrección para restaurar la confianza⁴⁸⁶.

En algunos ámbitos se puede predicar el principio de la confianza, que se pregona en dos modalidades: 1. Cuando un tercero desarrolla su comportamiento de forma correcta; 2. Cuando una situación existente haya sido preparada por un tercero de modo correcto.

⁴⁸⁵ LUHMANN, Niklas. El Derecho de la 'Sociedad' Formatação Eletrônica. João Protásio Farias Domingues de Vargas e Marjorie Corrêa Marona. Brasil, 2002, p. 91

⁴⁸⁶ *Ibidem*.

Así que quien haga uso de ello en cumplimiento de sus deberes no causara daños, por ejemplo, el médico puede y debe confiar en que las enfermeras hayan esterilizado los instrumentos para la cirugía⁴⁸⁷. El principio de confianza hace posible la división del trabajo, pero no se puede alegar la confianza cuando es evidente que en el reparto del trabajo alguna persona no tiene la capacidad para cumplir con su rol. Así las cosas, no tiene sentido repartir el trabajo cuando se sabe que alguien no puede cumplirlo, de modo que, por ejemplo, no se puede confiar en la persona que desarrolla su trabajo en estado de ebriedad, o en quien se encuentra incurriendo evidentemente en un error⁴⁸⁸, este esquema tiene relevancia en estructuras empresariales.

Se espera que la persona que se desenvuelve en la sociedad cumplirá con los deberes de cuidado que le exige su rol, de modo que el que obra sin tener el conocimiento de que las demás personas pueden obrar de forma descuidada o creando un riesgo no permitido no actúa de forma indebida⁴⁸⁹. El automovilista que conservando la velocidad permitida pasa por la vía cuando el semáforo está en verde desarrolla su actividad dentro del riesgo permitido, así no haya tomado precauciones especiales, a pesar de que eventualmente otro automovilista que rebasando el riesgo permitido se atravesase en la calle.

No obstante, se debe aclarar que el principio de confianza no puede ser entendido como un pasaporte a la impunidad, entendiendo por esto que habrá casos donde flagrantemente no se podrá predicar el principio de confianza, cuando se denota que no se puede esperar que la otra persona cumpla con las expectativas de su rol, como sucede con los inimputables. Si la persona

⁴⁸⁷ GÜNTHER, Jakobs. La Imputación Objetiva en Derecho Penal. Editorial AD-HOC. Buenos Aires 1997, pp. 30.

⁴⁸⁸ *Ibidem*.

⁴⁸⁹ BACIGALUPO, Enrique . Manual de Derecho Penal. Editorial TEMIS. Bogotá D.C. 1996, p. 216.

avizora claramente que la otra persona de la cual se espera determinado comportamiento no puede cumplirlo se invierte el principio de confianza y rige el principio de desconfianza, lo que obliga a quien lo ha advertido a extremar los cuidados debidos en la situación concreta para no causar incidentes.

Por ejemplo, si un conductor que conserva la velocidad adecuada y transita sobre la vía con la luz en verde advierte previamente que una persona en estado de embriaguez cruza la calle, estando el semáforo en rojo para él, al conductor no se le es permitido confiar en esta persona y continuar con su marcha, pues ya ha observado que la otra persona no es capaz de cumplir con la expectativa de cuidado; mal haría el conductor seguir en su vehículo provocando el choque con este peatón excusándose en el principio de confianza, ya que en este tipo de casos no opera.

En este sentido Welzel (1956), haciendo referencia a una decisión del Tribunal Supremo Alemán, reseñó que la alta corporación estableció el principio de confianza en la consideración mutua en el tránsito, en el entendido de que el conductor puede confiar en que los otros conductores se comporten de acuerdo con las reglas del código de tránsito, hasta que le sea concebible lo contrario, aplicando la diligencia necesaria⁴⁹⁰.

En el mismo sentido, Claus Roxin (1997) sostiene que el principio de confianza no es admisible cuando del comportamiento o condiciones de los otros no es posible esperar el cumplimiento de la expectativa, como sucede con los niños, los adultos frágiles, o desorientados.

⁴⁹⁰ WELZEL, Hans. Derecho Penal Parte General. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1956., p. 143.

Por lo tanto, en todos los casos donde se permita advertir que el tercero no observa las reglas el principio de confianza no debe ser aplicado⁴⁹¹.

El principio de confianza se presenta en todos los ámbitos de la sociedad, en todas las organizaciones que se desarrollan dentro del sistema donde existe la división de trabajo entre personas. Hay grupos de trabajo más complejos que otros, como el trabajo de los miembros de la tripulación de un avión, o los cirujanos que practican una delicada operación; pero hay otros más laxos como lo es el caso del peatón que espera que el conductor respete la cebra⁴⁹².

Una sociedad necesita que la confianza esté vigente en la interrelación entre las personas, puesto que este principio es de vital importancia para la evolución de esta, ya que existen comunicaciones totalmente anónimas entre personas. Por ejemplo, quien compra una botella de agua confía en que está en condiciones óptimas para su consumo y en que no le va a causar alguna lesión⁴⁹³.

El tema es tan serio que, actualmente, es obligatorio que en los empaquetados de los productos se indique cuáles son sus componentes, ingredientes y posibles contraindicaciones, precisamente para que la persona tenga conocimiento de lo que está consumiendo y así se

⁴⁹¹ ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Civitas. España Madrid. 1997, p. 1005. "El principio no es aplicable cuando la confianza en el comportamiento debido de otros en la circulación está manifiestamente injustificada. Ello rige para los niños pequeños y en caso de conducta sospechosa también para los niños mayores, y para los peatones adultos frágiles, de avanzada edad o manifiestamente desorientados, en situaciones de tráfico especialmente peligrosas y complicadas, pero también en cualquier otro caso en que otro interviniente en el tráfico permite advertir que no se atiende a las reglas. Por tanto, cuando un conductor se da cuenta de que otro no observa la prioridad de paso, debe parar y no puede pasar confiando en su "derecho". Según la jurisprudencia, el principio de confianza debe retroceder también en caso de infracciones de tráfico "que se cometen con tanta frecuencia que un conductor consciente ha de contar razonablemente con ellas" .

⁴⁹² WELZEL, Hans. Derecho Penal Parte General. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1956, p. 143.

⁴⁹³ *Ibidem*.

mitiguen los riesgos que pueda originar el producto⁴⁹⁴. Si un ciudadano con problemas cardiacos consume un producto donde se especifica que no es apto para personas en esa condición y, a pesar de ello lo consume y muere por esta causa cardiaca, no operaría el principio de confianza sobre el fabricante, pues este le ha advertido el riesgo y la víctima decidió asumirlo⁴⁹⁵.

En relación con el principio de confianza afirma Yesid Reyes (2005):

"Esas diversas exigencias de comportamiento son las que permiten sostener que no todo nos incumbe a todos, de manera que como regla general y salvo las obligaciones derivadas de las normas que regulan la solidaridad social, solo se tiene obligación de actuar conforme a lo que cada uno en sus respectivos roles se espera. Pero para que funcione una vida de relación social en la cual cada persona se limite a satisfacer las expectativas de comportamiento que de él se tienen, es indispensable que cada uno pueda organizar sus actuaciones sobre el presupuesto de que los demás se conducirán, a su vez, de acuerdo con la forma como cada uno de ellos se espera, lo cual no es nada diverso del expreso reconocimiento de la auto-responsabilidad, una de cuyas manifestaciones es precisamente el principio de confianza"⁴⁹⁶.

En los casos de responsabilidad penal de los dirigentes de estructuras criminales tenemos dos formas de interpretar este principio. 1. En lo que atañe a las organizaciones criminales que actúan por fuera de la ley (mafias, estructuras de poder, células etc.). 2. Las estructuras que

⁴⁹⁴ WELZEL, Hans. Derecho Penal Parte General. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1956, p. 143

⁴⁹⁵ *Ibidem*.

⁴⁹⁶ REYES ALVARADO, Yesid. Imputación Objetiva, Tercera Edición, Bogotá. TEMIS S.A. Colombia. 2005, p. 151.

actúan dentro de la ley, como lo son las organizaciones empresariales o estatales. Empezaré explicando la primera.

Este principio puede aplicarse en los dos esquemas, es decir, los dirigentes que estén atados a una competencia por institución u organización. Los ciudadanos confían en que las demás personas van a cumplir con sus deberes según los estándares de sus roles, pero cuando los dirigentes quebrantan sus deberes positivos o negativos violan el principio de confianza. Los ciudadanos confían en que las demás personas desarrollarán sus actividades cumpliendo la ley, principio que se contradice cuando un dirigente alejándose de esta prerrogativa crea una estructura criminal y la pone en marcha para cometer los delitos del plan criminal.

Resaltando que, en estos casos, no opera el principio de desconfianza, ya que no existe razón alguna que legitime dejar sin efecto la confianza que el sistema ha depositado en los dirigentes de estas estructuras, en todos los casos se debe exigir su cumplimiento y además reprochar el quebrantamiento del principio. Por ejemplo, se viola el principio de confianza cuando el dirigente de una organización la utiliza para cometer delitos, pues los ciudadanos confían en que las personas en general no afectarán esferas ajenas.

Ahora bien, dentro de las estructuras que están conformadas de acuerdo con la ley (empresas), pero son utilizadas con fines delictivos, dentro de su organización interna si se puede predicar el principio de confianza, a diferencia de las organizaciones que están por fuera de la ley, donde sería absurdo exigirle a un sicario que no quebrante las normas internas de la organización y que no cometa delitos, a estas últimas lo que se les reprocha es el incumplimiento de sus deberes generales, lo que per se es un incumplimiento al principio de confianza.

Con respecto a las estructuras empresariales Jesús - María Silva Sánchez (2016) reseña que dentro de estas existen muchas complejidades en virtud de los diferentes roles de los subordinados y las figuras de delegación y encargo, lo que genera una división de trabajo, trasformando las esferas de responsabilidad de cada empleado. Menciona que la delegación trasfiere funciones cuando el delegante es competente sobre lo que cede a la otra persona y que este no se puede liberar de su obligación de la delegación, sino que mantiene una posición de garantía, conservando los deberes de supervisión y vigilancia; la delegación tiene que reposar en una persona idónea, como también el delegante tiene que suministrarle todos los medios al delegado para cumplir la función; por otro lado, están los deberes del órgano administrador fundados en el control y vigilancia; y mientras que en el encargo la persona se encarga de la ejecución de una tarea no traspasada o delegada por otra persona⁴⁹⁷.

Lo anterior, según Silva Sánchez (2016), configura un organigrama de competencias, que se representan en mayor o menor complejidad según la estructura, situación que es determinante al momento de analizar la responsabilidad penal de cada persona, pues toda la responsabilidad no puede recaer sobre el directivo o administrador de la empresa⁴⁹⁸. Señala que, en el plano vertical, es decir, la relación jerárquica del inferior con el superior se rige por el principio de confianza, ya que no se puede ser leal con la persona en la que no se confía. Así las cosas, el inferior debe confiar en su superior, pues este es el que le da las órdenes, y como estas son jurídicas le agrega una especial confianza al inferior⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús -María. Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa, editorial EDISOFER S.L y IB de IF. 2016, pp. 131.

⁴⁹⁸ *Ibidem*, pp. 136.

⁴⁹⁹ *Ibidem*, pp. 151.

Y en mi concepto, este principio también opera del superior al inferior, pues este confía en que su subordinado va a cumplir con la delegación o el encargo, y en caso de que el incumplimiento se diera por parte del inferior, sin que exista falta alguna del superior -vigilancia o supervisión-, el subordinado es quien tiene que asumir la responsabilidad del hecho delictivo, pues a pesar de que el superior tiene el deber de controlar los riesgos que genera su empresa, en este caso en concreto, por virtud del principio de confianza no se le puede achacar la responsabilidad del hecho por el acto del inferior, pues este es el que ha incumplido las normas o manuales de gestión u organización de la compañía, yendo en contravía de las directrices de su jefe, es así como esta conducta queda por fuera de la posición de garante del directivo o administrador.

Según Silva Sánchez (2016), el principio de confianza rige cuando A desarrolla correctamente su organización, y puede presumir que B también cumplirá correctamente la suya; sin embargo, si existen elementos que le permitan denotar A que B va a actuar de forma incorrecta, le corresponde a este intervenir, para evitar un resultado no permitido a pesar de que el defecto se dé en el ámbito de B. Pero advierte Silva Sánchez (2016) que esta relación no es una confianza ciega, debiéndose precisar cuáles han de ser los indicios para advertir el comportamiento defectuoso de B que obligan a actuar a A, siempre y cuando este último tenga conocimiento de la conducta incorrecta de B⁵⁰⁰.

En mi opinión, el principio de confianza plantea una extensión de los deberes propios de A, abarcando los peligros en los que eventualmente pueda incurrir B, bajo el criterio de

⁵⁰⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús -María. Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa, editorial EDISOFER S.L y IB de IF. 2016, pp. 206.

vigilancia. Por lo tanto, en caso tal que se incumple el deber de vigilancia, considero que A no responde por la infracción de los deberes de B, sino por la infracción de su deber de vigilancia, es un sistema de doble control de riesgos y no de responsabilidad por los riesgos de otros⁵⁰¹.

Por su parte Feijjo Sánchez (2017) plantea que el principio de confianza es un criterio normativo, que sirve para establecer los deberes en relación con las conductas defectuosas de terceros, por ende, este principio se convierte en un criterio indispensable en las actuaciones donde existe división de trabajo. Afirma que el principio de confianza en la empresa depende del plano en que se desenvuelve la persona y la posición que ocupe dentro de la organización, por cuanto el principio depende de este⁵⁰².

Además, Feijjo Sánchez (2017) reseña que el jefe de un equipo tiene bajo su responsabilidad las decisiones generales y finales, por lo tanto, ostenta la responsabilidad general y final de lo que pase en ese ámbito, ello debido a su posición dentro de la empresa. Pero el principio de confianza es útil para analizar la responsabilidad de los dirigentes dentro del colectivo. Si un directivo ha organizado correctamente la empresa, desarrollando un adecuado proceso de selección del personal y la dotación de medios de comunicación, puede confiar en sus subordinados, mientras no existan datos objetivos sobre fallas en la empresa⁵⁰³.

Por otro lado, en las estructuras estatales, el servidor público tiene la obligación de mantener sus actuaciones dentro del riesgo permitido, obrando con apego a las normas, pero no

⁵⁰¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús -María. Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa, editorial EDISOFER S.L y IB de IF. 2016, pp. 206.

⁵⁰² FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Derecho penal de la empresa e imputación objetiva. Ediciones OLEJNIK, 2017, p. 180.

⁵⁰³ *Ibidem*.

se le puede exigir que se encargue de que los demás cumplan a cabalidad con sus roles -siempre y cuando no tengan la capacidad de evitarlo-, para ello está la aplicación del principio de confianza. No se le puede pedir un control que desborde sus competencias y capacidades.

34. El riesgo permitido

De antaño Hans Welzel (1955) ya trabajaba con gran visión la teoría del riesgo permitido, haciendo énfasis en las relaciones sociales que representó como peligrosas, entre ellas, industrias, fabricas, construcción de casas, transito moderno (aviones, automotores, trenes), ejercicios deportivos, actividades médicas, señalando que entre más valor social tenga el fin perseguido, el derecho permite el peligro para los bienes jurídicos, por medio de acciones que son indispensables para llegar a dichos fines⁵⁰⁴. Lo que da inicio a la regulación de la diligencia objetiva de estas actividades con el propósito de reducirlas y aparejarlas a estos fines; pero aquellas que no sean necesarias y que generan desproporcionalmente un aumento del peligro para la sociedad serán prohibidas. Esas reglas que regulan la actividad peligrosa son de arte o profesión, implementación de dispositivos de seguridad, o reglas policiales⁵⁰⁵.

Hans Welzel (1955) sostuvo que vivimos en un modelo social postindustrial, que se caracteriza por ser una sociedad de riesgos, es así como la sociedad actual se destaca por la aparición de avances tecnológicos y científicos sin precedentes, lo que trae como consecuencia el aumento de bienestar para las personas⁵⁰⁶. Pero, por otro lado, también aumenta el número de actividades riesgosas que precisamente permiten alcanzar este objetivo, porque buena parte de

⁵⁰⁴ WELZEL, Hans. Derecho Penal Parte General. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1956, p. 142.

⁵⁰⁵ *Ibidem*.

⁵⁰⁶ *Ibidem*.

los nuevos riesgos provienen de los avances técnicos, biológicos, genéticos, informáticos de las comunicaciones, que, en caso de no ser regulados, podrían generar efectos devastadores en campos como el medio ambiente, la salud pública o la seguridad.

Lo anterior plantea inexorablemente cambios significativos en la estructura del derecho penal, ya que el progreso técnico y científico acarrea nuevas modalidades delictivas que producen resultados especialmente nocivos para la sociedad. Es lo que sucede con la existencia de las organizaciones criminales, que tienen la capacidad de desestabilizar el sistema financiero no solo de un país, sino del mundo. Justo es este uno de los mayores riesgos que hoy amenaza a los Estados, pues claramente sus diferentes acciones criminales infringen los riesgos adecuados que han sido estandarizados y protegidos por el sistema.

Pero también se configura un nuevo panorama de delincuencia no intencional, calificada tradicionalmente como conductas a título de imprudencia o dolo eventual. Los errores en el despliegue de la actividad técnica o científica se convierten en un problema nuclear para la dogmática penal del siglo XXI, pues el derecho tiene que entrar a definir los derroteros que establezcan las características que permitan diferenciar, con respecto a estos errores, el ámbito de los riesgos penalmente relevantes o los riesgos penalmente permitidos⁵⁰⁷. La protección de la vigencia de la norma no puede ser absoluta, pues el peligro debe ser autorizado con ciertos límites, siempre y cuando se cumplan con determinados cuidados. Precisamente este punto de

⁵⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales.* Civitas. 1999, pp. 21,

flexión es de donde se deriva la teoría de los riesgos permitidos, que trata de la tolerancia social de diferentes grados de riesgos en la interacción social⁵⁰⁸.

La sociedad postindustrial se destaca por las complejas interacciones entre las personas, por la necesidad de cooperación y de división de trabajo, lo que genera el incremento de los contactos sociales, incluso de forma anónima, de los cuales se desprenden consecuencias nocivas, algunas de ellas objeto de reproche penal y otras no. Esta alta interdependencia propicia que los derechos de los sujetos dependan de la realización de conductas apropiadas por parte de terceros que estén dentro del ámbito de los riesgos permitidos. Las esferas de organización individuales ya no son autónomas, sino que constantemente dependen de otras organizaciones, generando las transferencias de funciones y el aseguramiento de esferas ajenas⁵⁰⁹.

Esto implica para el derecho penal un incremento en lo que tradicionalmente se conocen como los delitos de comisión por omisión, pero que realmente han sido la pauta para reconocer que las posiciones de garante se presentan tanto en los delitos dolosos como culposos⁵¹⁰. En este orden de ideas, apelando al origen de las posiciones de garante, vemos como la teoría de la adecuación social coincide con esta, específicamente con la institución del riesgo permitido⁵¹¹, considerada como un límite al reproche penal, en el entendido que, al tener la función el derecho de proteger la ley, no lo hace de forma absoluta, ya que dentro de la sociedad se presentan

⁵⁰⁸ BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho Penal. Editorial TEMIS. Bogotá D.C. 1996, p. 216.

⁵⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales,. Civitas. 1999, pp. 23.

⁵¹⁰ *Ibidem*.

⁵¹¹ ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Civitas. España Madrid. 1997, p. 367.

lesiones que, a pesar de afectar el bien jurídico, no son objeto de reproche social, pues son conductas que se amparan en la observación de todas las medidas de seguridad⁵¹².

Las actividades desarrolladas dentro del riesgo permitido son socialmente adecuadas y excluye la imputación al tipo objetivo. Así que cuando la conducta se mantiene dentro del riesgo permitido impide la imputación del tipo, así el bien jurídico haya sido lesionado⁵¹³. Esta tesis planteada dista un poco de la adecuación social, ya que el objeto de protección no es el bien jurídico, sino la estabilización de la norma, en otras palabras, la vigencia de la ley. Es así como en la teoría de la imputación objetiva, también el hecho de mantenerse dentro del riesgo permitido (funcionalismo teológico racional) o mantenerse dentro de su rol (funcionalismo sistémico) genera la falta de tipicidad objetiva, porque la norma no se desestabiliza, así se haya producido alguna lesión con la conducta al bien jurídico.

Esto se da en casos como el de quien hace trabajar a alguien en una mina, y este trabajador pierde la vida por un desprendimiento de tierra no imputable al empleador. Lo propio ocurre con las lesiones en las prácticas deportivas, donde a pesar de la observancia de las reglas del juego puede haber un quebrantamiento de precauciones y producirse una lesión. Esa misma relación se da en la intervención médica y la producción de la muerte a pesar de la adecuada intervención médica⁵¹⁴.

No se puede perder de vista que, anteriormente, la teoría de la adecuación social relegaba la teoría del riesgo permitido para los delitos culposos, donde se valoraba el peligro socialmente

⁵¹² ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Civitas. España Madrid. 1997, p. 371.

⁵¹³ *Ibidem*.

⁵¹⁴ WELZEL, Hans. Derecho Penal Parte General. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1956, pp. 64.

adecuado para los bienes jurídicos. Sin embargo, es claro que en mi tesis la figura necesariamente debe ser tenida en cuenta también para los delitos dolosos. En este sentido, no se espera que los sujetos eviten desarrollar los peligros socialmente permitidos, sino que no los aumenten por encima de la medida permitida, es decir, que incurran en un peligro desaprobado manteniendo su actuación dentro de su rol.

La diligencia objetiva significa la observancia de la regla socialmente adecuada del peligro. Mientras más normal sea la conducta, junto con el peligro que se deriva de ella, se debe esperar más de parte de quien se expone a esos peligros normales, rige así el principio de la distribución adecuada de los peligros del intercambio⁵¹⁵. En este orden de ideas, la acción no será imprudente si no infringe la norma de cuidado, pese a los resultados nocivos de la conducta. La coherencia jurídica que impide imponer una pena en estos casos se deriva precisamente del uso social de la actividad, uso que se regula por medio de las normas de cuidado.

Se trata de una expresión del principio democrático, pues no se puede castigar lo que la sociedad considera correcto, sin que se caiga en el error de entender con esta afirmación que lo correcto es lo que digan las mayorías. Por el contrario, aterrizando esto a sus justos términos, lo correcto es lo que le permite a la sociedad evolucionar y proporcionar bienestar a sus asociados⁵¹⁶.

⁵¹⁵ WELZEL, Hans. Derecho Penal Parte General. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1956, pp. 64.

⁵¹⁶ MIR PUIG, Santiago. Introducción a las Bases del Derecho Penal. Segunda Edición. Editorial IB de IF. Montevideo Buenos Aires. 2003, p. 137.

El riesgo permitido es una circunstancia que excluye la lesión a la norma, recalcando ello tanto en los delitos dolosos como en los culposos⁵¹⁷. Bastas han sido las discusiones sobre la ubicación dogmática de la figura como causal de justificación o como causal de atipicidad. Considero -siendo consecuente con mi propuesta- que el riesgo permitido se debe ubicar en la tipicidad, teniendo en cuenta que tanto en los delitos dolosos como los imprudentes existe la creación de riesgos jurídicamente no tolerados cuando se quebranta el rol social. Haciendo la salvedad que su ubicación es sin desmedro de que, desde que se realiza la valoración de la imputación objetiva, se pueda y deba valorar otros elementos que pueden estar en la antijuricidad o culpabilidad. Tal anticipación, creo, no desnaturaliza su ubicación dogmática, sino que, por el contrario, advierte como la imputación objetiva en su vertiente sistémica, absorbe elementos de otras categorías lo cual es una consecuencia lógica de su valoración.

En este sentido, las tradicionales teorías ubican la infracción del deber objetivo de cuidado en la tipicidad, precisamente para valorar si la persona cumplió con las reglas que demanda el rol que desarrolla, situando este factor como un elemento determinante en la tipicidad. Ello mismo sucede en sede de la teoría de la imputación objetiva sistémica, donde la creación del riesgo producto del incumplimiento del rol social, se analiza en la tipicidad, ya que esta contiene las características determinantes para establecer si el actuar de ciertas personas, es relevante para el derecho penal o si por el contrario carece de trascendencia⁵¹⁸. Por lo tanto, en seguida aterrizaré estos conceptos generales a nuestro tema específico de estudio.

⁵¹⁷ BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho Penal. Editorial TEMIS. Bogotá D.C. 1996, p. 116.

⁵¹⁸ *Ibidem*.

Lo anterior significa que cuando se determina que hay cumplimiento del rol y por ende no existe un riesgo no permitido o que, existiendo un incumplimiento del rol, pero el riesgo que se genera de este acto no tenga relación con el resultado típico, estaremos frente a una conducta atípica.

Nos referimos entonces a una institución dogmática que niega la responsabilidad penal, partiendo del punto de que existen ciertas actividades que se escapan a la esfera del derecho penal, a pesar de ser esta la causa de la lesión desaprobada en la ley. Los límites de los roles son los límites de la responsabilidad, de manera que quien se mantiene dentro de los límites del rol que despliega no responde por los daños causales, incluso en los casos que pueda evitar.

Lo anterior se puede comprender mejor con los siguientes criterios: 1. Los ciudadanos no tienen la obligación de eliminar todos los riesgos, siempre está latente un riesgo permitido⁵¹⁹. 2. Necesariamente, la sociedad tiene que asumir algunos riesgos con el objetivo de poder evolucionar, por ejemplo, la utilización de un automóvil o de un avión. Sin embargo, se establecen unos estándares para que la probabilidad de daños en el tráfico sea mínima, esto quiere decir que la sociedad está dispuesta a resistir un riesgo residual. 3. La sociedad no tiene el objetivo de garantizar la máxima protección, sino de hacer posible las múltiples interacciones sociales. Quien sale a la calle se pone en peligro, de manera que para hacer uso de los bienes hay que poner en peligro el mismo u otro bien, pues son varios los casos de riesgos permitidos que se han aceptado a través de los años, que se han ido convirtiendo en costumbres y posteriormente en normas.

⁵¹⁹ GÜNTHER, Jakobs. La Imputación Objetiva en Derecho Penal. Editorial AD-HOC. Buenos Aires 1997, pp. 27.

Una sociedad sin riesgos no es viable, y como las personas solo pueden vivir en ella, no renunciarán a los riesgos inherentes que genera su entorno, no es posible establecer una norma que los elimine en su totalidad. Este tipo de riesgos inexorablemente tienen que ser tolerados como un riesgos permitidos. No se trata de resolver una colisión de derechos, sino que regula las relaciones estándares de interacción entre las personas, son roles que son válidos socialmente.

Es decir, no es una herramienta que tenga como objetivo la protección de bienes jurídicos, sino la correcta interacción entre personas según la norma. Así que el riesgo permitido se presenta como una valoración entre costos y beneficios, el beneficio entendido como la libertad de comportamiento de las personas, que se tiene por la permisión de ciertos riesgos, y el costo que sería la pérdida de los bienes que se sacrifican por el beneficio, entre estos dos debe existir una relación ponderada que beneficie la evolución de la sociedad, de este análisis surgen los parámetros de los roles, por ello quien cumple con su rol no genera un riesgo no permitido.

Por ejemplo, en una sociedad que es experta en el tráfico automovilístico no es razonable que se prohíba el acceso de vías a una zona turística, con el pretexto de que los vehículos puedan causar accidentes, si está determinado que se pueden producir los accidentes, que normalmente se generan con esta actividad, se sigue manteniendo el criterio aceptado entre costo y beneficio, calificándose como un riesgo tolerado o permitido⁵²⁰. La valoración del costo y beneficio de la realización de determinada conducta depende de un análisis de la sociedad con respecto al orden de valores que ella contenga⁵²¹.

⁵²⁰ GÜNTHER, Jakobs. La Imputación Objetiva en Derecho Penal. Editorial AD-HOC. Buenos Aires 1997, pp. 43.

⁵²¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales,. Civitas. 1999, p. 32.

Es importante resaltar que, no obstante que el fundamento del riesgo permitido es la ponderación de intereses, también existe el riesgo permitido por legitimación histórica, es aquel que ha surgido de la evolución de la sociedad y que socialmente es adecuado. No quiere decir que la historia legitime los riesgos, sino que la legitimación ya fue configurada con anterioridad, al realizarse previamente la ponderación de intereses⁵²². En los riesgos permitidos por la legitimación histórica la ponderación previamente ya fue realizada por la sociedad, ya que a medida que la sociedad se ha ido construyendo va aceptando una serie de riesgos, los cuales con el transcurso del tiempo se consideran normales, en este sentido cuestionar este tipo de riesgos sería criticar la configuración de la sociedad⁵²³.

Lo anterior no significa que la sociedad no pueda afrontar transformaciones que varíen los riesgos históricos, no se trata de un proceso inmediato, sino que requiere de tiempo mientras la sociedad válida la nueva interpretación del hecho. Como pasa hoy en día con una sociedad que está disminuyendo los niveles de riesgos permitidos, debido en parte a la sensación de inseguridad que existe en la ciudadanía, eso genera la restricción progresiva de las esferas de actuación arriesgadas, pues en esa ponderación entre riesgo permitido y riesgo desaprobado la libertad de acción ha cedido ante la inseguridad⁵²⁴.

La sociedad es la encargada de configurar los riesgos permitidos, aclarando que lo socialmente adecuado se determina antes de que se positivice la permisión en una norma, es decir, el riesgo permitido es una construcción social, que se basa en el equilibrio entre los costos

⁵²² NARAVER GÓMEZ, Mario. El Funcionalismo en Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia. 2003, p. 209.

⁵²³ *ibídem*.

⁵²⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales,. Civitas. 1999, p. 33.

y beneficios de determinadas actividades, ya sea por ponderación o legitimación histórica, incluso están latentes antes de que sea regularizado por el derecho, este contenido se concreta en los roles sociales.

Cuando se tolera un riesgo, su legitimación no es producto del derecho o depende de este, sino que corresponde a una construcción histórica que ha desarrollado la sociedad, como producto de su propia evolución, el derecho lo que hace es definir lo socialmente adecuado, en parte por intermedio de las normas jurídicas, lo cierto es que el derecho solo desarrolla esta función auxiliar.

La permisión de un riesgo solo es posible si el costo entraña un beneficio y si se justifica que el tercero soporte el costo, por tal razón los que soportan el riesgo tienen el carácter de anónimos al momento de desarrollarse la actividad, el riesgo solo puede ser tolerado siempre y cuando, ex ante, las víctimas sean anónimas, como también ex ante estas mismas pueden acceder a los beneficios de la actividad ⁵²⁵.

En conclusión, el riesgo permitido sería una consecuencia de los principios de la democracia, ya que no puede castigarse acciones que la sociedad considera correctas para alcanzar sus objetivos⁵²⁶.

Es importante reseñar cómo se concreta el riesgo permitido, que puede ser señalado por el derecho como un comportamiento no permitido, prohibiéndolo por su grado de peligrosidad, concreta o abstracta, mediante una sanción. Al establecerse la prohibición se excluye el

⁵²⁵ GÜNTHER, Jakobs. La Imputación Objetiva en Derecho Penal. Editorial AD-HOC. Buenos Aires 1997, p. 48.

⁵²⁶ MIR PUIG, Santiago. Introducción a las Bases del Derecho Penal. Segunda Edición. Editorial IB de IF. Montevideo Buenos Aires. 2003, p. 137.

comportamiento de lo socialmente aceptado y pasa a ser una actividad que perturba la vida social. Esto ocurre sin tener en cuenta el resultado, pues solo por el desarrollo de la actividad prohibida se genera el riesgo. Crea un riesgo no permitido el conductor que en estado de embriaguez desempeña la actividad en exceso de velocidad, o no cumple los preceptos del código de tránsito, pues estas obligaciones no solo tienen como objetivo regular una interacción vial, sino, además, limitar el peligro de que se produzca un homicidio o lesiones personales. En este caso el conductor no cumple con su rol social.

Hay ámbitos de la sociedad donde no es necesaria su regulación jurídica porque existe un alto estándar de seguridad por otros medios, como sucede en la actividad médica, de allí que la regla profesional que tiene reconocimiento es la *lex artis* y sustituye la del ámbito jurídico. Lo mismo sucede con las normas técnicas, como las de las asociaciones profesionales, y en los eventos en que no exista norma jurídica o técnica, el comportamiento deberá observar el estándar de una persona prudente en la situación concreta⁵²⁷.

Después de dejar sentada la fundamentación de la teoría -la cual me parece indispensable explicar con detenimiento las consecuencias de esta en el crimen organizado-, se debe verificar si con la sola creación de la estructura criminal se genera un riesgo no permitido que logre desestabilizar la vigencia de la norma, verbigracia, si un grupo de personas conforma un grupo criminal con la finalidad de crear y accionar una bomba atómica para matar a millones de habitantes, sin que tengan la menor posibilidad de contar con los medios, el conocimiento, la tecnología y el dinero para cumplir su cometido. Es una estructura que, a pesar de que crea un

⁵²⁷ GÜNTHER, Jakobs. *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*. Editorial AD-HOC. Buenos Aires 1997. , pp. 50.

riesgo no permitido, al asociarse con el firme propósito y la convicción de cometer los delitos, el peligro es tan tenue que no logra desestabilizar la vigencia de la norma, por cuanto es muy poco probable que su plan criminal se pueda poner en ejecución por cualquier medio, incluso se ve como imposible la obtención del resultado ilícito. Sin duda están incumpliendo sus roles, pero en mi concepto ello no basta para que se perturbe la norma.

Diferente es la situación de estructuras con la capacidad de ejecutar sus acciones criminales, por ello, bajo estas circunstancias, por el solo hecho de existir, de por sí generan un riesgo no permitido que viola sus roles sociales, que sin duda alguna desestabiliza la vigencia de la norma. Esta estructura está plagada de potenciales peligros que no solamente ponen en riesgo los derechos de los demás, sino, en gran medida, atentan contra la existencia no solo del Estado, sino del mismo sistema social.

Estos grupos ilegales atacan la estabilidad de la vigencia de las normas, poniendo en peligro el ejercicio continuo de la autopoiesis y la existencia de todos los subsistemas. El riesgo permitido para este tipo de organizaciones no existe, por el contrario, todas las actuaciones que se deriven de ella, por su misma naturaleza, son irregulares, nada bueno puede salir de lo malo.

Es así como se puede llegar a presumir -teniendo en cuenta el alto peligro a que expone al sistema la organización- que todas las conductas que se desprendan de la estructura criminal son irregulares. No es equiparable el peligro que puede generar una persona natural al cometer un delito tradicional, respecto a los delitos que son cometidos por una organización, los cuales atentan gravemente contra el sistema, por esta razón afirmo que los delitos cometidos por estos grupos ilegales son delitos contra el sistema social.

Con respecto a las acciones de la organización delictiva, todas están infestadas de ilegalidad, de modo que sería una contradicción afirmar que las actuaciones de una organización delictiva se pueden enmarcar de alguna manera dentro del riesgo permitido, por lo tanto, la frontera entre el bien y el mal de estas estructuras es imperceptible. Los riesgos generados por este tipo de estructuras no provienen de un concreto exceso en el límite de velocidad, de una desproporcionada aplicación de la *lex artis*, o la irresponsable utilización de un dispositivo tecnológico, estos riesgos que provienen de la estructura criminal son muy graves, a tal punto que pueden afectar la legitimidad del sistema.

La sociedad de hoy -y seguramente la del futuro- se seguirá destacando por sus complejas relaciones, que se trazan entre millones y millones de personas, lo que hace necesario que existan grandes niveles de confianza con respecto al cumplimiento de la juridicidad. La inversión social, los tratados de libre comercio, las economías libres, los negocios internacionales, encuentran en el respeto a las normas, es decir a los roles, el ecosistema apropiado para desenvolverse y seguir evolucionando.

Los derechos de todas las personas dependen de la estabilidad del sistema, pero este ambiente solo se logra si la mayoría de los ciudadanos desarrollan sus actividades dentro del riesgo permitido, es decir, aprender a vivir en sociedad respetando los derechos de los demás. Este pacífico planteamiento se pone en grave peligro con la conformación y funcionamiento de las organizaciones criminales, y puede empeorar ese peligro si no existe una adecuada respuesta de la justicia en los graves delitos cometidos por estas estructuras ilegales.

Por este alto peligro que generan estos grupos acuño lo sostenido por Welzel (1956), quien señaló que en ciertas circunstancias no se debe esperar a que se lesionen los derechos de los demás, sino que es razonable que se establezcan penas ante peligros eminentes y concretos y el derecho penal pueda intervenir en estos casos⁵²⁸. Ello con el fin de evitar los potenciales peligros que pueda llegar a concretar la estructura.

"La prohibición estricta de lesión de bienes jurídicos llevaría en el acto al estado de paralización total de la vida social, y trasformaría los bienes jurídicos en un mundo de museo, en el que, ciertamente, sin lesión por obra de manos humanas, pero estérilmente anquilosados, sin función viva (...) Por tanto, no puede ser antijurídica la lesión de bienes jurídicos tan sólo por ser provocada por una manifestación de voluntad humana, sino únicamente aquella que se corresponde causalmente con una manifestación de voluntad de determinada clase. (...) El tipo de injusto de los delitos culposos, como el de los delitos dolosos, tampoco se agota en una lesión de bienes jurídicos, sino que presupone un determinado disvalor de acción y contiene, asimismo, un injusto "personal"⁵²⁹.

Los integrantes de la estructura delincencial se caracterizan por cometer varios delitos. Estas estructuras ilegales están constituidas con el objetivo de dañar esferas ajenas o quebrantar los derechos de las personas, con una alta capacidad de ataque y destrucción, no solamente en el plano de la seguridad del Estado, sino también en las potenciales y graves repercusiones a los derechos humanos, el patrimonio económico, al medio ambiente, el sistema financiero. Incluso,

⁵²⁸ WELZEL, Hans. Derecho Penal Parte General. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1956, p. 136.

⁵²⁹ *Ibidem*.

ponen en alto riesgo el sistema político y colocan en jaque no solamente a los subsistemas, sino al sistema social en general.

Pero, por el contrario, las bajas en combate de subversivos se enmarcará este tipo de situaciones dentro de la norma, lo que significa que este tipo de conductas de plano son atípicas. Recordando que en la teoría de la imputación objetiva sistémica la creación del riesgo que se representa en el cumplimiento del rol se analiza en sede de la tipicidad⁵³⁰, predicando que, al no existir un riesgo no tolerado, o que el riesgo no permitido no tenga relación con el resultado típico, la conducta será atípica. Es decir, el servidor público actúa bajo los parámetros de un deber legal, sus actos se derivan del desarrollo de sus deberes legítimos⁵³¹, por lo tanto, la conducta este tipo de conductas son atípicas.

Considero, con fundamento en los argumentos expuestos, que sin lugar a duda la creación y desarrollo del plan criminal por parte de las estructuras dejan en evidencia que los dirigentes actúan dentro de un riesgo no permitido.

35. La representación del riesgo no permitido en la tipicidad

Otro de los requisitos trascendentales de la teoría de la imputación objetiva es la específica relación entre la conducta desaprobada del sujeto y el resultado producido, requisito definido desde la perspectiva del funcionalismo sistémico de Günther Jakobs⁵³². Una vez se ha establecido que la organización delictiva ha incurrido en un riesgo no tolerado, se hace necesario analizar si este es el que se traduce en el resultado exigido por el tipo. Aclarando que esta

⁵³⁰ BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho Penal. Editorial TEMIS. Bogotá D.C. 1996, p. 216.

⁵³¹ WELZEL, Hans. Derecho Penal Parte General. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1956, p. 145.

⁵³² GÜNTHER, Jakobs. La Imputación Objetiva en Derecho Penal. Editorial AD-HOC. Buenos Aires 1997, pp. 80.

relación entre el riesgo no permitido y el tipo penal no se trata de una consecuencia naturalista, sino de una expresión normativa, la cual no se explica a partir de una reacción causalista que se produzca en el mundo del ser, sino que el resultado de esta relación radica en la contradicción que genera el riesgo no permitido con la norma penal, o diciéndolo en otras palabras, la relación entre el incumplimiento del rol social y la tipicidad.

El riesgo no permitido no es una consecuencia natural generada por el individuo, sino una consecuencia derivada del quebrantamiento de deberes por parte de una persona, que desarrolla un rol en la sociedad, así, que, el resultado típico debe estar ligado al riesgo no permitido, es decir, el riesgo desaprobado, que implica la infracción del deber, es la consecuencia específica que explica el resultado típico⁵³³.

Al respecto Yesid Reyes (2005) concluye que la imputación objetiva no se centra en la relación causal del resultado, sino, por el contrario, el resultado se le imputa objetivamente a la persona cuando esta haya generado un riesgo no permitido, el cual se representa en el resultado típico⁵³⁴:

"(...) la teoría de la imputación objetiva no hace relación tan solo a la atribución de resultados, ni alude tan solo a la relación existente entre una acción natural y su resultado, ni es una asistemática agrupación de criterios. De acuerdo con una versión correcta, debe decirse que un resultado podrá serle objetivamente imputado a un individuo, cuando el haya creado un riesgo

⁵³³ GÜNTHER, Jakobs. La Imputación Objetiva en Derecho Penal. Editorial AD-HOC. Buenos Aires 1997, pp. 80.

⁵³⁴ REYES ALVARADO, Yesid. Imputación Objetiva, Tercera Edición. Bogotá. TEMIS S.A. Colombia. 2005, pp. 77.

jurídicamente desaprobado y ese riesgo se haya realizado en el resultado (...)"⁵³⁵.

El peligro creado por la organización, traducido en la violación del rol social -y que se considera desaprobado-, por la acción desplegada por sus superiores e integrantes, es el peligro que debe concretarse en el resultado contemplado en el tipo penal y no otro, el resultado debe estar estrechamente ligado al tipo o ser objetivamente imputable a la creación del riesgo desaprobado. En este orden de ideas, puede darse el caso donde los integrantes de la organización no incurran en el delito, a pesar de que el tipo se haya configurado; lo anterior está sujeto a que los riesgos generados por la estructura no sean la explicación de lo acaecido, sino la razón sea el riesgo generado por otra persona, ajena al grupo ilegal.

Así mismo, no es achacable a los integrantes de la organización ilegal el resultado producto de una acción que no crea un riesgo jurídicamente desaprobado, es decir, cuando la acción no vulnera el rol. Este tampoco es un concepto nuevo, Hans Welzel (1956) refiere este tipo de casos como conductas socialmente adecuadas, las cuales no tienen ninguna repercusión penal, al respecto planteó los siguientes ejemplos:

"Por eso, el sobrino que persuade al tío, del cual espera heredar, de que haga viajes en tren, a fin de que alguna vez pierda la vida en un accidente ferroviario, no comete ya objetivamente ninguna acción antijurídica de adecuación típica, si el tío sufre, efectivamente, un accidente" [Énfasis agregado] ."[U]na mujer induce a su marido, del cual quiere deshacerse, a que acepte un trabajo en una empresa peligrosa (cantera, etc.), con la intención de que su marido

⁵³⁵ REYES ALVARADO, Yesid. Imputación Objetiva, Tercera Edición. Bogotá. TEMIS S.A. Colombia. 2005, pp. 77.

pueda perder la vida con el aumento del peligro. Si el hombre es realmente matado por una piedra, no existe, sin embargo, delito de homicidio, porque la explotación reglamentaria de una cantera es socialmente adecuada"]⁵³⁶.

También cabe la posibilidad que se cree un riesgo no permitido o incumplimiento del rol, pero que no tenga ninguna relación objetiva con la tipicidad, lo que impide la responsabilidad penal del dirigente. Por ejemplo, el habitante de un pueblo, con problemas cardíacos, sufre un ataque al corazón, pues se alteró al ver pasar al grupo ilegal armado cerca a su casa, o el acreedor que es burlado por la empresa para pagarle la deuda quedando en la quiebra. En los dos casos el estrés de la situación puede provocar la alteración en la salud y causar la muerte por un paro cardíaco.

Si bien es cierto que el dirigente creó un riesgo jurídicamente desaprobado, consistente en la conformación del grupo ilegal o estructura ilegal empresarial, este riesgo no tiene relación objetiva con la muerte acaecida, pues el solo paso de la estructura por un lugar o el no pago de la acreencia no es el riesgo que se concretó en la muerte de esta persona, sino su débil estado de salud, así que el estrés y problemas cardíacos serían un riesgo general de la vida, el cual no se le puede achacar al dirigente o a sus subordinados.

En estos eventos tampoco habría tentativa, porque no hay relación objetiva entre el riesgo prohibido creado y el resultado muerte, ya que el riesgo desaprobado no se representa en el fallecimiento de la persona. Son casos de ausencia de imputación del resultado, cuando de la conducta del dirigente se evidencia una creación de un riesgo no permitido, pero en el resultado

⁵³⁶ WELZEL, Hans. Derecho Penal Parte General. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1956, p. 64.

final no se ve traducido este riesgo, no hay responsabilidad penal. Este riesgo que no se ve representado en el resultado lesivo es asumido como un riesgo tolerado por la sociedad, y debe ser así, ya que es un hecho ontológico, ante lo cual no existe expectativa alguna que se deba proteger⁵³⁷.

Como lo he dejado sentado, uno de los presupuestos primordiales de la teoría de la imputación objetiva es la concreción del riesgo no permitido creado precedentemente, o la identificación del incumplimiento de rol social con la tipicidad, las estructuras delincuenciales solo por el hecho de existir lo generan. Este riesgo -y que no es el único que crean- desencadena el ecosistema ideal para que otras conductas no permitidas sean desarrolladas por parte de la estructura, como la tenencia o porte ilegal de armas y explosivos, el lavado de dinero, delitos empresariales, conductas ilegales que permiten el funcionamiento de la organización.

Pero, además, estos riesgos terminan concretándose en varios resultados típicos, como homicidios, secuestros y extorsiones. Una vez se ha identificado el riesgo inicial, se debe concretar este en el resultado delictivo. En el caso del jefe de la organización se debe analizar si estos se han traducido en el resultado típico, es decir, los delitos cometidos por la organización criminal.

Si el objetivo es desplazar de forma violenta a los pobladores de cierta región o el negocio del narcotráfico, es preciso evidenciar que el riesgo inicial fue el que se tradujo en el delito. Esta no es una teoría causalista, no se puede olvidar que la imputación del resultado va precedida de un riesgo no permitido, categoría normativa que ha surgido del acoplamiento de las

⁵³⁷ FRISCH, Wolfgang. Sobre el Estado de la Teoría del Delito. Cuadernos Civitas. 2000, pp. 59.

relaciones sociales del sistema. Es así como el resultado necesariamente debe estar ligado a la creación del riesgo no permitido o incumplimiento del rol, el cual no es una consecuencia de la acción del sujeto, sino del quebrantamiento de sus deberes. El resultado típico es la consecuencia de la infracción a los deberes.

El peligro creado por el jefe de la organización se considera desaprobado y ese peligro es el que debe concretarse en el resultado del tipo penal y no otro. Es así que no habrá tipicidad si el peligro creado por el jefe de la organización no es el que se concretó en el delito⁵³⁸. El peligro creado es exclusivo del autor y a este le corresponde asumir las consecuencias de ese peligro⁵³⁹.

36. La Prohibición de Regreso

La teoría de la prohibición de regreso permite establecer cuándo una persona es partícipe en las conductas delictivas cometidas por la estructura⁵⁴⁰. En razón a que las operaciones de las estructuras criminales son tan complejas, implica la participación de varias personas para la consecución del plan criminal, pero existe un límite a la responsabilidad penal, que abarca a aquellas personas que se mantienen dentro del riesgo permitido al desarrollar su rol social dentro de los parámetros demandados por la norma, a pesar de que su aporte sea utilizado por la organización criminal para cometer el delito.

⁵³⁸ BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho Penal. Editorial TEMIS. Bogotá D.C. 1996, p. 216.

⁵³⁹ ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Civitas. España Madrid. 1997, p. 369.

⁵⁴⁰ PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando. El funcionalismo en el Derecho penal. Tomo I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2003, p. 129.

La organización ilegal puede aprovechar una conducta permitida desarrollada por un tercero dentro de su rol, pero este tercero no tendría que afrontar alguna repercusión penal⁵⁴¹, ya que se trata de un comportamiento que se ajusta a su rol social, este no constituye la participación en el delito de quien hace el aporte. Por ejemplo, los atentados terroristas perpetrados por las Fuerzas Revolucionarias de Colombia -FARC- con pipetas de gas caseras, quien vende estos elementos, que realmente son utilizados para la cocina, desarrollan una conducta que está bajo su rol y considerada una actividad que se enmarca en el riesgo tolerado, así las cosas, el vendedor no responderá por los asesinatos producidos con esta arma letal.

Como es utilizado el cilindro de gas o con que objetivo lo compran no son asuntos de la competencia del vendedor; ahora bien, así el vendedor conozca sobre las intenciones criminales de la compra de los cilindros, tampoco responde por los delitos que se deriven de ese riesgo, no es de su competencia. Sin embargo, se la reprochará su falta de solidaridad por el delito de omisión de socorro u omisión de denuncia, la anterior tesis es el reconocimiento de la prohibición de regreso⁵⁴².

Esta teoría también es conocida como la participación aparente⁵⁴³, precisamente fue esbozada inicialmente para imponerle un límite a la teoría causal de la acción, como un hecho precedente al delito -que es causa del resultado-, que podría no ser considerado como un acto de

⁵⁴¹ GÜNTHER, Jakobs. El funcionalismo en el Derecho penal. Tomo I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2003, p. 46.

⁵⁴² GÜNTHER, Jakobs. La Imputación Objetiva en Derecho Penal. Editorial AD-HOC. Buenos Aires 1997, pp. 33.

⁵⁴³ PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando. El funcionalismo en el Derecho penal. Tomo I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2003, p. 129.

participación, siempre y cuando -para esta teoría- la intervención del tercero no sea intencional, no responderá por el delito⁵⁴⁴.

Por ejemplo, una persona deja su arma cargada en la mesa y otra persona la toma y mata a un tercero, el interrogante gira en torno a ¿Si quien dejó el arma olvidada debe responder de alguna forma por el delito? Los partidarios de las primeras teorías de la prohibición de regreso estiman que en este tipo de casos no se deben tomar en cuenta las condiciones anteriores al acto libre y consiente del que mató al tercero⁵⁴⁵.

Usualmente se hablaba de que esta teoría señalaba que la participación imprudente en un hecho principal doloso es impune, esta surgió como un correctivo a la teoría de la equivalencia de las condiciones, que predica que cualquier condición era la causa del resultado, por ello todos los que hagan un aporte de forma causal son considerados responsables del delito⁵⁴⁶.

Para evitar esta nefasta consecuencia, se determinó que en los casos donde un tercero intervenía de forma imprudente en un hecho creado por un autor doloso, esta intervención no es causa del resultado y por ende no fundamenta la responsabilidad penal del tercero. En consecuencia, se configura una prohibición de regreso, la causa solo será relevante para el derecho penal cuando se haga con dolo, lo que generaría una participación en el delito⁵⁴⁷. El regreso o, retorno, a las condiciones que precedieron el delito doloso -con el fin de acreditar una

⁵⁴⁴ BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho Penal. Editorial TEMIS. Bogotá. 1996. P. 97.

⁵⁴⁵ *Ibidem*.

⁵⁴⁶ CARO JOHN, José Antonio. El funcionalismo en el Derecho Penal. Tomo II. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2003, pp. 160.

⁵⁴⁷ *Ibidem*.

participación- estaría prohibido y el nexo causal es interrumpido por el hecho doloso de otra persona.

Sin embargo, esta teoría recibió la crítica de que realmente no podía interrumpir el nexo causal, pues el nexo está conformado por leyes naturales de causa y efecto que no se pueden interrumpir⁵⁴⁸. Pero a esta altura es importante advertir en congruencia con los antecedentes de esta teoría, que existe una gran diferencia entre la teoría funcionalista teológica de Roxin y la teoría funcionalista sistémica de Jakobs, pues en la prohibición de regreso en la perspectiva del funcionalismo teleológico racional se basa en la idea de que el comportamiento anterior es un riesgo permitido, en la perspectiva del funcionalismo sistémico es que el comportamiento anterior permanece dentro del "rol".

Adhiriéndome a la vertiente del funcionalismo sistémico, implica un replanteamiento de la teoría, no con el propósito de rechazar la causalidad, sino reconocer que es un problema de imputación. Por ejemplo, en la autopuesta en peligro dolosa la no imputación del resultado es correctamente abarcada por la prohibición de regreso⁵⁴⁹, bajo en el entendido de que el favorecimiento de conductas dolosas o imprudentes, generadas por un tercero, no le es imputable a este, siempre y cuando permanezca dentro de su rol⁵⁵⁰.

Alguien, sin que defraude las expectativas de su rol, crea una situación que otra persona aprovecha para cometer un delito. Si la persona que precedentemente crea esta situación administra de forma adecuada el riesgo que genera la actividad que desarrolla, a pesar de que

⁵⁴⁸ ROXIN, CLAUDIUS. Derecho Penal Parte General. Civitas. España Madrid. 1997, p. 355.

⁵⁴⁹ *Ibidem* p. 393.

⁵⁵⁰ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El funcionalismo en el Derecho penal Tomo I. Coordinador. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2003, p. 31.

otra persona desvié unilateralmente este peligro creado hacia la comisión de un delito, no se le puede imputar al primero el favorecimiento en el hecho delictivo, ya que ha actuado dentro del riesgo permitido⁵⁵¹, pues ha sido un ciudadano fiel al derecho, ha cumplido con su rol⁵⁵².

A la prohibición de regreso le compete explicar quién ha obrado de tal manera que la imputación sea posible, mediante la realización de un riesgo no permitido, es como los ámbitos de responsabilidad personal permiten distinguir cuáles son propios, ajenos y comunes en una actuación conjunta⁵⁵³. Así que, quien tiene una interrelación con otra persona y esa relación está enmarcada dentro del estándar no quebranta el rol como ciudadano, así uno de ellos utilice ese vínculo para cometer un delito, por ende, se establece una prohibición de regreso. Un comportamiento que está dentro del rol no constituye participación en el delito, son casos donde el autor desvía hacia un crimen el comportamiento de un tercero que carece de sentido delictivo por tratarse de una conducta neutral.

Por ejemplo, el dirigente de una organización criminal, por medio de otra persona, abre una cuenta bancaria, el gerente de la entidad financiera, después de hacer las respectivas verificaciones al cliente, es decir, la aplicación del sistema de prevención de lavado de activos no encuentra nada que impida ofrecerle este producto, y es como el banco es utilizado para lavar el dinero ilícito. En estas situaciones, el tercero, es decir, el gerente del banco no tiene responsabilidad en el delito de lavado de activos, se parte del hecho concreto de que esta

⁵⁵¹ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El funcionalismo en el Derecho penal Tomo I. Coordinador. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2003, p. 35.

⁵⁵² GÜNTER, Jakobs. El funcionalismo en el Derecho penal. Tomo I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2003, p. 46.

⁵⁵³ CARO JOHN, José Antonio. El funcionalismo en el Derecho Penal. Tomo II. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2003, p. 164.

actividad bancaria se desarrolló dentro de los parámetros de su rol, lamentablemente el dirigente se aprovechó del rol de un tercero, pero este aporte no hace responsable al gerente del banco.

La misma situación se configura cuando un taxista traslada a un grupo de personas a un banco y estas se bajan y asaltan la entidad financiera. El conductor del taxi ha cumplido con la expectativa y debe prestar el servicio llevando al cliente a donde este le indique. Este comportamiento es el que le exige su rol y no puede hacer más ni menos, para dónde va el cliente, su nombre o intenciones no le competen al taxista. Si, por el contrario, el cliente llega a su lugar de destino y hace una fuerte donación de dinero, no se podrá afirmar que por este hecho el conductor también lo donó y será objeto de felicitaciones.

Con este mismo argumento, el taxista es ajeno a las obras que realice su cliente, pues ni el robo, ni la donación, están relacionadas con su rol, incluso, la prohibición de regreso se aplica cuando la comisión del delito por parte del autor es evidente. La razón es la misma, el significado del aporte del tercero es común e inocua, por tanto, se le es permitido vender el cuchillo al tendero a sabiendas de que se pretende hacer daño con él. El tercero no responderá por el homicidio que produjo el autor, pero sí responderá por omisión de denuncia, por no haber informado a las autoridades correspondientes este hecho.

Profundizando sobre el elemento subjetivo, considero que en la teoría de la prohibición de regreso el conocimiento del delito que se va a desarrollar con la conducta que lo propicia es totalmente irrelevante. La sociedad le exige a la persona que desarrolle su rol, y si esta lo hace apegado a la ley, este actuar no trae consigo ninguna consecuencia delictiva. Sin embargo, este elemento se debe reemplazar -para mayor precisión de la imputación del resultado- por el

principio de confianza, este principio es determinante para establecer si el que propicia el delito debe responder por este - como lo expuse supra-. El desarrollar el rol implica interactuar con otra persona, de la cual no se puede confiar, esto obliga al portador del rol -así esté dentro del riesgo permitido- a aplicar el principio de desconfianza.

En este orden de ideas, el tercero no podrá continuar desarrollando la conducta, so pena de que se le considere responsable por omitir la aplicación de este presupuesto, cuando es claro que el autor no cumplirá adecuadamente con su rol, ello derivado de la comprobación de elementos objetivos. Regresando al ejemplo del gerente del banco, si este, a pesar de aplicar las normas de prevención de lavado de activos, sin surgir algún riesgo para la entidad y actuando dentro de su rol, pero sabe que la cuenta es para una organización criminal, debe responder penalmente por omisión de denuncia por no haber invertido el principio de confianza, pero no por el delito base de lavado de activos.

Reitero lo decisivo, en lo particular pienso que no es el conocimiento de que se pueda producir un delito doloso o imprudente, sino el principio de confianza, que está integrado por elementos objetivos, lo que ayuda a delimitar de forma clara la imputación del resultado. En caso de que no aplique el principio de desconfianza se tendrá que analizar a título de qué responderá esa persona. Aquellos que desarrollan un rol derivado de una competencia por institución u organización deben advertir a la víctima o las autoridades sobre el hecho, de lo contrario responderán por el delito de omisión de socorro o auxilio, ya que, en virtud del principio de solidaridad, están obligados a denunciar.

Puede suscitarse el caso donde servidores públicos participen en los hechos criminales de la estructura, sin que hagan parte de esta, al respecto hay tres variables: 1. El servidor desconoce por completo que su aporte va a ser utilizado para fines criminales y por ende el plan criminal, como por ejemplo, quien asigna el armamento a los servidores de la fuerza pública, el cual es utilizado posteriormente por miembros de la estructura para cometer asesinatos extrajudiciales; 2. No siendo el servidor público parte de la organización, su aporte se da con conocimiento de la actividad criminal de la organización, y tampoco con un acuerdo anterior, concomitante o posterior con sus integrantes. 3. No siendo el servidor público parte de la organización, pero existe un acuerdo en común para la comisión del delito.

La solución a estas variables en gran medida está dada en la teoría de la prohibición de regreso. Si el aporte del servidor público se enmarca en sus funciones, su actividad es permitida y libre de reproche. La sociedad le exige a la persona que desarrolle su rol y si esta lo hace apegado a la Ley o a las normas este actuar no trae consigo ninguna consecuencia delictiva.

Como lo he sostenido, el agente estatal conserva una posición de garante sustentada en deberes positivos, si este servidor falta a sus responsabilidades debe responder por los delitos que se desprendan debido a la falla en su ámbito de protección. Así que, en la primera variable, el servidor público no tendrá responsabilidad penal, su conducta es neutral, ya que se mantiene dentro de su rol. En la segunda el servidor público responderá penalmente por omisión de denuncia. Y en la tercera variable el servidor público responderá penalmente por el delito perpetrado por la organización, en virtud de su posición de garante y la violación de su rol, a

pesar de que no haga parte de la estructura criminal, únicamente quedará excluido de responder por la asociación para delinquir.

Volviendo a los ejemplos ya planteados, si el gerente del banco avizora que el cliente va a utilizar la cuenta para lavar dinero debería responder penalmente por no haber invertido el principio de confianza, pero por omisión de denuncia, y lo mismo sucede con el tendero que vende un cuchillo a un cliente evidenciando objetivamente que es para matar a otra persona. Igual suerte corre el servidor público que haga un aporte por acción u omisión -aun teniendo conocimiento del delito-, al cumplir su rol, responderá por omisión de denuncia.

37. La prohibición de Sobrevaloración

Pero de la misma manera en que existe una prohibición de regreso, también existe una prohibición de sobrevaloración del aporte, postura que comparto integralmente, ya que no permite que las intervenciones de los partícipes sean sobrevaloradas y consideradas como aportes de autoría.

Así lo explica Javier Sánchez-Vera (1997), quien sostiene que el garante por virtud de la infracción de su ámbito de organización que le incumbe el delito queda vinculado al mismo por el aporte realizado. En este orden de ideas, el cuántum de la intervención solo puede modificarse cuando los posteriores comportamientos constituyan una nueva extensión del ámbito de organización, a lo que se denomina principio de prohibición de sobrevaloración del aporte en la comisión. Si este no existiera, la mayoría de los aportes del partícipe serían de autoría, se llegaría

al absurdo de que si el partícipe pudiera evitar el resultado, su omisión siempre derivaría en a responsabilidad como autor⁵⁵⁴.

En este sentido, lo relevante es la expectativa y no la forma, de hecho, cómo esta se vea defraudada, por lo tanto, el cuántum del aporte dependerá de la infracción de la expectativa y no de la forma como se defraudó. El garante que defrauda una expectativa que le vincula al delito como partícipe, permanece como partícipe sin que su aporte se sobrevalore, no toda injerencia es de autoría⁵⁵⁵.

Y este principio es muy importante en la delimitación de la responsabilidad en el crimen organizado, ya que el hecho de que todos los integrantes ostenten una posición de garante con relación al delito no significa que todos sean autores por no evitar el hecho, por el contrario, acciones como la de facilitar siempre serán de participación, con excepción a los dirigentes, los cuales siempre serán autores.

38. La Tentativa

La tentativa se ubica en la categoría dogmática de la tipicidad, es considerada un dispositivo amplificador del tipo, por cuanto escapa a la regla general que prevé la configuración del delito solo cuando se haya consumado. Estos son casos en los que, por razones ajenas al autor, no se logra la realización del fin, por lo tanto, estos resultados no conseguidos no se adecuan a la descripción típica del delito, pero ponen en grave peligro los derechos tutelados.

⁵⁵⁴ SÁNCHEZ VERA GÓMEZ – TRELLES. Javier Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá. 1997, p. 138

⁵⁵⁵ *Ibidem*, p. 139

Hans Welzel (1956) la define como:

"la concreción de la decisión de realizar un crimen o delito a través de acciones que constituyen un comienzo de ejecución del delito. El tipo objetivo no está plenamente cumplido en la tentativa. En cambio, el tipo subjetivo debe existir completamente y, por cierto, en la misma forma como debe ser en el delito consumado. Por lo tanto, si basta para la consumación el *dolus eventualis*, entonces basta, también, para la tentativa"⁵⁵⁶.

Las etapas de la tentativa o, el *iter criminis*, son la ideación, que consiste en la elaboración mental del plan, estableciendo los fines y los medios que se utilizaran. Este primer paso no es exteriorizado por el autor, por lo tanto, no es objeto de reproche penal, teniendo en cuenta el principio rector del derecho penal de acto. Posteriormente, se da la etapa de preparación del delito, donde el autor adquiere todos los medios para concretar el objetivo planteado en la ideación, en este si se exterioriza acciones, pero no son punibles. Después viene la ejecución, donde se concreta lo ideado con ayuda de los medios obtenidos en la preparación del hecho y se da inicio a la realización del delito, a partir de este momento surge la tentativa. Finalmente se da la consumación, que se traduce en la consecución del delito.

Con fundamento en lo anterior, la creación de un riesgo no permitido que no se traduzca en el resultado típico, por motivos ajenos a los integrantes de la organización, plantea otro panorama que es digno de ser analizado. He sostenido que si no existe un riesgo jurídicamente desaprobado y hay cumplimiento del rol no hay delito, pero no se había contemplado el hecho de

⁵⁵⁶ WELZEL, Hans. Derecho Penal Parte General. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1956, p. 11.

que se cree un riesgo desaprobado que no alcance el resultado exigido por la tipicidad. Considero que existe responsabilidad penal en grado de tentativa, ya que la conducta creó un riesgo no permitido, pero por una causa externa no se consumó el delito, de modo que alcanza a perturbar la norma.

Puede darse el caso donde que el riesgo generado inicialmente por el autor no sea el que se concretó en la tipicidad, sino que otro riesgo sea el que quebrantó el tipo, es decir, en un primer momento el delito doloso se queda en fase de tentativa, ya que no se concreta en la tipicidad, pero después se provoca el resultado no por el primer riesgo producido, sino por un riesgo diferente y ajeno a la primera situación. Es el caso de dirigente de grupo terrorista que hiere gravemente a su víctima con una explosión, pero no muere por causa de este atentado, sino por el desplome producto de un terremoto del hospital a donde fue llevado para atender sus heridas, indiscutiblemente el autor ha creado un peligro para la vida de la víctima, pero no se le puede imputar la muerte porque este riesgo no fue el que se representó en la muerte, sino el derrumbe de la edificación. Sin embargo, sí habrá una tentativa de homicidio por ocasión al primer riesgo, en caso contrario esta situación quedará en la impunidad.

Agregando que como lo sostiene Günther Jakobs (1997) el injusto de la tentativa le pertenece a todos los intervinientes, afirmación que guarda congruencia con la teoría de la doble imputación y además marca el presupuesto para afirmar que la tentativa puede partir de una teoría de infracción de deberes:

“Por tanto, un hecho, con independencia de que sea preparado y efectuado por uno o por varios autores, sólo pasa una vez -y no por

separado para cada uno de los intervinientes- del estadio de la preparación al estadio del comienzo de la tentativa, como también una sola vez lo hace al estadio de la tentativa acabada; y es que se trata de un solo injusto, aunque sea propio de varias personas"⁵⁵⁷.

Acogiendo la tesis de Yván Figueroa Ortega, el fundamento de la tentativa radica en la infracción de la norma y la solidaridad es la base de las normas jurídicas, de manera que el castigo de la tentativa estará radicado en el quebrantamiento de la solidaridad. La razón para que se castigue un hecho que no ha llegado a la consumación es que este vulnera una norma, lo que expresa una conducta contraria a los valores de la sociedad⁵⁵⁸.

El jefe de la organización demuestra que no es solidario por el mero hecho de iniciar la ejecución del delito, situación que permite inferir por lo menos la configuración de una tentativa. El delito tentado y consumado tiene como común denominador que el jefe de la organización - quien debe actuar con dolo- no se rige por la norma. La diferencia entre la tentativa y la consumación radica en el grado de objetivación en el tipo. Por lo tanto, las etapas de ideación y preparación, por regla general, son atípicas, ya que no logran objetivarse -con excepción del delito de concierto para delinquir-.

Cuando el dirigente de la organización ilegal inicia la ejecución del delito junto con la estructura criminal quebranta el deber de solidaridad, defraudando las expectativas que recaen sobre él como persona. En este orden de ideas, mientras no se objetivise el quebrantamiento de la norma penal no habrá tentativa, pero si el dirigente quebranta su deber de solidaridad, aproximándose a la configuración de los elementos del tipo, ya se estará remando en las aguas de

⁵⁵⁷ GÜNTHER, Jakobs. La Imputación Objetiva en Derecho Penal. Editorial AD-HOC. Buenos Aires 1997, p. 80.

⁵⁵⁸ FIGUEROA ORTEGA, Yván. Delitos de Infracción de Deber. Editorial DYKINSON. Madrid. 2008, pp. 215.

la tentativa, la gran diferencia con el delito consumado es que en este todos los elementos del tipo se configuran.

La infracción de la norma estará menos objetivada mientras el jefe de la estructura aún tenga el control del riesgo y, a medida que vaya perdiendo ese control, estará más objetivada. El quebrantamiento del deber de solidaridad encontrará la ponderación de su objetivación según el grado de control sobre el peligro que contiene la infracción del deber por parte del dirigente del grupo ilegal. La tentativa será inacabada cuando el dirigente aun controle el riesgo, y sería acabada cuando haya perdido el control del peligro que creó, sin que se dé el resultado típico.

El delito consumado merece una pena mayor porque con este se desestabiliza totalmente la vigencia de la norma, es la objetivación integral del peligro en el tipo. La diferencia entre la etapa de preparación y la de ejecución es que en la ejecución sí es quebrantada la norma, pero en la etapa de preparación aún no se ha materializado la infracción de la norma.

Se debe aclarar en este análisis de la tentativa -e incluso para el delito consumado- que se hace necesario delimitar la infracción de los deberes del dirigente como ciudadano, y como el quebrantamiento de estos se traducen en el tipo penal, ocasionando la configuración del delito. Diciéndolo en otras palabras, son dos momentos: 1. La infracción de rol. 2. Como con esa primera infracción se llega al quebrantamiento de la norma penal. Esta diferenciación es la que permite hacer la graduación de la infracción del rol y la definición hasta que punto este logra

agotar todos los elementos del tipo, antes de que reúna los elementos en su totalidad, pero este próximo al tipo será una tentativa⁵⁵⁹.

El jefe de la organización que tiene como objetivo asesinar un grupo de ciudadanos. Con la sola constitución o dirección de la organización y el diseño de un plan criminal no se puede hablar de tentativa de homicidio, sin embargo, cuando la organización, cumpliendo el plan criminal llega al lugar indicado y abre fuego en contra de las víctimas, sin que la estructura ilegal pueda cumplir con su propósito, el deber jurídico de solidaridad ya ha sido transgredido y, como es evidente, su grado de objetivización con respecto al tipo es alto, de modo que, sin duda alguna, el dirigente responderá por tentativa de homicidio.

H. LA RESPONSABILIDAD DE LOS DEMÁS INTEGRANTES

He dejado claro que los dirigentes de los grupos ilegales responderán como autores de las conductas perpetradas por sus subordinados, por infringir sus propios deberes, siempre y cuando cumplan las condiciones expuestas. Sin embargo, hay que resolver el interrogante ¿qué título de imputación se la atribuye a los demás intervinientes de la estructura ilegal? Al respecto haré unas breves consideraciones, con el objetivo de dar respuesta a la pregunta.

39. La Teoría Cuantitativa

Cuando se realiza una acción autónoma no hay mayor dificultad para hacer la imputación del hecho a quien la ha desplegado, fácilmente cualquier teoría podría argumentar la razón por la cual la conducta le pertenece al sujeto. El problema surge cuando intervienen varias personas.

⁵⁵⁹ FIGUEROA ORTEGA, Yván. Delitos de Infracción de Deber. Editorial DYKINSON. Madrid. 2008, pp. 215.

Por consiguiente, se planteará como, desde una postura normativista, se puede realizar la imputación del hecho a los demás intervinientes y ponderar el peso del aporte para determinar el título de la intervención delictiva, es decir, si actúa como autor -paralelamente con el dirigente- o partícipe. Sin perder de vista que estamos dentro del contexto de una teoría de la autoría y participación cuantitativa, lo que hace posible desarrollar esta clasificación.

Pienso que la configuración de la sociedad no le encuentra un sentido práctico a la diferenciación cualitativa entre autores y partícipes, tratándose de acciones perpetradas en conjunto. Es así como la noción de autoría y participación se puede replantear bajo criterios cuantitativos, partiendo de la idea de que el hecho les pertenece a todos los intervinientes, dándosele la posibilidad al Juez de analizar y valorar las distintas contribuciones de los intervinientes. Como ya lo he explicado, con fundamento en la teoría de la doble imputación, el resultado es la obra de todos aquellos que han intervenido en el delito, haciendo énfasis en que la imputación del hecho a todos los intervinientes se puede configurar sin que hasta ese punto se requiera establecer las categorías de autoría y participación.

En este mismo sentido, Heiko Lesch (1997) considera que únicamente por medio de una diferenciación cuantitativa de las formas de intervención se logra, de forma acertada, una ejecución cuantitativa progresiva del delito. Ello significa que dentro de los múltiples aportes, algunos de ellos, bajo el imperio de una diferenciación cualitativa, se distorsionaría el papel

protagónico de algunos intervinientes, como sucede en el buen diseño de un carro de fórmula uno no podría verse desdibujado dándole solo la importancia al piloto que gana la carrera⁵⁶⁰:

"la responsabilidad según su fundamento es idéntica para todos los intervinientes, las cuotas de responsabilidad son distintas -en tanto en cuanto se amenacen con diferentes penas. Por ello, en primer lugar, debe preguntarse siempre quién debe responder, a quién le incumbe pues la ejecución, en definitiva, quien es miembro del colectivo. Ya en un segundo peldaño, debe determinarse en virtud de qué responde cada componente del colectivo"⁵⁶¹.

A quienes hagan un aporte relevante se les impondrá la pena más elevada; en este grupo están los integrantes de la organización delictiva. Respecto a los sujetos que actúan con una escasa importancia, su sanción será atenuada, como es el caso de las personas encargadas de la logística de la estructura criminal, en este caso deberá imponérsele una pena más benevolente⁵⁶².

¿Pero qué sucede con aquellos integrantes, que sus tareas tienen una tenue vinculación o nula vinculación con el delito? Como el caso de los rancheros, cocineros, o enfermeros, que desarrollan únicamente esa función dentro de la estructura.

Desde el punto de vista de cualquier teoría sobre autoría y participación -excluyendo la equivalencia de las condiciones-, estas personas no responderían por los delitos cometidos por la

⁵⁶⁰ HEIKO HARTMUT, Lesch. Intervención Delictiva e Imputación Objetiva. traducción Javier Sánchez – Vera Gómez. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá. 1997, p. 63.

⁵⁶¹ HEIKO HARTMUT, Lesch. Intervención Delictiva e Imputación Objetiva. traducción Javier Sánchez – Vera Gómez. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá. 1997, p. 64.

⁵⁶² GÜNTHER, Jakobs. Revista de Derecho THEMIS 49. Entrevista Elaborada y Realizada por Milagros de Pomar Saettone. Miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS. Lima – Perú, p. 299.

organización, excepto por el delito de concierto para delinquir. Y, eventualmente, se les podría procesar por una omisión de denuncia, de socoro, o de auxilio. Dentro de este actuar en conjunto solo hay diferencias cuantitativas y, por lo tanto, cualquier esfuerzo por diferenciar a los autores de los partícipes, bajo parámetros cualitativos, me parece un error⁵⁶³. Es decir, se entiende el hecho delictivo como una mancomunidad de aportes, que aisladamente no tendrían sentido.

También la identificación del rol es transcendental para hacer la ponderación, entendiéndose que aquellos que ostentan un rol diferente al del dirigente, según el peso de su aporte, podrán ser autores o partícipes. Por ejemplo, en Colombia, en el año 2019, se presentó un hecho insólito, el cual generó una discusión general con referencia a los límites de la autoría y participación en los delitos especiales. La Corte Suprema de Justicia condenó en primera instancia a 15 años de prisión a la ex parlamentaria Aida Merlano por los delitos de concierto para delinquir agravado, corrupción al sufragante y tenencia ilegal de armas.

Ya estando privada de la libertad, esta solicitó una autorización a las autoridades carcelarias para asistir a un tratamiento odontológico fuera de la penitenciaria en la ciudad de Bogotá. Fue trasladada al consultorio por los guardianes, en este se encontraban sus dos hijos y el médico tratante, quienes, según la Fiscalía, desarrollaron acciones esenciales que le permitieron a Merlano saltar por la ventana, utilizando una cuerda y huir de las autoridades.

La Fiscalía inició una investigación en contra de la exparlamentaria por el delito de fuga de presos, y vinculó, como partícipes, a su hija y al odontólogo. El ente acusador sostuvo que su hija distrajo a los guardianes, proporcionándoles alimentos, y al mismo tiempo introdujo la

⁵⁶³ GÜNTHER, Jakobs. La Intervención Delictiva. Cuadernos de Política Criminal Numero 25-I, Traducción Javier Sánchez –Vera Gómez-Trelles. Madrid. 2005, pp. 5.

cuerda, por otro lado, el odontólogo simuló la cita médica y prestó su consultorio para que pudiera escapar sin alertar a las autoridades.

El artículo 448 del Código Penal colombiano establece que el sujeto activo es quien esté privado de la libertad, es un delito especial. La controversia giró en torno a que la pena para los dos partícipes era tan baja, que no guardaba congruencia con los aportes esenciales que habían realizado estas dos personas. Es decir, que el peso del aporte fue tan importante al hecho, que, incluso, estas dos personas deberían responder como autores. Según el Código Penal colombiano, sea cual sea la circunstancia o el aporte del extraneus, siempre será partícipe. Con excepción de la figura del interviniente, donde un extraneus puede responder como coautor en delitos contra la administración pública, la cual no explicaré, ya que se sale de la órbita de nuestro estudio.

Es más, no hay motivo alguno para sumarle al concepto de autoría la necesidad de actuar en la etapa de ejecución del delito. Hay integrantes que en los actos previos son quienes proporcionan aportes esenciales en el delito⁵⁶⁴, el cuántum de la pena dependerá de esta valoración, es decir, sopesando la importancia objetiva de los aportes. Me parece improcedente establecer una diferencia cualitativa, como lo hace la teoría del dominio del hecho, que recurre a una serie de características subjetivas y objetivas para concluir quien es el autor y quien es el partícipe. Este tipo de distinciones en la práctica no tienen sentido, como paso en el ejemplo de la congresista en Colombia.

⁵⁶⁴ GÜNTHER, Jakobs. La Intervención Delictiva. Cuadernos de Política Criminal Numero 25-I, Traducción Javier Sánchez –Vera Gómez-Trelles. Madrid. 2005, pp. 5.

Hay que determinar claramente cómo se establecen los parámetros para distinguir cuándo una contribución es más relevante que otra, según como se presenten los hechos, por lo tanto, será necesario reforzar esos criterios para sopesar los aportes.

En concordancia con lo anterior, Heiko Lesch (1997) señala:

“Se ha demostrado que una diferenciación entre las distintas formas de intervención en el delito no pueden ser obtenidas en atención a las normas de comportamiento de las llamadas “teoría personal del injusto”, ni en atención a la ejecución típica; especialmente inapropiado se mostró también el criterio del dominio del hecho, por el contrario, se ha demostrado la bondad de criterios cuantitativos (...) Autoría y participación se encuentra por tanto en más allá de la teoría del tipo, no muestra algo parecido a dos formas diferentes de imputación ya desde un principio, sino la correspondiente cuota de responsabilidad como momento de la imputación. Se trata de consideraciones de concreción de la pena que están integradas en la imputación y tipificadas en las diferentes formas de intervención, las cuales se orientan respectivamente según el cuántum de ésta”⁵⁶⁵

Por lo tanto, la intervención delictiva debe analizarse más allá del tipo, como lo denota la anterior cita Heiko Lesch (1997) quiere enfatizar en que el tema de la intervención delictiva no está relacionado con el tema de la imputación, con lo cual estoy totalmente de acuerdo.

⁵⁶⁵ HEIKO HARTMUT, Lesch. Intervención Delictiva e Imputación Objetiva. traducción Javier Sánchez – Vera Gómez. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá. 1997, p. 64.

Verbigracia, en el caso del jefe de una estructura criminal que da la orden de asesinar a un Juez de la República, dejando en manos del subordinado -con el cual no ha tenido contacto personal- la ejecución del delito. No se podría negar, a simple vista, la importante contribución en el homicidio del subordinado, además, ostenta él una posición de garante, que es no hacerle daño a los demás, en virtud de una competencia por organización, su aporte tienen una elevada importancia. Nadie dudaría en valorar al subordinado como autor del delito, como también en este hecho el dirigente será autor del homicidio -autores paralelos-.

Por ello, es indispensable abandonar toda corriente dogmática de tipo naturalista y comprender que las personas que actúan en los actos preparatorios o de forma posterior en la ejecución del delito, o no ejecuten de propia mano los delitos, pueden ser responsables del hecho en la modalidad de autor, siempre y cuando el peso de su aporte sea vital en el delito.

Uno de los mayores inconvenientes que enfrenta la teoría de la intervención delictiva es su delimitación en el hecho. Solo una teoría material puede ser apropiada para resolver los problemas de la intervención delictiva. Pero no una teoría objetiva material⁵⁶⁶. El concepto de autor debe abandonar la idea de que el comportamiento típico de ejecución no puede incluir a varias personas, de manera que el comportamiento típico ejecutivo debe comprender a todos los intervinientes, en tanto este sea objeto de reparto de trabajo⁵⁶⁷.

No se puede concluir que quien no ejecuta por sí mismo el hecho tiene, inexorablemente, que participar en un injusto ajeno. Realmente, el comportamiento ejecutivo constituye el injusto

⁵⁶⁶ ROBLES PLANAS, Ricardo. La Participación en el Delito: Fundamento y Limites. Editorial Marcial Pons Madrid. 2003, pp. 265.

⁵⁶⁷ Apud. ROBLES PLANAS, Ricardo. La Participación en el Delito: Fundamento y Limites. Editorial Marcial Pons Madrid. 2003, pp. 265.

de todos los intervinientes, a pesar de que alguno de ellos no lo ejecute por sí mismo. Al respecto, Robles Planas (2003) señala que esta es una diferenciación superflua, no le ve ningún problema a que quien haga un aporte mayor -de forma cuantitativa- sea el autor del delito⁵⁶⁸.

40. El cuántum del aporte

Lo que queda por resolver es ¿a qué parámetros se puede acudir para identificar el peso del aporte? Veamos.

Al respecto, no vamos a utilizar la misma metodología de Claus Roxin (2016), en el entendido de que los conceptos indeterminados no pueden resolver las lagunas de la autoría y la participación, por tal motivo le dio contenido a la teoría con diferentes perspectivas cualitativas⁵⁶⁹, verbigracia el dominio funcional del hecho o la autoría mediata, ya criticadas anteriormente.

Aclarando que la teoría cuantitativa de la autoría y participación que en esta investigación se defiende no es un concepto indeterminado y mucho menos impreciso, pues este cuenta con límites muy definidos, que claramente marcan las fronteras de la intervención delictiva. Empezando por la definición de a quienes le pertenece el hecho, que gira en dos variables importantes, a pesar de que no son las únicas: la prohibición de regreso y la prohibición de sobrevaloración del aporte. A estas se suma lo acentuado por las posiciones de garante y, por último,

⁵⁶⁸ ROBLES PLANAS, Ricardo. La Participación en el Delito: Fundamento y Limites. Editorial Marcial Pons Madrid. 2003, pp. 265. “Por mi parte creo que la discusión sobre si la distinción entre autoría y participación es cualitativa o cuantitativa es más terminológica de que fondo. Afirmar que los autores son aquellos intervinientes cuya aportación es cuantitativamente mayor que la de los partícipes me parece que no entraña ningún problema”

⁵⁶⁹ ROXIN, Claus. Autoría y el Dominio del Hecho en el Derecho Penal. Editorial Marcial Pons. 2016, p. 128.

la ponderación del peso del aporte, dentro del cual se apela a la teoría de los bienes o información escasa.

Es importante resaltar que el concepto de la ponderación del peso del aporte no es novedoso. Claus Roxin (2016), yendo en contravía de la teoría objetivo formal, reseñó que la autoría y coautoría no se podía limitar a la realización del tipo, colocando como parangón el caso del campanero en el robo: si este es autor no lo es porque haya realizado el tipo o parte de este, ello obedece a la importancia de su aporte en el hecho⁵⁷⁰. Con lo anterior queda demostrado que los criterios de ponderación al valorar el peso del aporte son incluso aceptados por la doctrina mayoritaria, por lo tanto, el planteamiento cuantitativo no es exótico o desconocido y presenta en realidad una evolución de la teoría cualitativa, exorcizando los fantasmas de la indeterminación.

Lo que interesa, en principio, es imputar el hecho típico como obra de alguien, por consiguiente, si se reúnen los parámetros de la imputación objetiva se debe imputar a los intervinientes el comportamiento que ha activado el tipo penal. El aporte significa intervenir en el delito, cuando esa contribución ha ayudado a configurar la conducta, o cuando, bajo ciertas circunstancias, se favorezca su comisión y sean típicamente relevantes, lo que hemos denominado una imputación global o mancomunada. En contraposición, cualquier otro aporte que no ayude a estructurar el tipo, es decir, que no sea trascendente, queda excluido del sistema penal. De manera que sí se interpreta la contribución como aquí se ha explicado, quien la realiza

⁵⁷⁰ ROXIN, Claus. Autoría y el Dominio del Hecho en el Derecho Penal. Editorial Marcial Pons. 2016, p. 143.

se involucra en la infracción de la descripción delictiva. Eso significa ser competente para asumir las consecuencias por defraudar las expectativas⁵⁷¹.

Al respecto, Jorge Perdomo (2006) plantea que lo más relevante antes de establecer la diferencia entre autores y partícipes es determinar que intervinientes hacen parte del hecho mancomunado. Para poder concretarlo se debe acudir a los postulados de la teoría de la imputación objetiva, verbigracia, principio de confianza y prohibición de regreso. Estableciendo la división de trabajo y cuál aporte corresponde al hecho común, el que este fuera de este no tendrá repercusiones penales, por el contrario, los que clasifiquen se entrarán a analizar si son aportes de autoría o participación⁵⁷².

“Lo más importante no es, por lo tanto, determinar si alguien es autor o cómplice, sino en primer lugar establecer si alguien es, mancomunadamente con otros, responsable, competente, por la realización típica. Para determinar esta competencia hay que acudir a los criterios de la imputación objetiva, particularmente al principio de confianza y a la prohibición de regreso. Se trata de establecer, operacionalizando las categorías sociales de imputación, por dónde pasa en cada caso la línea que separa la división del trabajo que funde ámbitos de responsabilidad (competencia común) y la división de trabajo que los separa (principio de confianza, prohibición de regreso). Y en este sentido hay mucho avanzado, sólo que es preciso depurar, las categorías de la visión individualista con que han sido elaboradas y realizar la “especialización” que necesitan estos criterios para que puedan funcionar en el modelo de imputación del actuar conjunto. Probablemente haya

⁵⁷¹ PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *Funcionalismo y Normativismo Penal. Una Introducción a la obra de GÜNTHER JAKOBS*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. Bogotá Colombia. 2006, p. 71.

⁵⁷² *Ibidem*.

que empezar a hacerlo por grupos de constelaciones de casos”⁵⁷³.

El cuántum del aporte en la intervención es el que permite establecer la diferencia entre autoría y participación, se debe acudir a una fórmula abierta, con el propósito de que se pueda subsumir la realidad social. Tiene que ser una orientación que posibilite valorar el peso del aporte de cada interviniente en el hecho mancomunado.

Uno de los defensores de esta postura es Heiko Lesch (1997), quien sostiene que la cuota de responsabilidad no se rige por la configuración fáctica del hecho por los intervinientes en el mundo exterior, sino según la dimensión de la importancia comunicadora de dicha configuración respecto a la vigencia de la norma. Por ejemplo, el que aprieta el botón y pone en marcha una máquina delictiva que otro ha planeado y construido, tomado este aporte -minino- como colaboración físico-causal, este cuántum conducirá a una responsabilidad como partícipe. Pero, si se valora el aporte según la relevancia para la vigencia de la norma, ese cuántum es enorme para el quebrantamiento de la norma, este adquiere una manifestación objetiva de especial importancia, pues es la decisión determinante para la producción del resultado, el cual es sobresaliente en el quebrantamiento de la vigencia de la norma⁵⁷⁴.

Es así como entre el cuántum de intervención de los autores y el cuántum de intervención de los partícipes existe una diferencia notable. Incluso en la coautoría, los aportes no tienen que ser idénticos, no necesariamente deben prestar un aporte de la misma dimensión. Los límites

⁵⁷³ PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *Funcionalismo y Normativismo Penal. Una Introducción a la obra de GÜNTHER JAKOBS*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. Bogotá Colombia. 2006, p 71.

⁵⁷⁴ HEIKO HARTMUT, Lesch. *Intervención Delictiva e Imputación Objetiva*. traducción Javier Sánchez – Vera Gómez. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá. 1997, p. 72.

entre autoría y participación son graduables y fluidos, como la convicción de los ejecutores, la intensidad de su lesión, el medio, el plan criminal, y otras circunstancias que pertenezcan al desarrollo del tipo, y, sin duda alguna, la valoración de la posición de garante que le compete. El cuántum delictivo puede valorarse en la etapa preparatoria, tentativa, ejecución y consumación, lo decisivo es el significado del daño para la vigencia de la norma, es así como los aportes cercanos a la perturbación de la norma tienen un mayor peso que los aportes lejanos⁵⁷⁵.

40.1. Los bienes escasos

Otra de las teorías que ayudan a dilucidar el cuántum del aporte o la diferenciación entre autoría y participación es la de los bienes escasos⁵⁷⁶. Esta puede tener dos modalidades, la entrega de un bien, como, por ejemplo, el instrumento con el que se cometerá el delito -quien proporciona la granada-, o la prestación de un servicio, como el suministro de información -en Colombia el caso de los denominados milicianos de la guerrilla que informan a la estructura cuando el ejército está en la zona de combate-. La importancia del aporte se puede concretar según su naturaleza y si son instrumentos o comportamientos escasos en la interacción social⁵⁷⁷.

Regresando al ejemplo del explosivo, el integrante consigue el material bélico, en el mercado negro, para el grupo ilegal, con el objetivo de que cometan el atentado. Teniendo en cuenta que los explosivos son un material que únicamente lo puede comercializar el Estado, bajo unos parámetros bien estrictos, estamos en presencia de un bien escaso, ya que su circulación

⁵⁷⁵ HEIKO HARTMUT, Lesch. Intervención Delictiva e Imputación Objetiva. traducción Javier Sánchez – Vera Gómez. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá. 1997, p. 72.

⁵⁷⁶ *Ibidem*.

⁵⁷⁷ *Ibidem*.

está limitada. Por lo tanto, el integrante responderá como autor⁵⁷⁸. Pero si, por el contrario, el explosivo era de fácil obtención -el comercio del explosivo se da en condiciones normales de oferta y demanda-, teniendo el integrante la facilidad de conseguirlo, el aporte no será tan importante, lo que daría lugar para que este sujeto se considere como un partícipe.

Nótese que, incluso, se denota que la coautoría no es necesaria, primero, porque se presume que el hecho le pertenece a todos, y segundo porque ya no se requiere que se actúe en la etapa de ejecución para ser autor. Es más, de nada sirve la teoría de la accesoriedad, ya que el hecho es de todos. La importancia del aporte no puede valorarse desde una perspectiva causal, como erróneamente lo hace la teoría de la equivalencia de las condiciones, para la que todas las contribuciones tendrían la misma magnitud. La importancia de la contribución se determina por la escasez del bien.

40.2. La Información Escasa

Tratándose de comportamientos que únicamente puede desarrollar un grupo restringido de personas, que poseen información exclusiva ¿Qué pasaría en el caso en que un integrante, por labores de inteligencia, se entera de que un pelotón de soldados está acampando en determinada zona y gracias a ello los atacan?, ¿Suministrar la información se considera como un acto relevante?

La respuesta depende de si la información es abundante o escasa, normalmente las operaciones del Ejército son secretas y están amparadas en la seguridad nacional. Así, que el

⁵⁷⁸ HEIKO HARTMUT, Lesch. Intervención Delictiva e Imputación Objetiva. traducción Javier Sánchez – Vera Gómez. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá. 1997, p. 72.

hecho de obtener, revelar y utilizar una información que es oculta y privilegiada es muy importante dentro de la configuración de la conducta punible. Sin el menor atisbo de duda, esta contribución será tan importante como para considerar a quien la obtuvo como autor del delito perpetrado en contra de los militares⁵⁷⁹.

Algunos pueden considerar que la teoría de los bienes e información escasa es una fórmula indeterminada, sin embargo, ello no es así. Recordemos que las ponderaciones que se proponen en esta investigación son de naturaleza cuantitativa, lo que representa que el juez haga un ejercicio de balance entre diferentes circunstancias para determinar quién es el autor de la conducta -el que merece la pena más alta- y quien es el partícipe -el que merece una pena leve-. Seguramente, el anterior esquema cualitativo sujetaba al operador jurídico a reglas taxativas, que limitaban notablemente su campo de interpretación, por ello la teoría expuesta aquí puede parecer una fórmula indeterminada, pero no es así.

Una aclaración, en las competencias por virtud de una institución, queda claro que el dirigente responderá como autor por infringir su propio deber, pero también serán responsables sus subordinados, que igualmente ostentan la calidad de servidores públicos, y que quebrantan los deberes positivos de su esfera de actuación. En este tipo de situaciones el quebrantamiento del deber es individual, ya que la sujeción es personalísima, cada uno ha violado su posición de garante, lo que genera que autónomamente sean competentes por las consecuencias a título de autores paralelos.

⁵⁷⁹ PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *Funcionalismo y Normativismo Penal. Una Introducción a la obra de GÜNTHER JAKOBS*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. Bogotá Colombia. 2006, p. 73.

Me permito ir un poco más allá al objeto de la investigación, pero esta postura es importante; veo posible la participación en un hecho imprudente -no para los obligados especiales-, yendo en contravía de lo sostenido por la doctrina, como, por ejemplo, indica Hans Welzel (1956):

"La autoría culposa es una causación del resultado evitable. Todo aquel que ha llegado a ser causal, de un modo evitable, de la muerte de otro, es autor, en los términos del 222. Toda forma de cocausalidad evitable es autoría culposa. Por eso no hay participación en el ámbito de los delitos culposos, pues también ella sería cocausación evitable, y por eso, autoría culposa"⁵⁸⁰.

Aceptar la participación en los delitos imprudentes traería grandes consecuencias con respecto a la proporcionalidad de la intervención. Inexorablemente mi postura riñe con la noción del concepto tradicional de la acción final o personal, como lo he reseñado, desde el supuesto de que en la intervención imprudente no hay participación, sino, por el contrario, rige la teoría unitaria de autor, de modo que todos los intervinientes, sin importar su aporte, responden como autores⁵⁸¹.

Más bien, sostengo que en los delitos imprudentes se debe analizar: 1. La infracción del deber de cada persona; 2. La importancia de su aporte. Esto claramente permitirá diferenciar al autor del partícipe.

Verbigracia, el conductor de un autobús que se queda sin gasolina, este decide abastecer el vehículo con un recipiente artesanal, que guarda en el maletero; su ayudante le entrega el

⁵⁸⁰ WELZEL, Hans. Derecho Penal Parte General. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1956, p. 104.

⁵⁸¹ ROXIN, Claus. Autoría y el Dominio del Hecho en el Derecho Penal. Editorial Marcial Pons. 2016, p. 355.

recipiente con la gasolina, mientras el conductor introduce el líquido; pero, por ocasión de la falta de medidas de seguridad, esta acción provoca que el bus se incinere, ocasionando la muerte de todos los ocupantes.

En este caso, tradicionalmente, responderían las dos personas por homicidio imprudente como autores, el conductor y el ayudante. Sin embargo, me parece que, a pesar de que el hecho les pertenece a los dos, el peso del aporte no es el mismo, por lo tanto, el liviano aporte del ayudante será suficiente para considerar que este actuó como participe en un delito imprudente, en consecuencia, su pena deberá ser atenuada. Mi propuesta incluso pondera la importancia de los aportes en los delitos imprudentes.

Con respecto a la diferenciación cualitativa, no quiere decir que desaparezca, la ubico entre la prohibición de regreso y el actuar en conjunto, entendida esta, como ya lo expliqué, el comportamiento de otro sujeto que favorezca la comisión del delito desplegado por la organización delictiva. Se tendrá que analizar la prohibición de regreso, con el fin de determinar si ese aporte pertenece al sentido objetivo del delito. Si la conducta es neutral o socialmente aceptada y no hay relación objetiva con el delito, se enmarcará en el espacio de la no intervención delictiva, en el ámbito de la no participación criminal⁵⁸².

⁵⁸² GÓRRIZ ROYO, Elena María. El Concepto de Autor en el Derecho Penal. Editorial TIRANT LO BLANCH. Monografías 532. Valencia-España. 2008, pp. 364.

I. EL ELEMENTO SUBJETIVO

41. Su delimitación

Las posiciones de garante deben ser reconocidas y acatadas por parte de los ciudadanos, Estas y las normas jurídicas deben ser asimiladas por la conciencia de las personas para que sean puestas en práctica en la realidad social, cada individuo tiene conciencia, por ello el conocimiento no es general, por lo tanto, lo que se debe garantizar es la divulgación de las normas, precisamente para que cada integrante del sistema -persona- pueda acceder a su conocimiento. Los códigos, manuales, resoluciones, normas, leyes, deben ser transmitidas por los medios de comunicación, diarios oficiales y ahora hasta en las redes sociales, con el fin de difundir este conocimiento⁵⁸³.

El conocimiento de las posiciones de garante y la ley es una condición indispensable para la validez del derecho. Si estas no se llevan a la práctica, es como si no existieran. También los que deben cumplir con las normas deben estar dispuestos a cumplirlas. No se trata de que cada persona debe conocer con el mayor detalle la posición de garante o la ley, sino que se le exige el conocimiento de postulados normativos básicos, tampoco se trata de que exista una conformidad interior con los contenidos de las normas, sino el reconocimiento del deber de cumplir con las obligaciones⁵⁸⁴.

Es imprescindible clarificar los aspectos subjetivos de la propuesta, ya que, al cambiar la visión tradicional de la dogmática penal en lo referente a la responsabilidad penal de los

⁵⁸³ MANSO, Porto Teresa. Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal. Universidad Externado de Colombia. 1999. pp. 23.

⁵⁸⁴ *Ibidem*, p. 25.

integrantes en organizaciones criminales, se hace necesario hacer algunas precisiones. Empecemos por hacer una breve reseña del elemento subjetivo en la teoría del delito.

La doctrina ha pretendido explicar con coherencia el elemento subjetivo planteándose diferentes concepciones, objetivas, subjetivas, ecléticas. Sin duda, una de las características más complejas de concretar en el derecho penal es el elemento subjetivo.

Debo dejar claro que el dirigente que comete un delito junto con la organización delincinencial, también se le debe reconocer el dolo en todos los actos que desarrolle, es decir, probarse que actuó con conocimiento y voluntad en la comisión del delito. Recordemos que la Escuela causalista ubicaba el dolo en la culpabilidad, como un nexo psicológico entre el autor y el resultado. También lo concibió como la voluntad, conocimiento y conciencia de antijuricidad.

En otras tesis, ya afinadas en la teoría objetivo material, se acentúa el elemento subjetivo. Es el caso de la Teoría de la necesidad, entendida como el acto sin el cual no se hubiera cometido el delito. Sumándole a esta premisa -condición indispensable- que para que se considere autor al interviniente este debe haber realizado el hecho con voluntad de autor⁵⁸⁵. En síntesis, existe un aspecto objetivo radicado en el dato ontológico y otro subjetivo basado en lo que posteriormente se denominó la teoría del dolo.

Las teorías que mayor importancia le dan -como elemento fúndante- al aspecto subjetivo son la teoría del dolo y la teoría del interés. La delimitación entre la autoría y la participación no

⁵⁸⁵ ROXIN, Claus. Autoría y el Dominio del Hecho en el Derecho Penal. Editorial Marcial Pons. 2016, p. 59

se basa en elementos objetivos situados en el mundo exterior, sino consideraciones personalísimas, como la voluntad, la intención, los motivos o actitudes del sujeto⁵⁸⁶.

Por un lado, la Teoría del dolo distingue entre voluntad de autor y voluntad de partícipe. Mientras el autor quiere directamente el delito, el partícipe simplemente quiere apoyar el delito, independientemente de que el autor lo ejecute o no. El partícipe quiere “actuar sólo si el autor realiza su propósito antijurídico, y en esa medida”. El partícipe quiere el resultado sólo si el autor lo quiere, y si el autor no lo quiere, tampoco él. Por otro lado, el criterio decisivo para la delimitación está en un dato concreto, la subordinación del dolo concebido por el partícipe con respecto al del autor principal⁵⁸⁷.

Se puede criticar a esta teoría que es una “tergiversación sofisticada extrema de la ley”, o ser vista como un “simple producto de la fantasía, que se aparta de la ley”. Pero también ha llegado a exóticas conclusiones, planteó una delimitación subjetiva entre los autores y partícipes con base en el dato psíquico, sin considerar que en la conducta humana también se deben valorar los hechos objetivos. En este orden de ideas, se llegó a la inconcebible conclusión de que quien mata a alguien solo porque el autor intelectual así lo quiere, será un mero partícipe. Este planteamiento no es aceptable⁵⁸⁸.

Otro aspecto relevante es que integra elementos que van más allá del dolo, entendido como conocimiento y voluntad del hecho, lo que significa una interpretación mucho más amplia de los elementos subjetivos del tipo. Se dispone de aspectos que no necesariamente pertenecen al

⁵⁸⁶ ROXIN, Claus. Autoría y el Dominio del Hecho en el Derecho Penal. Editorial Marcial Pons. 2016, p. 71.

⁵⁸⁷ *Ibidem*.

⁵⁸⁸ *Ibidem*, p. 74.

dolo, pero que son subjetivos, todo con relación a la premisa de que el dolo del partícipe está subordinado al dolo del autor, o que si el autor no quiere el resultado el partícipe tampoco.

Más allá del conocimiento y voluntad con que actúa el interviniente, se preocupan por establecer cuál dolo prevalece en la acción delictiva. Si el que, teniendo conocimiento y voluntad, quiere el resultado (autor), o de quien, a pesar de tener conocimiento y voluntad, le es indiferente el resultado (partícipe). También puede catalogarse como un elemento subjetivo especial del tipo que complementa el dolo.

Si se mira con detenimiento esta estructura, se advierte que el elemento subjetivo es, sin duda, un criterio para concretar la imputación delictiva en dos sentidos. En el primero, el dolo avalorado indica que el autor cometió la conducta con conocimiento y voluntad, pero la verificación de la finalidad de la voluntad establece la diferenciación entre autor o partícipe. Lo que quiere decir que ya las antiguas corrientes del derecho penal utilizaban criterios que se superponían al dolo para delimitar la responsabilidad de los intervinientes.

Añadir los elementos subjetivos de las posiciones de garante en el tipo, para concretar la imputación del hecho delictivo, no riñe con la tradición clásica penal, tal como lo proponemos en esta investigación. Ahora, cuando se afirma que la Teoría del dolo -valga la redundancia- va más allá del dolo se está haciendo la presentación de un panorama sofisticado del dato subjetivo.

No se concentra únicamente en el conocimiento y voluntad, es decir, el dolo, sino, además, en otro análisis que pasa desapercibido, que es la subordinación del dolo del partícipe al del autor, condición que delimita el título de intervención de los procesados. Se le quiere dar otro

orden, se podría catalogar como elemento subjetivo de la autoría y de la participación, ya que lo anterior no es indispensable para configurar la tipicidad. Como quiera que sea, es necesario para establecer la diferenciación entre el autor y el partícipe en las teorías cualitativas, que abiertamente he criticado.

En el mismo sentido, existe una distinción entre autores y partícipes en función del interés en el resultado desempeñado, teoría que guarda cierta consonancia con la teoría del dolo. El cómplice no tiene interés en la causación del delito. Es el caso de la bañera, donde la madre le solicitó a su hermana que ahogara a su hijo recién nacido. El interés en el hecho no lo tenía la ejecutora directa, sino la madre, la hermana sería una cómplice del delito, negándole su condición de autora solo porque actuó en provecho de otro. En realidad, la Teoría del interés no va más allá en su significado que la Teoría del dolo, su importancia reside en proporcionar un indicio concreto de la subordinación de la voluntad, la cual también la exige la Teoría del dolo⁵⁸⁹.

Otras de las teorías que maneja el elemento subjetivo dentro de su sistema es la teoría del dominio del hecho, pero hay varias concepciones de ella. Todas coinciden en que es autor del delito quien funge como figura principal en el hecho que a su vez lo domina⁵⁹⁰. Diciéndolo de otra manera, autor es quien decide el cómo y el cuándo del hecho y, además, tiene su dominio. Por otra parte, los partícipes asumen una posición satelital, lo que significa que no poseen ese dominio sobre el hecho. De manera que, no se les puede tildar como autores⁵⁹¹.

⁵⁸⁹ ROXIN, Claus. Autoría y el Dominio del Hecho en el Derecho Penal. Editorial Marcial Pons. 2016, p. 76.

⁵⁹⁰ BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho Penal. Editorial TEMIS. Santafé de Bogotá Colombia .1996, p. 182.

⁵⁹¹ *Ibidem*.

Claus Roxin (2016) señaló que, además de exigírsele al sujeto que conozca las circunstancias del hecho -acción final-, este debe actuar con plena conciencia sobre las circunstancias fácticas que fundamentan el dominio de ese hecho, es decir, además de la acción final, se exige esa plena conciencia⁵⁹². De aquí parten los debates sobre si debe imperar el elemento subjetivo o el objetivo.

Por ejemplo: En el caso de la coautoría. El jefe de la banda que organiza al detalle el robo de un banco y entrega a manos de terceros su ejecución. Desde la postura subjetiva, sería posible imputarle a título de coautoría el hecho al jefe de la banda⁵⁹³, quien se encargó de idear todo el plan criminal. Subjetivamente tiene el dominio del hecho y, al imperar en la figura dogmática el elemento subjetivo, el aporte tendría una mayor importancia frente a los realizados por los demás intervinientes.

Claus Roxin (2011) disiente de la anterior postura. Para él el elemento subjetivo debe estar condicionado por el objetivo. No basta entonces con que subjetivamente la persona tenga el dominio del hecho, porque, además, se deben exigir condiciones objetivas. Por ejemplo, que el autor actué en la etapa de ejecución del delito, lo que lleva a concluir que como el jefe de la banda no actúa en la acción típica materialmente, no puede ser coautor del delito e, inexorablemente, será partícipe, aplicándose una pena más benevolente frente a la del autor⁵⁹⁴. Al respecto me adhiero a las críticas ya hechas en relación a este tema en apartados anteriores.

⁵⁹² ROXIN, Claus. *Autoría y el Dominio del Hecho en el Derecho Penal*. Editorial Marcial Pons. 2016, p. 76.

⁵⁹³ VAN WEEZEL, Alex. *Límites de la Imputación Penal Estudios 2000-2010*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2011, p. 168.

⁵⁹⁴ Apud. VAN WEEZEL, Alex. *Límites de la Imputación Penal Estudios 2000-2010*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2011, p. 168.

Ante esta desigualdad estructural, que no guarda congruencia con la realidad, algunos sistemas penales, como el colombiano o el alemán, prevén que al determinador se le debe aplicar la misma pena del autor, lo que hace que, tanto al jefe de la banda, como determinador, cuanto al ejecutor material se les imponga la misma pena⁵⁹⁵.

También existen planteamientos radicales, como los de Alex V. Weezel (2011) los cuales no comparto, quien trata de minimizar el elemento subjetivo, en el sentido de que este elemento se empaña al intentar aterrizarlo a casos extremos. Para delinear la situación, cuestiona ¿Qué pasa cuando una niñera, sin acuerdo previo, deja abierta la puerta de la casa, que habitualmente permanece bajo llave, deja sobre la cama las joyas, que también siempre están aseguradas, y, además, distrae al propietario, que, a su vez, tiene un arma para casos de robo, posibilitando de esta manera que su novio cometa un delito de hurto, que él solo ha planificado?⁵⁹⁶.

La descripción del caso hipotético indica que no existe un acuerdo común entre la niñera y su novio. En este orden de ideas la niñera sería una partícipe, a pesar de que facilitó todas las condiciones objetivas para que su pareja cometiera el robo. Este planteamiento le parece a Alex V. Weezel (2011) inaceptable, por cuanto no se puede negar la dependencia de los aportes de la niñera para que su novio cometiera el crimen. Flagrantemente es una dependencia recíproca que no se deduce del acuerdo de los intervinientes (plan común), pues el acuerdo, por sí solo, no

⁵⁹⁵ Código Penal Colombiano (ley 599/2000) Artículo 30 “(...) Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción (...)”. Consulta abril del 2012.

⁵⁹⁶ VAN WEEZEL, Alex. Límites de la Imputación Penal Estudios 2000-2010. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2011, p. 195.

tiene la virtualidad de convertir en recíprocos los aportes, que en la realidad no lo son, así las cosas, nada sería óbice para pensar en una coautoría imprudente⁵⁹⁷.

Pero debo advertir que esta tesis no es nada descabellada, incluso ya había sido trabajada -en el apartado de la coautoría- por Hans Welzel (1956), quien la identificó como la autoría secundaria, es decir, cuando varias personas intervienen en el delito, pero sin acuerdo en común:

"Es la cooperación de varios en la producción de un resultado, sin entendimiento mutuo. El hecho de cada uno es contemplado por sí mismo y de ese modo juzgado"⁵⁹⁸.

Sin embargo, de entrada, debo plantear mi línea de argumentación, para darle mayor claridad a mi postura. Los ámbitos de organización y de responsabilidad generan que a pesar de que la persona conozca que con su organización se puede cometer un delito o favorecerlo, no será responsable por este, siempre y cuando este cumpla con las obligaciones de su rol⁵⁹⁹. De esta tesis se desprende mis siguientes consideraciones.

Sin duda, todas estas discusiones nos llevan a afirmar que no se puede seguir pensando que dentro de la tipicidad solo se encuentra el dolo y la imprudencia, como elementos subjetivos. Se hace necesario integrar nuevos elementos. No en vano, la doctrina mayoritaria ha aceptado que tanto en los delitos de omisión como los de comisión por omisión, estos están precedidos por posiciones de garantes, recordando que su análisis está integrado por elementos subjetivos y objetivos.

⁵⁹⁷ VAN WEEZEL, Alex. Límites de la Imputación Penal Estudios 2000-2010. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2011, p. 195.

⁵⁹⁸ WELZEL, Hans. Derecho Penal Parte General. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1956, p. 117.

⁵⁹⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Derecho penal de la empresa e imputación objetiva. Ediciones OLEJNIK, 2017, p. 177.

Sostiene Bernardo José Feijoo Sánchez (2017) que la coordinación defectuosa con un ámbito de organización ajeno, solo se puede imputar como un injusto doloso o como un injusto imprudente⁶⁰⁰, y que es muy evidente que el dolo, no es solo una descripción de un fenómeno psicológico, sino un concepto altamente normativo de la imputación⁶⁰¹. Conclusión con la que estoy absolutamente de acuerdo, y siguiendo esta misma línea, opino que, entre el elemento volitivo y cognitivo, bajo este esquema se le da prelación a este último, tema que solo trataré tangencialmente pues su análisis desbordaría el objetivo de esta investigación.

Esto tiene un altísimo significado al momento de analizar los elementos subjetivos en la responsabilidad de los dirigentes, ya que no solamente se tiene que analizar si el dolo comprendió la voluntad y el conocimiento, sino, además, todos los elementos subjetivos que rodean las posiciones de garante, como, por ejemplo, el conocimiento de las circunstancias que fundamentan los deberes. Lo que, sin duda, trae una nueva interpretación frente a los errores de tipo y los errores de prohibición⁶⁰².

El gerente de un banco, que dirige una organización que lava dinero, debe conocer muy bien los deberes de su posición de garante. El militar que dirige un grupo criminal dentro del ejército debe conocer muy bien sus obligaciones. El particular que dirige un grupo terrorista debe entender muy bien sus deberes de solidaridad con los demás ciudadanos.

⁶⁰⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Derecho penal de la empresa e imputación objetiva. Ediciones OLEJNIK, 2017, p. 90.

⁶⁰¹ *Ibidem*, p. 101.

⁶⁰² BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho Penal. Editorial TEMIS. Santafé de Bogotá Colombia .1996, p. 225.

En este orden de ideas, parece adecuada la clasificación de los elementos subjetivos que se muestra a continuación, que, creo, logra aterrizar a nuestra propuesta. Además, nos permite realizar un análisis más amplio de la responsabilidad del dirigente.

1. Los contenidos en la posición de garante, los cuales se subdividen en 4 elementos: el conocimiento de la posición de garante; la revisión de la amenaza de producción del resultado; el conocimiento de la posibilidad de evitarla; y la voluntad de realización. 2. El dolo o culpa, es decir, el conocimiento más la voluntad de cometer el hecho. 3. Y el conocimiento del plan criminal.

Así las cosas, además de los elementos subjetivos tradicionales, he agregado en esta valoración los contenidos en las posiciones de garante y el conocimiento del plan criminal de la organización. Este último es muy importante porque, además, es el límite de los delitos que se le pueden imputar al dirigente, con respecto a los delitos cometidos por los subordinados.

De antaño, Friedrich Hegel (1821) refería como límite a la responsabilidad penal la voluntad; los hechos que se salgan de esta son mera casualidad; afirmaba que el espíritu es libre para vencer las conexiones causales, es decir, que su concepto de acción se basa en la libertad y voluntad del hombre. Por lo tanto, la responsabilidad penal solo debe referirse a la voluntad y su realización. Un hecho es relevante penalmente cuando se presenta como realización de la voluntad, esta contiene la representación de las circunstancias externas, las que escapen a ellas es

un suceso externo causal, por ello únicamente se puede atribuir penalmente lo que se encontraba en el dolo⁶⁰³.

Creo que es un concepto más amplio del elemento subjetivo -no solamente el dolo-, partiendo de los tres elementos que he enunciado que componen el elemento subjetivo. Son el límite de la responsabilidad penal del dirigente, solo se puede imputar lo que se encuentre en estos, lo demás no le concierne al dirigente de la organización, especialmente lo que está contenido en el plan criminal.

Cuando el sujeto crea un riesgo no tolerado, pero que no se traduce en el resultado típico, se puede diferenciar los elementos subjetivos de la creación del riesgo y de la tipicidad. Si estos fueron uno solo, siempre que existiera la creación del riesgo prohibido este sería una conducta típica, razonamiento que es incorrecto, teniendo en cuenta que pueden existir la creación de un riesgo sin que este sea típico⁶⁰⁴.

Esto es porque no hay relación entre el riesgo y el injusto, o porque se trata de una conducta alternativa, que, hace referencia a aquellas conductas desaprobadas que no son injustas, por cuanto así se hubiera actuado conforme a derecho el resultado hubiera sido el mismo⁶⁰⁵. De manera que la creación del riesgo prohibido -que es el primer presupuesto de la imputación objetiva- está compuesta por elementos tanto objetivos como subjetivos, conclusión que no

⁶⁰³ Apud. SANCHER, De Köster Mariana. Evolución del tipo subjetivo. Universidad Externado de Colombia. 1998, pp. 36. [George Wihelm Friedrich Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, Berlín 1821 (ed. Nomos, Baden, 1976), apéndice al Ss. 106.]

⁶⁰⁴ FRISCH, Wolfgang. Sobre el Estado de la Teoría del Delito . Cuadernos Civitas. 2000, pp. 56.

⁶⁰⁵ *Ibidem*.

afecta materialmente la teoría, a pesar de que su terminología se entienda impropia al denominarse teoría de la imputación objetiva⁶⁰⁶.

Hans Welzel (1979) afirmó que en la realización del tipo objetivo de un delito doloso impropio de omisión se exigía solamente la no evitación del resultado típico y la posibilidad de evitarlo; y en relación con el tipo subjetivo se requería la revisión de la amenaza de producción del resultado, el conocimiento de la posibilidad de evitarla, y la voluntad de realización⁶⁰⁷. El hecho será antijurídico cuando el autor, en el caso concreto, tiene una posición de garante que le obliga a evitar un resultado. También se debe tener en cuenta los conocimientos especiales del autor sobre la posición de garante, es decir, la acción precedente peligrosa, o la estrecha comunidad de vida. Esto no es igual que el dolo, en lo que existe una proyección de la conducta, aquí solo existe un conocimiento de su rol.

Esto le permitió a Hans Welzel (1979) ubicar la posición de garante en la antijuricidad, al verificar que esta no afecta el dolo, pues no requería ser alcanzada por la voluntad o el conocimiento del delito por parte del autor. Antes de verificar las causales de justificación se verificaba si el autor tenía, o no, una posición de garante. Sin embargo, más adelante volvió a ubicarla junto con sus presupuestos al tipo objetivo, y el conocimiento de la posición de garante en el tipo subjetivo, y sólo el deber de evitar el resultado lo dejó en la antijuridicidad, el cual no afecta la realización del tipo⁶⁰⁸.

Es decir, lo que se discute es la ubicación sistemática de la posición de garante -o en

⁶⁰⁶ FRISCH, Wolfgang. Sobre el Estado de la Teoría del Delito . Cuadernos Civitas. 2000, pp. 56.

⁶⁰⁷ Apud. ROXIN, Claus. Teoría del Tipo Penal. Tipos Abierto y Elementos del Deberes Jurídico. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1979, p. 16.

⁶⁰⁸ *Ibidem*.

términos más apropiados los roles-, si debe ir en el tipo o en la antijuridicidad. Ahora bien, a lo anterior hay que sumarle que la posición de garante tiene tanto elementos subjetivos como objetivos, los cuales también se les tienen que dar una adecuada ubicación sistemática, esto para esclarecer el tratamiento de los elementos subjetivos de las posiciones de garante, frente a la teoría de los errores de tipo o de prohibición.

Lo primero que se tiene que clarificar es que la posición de garante representada en roles, tiene cuatro elementos subjetivos: 1. El conocimiento de la posición de garante. 2. La revisión de la amenaza de producción del resultado. 3. El conocimiento de la posibilidad de evitarla. 4. La voluntad de realización. Y como elementos objetivos están: 1. La posición de garante. 2. Los deberes. 3. La no evitación del resultado típico. 4. La posibilidad de evitarlo.

Dado que se estableció que estos elementos no afectaban la tipicidad, se ubicaron en la antijuridicidad, de modo que para la configuración de una conducta típica no se requería verificar los elementos tanto subjetivos como objetivos de la posición de garante⁶⁰⁹.

El dirigente debe tener conocimiento pleno de su rol o posición de garante que está desarrollando, esto con el objetivo de que la acción desplegada por el sujeto pueda calificarse como antijurídica. Roles o posiciones de garante como el matrimonio, la relación paternal, aceptación de los deberes contractuales, conducta precedente peligrosa, estrecha relación de vida comunitaria, los deberes como servidor público cuando tiene la tutela de expectativa jurídica, entre otros. Tienen que ser conocidas por el autor al momento de ejecutar el hecho delictivo - independiente del debate si se necesita un conocimiento actual o actualizable-.

⁶⁰⁹ ROXIN, Claus. Teoría del Tipo Penal. Tipos Abierto y Elementos del Deberes Jurídico. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1979, pp. 50.

Para que un hecho sea doloso en la teoría de las posiciones de garante no basta con que el omitente no haya impedido el resultado en forma voluntaria, además, se requiere el conocimiento de las circunstancias que fundamentan los deberes que está obligado a desempeñar, o los que ha asumido voluntariamente, o por crear un peligro precedente, o la relación paterno filial, es decir, debe tener conciencia de su posición de garante. Pero, acá nos cruzamos con un dilema trascendental, puesto que se pueden presentar errores en el cumplimiento de los roles, que tienen la capacidad de excluir la responsabilidad del dirigente, lo que nos llevaría a preguntarnos ¿Estos errores deben ser tratados, cómo errores de tipo o de prohibición?

Mi respuesta es congruente con la idea de que, si las posiciones de garante se enmarcan en el tipo, como lo he afirmado, lo más lógico es que serán errores de tipo, así dentro de los roles existan deberes legales. Y dado el caso de que sean errores invencibles, no habrá responsabilidad penal por parte del dirigente.

Según Claus Roxin (1979), un error de prohibición solo es posible cuando - conociendo el autor su posición de garante- se desconoce el deber de evitar el resultado. A pesar de ello, considero que, al ser la posición de garante, o mejor dicho el rol social, un elemento del tipo, traería como consecuencia que estos errores deban ser tratados como de tipo⁶¹⁰.

Ahora, lo que queda por resolver es el tratamiento de los errores de tipo y de prohibición cuando el error recae sobre las circunstancias fácticas del hecho. Por ejemplo, la hipótesis de un padre de familia que no se da cuenta de que su hijo se ahoga, lo que impide que lo salve, será un error de tipo, igual tratamiento recibirá el caso si el padre desconocía que la persona ahogada era

⁶¹⁰ ROXIN, Claus. Teoría del Tipo Penal. Tipos Abierto y Elementos del Deberes Jurídico. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1979, pp. 50.

su hijo. Si el error recae sobre el deber de evitar el resultado, no es producto de una apreciación de las circunstancias fácticas, sino sobre la obligación de cumplir el deber o no, aquí existe un desconocimiento del deber jurídico que genera un error de tipo⁶¹¹. Y esta consecuencia es producto de que algunos elementos de la antijuricidad ahora se valoran en el tipo.

He establecido un límite que al parecer era imperceptible. Se trata del límite entre los elementos subjetivos de la posición de garante y los elementos subjetivos conocidos tradicionalmente como el dolo o la culpa. Aunque son distintos, los dos se ubican en la tipicidad, y en caso de configurarse algún error en alguno de ellos, será un error de tipo. Otro de los elementos subjetivos en los que quiero hacer énfasis es el conocimiento del plan criminal. He afirmado en líneas anteriores que se debe establecer la congruencia entre los delitos cometidos por la organización y el plan criminal diseñado por el dirigente.

Me parece desproporcionado que el dirigente, que crea o dirige la organización delictiva, deba responder por todos los delitos perpetrados por sus subordinados. Por lo tanto, solo le serán atribuidos los que estén contemplados dentro del programa criminal de la estructura, o los que eventualmente se avizoran y se puedan cometer, con un alto grado de probabilidad.

Ejemplo, lamentablemente en Colombia se dio la práctica de las ejecuciones extrajudiciales dentro de las Fuerzas Militares, por lo cual los dirigentes solo pueden responder por este delito, ya que era el contemplado en el plan criminal -aclaro que no era una política del Estado sino hechos aislados-. Con respecto a las demás actuaciones criminales, como violaciones o hurtos, y que no eran previsibles para el comandante, cada integrante responderá por las

⁶¹¹ ROXIN, Claus. Teoría del Tipo Penal. Tipos Abierto y Elementos del Deberes Jurídico. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1979, pp. 229.

infracciones de sus propios deberes, sean de institución u de organización, sin que estos delitos se puedan extender a sus superiores.

El plan criminal es una representación del dolo del dirigente, en él están contempladas sus intenciones criminales, sus objetivos delictivos, es su hoja de ruta. En este caso, el dolo es expresado por medio del plan criminal, que se trasmite a los subordinados por medio de órdenes; los subordinados tienen la tarea de cumplirlo, de hacer realidad la intención del dirigente. A su vez, es el límite del accionar delictivo de la organización. Por esto, el dirigente solamente es responsable por los delitos cometidos por los subordinados que estén contemplados en el plan criminal, y, obviamente, que hayan sido ordenados, o que sean previsibles. Y ello debe ser así por cuanto el dirigente no puede responder por un delito que no conoce y que, además, no tiene la voluntad de que sea perpetrado por la organización.

El plan criminal, que es transmitido por medio de órdenes, contiene los deseos del dirigente, los cuales tendrán que cumplirlos los subordinados. Si hay un delito que desarrollen los subordinados y que no esté dentro de los deseos del dirigente, el delito le concierne únicamente a los subordinados y no al dirigente. Si una persona se encuentra con la lámpara de Aladino y le pide un deseo al genio, un carro, pero el genio decide darle algo mejor, y le entrega un avión, ese deseo no le pertenece a la persona, sino al genio. Eso mismo sucede en las relaciones entre el dirigente y los subordinados.

Acuñando las consideraciones de Heiko Lesch (1997), hago la siguiente interpretación: el plan criminal se puede considerar como el objetivo común de la estructura criminal, definido también como voluntad común, que consiste en la integración de los aportes individuales, desde

un punto de vista des-psicolizante, implementado en su reemplazo una voluntad definida como el comportamiento práctico del espíritu de la determinación interior de la conciencia práctica; es decir, que la representación del pensamiento se objetiviza, reflejándose en el mundo exterior, por medio de determinaciones prácticas o la existencia exterior⁶¹².

¿Qué sucedería si los subordinados, conociendo el plan criminal, ejecutan los delitos contemplados en este, pero sin que el dirigente haya ordenado su ejecución? Opino que en este tipo situaciones es indispensable valorar la previsibilidad, es decir, el dolo eventual. Si para el dirigente le era muy predecible que sus subordinados pudieran cometer el hecho, debe responder. Pero si, por el contrario, no le era previsible, no tiene que asumir un resultado que él no quería, porque no se configuraría el elemento volitivo del dolo.

Claus Roxin (1997) sostiene que el dolo eventual se caracteriza cuando la persona que actúa no persigue, y tampoco prevé como seguro, el resultado que posiblemente pueda configurarse con su acción, pero si se produce el resultado está dispuesto a asumirlo, puesto que lo consideró como muy probable⁶¹³.

Y para Hans Welzel (1956):

"el nombre conduce a errores: no se trata de una voluntad de hecho eventual (condicionada) sino de una voluntad no condicionada para el hecho, que se extiende a

⁶¹² HEIKO HARTMUT, Lesch. Intervención Delictiva e Imputación Objetiva. traducción Javier Sánchez – Vera Gómez. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá. 1997, pp. 89.

⁶¹³ ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Civitas. España Madrid. 1997, p. 415. "[C]on dolo eventual actúa quien no persigue un resultado y tampoco lo prevé como seguro, sino que sólo prevé que es posible que se produzca, pero para el caso de su producción lo asume en su voluntad".

cosas que posiblemente (eventualmente) se producirán. El querer condicionado, es decir, indeciso en absoluto, no es todavía ningún dolo" ⁶¹⁴.

Con fundamento en estas consideraciones me atrevo a afirmar, que el dolo eventual era el llamado dolo condicionado (*dolus eventualis*). Si el jefe de la estructura ve como probable la configuración de un delito que no esté contemplado en el plan criminal, y muy a pesar de ello decide ejecutarlo, significa que quiere el hecho incondicionalmente

Sin embargo, considero que esa probabilidad -contrario a lo afirmado por Hans Welzel (1956)- se debe enmarcar en datos netamente objetivos o estadísticos, sin que el elemento subjetivo sea el criterio fundamental para determinar la existencia del dolo eventual. Es decir, que la probabilidad no sea un simple capricho o intuición del dirigente, sino que objetivamente pueda identificar que es muy probable que se cometa otro delito, que para él no es esencial en su proyecto delincencial, como, por ejemplo, que sus subalternos, al atacar un pueblo, puedan violar a las mujeres, ya que dentro de sus filas se reclutaron varias personas condenadas por delitos sexuales.

Al respecto una última referencia que me parece válida traerla a colación. Advierte Bernardo José Feijoo Sánchez (2017), que el alcance del dolo depende primero del nivel de exigencia del conocimiento y segundo sobre lo que debe ser conocido. Indica que si se llega a ser restrictivos en estos dos puntos, se conseguirá frenar una indebida expansión de la responsabilidad por el dolo ⁶¹⁵. Solo me permito concretar esta idea en lo que tiene que ver con el

⁶¹⁴ WELZEL, Hans. Derecho Penal Parte General. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1956, p. 73.

⁶¹⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Derecho penal de la empresa e imputación objetiva. Ediciones OLEJNIK, 2017, p. 90.

dolo eventual, en mi visión, este no puede ser interpretado con amplitud, pues se correría el riesgo de que los dirigentes podrían tener siempre la posibilidad de predecir las conductas de sus subordinados y ser responsables por absolutamente todo, me parece que es una línea muy delgada que merece una discusión más profunda, por ahora no solo puedo indicar que el conocimiento -en mi criterio-, se debe valorar con respecto al que exige el rol, es decir una persona prudente, no más, ni menos.

Ahora bien, también puede presentarse la situación donde el servidor público intervenga en el hecho delictivo, quebrantando sus deberes, es decir no cumpliendo con su rol, sin que pertenezca a la organización delictiva y sin que se configure el elemento subjetivo, consistente en el conocimiento y la voluntad de cometer el delito. Bajo estas circunstancias estará exento de responsabilidad penal.

Es el caso del agente estatal que recibe la orden de su superior de enfrentar a un peligroso terrorista. El agente, en cumplimiento de la supuesta orden -que considera sin lugar a dudas legítima-, hostiga a la persona, que, en realidad, era una víctima de extorsión por parte de la organización delictiva estatal. Bajo estas circunstancias nadie puede responder por lo que desconoce. Con respecto a estos casos, Claus Roxin (1997) señala que si el funcionario recibe la orden de su superior -la cual presume legítima-, no tendrá responsabilidad penal, siempre y

cuando actué de buena fe⁶¹⁶, reconociéndole al subordinado un error de prohibición, es decir, que su conducta es exculpable⁶¹⁷.

Regirán las reglas generales de los errores de tipo o de prohibición, que de ser invencible el acto, libraré de toda responsabilidad al agente, sin que suceda lo mismo con el comandante que ha dado la orden. Este deberá responder como autor del delito, por su posición de garante y por la creación del riesgo no permitido, primero al faltar a sus deberes de protección hacia los ciudadanos, segundo por haber aprovechado su jerarquía para engañar u obligar a su subalterno y tercero por liderar la organización delictiva. Todos estos riesgos se traducen en el resultado típico de extorsión. Aclarando que el superior no responde por el hecho ajeno de su subalterno, sino por la propia infracción a sus deberes, que se representan en el resultado delictivo.

42. Los conocimientos especiales en relación con la responsabilidad penal

Ahora bien, se debe resolver la cuestión acerca de si los conocimientos o capacidades especiales (diferentes al dolo y la culpa), es decir, los que no exige el rol, y que posee el sujeto por diferentes circunstancias, pueden convertir la conducta -que objetivamente está dentro del riesgo permitido-, en una conducta que se enmarque en el riesgo no permitido-.

Para Claus Roxin (1997), quien tiene un conocimiento o capacidad especial no puede actuar bajo la premisa de las capacidades normales, sino que debe actuar conforme a esas

⁶¹⁶ ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Civitas. España Madrid. 1997, p. 737. "Así, si un funcionario ha obrado por orden de su superior o por encargo de una autoridad competente, según la jurisprudencia actuará conforme a Derecho con tal de que lo haga de buena fe".

⁶¹⁷ Ibidem, p. 894. "En contraste con los §§ 20 y 21, otros preceptos proceden de modo más 70 generoso con la exculpación que el § 17 (cfr. ya nm. 40 s.). Según el § 51 WStG un subordinado que realiza un tipo jurídico penal cumpliendo órdenes sólo actúa de modo culpable cuando conoce que se trata de un hecho anti-jurídico o ello resulta manifiesto por las circunstancias por él conocidas".

capacidades o hacer uso de ellas. En caso de que no lo haga responderá por el delito, por lo menos de forma culposa⁶¹⁸.

"Por eso un "experto conductor de rallies", cuyas muy superiores habilidades en la conducción le permiten aún esquivar y dominar su coche cuando derrapa, debe sin embargo hacer uso de estas capacidades y se le ha de castigar por homicidio imprudente cuando por negligencia no lo hace. Cualquier otra concepción permitiría sin necesidad el sacrificio de una vida humana; ello sería incompatible con los fundamentos de nuestro ordenamiento jurídico. Tampoco un cirujano de primerísima calidad, respecto de cuyas técnicas y destreza no existe competencia posible en el plano internacional, puede operar a su paciente con resultado mortal, por rendir en la medida —muy por debajo de su nivel— correspondiente al estándar mínimo vigente para cirujanos medios "No puede suceder aquí algo distinto a lo que sucede en los delitos de omisión: un campeón del mundo de natación, que trabaja además como socorrista y puede nadar el doble de rápido que sus colegas, no puede dejar ahogarse a un accidentado por ir sólo a la velocidad de los demás"⁶¹⁹.

Al respecto, Wolfgang Frisch (2000) señala que de la creación antijurídica del riesgo no se puede prescindir de los conocimientos especiales del autor; se espera que quien desarrolla su rol tenga pleno conocimiento de los elementos que generan un peligro desaprobado, conocimiento que no está dentro del ámbito del tipo doloso⁶²⁰.

⁶¹⁸ CLAUS, Roxin. Derecho Penal Parte General. Civitas. España – Madrid. 1997, p. 1017.

⁶¹⁹ *Ibidem*.

⁶²⁰ WOLFGANG, Frisch. Sobre el Estado de la Teoría del Delito. Cuadernos Civitas. 2000, pp. 56.

Por el contrario, Günter Jakobs (1997) sostiene que las personas que despliegan sus roles pueden tener conocimientos especiales de la actividad más allá de los conocimientos estándares exigidos. Son aquellos de los que el autor no está obligado a hacer uso porque no forma parte de su rol. Miremos, hipotéticamente, el caso de un estudiante de biología que gana un dinero extra trabajando de camarero en las tardes. Cuando se le ordena servir una ensalada exótica, descubre - gracias a sus estudios- que en ella hay una fruta venenosa. De todos modos, la sirve al comensal y este fallece⁶²¹. El camarero no ha quebrantado el rol que desarrolla y objetivamente ha desarrollado su conducta dentro del riesgo tolerado. Por consiguiente, su comportamiento no podría ser objeto de reproche por homicidio. De tal manera, que los conocimientos especiales quedarían limitados a los conocimientos que exige el rol⁶²².

Postura que encuentro coherente con la interpretación de las interrelaciones que se producen en la sociedad, ya que la sociedad se limita a exigirle a la persona que cumpla con su rol, lo que significa que el elemento subjetivo se debe limitar al desarrollo de su tarea. Regresando al ejemplo del mesero, este no tiene que tener conocimientos de química, y si los tuviera, no está en la obligación de utilizarlos, por cuanto se plantearía una exigencia que no está comprendida dentro de sus obligaciones.

En este mismo sentido aterriza el tema Feijjo Sánchez (2017), quien inclinado más a explicar los fenómenos de la criminalidad empresarial enseña este planteamiento con varios ejemplos: la secretaria a la que el director de la firma le dicta una carta para que la escriba y la remita, conociendo esta que su contenido es delictivo (estafa, defraudación de impuestos), la

⁶²¹ GÜNTER, Jakobs. La Imputación Objetiva en Derecho Penal. Editorial Ad-Hoc Argentina. 1997, pp. 62.

⁶²² . *Ibidem*.

secretaría no interviene en este delito, porque su ámbito de competencia es solo que la carta vaya sin errores ortográficos y que llegue al destinatario, en el peor de los casos responderá por omisión de denuncia. Un albañil al cual su jefe le solicita que derrumbe un muro con urgencia, no tiene que hacer estudios sobre las repercusiones de este acto en la estructura del edificio, solo tiene que velar porque cuando martille los ladrillos no caigan sobre alguien⁶²³.

Lo sostenido hasta esta altura demuestra que para concretar una desaprobación jurídica solo se podrán tomar en consideración las conductas que contengan riesgos no tolerados, que produzcan una lesión típica. Estos riesgos no se identifican teniendo en cuenta los grados de probabilidad de ocurrencia, sino por la posibilidad de producción del daño.

Así las cosas, otros riesgos no pueden ser el fundamento para limitar las libertades. Con ello, la desaprobación de las conductas relacionadas con estos, como son los riesgos mínimos, que no causan preocupación en la sociedad al desarrollarse, o riesgos que son producto de un error de una persona racional, son riesgos que no tienen una razón que legitime la desaprobación de la conducta, lo que trae una repercusión muy significativa para el derecho penal, en el entendido de que estas conductas no son idóneas para la fundamentación del injusto objetivo. Un resultado, entendido de esta manera, no configura el injusto del resultado porque no es una conducta injusta.

Los malos pensamientos, intenciones, deseos o creencias pueden hacer que la conducta sea considerada como inmoral, pero la libertad de actuación queda inalterada, pues no existe

⁶²³ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Derecho penal de la empresa e imputación objetiva. Ediciones OLEJNIK, 2017, pp. 189.

desaprobación o creación de un riesgo por el mero pensamiento⁶²⁴. La falta de creación de riesgos no permitidos conduce a la no responsabilidad penal, como pasear por la ciudad, subir escaleras, bañarse, subir la montaña, entre otras. Incluso, teniendo presente que estas actividades puedan causar un accidente, el derecho penal no toma en cuenta los mínimos riesgos sociales, por lo tanto, no son imputables las consecuencias que son producto de estas. El desempeño de una conducta socialmente normal y generalmente no peligrosa no puede ser prohibida⁶²⁵.

De tal manera, a los dirigentes de grupos criminales solo le serán exigibles los conocimientos medios que van de acuerdo con sus roles. Sin que se les exija desplegar sus capacidades o conocimientos especiales en determinadas circunstancias. Pues como lo hemos sostenido, ello desbordaría los lineamientos sociales de responsabilidad bajo el núcleo de los deberes, no se le puede exigir un conocimiento especial o capacidad a una persona que esté fuera de su rol. No cumplir con el deber distorsiona el rol, pero también extralimitarlos tiene el mismo efecto.

43. Los errores en virtud del engaño y coacción

Hemos explicado, supra, la responsabilidad de los dirigentes con respecto al reclutamiento forzado. En congruencia con ello, en este apartado explicaré las consecuencias penales para los subordinados que se encuentran bajo esas condiciones. Es habitual que dentro de las organizaciones criminales sus integrantes sean engañados o coaccionados para pertenecer a la estructura y ejecutar el plan criminal. Sin duda alguna, este panorama es indispensable plantearlo, ya que se debe definir la suerte de las personas que actúan dentro de estos parámetros.

⁶²⁴ WOLFGANG, Frisch. Sobre el Estado de la Teoría del Delito. Cuadernos Civitas. 2000, pp. 21.

⁶²⁵ CLAUS, Roxin. Derecho Penal Parte General. Civitas. España – Madrid. 1997, pp. 366.

De entrada, aclaro que la importancia de definir esta problemática no tiene relación alguna con la autoría mediata, como ya lo he demostrado. Indefectiblemente, el dirigente de la organización es responsable penalmente incluso en estas dos variables, precisamente por originar el riesgo no permitido y que, por medio del engaño o la coacción, se ejecute el plan criminal. Sumándole a ello la teoría de la doble imputación, es claro que el hecho le pertenece a este y, por lo tanto, queda sin sentido apelar a la autoría mediata por cuanto la misma lógica de la teoría demuestra que en estos casos no es necesaria.

Lo que si se debe matizar es si las personas que se encuentran en estas condiciones deben responder penalmente, es decir, aquellas que han sido engañadas o coaccionadas para pertenecer al grupo criminal y no les queda más remedio o posibilidad que ejecutar el plan criminal. Verbigracia, en Colombia varios son los testimonios de los guerrilleros de las Fuerzas Revolucionarias de Colombia -FARC- que han dado cuenta de como fueron reclutados de forma forzosa o, mediante engaños, agregados a las filas del grupo criminal, y una vez en esta fueron obligados a ejecutar el plan criminal de la estructura so pena de ser sometidos a un tribunal de guerra y ser asesinados.

La doctrina no puede ser indiferente ante estos grupos de casos, los cuales son más usuales de lo pensado. Muchas de esas personas, que al momento de su reclutamiento eran unos niños, hoy son combatientes que llevan más de 20 años en la estructura. El dilema es mucho más profundo, pues al sentir frustrado su deseo de salir de la guerrilla, no tuvieron otra posibilidad al transcurrir el tiempo de aceptar de manera consiente la ejecución del plan criminal, y la cotidianidad de la guerra, siempre con la amenaza de ser asesinados. Este planteamiento

representa dos momentos que se deben analizar doctrinalmente, y que considero los dos terminan en el mismo punto, y es la coacción.

Puede ser que la persona sea reclutada por coacción o por medio de engaños, por ejemplo, con promesas de mejor calidad de vida, educación y trabajo, pero, una vez reclutado, la persona advierte fácilmente que ello no es verdad. ¿Estamos ante un error de tipo? Partiendo del punto de vista de que la persona reclutada no se imaginó que iba a terminar siendo integrante de un grupo criminal, en esta hipótesis seguramente se puede reconocer un error de tipo con referencia al delito de concierto para delinquir o asociación criminal. Esto requiere que el sujeto, una vez reconocido su error, se abstenga de seguir cometiendo el delito; es decir, debe retirarse del grupo criminal para conjurar su equivocación, ya que si este es identificado no le es permitido al ciudadano continuar con la acción, ya que estaría asumiendo la realidad del hecho y no podría ampararse en error alguno. Sin embargo, la realidad es otra, porque a pesar de haber llegado a la estructura bajo engaños, inmediatamente el sujeto sale de su error y es obligado a permanecer en la estructura bajo la amenaza de muerte de él o de su familia.

El problema que se plantea es ¿se le debe reconocer el error de tipo o la vis compulsiva?, ¿incluso las dos figuras? Creo que en este caso específico el error de tipo es irrelevante, pues el engaño es solo uno de los medios dentro de la cadena de coacción a la que será sometido el subordinado más adelante. No tiene sentido el reconocer un error de tipo cuando es imposible su materialización bajo esta circunstancia, pues independientemente de que el sujeto fuera llevado con engaños, este solo fue un medio que hace parte de la coacción. Ello se demuestra con el hecho de que la persona no tiene la libertad que, al reconocer su error, tome una decisión libre

para corregirlo, pues así lo advierta nada puede hacer para cambiar su destino.

También se puede mantener bajo un error de prohibición al subordinado, por medio de ideologías que presentan al grupo criminal como los defensores de los derechos humanos y al pintar al Estado como un grupo criminal. No es descabellada esta tesis en grupos donde jóvenes que son reclutados y sometidos a un adoctrinamiento intenso, creando en ellos una conciencia de antijuricidad distorsionada, quedan convencidos que se debe ejecutar el plan de la estructura para lograr la justicia social o la igualdad.

Frente a estos casos pienso que, si este presupuesto puede ser probado, al subordinado que se encuentre en estas condiciones se le debe reconocer un error de prohibición, por cuanto él, sí, actúa con dolo, es decir, quiere pertenecer a la estructura y desarrollar el plan criminal, pero con el convencimiento que no es ilegal y que las reglas que lo rigen son las de la estructura las cuales cumple a cabalidad.

La conclusión es que el subordinado que es engañado para posteriormente ser reclutado o el que es obligado a integrar al grupo, probadas estas circunstancias, se le debe reconocer una vis compulsiva que deriva en una causal de ausencia de responsabilidad lo que excluye la tipicidad. Por otro lado, quienes yerran en la ilegalidad de sus actos y están convencidos de que sus acciones no son ilegales se les debe reconocer un error de prohibición que también salvaguarda su responsabilidad. Sin profundizar en el debate este error de prohibición tradicionalmente excluye la culpabilidad.

Este planteamiento nos lleva a afirmar que muchos de los subordinados también son

víctimas de la estructura, cobrando fuerza que los procesos de sometimiento a la justicia los máximos responsables son los dirigentes, quienes tienden a buscar impunidad excusándose en los excesos de sus subordinados.

CONCLUSIONES

Terminada la investigación procederé a plasmar las conclusiones, no sin antes advertir - para evitar prejuicios- que mi trabajo fue elaborado bajo la óptica del Funcionalismo Sistémico, línea dogmática que en mi criterio permite resolver de forma coherente varios de los problemas nucleares de la doctrina penal.

Hoy la criminalidad organizada tiene como principal objetivo el económico, con el fin de obtener grandes sumas de dinero; su estructuración es sofisticada y se caracteriza porque sus integrantes tienen roles definidos. El funcionamiento del crimen organizado pone en peligro la estructura normativa del sistema social, por lo que este debe contrarrestarlas, eliminando este tipo de comunicaciones defectuosas que no son compatibles con las estandarizadas aceptadas por la sociedad, con ello se protege la vigencia de la norma. Este fundamento es la base del fin de la pena.

El crimen organizado es uno solo (género), pero tiene varias clasificaciones (especies), esto tiene dos connotaciones. La primera dogmática, pues bajo los parámetros de la teoría de la imputación objetiva es posible crear una sola teoría de autoría y participación que abarque todos estos fenómenos criminales; la segunda de política criminal, ya que posibilita conocer en detalle la tipología de cada grupo criminal y lograr atacarlas con el trabajo investigativo de los organismos de investigación.

Las organizaciones connotadas son: la criminalidad empresarial; la criminalidad familiar; la criminalidad mafiosa; la criminalidad de pandillas; la criminalidad mixta; las estructuras

organizadas de poder; la criminalidad por células. Estos grupos se caracterizan por su poder económico e injerencia transnacional, lo que ha generado que varios estados suscriban convenios internacionales con el fin de unir esfuerzos para combatirlos. Entre ellas la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional; el Protocolo contra la Trata de Personas; la Convención contra la corrupción; el Tratado de Prüm.

Sin embargo, algunos de estos instrumentos internacionales se utilizaron como base para la reducción de garantías fundamentales, como las del debido proceso, el uso indiscriminado de medidas coercitivas anticipatorias, la predicción y la aplicación desproporcionadas de penas de prisión, entre otras. Por lo tanto, no se pueden permitir estos excesos, ya que la respuesta estatal se puede dar sin restringir garantías fundamentales más allá de lo necesario. Solo basta con diseñar una adecuada política criminal, invertir más en tecnología y la capacitación de los organismos de investigación en las nuevas tipologías delictivas. Se debe seguir defendiendo la teoría del derecho penal mínimo.

Pero, existe un panorama gris con respecto a la solución políticamente-criminalmente más justa y dogmáticamente más adecuada en materia de autoría y participación con respecto a los integrantes de las organizaciones criminales, y en mayor medida la dificultad de imputar el delito al dirigente de la organización.

La coautoría no puede ser utilizada para abordar este fenómeno criminal, por cuanto no existe acuerdo en común entre el dirigente y el ejecutor material del delito, y, además, el aporte del dirigente no se da en la etapa ejecutiva del delito.

La determinación tampoco soluciona el problema, principalmente porque una vez que el dirigente da la orden de ejecutar el delito, esta directriz pasa por varias personas y es transmitida finalmente al ejecutor material, de modo que, al no existir la determinación en cadena, el dirigente no podría responder bajo este título de intervención, quedando la posibilidad de que la conducta de este quede en la impunidad y solo responda el autor material.

Tampoco la autoría mediata ofrece una alternativa satisfactoria, por varios factores: a) el autor inmediato no es un instrumento de la estructura criminal, ya que actúa de forma consiente y también quiere el resultado como suyo; b) se quebranta el principio de culpabilidad, ya que el dirigente responde por los delitos de sus subordinados y no por sus propias actuaciones; c) el crimen organizado no está desligado del Derecho, sino que actúa contrario al derecho, pues en la teoría de autoría mediata en aparatos organizados de poder estos están desvinculados totalmente de la estructura jurídica universal, verbigracia el régimen nazi, lo que deja por fuera al crimen empresarial; d) no siempre el subordinado es fungible, pues hay casos donde este requiere de unas condiciones especiales para ejecutar el delito, que no pueden ser asumidas por cualquier subordinado; e) también se confunde el requisito de la disponibilidad al hecho con los elementos implícitos que están en el dolo o culpabilidad, además este factor es irrelevante como elemento de la autoría mediata, pues el dirigente confía en que la orden se ejecutará, con independencia de la opinión o posición de sus subordinados; f) los delitos por omisión no son aplicables a la autoría mediata en aparatos organizados de poder, ya que, al ser estos delitos de infracción del deber, los dirigentes responderían por los actos delictivos derivados de su competencia, con independencia de su aporte; g) de la mano de la anterior crítica, también se presenta un reduccionismo de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, producto de los delitos de

infracción del deber, pues en estructuras estatales, donde los dirigentes son servidores públicos y están sometidos a una posición de garante, su responsabilidad penal se deriva de la infracción de sus deberes, sea por acción u omisión.

Así mismo, existen serias dificultades en los fundamentos dogmáticos de la coautoría mediata. Esta tesis crea una profunda confusión en los requisitos esenciales de cada concepto, es decir, de la coautoría y de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, pues no respetan sus parámetros doctrinales, de modo que en ninguna de las dos figuras se cumplen con la totalidad de los requisitos, por ende, es una pésima mezcla que pone en peligro la modalidad y juridicidad de la imputación.

Así las cosas, descrito el estado del arte, demostré que no existe una solución satisfactoria a la problemática. Sin embargo, desde los postulados filosóficos y sociológicos de Niklas Luhmann y de Friedrich Hegel existe una alternativa para superar, con coherencia, estas deficiencias. Se parte de la premisa de que el Sistema Jurídico rechaza cualquier ataque en su contra, donde el Derecho Penal tiene como propósito neutralizar la violencia generada por quien comete el delito, en este caso los dirigentes de las estructuras criminales y sus integrantes. El propósito de la juridicidad es que el Estado llegue a su sitio ideal, por lo tanto, los dirigentes de estos grupos ilegales deben ser derrotados con el Derecho, estos actúan a partir de sus propios intereses, como seres individuales, yendo en contravía de la sociedad.

Aterrizando las ideas de Friedrich Hegel se puede concluir que la violencia, entendida como la fuerza ejercida por parte de los dirigentes que guían la organización, afecta la idea de la libertad de los demás asociados, concebida desde el punto de vista jurídico. La pena sería un

juicio negativo, con el cual se niega la amenaza que significa el funcionamiento del crimen organizado, es una violencia con aprobación jurídica por parte de la sociedad. Cuando se configura una lesión al Derecho, esta violencia mala debe ser anulada y se debe rechazar la perturbación. Esta es la realidad del Derecho, el cual se mide, así mismo, por la efectividad de la eliminación de las amenazas a la juridicidad, negación de la negación.

Concretando las ideas de Niklas Luhmann se puede colegir que la práctica del delito afecta la identidad del Sistema Social y contradice sus objetivos, de modo que el mismo Sistema, por medio del Derecho, responde al ataque. Y es que el sentido o identidad de la sociedad rechaza la delincuencia, lo que implica que, si el delito niega el Sistema, el Sistema debe negar el delito. El Sistema Social garantiza que las defraudaciones sean negadas contra-fácticamente, propendiendo porque se mantengan las expectativas de conductas reconocidas como apropiadas por la sociedad.

Las acciones ilegales que generan los grupos criminales crean dentro del Sistema Social una comunicación incorrecta que es simbólica, pero no ejemplarizante. Esta comunicación errónea activa los medios con que cuenta el Sistema para su protección, como el Derecho Penal, con el fin de mantener las expectativas vigentes de comportamiento que son correctas. En este orden de ideas la descripción de la comunicación se ubica dentro de la tipicidad, la comunicación errónea cometida por los integrantes de la organización delictiva afecta y perturba la vigencia de la norma.

Así las cosas, los anteriores postulados nutren y fundamentan todas las figuras dogmáticas de la presente propuesta, empezando por el fin de la pena, la cual busca la

estabilización del Sistema Jurídico. La pena es la negación de la negación, es una respuesta contra-fáctica destinada a la reafirmación de la norma. Esta reafirmación de la norma es necesaria para poder seguir confiando en las expectativas normativas de la sociedad. Los integrantes de la organización delictiva, al quebrantar las expectativas que prevén sus roles, el sistema se encarga de reafirmarlas por medio de una pena. Se trata es de una teoría funcional retributiva y compensadora de la culpabilidad, sin perjuicio de que puedan converger otros fines de la pena que no son fúndantes.

Además del quebrantamiento del deber por parte del infractor, se debe verificar que el incumplimiento del deber logre desestabilizar la norma, ya que hay conductas que, a pesar de que infringen el rol, no logran afectar o poner en peligro la norma que protege el Derecho Penal, un comportamiento no doloso invencible nunca podrá afectar la validez del Derecho. La comunicación se produce cuando una persona tiene un rol asignado y actúa; si esta desarrolla de forma adecuada su rol la vigencia de la norma permanecerá indemne. Los roles tienen atadas las expectativas, es decir, que las personas tienen la expectativa de que los demás van a cumplir con sus roles, de modo que por medio del Derecho Penal se puede mantener el cumplimiento de estas.

En relación con las posiciones de garante, ya sea en los delitos dolosos como en los imprudentes, siempre se identifica el rol que debe desarrollar el autor del delito, y este siempre trae consigo una posición de garante. Si el delito es cometido con dolo o imprudencia, igual se quebranta una posición de garante; además de ser un hecho socialmente relevante, también es la base de la tipicidad. Cuando el dirigente de una organización ilegal despliega sus acciones en

contravía de su rol, este desvío lo obliga a responder por las consecuencias de sus actos; el dirigente, así no lo quiera, y sea obvio, debe garantizar que sus acciones respeten las normas. Cuando el dirigente de la organización criminal no garantiza el control de su actividad riesgosa crea una perturbación social que, como garante, debe revocar. Todos los delitos cometidos por el jefe de la organización se reducen a la omisión del cumplimiento de sus deberes, ya sea por acción o -valga a redundancia- por omisión, todos los delitos son de infracción del deber.

La Teoría de la imputación objetiva ha logrado un influyente enfoque dentro de la Ciencia Penal del siglo XXI, al no basarse en los principios ontológicos, sino en una amplia gama de criterios jurídicos. El sujeto a quien se le ha de imputar el resultado considerado como injusto debe haber creado el peligro desaprobado y este peligro, a su vez, debe haberse realizado en el resultado típico. Así, si se crea un riesgo aprobado y en virtud de este se produce un resultado lesivo no se le puede imputar el resultado al sujeto, ya que el riesgo es tolerado de forma general, y el resultado no se concretará en la tipicidad si el riesgo creado por el sujeto no es el que se realiza en el resultado.

En esta misma línea argumentativa se considera que el resultado producido no debe ser imputado al sujeto cuando su conducta, a pesar de que no se ajustó a derecho, así esta lo hubiera estado, igualmente se hubiera producido el mismo resultado. Se basa en la creación del riesgo, la realización del riesgo en el resultado, el principio de confianza, la prohibición de regreso y las acciones a propio riesgo.

La Teoría de la doble imputación es la correspondencia global del hecho a todos los intervinientes. El sentido mancomunado de la acción es el que se debe constatar en la tipicidad.

Corresponde hacer una valoración cuantitativa del aporte con referencia al impacto en el hecho delictivo, y de esta surgirá la diferencia entre autoría y participación. Plantea un análisis en contexto del hecho criminal, con la finalidad de darle un sentido macrocriminal al delito. El punto de partida de la doble imputación no es la responsabilidad individual, sino la colectiva.

En el caso de la perpetración de delitos por parte de estructuras de crimen organizado, existirán múltiples aportes específicos de sus integrantes. De esto se deriva que de su funcionamiento se desprendan la comisión sistemática de delitos. Por tal motivo, el análisis de responsabilidad se debe plantear desde un nivel que supere lo individual, ya que lo importante en este tipo de casos –sin abandonar la imputación individual- es contextualizar el sentido colectivo de la conducta, para después determinar el sentido individual de la misma.

En primera medida se le debe imputar el acto colectivo a todos los miembros de la organización que han intervenido en el delito. Después, con fundamento en las posiciones de garante y criterios cuantitativos de autoría y participación, es posible establecer el grado de intervención de cada integrante, es decir, si es autor o partícipe. El tipo no recoge ninguna diferencia cualitativa entre autoría y participación, los implicados son un colectivo, cada uno infringe sus propios deberes, cada uno desestabiliza la norma, cada uno genera una comunicación incorrecta en el sistema.

Hecha la imputación global, se valorará quién es el autor y quién es el partícipe según la posición de garante (quebrantamiento de sus deberes) que ostenten los integrantes del grupo ilegal, la importancia o peso del aporte, y, finalmente, la ponderación; estos elementos identificarán quienes son los autores y los partícipes en el delito.

El sistema de doble imputación contiene los siguientes elementos: el delito es un hecho global; la identificación del rol que desarrolla y la importancia de su aporte; la precisión del contexto criminal de la organización; y la identificación de los resultados delictivos generados por la organización. La pertenencia por sí sola a la organización criminal no significa que el dirigente por este hecho sea responsable de todos los delitos cometidos por la estructura -con excepción del delito de asociación criminal-, en cada caso se deberá establecer, necesariamente, la relación funcional entre el aporte individual y la acción colectiva que, evaluada en contexto, sería el hecho total. Lo que objetivamente es imputable al dirigente es lo que se deriva del programa criminal que hace parte de su ámbito de competencia.

Las posiciones de garante y su debido reconocimiento en la estructura jurídica permiten imputarle un hecho a una persona con precisión, y, para el caso en concreto, elevar a autores de la conducta a los dirigentes de la organización. Tiene una clara concordancia con el derecho penal mínimo, ya que incentiva a que el sistema penal solo ejerza la acción penal en contra de los verdaderos responsables del delito.

Dos líneas que fundamentan las posiciones de garante en el crimen organizado son las competencias por virtud de la institución y por virtud de la organización.

En las competencias en virtud de una organización la persona está sujeta a los deberes generales que emanan de la sociedad, colocando su acento en los deberes negativos, que se resumen en no lesionar a los demás, y cuando el sujeto se organiza defectuosamente lo puede hacer tanto por acción como por omisión. Está conformada por obligaciones de aseguramiento

frente a peligros derivados de objetos o actividades empresariales, incluyendo el comportamiento antijurídico precedente.

La posición de garante le exige a la persona el aseguramiento del peligro desaprobado que desató, ello con el objetivo de no quebrantar derechos ajenos. Entre mayor sea la libertad organizativa, es más rigurosa la responsabilidad por el desarrollo incorrecto de esa libertad. Este es el fundamento del deber de aseguramiento en el tráfico; el deber por asunción; el deber por injerencia, base de la responsabilidad penal de los dirigentes como autores.

En los deberes de aseguramiento en el tráfico le corresponde a la persona adoptar las medidas necesarias para evitar causarles daños a otras personas en el desempeño de sus actividades. En los deberes por asunción, se obliga a emplear a la persona que asume un riesgo las medidas apropiadas para desarrollar la actividad que ha decidido emprender voluntariamente, y en caso de que se presente algún defecto está obligado a compensarlo. Los deberes por injerencia, los cuales se estructuran a partir de que la persona, por medio de una conducta previa, crea un riesgo no permitido que afecta los derechos de los demás, surgiendo para esta el deber de revocar los riesgos que se deriven de su conducta no permitida.

En la responsabilidad por la injerencia de los dirigentes de las organizaciones criminales, la sola constitución del grupo delictivo crea una organización defectuosa, de modo que el jefe de la organización está obligado a revocar el peligro y los daños que se puedan producir de este antes de que afecten organizaciones ajenas, sin desmedro de la responsabilidad de los demás implicados, y será este objeto de la imputación por el daño causado en la modalidad de autoría. Será el dirigente quien responderá como autor por la conformación del grupo, y también por los

delitos que este cometa, junto con los demás miembros de la estructura delictiva; estos últimos podrán ser autores o partícipes según el peso de su aporte en el hecho delictivo, pero no infringirán del deber colectivo si el aporte es neutral o socialmente adecuado.

La posición de garante del jefe de la estructura criminal hace alusión al desarrollo de su libertad, de la cual se desprende el deber de no vulnerar esferas ajenas; si el dirigente no cumple con los parámetros de la actividad regulada estará actuando dentro de un riesgo no permitido.

Los deberes de aseguramiento para el dirigente de la organización delictiva son derivados de la injerencia, existen varios riesgos no permitidos que se producen al interior de esta competencia: son la asociación delictiva, la ejecución del peligro por el desarrollo del programa criminal, la responsabilidad por el manejo de las fuentes de peligro, y el mantenimiento del grupo insurgente.

Al conformarse una organización delictiva se está creando un riesgo no permitido, poniendo en peligro la juridicidad de la sociedad, riesgo abstracto por parte de la organización, que amenaza gravemente a los subsistemas como el económico, el político y la existencia del mismo sistema social; pero se debe probar que este riesgo realmente produzca una perturbación en la norma. En las organizaciones empresariales el objetivo es netamente económico, sin embargo, afectan la estabilidad del Estado, quebrantando sus funciones esenciales. Los dirigentes están obligados a realizar todas las acciones necesarias encaminadas a evitar que el riesgo generado termine perturbando el Sistema Jurídico, lesionando organizaciones ajenas.

La dirección de una organización criminal lleva consigo la creación de peligros por la tenencia y manejo de fuentes de peligro, riesgos que también le serán achacados al dirigente. Asimismo, se debe valorar la responsabilidad del dirigente bajo su posición de garante por injerencia, por asumir ciertos riesgos, como lo es el dirigir o manejar a los integrantes de la organización.

También están las obligaciones positivas, contenidas en las competencias por institución. Estas no se reducen al concepto de no hacer daño a los demás, sino que van más allá. Están diseñadas para proteger la relación normativa entre quien ostenta la posición de garante -que es el obligado- y la relación jurídica o el objeto que debe proteger. Se centra en la responsabilidad derivada de un fundamento jurídico o normativo especial.

Tampoco se requiere que los titulares de los deberes por institución desarrollen precedentemente un acto riesgoso no permitido, así mismo no se hace necesario que las personas asuman riesgos de forma voluntaria, obligándoseles -una vez asumido este riesgo- a proteger esa relación jurídica. Las competencias por institución se cimientan en deberes jurídicos o normativos especiales, los cuales están inmersos en las instituciones que determinan la identidad de la sociedad.

Dentro de estos están los deberes estatales, considerando que al servidor público le corresponde cumplir con sus deberes de manera irrenunciable. Estos no solamente se quebrantan por lesionar mediante una acción los preceptos estatuidos en sus funciones, sino, además, por dejar de hacer su trabajo u omitir sus obligaciones. Son ejemplos de estos las relaciones paterno-filiales, específicamente el deber de los padres frente a sus hijos, en el mismo sentido el cuidado

de los adultos mayores por parte de los hijos, la relación entre cónyuges, la relación entre los abuelos y nietos.

Dentro de esta clasificación resaltan los delitos de infracción del deber. Los dirigentes que son titulares de estas posiciones de garante deben responder como autores por la infracción de sus deberes al haber ordenado, permitido y promovido los delitos desarrollados por la organización ilegal que se enquistó en el Estado, y se les debe aplicar la Teoría de los delitos de infracción del deber. En la base de los delitos contra la administración pública la condición de servidor público no es la que determina quién es el autor, sino el deber especial que surge de la situación jurídica concreta.

El delito de infracción del deber depende de la institución en la que esté inmersa la persona y no de que el deber esté inmerso en el tipo, sin consideración de su aporte, en este caso siempre serán autores. Estas premisas pueden ser aplicadas al dirigente de una organización estatal cuando este ostenta la calidad de servidor público, ya que los funcionarios se encuentran inmersos en una competencia por virtud de una institución, lo que origina que cada uno debe responder por la infracción de sus propios deberes - in vigilando o eligiendo - y no por virtud de la autoría mediata. Entre el titular de un deber especial -que lo infringe- y un no obligado especial no puede configurarse la coautoría, esto en razón a que los deberes no se pueden dividir, cada uno responde por la infracción de sus propios deberes.

Pautas de la responsabilidad del dirigente. Deben ser considerados servidores públicos o que, por lo menos, ejerzan funciones públicas. Estos deben actuar dentro del Estado amparándose bajo su armazón, por mandato teniendo la vigilancia o el cuidado de los derechos

de los demás. Están sujetos a una relación intensificada con la sociedad, es por ello por lo que las instituciones sociales son ineludibles. El plan criminal es determinante dentro de la responsabilidad en la competencia por institución, resaltando que todos estos presupuestos son congruentes con el Estatuto de Roma.

Con referencia a la responsabilidad empresarial, es entendible el escepticismo que puede existir frente a una teoría que sea aplicable para todos los fenómenos del crimen organizado. Sin embargo, la presente investigación demuestra que sí, puede haber una teoría unitaria de la autoría y participación para todas las especies del crimen organizado, incluso la empresarial. Este tipo de estructuras son muy dinámicas, por lo tanto, es usual identificar que en muchos casos las conductas de los dirigentes o jefes de la empresa encajan dentro de los parámetros de los delitos de competencia por organización, pero también puede configurarse la infracción de deberes positivos o institucionales.

Además, son aplicables los principios de la doble imputación, dentro del concepto cuantitativo de autoría y participación, de modo que el delito le pertenece globalmente a todos los integrantes de la organización o empresa, aunque ello no significa que todos deban responder, ello depende del cumplimiento o no de sus deberes. El ámbito defectuoso debe ser atribuido a las personas que conforman la empresa, de modo que los riesgos no permitidos deben ser concebidos como obra del colectivo; como segunda medida se deben delimitar los ámbitos de organización y responsabilidad al interior de la empresa. Primero se le debe imputar el hecho a toda la organización criminal, y después, con base en los deberes y competencias de cada uno, se determina quién es el responsable del delito.

Los dirigentes de empresas son titulares de una posición principal de garante, por lo que, con base en la Teoría de los Roles, y como una de las consecuencias de la interpretación adecuada de esta Teoría, todos los delitos que se analizan desde los roles son delitos de comisión por omisión, por cuanto siempre que una persona desarrolla una conducta delictiva está faltando a sus deberes, ya sean positivos o negativos. Lo que implica que, independientemente de si el delito se configuró por acción u omisión, el dirigente está omitiendo cumplir con sus deberes. Y es este esquema general el que se debe aplicar a los dirigentes de estructuras empresariales que cometen delitos. En la criminalidad empresarial la Teoría de la comisión por omisión es el medio adecuado para solucionar los problemas que suscita el delito de comisión activa, de modo que el directivo o administrador responde como autor de los delitos derivados de la empresa que tiene a su cargo, por omitir su deber de control - comisión por omisión -.

La empresa tiene una posición de garante original, que la asumen los directivos, que consiste en la asunción del compromiso de que de esta no se deriven hechos delictivos; es una asunción fáctica de protección, la cual sería el fundamento de la comisión por omisión. Asunción que representa la contención de los riesgos no permitidos; asunción cuando el directivo o administrador, por virtud de un contrato, asume el cargo de gerente de la empresa, lo que le implica controlar los peligros que se deriven de esta organización, siempre y cuando estén dentro de sus competencias evitarlos. Además, también se toma como fundamento el deber por injerencia, que surge cuando el dirigente de la empresa genere un riesgo no permitido el cual está obligado a revocar. El directivo que incumple sus deberes organizativos debe responder como autor.

En los esquemas empresariales los dirigentes tienen deberes de garante sobre la conducta de sus subordinados y de que de la actividad de la empresa no produzca resultados dañinos sobre terceros, pero el superior debe tener conocimiento de la situación de peligro generada por el subordinado, de lo contrario no se le puede imputar el delito.

A estas tesis se aplican de manera complementaria los principios generales de la imputación objetiva, es decir, el principio de confianza, el riesgo permitido, la prohibición de regreso, la prohibición de sobrevaloración.

Los demás integrantes de la organización criminal también son responsables penalmente, bajo criterios cuantitativos. La sociedad no le encuentra un sentido práctico a la diferenciación cualitativa entre autores y partícipes, de modo que el hecho les pertenece a todos los intervinientes, y a quienes hagan un aporte relevante se les impondrá la pena más elevada. También la identificación del rol es trascendental para hacer la ponderación, entendiéndose que aquellos que ostentan un rol diferente al del dirigente, según el peso de su aporte, podrán ser autores o partícipes. El cuántum del aporte en la intervención es el que permite establecer la diferencia entre autoría y participación, de modo que los aportes cercanos a la perturbación de la norma tienen un mayor peso que los aportes lejanos. Parámetros como los bienes escasos y la información escasa son los cimientos de la diferenciación.

Finalmente, con respecto a los elementos subjetivos, las posiciones de garante deben ser reconocidas y acatadas por parte de los ciudadanos, estas y las normas jurídicas deben ser asimiladas por la conciencia de las personas para que sean puestas en práctica en la realidad social. El dirigente que comete un delito junto con la organización delictiva también se le

debe reconocer el dolo en todos los actos que desarrolle, el dolo no es solo una descripción de un fenómeno psicológico, sino un concepto altamente normativo de la imputación. No solamente se tiene que analizar si el dolo comprendió la voluntad y el conocimiento, sino, además, todos los elementos subjetivos que rodean las posiciones de garante.

Los elementos subjetivos con respecto a los integrantes de la organización son: el conocimiento de la posición de garante; la revisión de la amenaza de producción del resultado; el conocimiento de la posibilidad de evitarla; la voluntad y conocimiento de realización; finalmente el conocimiento del plan criminal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMBOS, Kai.
 - *Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente un Estudio Comparado*. Segunda Edición. Editorial TEMIS S.A. Bogotá D.C., 2009.
 - *Dominio del Hecho por Organización. La responsabilidad de la Conducción Militar Argentina por la Muerte de Elisabeth Kasemann*. Revista Penal No. 12., Bogotá D.C., 2003.
- ALBRECHT, Hans-Jörg. *Criminalidad, comercio de narcóticos y lavado de dinero*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2001.
- BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Editorial TEMIS. Bogotá D.C., 1996.
- BACIGALUPO, Silvina. *Autoría y Participación en los Delitos de Infracción del Deber*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007.
- BLANCO CORDERO, Isidoro. *El Delito de Blanqueo de Capitales*. THOMSON REUTERS ARANZADI, España, 2012.
- CARO JOHN, José Antonio. *El funcionalismo en el Derecho Penal*. Tomo II. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C., 2003.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. Y SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Delitos de Organización*. Editorial IBdeF., Montevideo Buenos Aires, 2008.
- FABIÁN, Caparros. *El Delito de Blanqueo de Capitales*. Editorial COLEX., España, 1998.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José.

- *El Funcionalismo en el Derecho penal Tomo I*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C., 2003.
- *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*. Ediciones OLEJNIK, Santiago de Chile, 2017.
- *Imputación Objetiva en el Derecho Penal Económico y Empresarial*, InDret Revista para el Análisis del Derecho., Madrid, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta., Madrid, 1995.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos. *Terrorismo y crímenes de lesa humanidad en la jurisprudencia de la audiencia nacional relativa a la organización terrorista nacionalista Vasca ETA*. Revista Europea de Derechos Fundamentales, segundo semestre 2017.
- FIGUEROA ORTEGA, Yván. *Delitos de Infracción del Deber*. Editorial DYKINSON. Madrid. 2008.
- FRISCH, Wolfgang. *Sobre el Estado de la Teoría del Delito*. Cuadernos Civitas, España, 2000.
- GIL GIL, Alicia. *Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente un Estudio Comparado*. Segunda Edición. Editorial TEMIS S.A., Bogotá D.C., 2009.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, Universidad de Madrid, Madrid, 1996.

- GÓRRIZ ROYO, Elena María. *El Concepto de Autor en el Derecho Penal*. Editorial TIRANT LO BLANCH. Monografías 532, Valencia-España, 2008.
- GÓMEZ -JARA DÍEZ, Jara. *Cuestiones fundamentales de derecho penal económico*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2012.
- GÜNTHER, Jakobs.
 - *La Autoría Mediata El Caso de Fujimori*. ARA editores. Ediciones AXEL., Lima- Perú, 2011.
 - *La imputación Jurídico Penal y las Condiciones de Vigencia de la Norma, en Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y Posibilidad de Aplicación*. Ara. Lima - Perú, 2007.
 - *Derecho Penal del Enemigo*. Editorial THOMSON. Cuadernos CIVITAS., Madrid, 2003.
 - *Sociedad, Norma. Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional*, Universidad Externado, Bogotá D.C., 1998.
 - *¿Cómo protege el Derecho penal y Qué es lo que Protege? Derecho penal en el Siglo XXI*. Libro homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs. Ara., Perú, 2005.
 - *Derecho Penal del Enemigo*. El Discurso Penal de la Exclusión. Vol. 2. EDISOFER S.L., Madrid, 2006.
 - *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*. Editorial AD-HOC., Buenos Aires, 1997.

- *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C., 2004.
- *La Imputación Penal de la Acción y de la Omisión*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho., Bogotá D.C., 1996.
- *XXXV Jornadas de Derecho Penal. Procesos de Paz: Derecho Penal y Justicia Transicional*. Universidad Externado de Colombia., Bogotá D.C., 2014.
- *Revista de Derecho THEMIS 49*. Entrevista Elaborada y Realizada por Milagros de Pomar Saettone. Miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS. Lima – Perú., 2004.
- *La Intervención Delictiva*. Cuadernos de Política Criminal Número 25-I, Traducción Javier Sánchez –Vera Gómez-Trelles., Madrid, 2005.
- *Terrorismo y Estado de Derecho*. Universidad de Externado, Bogotá D.C., 2008.
- HEGEL FRIEDRICH, Georg Wilhelm.
 - *Fenomenología del Espíritu*. La edición se basa en el texto de Johaunes Hoffmeister. Editorial Félix Meiner. Hamburgo. Fondo de Cultura Económica. México D. F. Ediciones F.C.E. ESPAÑA S. A., 1966.
 - *Filosofía del Derecho*. Biblioteca Filosófica, volumen 5. Editorial Claridad S.A. 1968.

- *Principios de la Filosofía del Derecho*. Barcelona. Edhasa., Buenos Aires, 1999.
- HEIKO HARTMUT, Lesch.
 - *Injusto y Culpabilidad en Derecho Penal*. Universidad Externado de Colombia., Bogotá D.C., 2001.
 - *La Función de la Pena*. Universidad Externado de Colombia., Bogotá D.C., 2000.
 - *Intervención Delictiva e Imputación Objetiva*. traducción Javier Sánchez – Vera Gómez. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá D.C., 1997.
- HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Alberto. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*. Universidad Externado. Segunda edición., Bogotá D.C., 2011.
- JAN-MICHEL, Simón. *XXXV Jornadas de Derecho Penal. Procesos de Paz: Derecho Penal y Justicia Transicional*. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia, 2014.
- JESCHECK, Hans-Heinrich.
 - *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Volumen Segundo. Bosch. Casa editorial S.A. Barcelona, 1981.
 - *Tratado de Derecho Penal. Parte General.*, Granada. 2002.
- JIMÉNEZ SERRANO, J. *Crimen Organizado. Una aproximación al Fenómeno*. Gaceta Internacional de Ciencias Forenses. ISSN 2174-9019 No 14. 2015.

- KOESSL, Manfredo. *Violencia y Habitus. Paramilitarismo en Colombia*. Editorial Siglo del Hombre., Bogotá D.C., 2015.
- KÖHLER, Michel. *Strafrecht Allgemeine Teil*, editorial Springer Link, Alemania, 1997.
- LÓPEZ DIAZ, Claudia. *Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998.*, Bogotá D.C., 1999.
- LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad Formatação Eletrônica*. João Protásio Farias Domingues de Vargas e Marjorie Corrêa Marona. Brasil, 2002.
- MANSON, Porto Teresa. *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*. Universidad del Externado., Bogotá D.C., 1999.
- MALARINO, Ezequiel. *Capítulo II. El Caso Argentino. Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente*. Estudio comparado Temis S.A. Bogotá D.C., 2009.
- MEINI, Iván. *Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente*. Estudio comparado Temis S.A. Bogotá D.C., 2009.
- MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las Bases del Derecho Penal*. Segunda Edición. Editorial IB de IF, Buenos Aires Montevideo, 2003.
- MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *El funcionalismo en el Derecho penal*, Tomo I. Coordinador. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C., 2003.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *El Delito de Alzamiento de Bienes*. 2º, Librería Bosch, Barcelona, 1999.

- NARAVER GÓMEZ, Mario. *El Funcionalismo en Derecho Penal*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C., 2003.
- ODRIOZOLA-GURRUTXAGA, Miren. *Autoría y participación en el derecho penal internacional: Los crímenes de atrocidad*. Editorial COMARES, España, 2015.
- OHLIN, J. *Second-Order Linking Principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability*, Cornell Law Faculty Publications., New York, 2012.
- PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando.
 - *El funcionalismo en el Derecho penal*. Tomo I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C., 2003.
 - *Curso de Criminología*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2006.
- PERDOMO TORRES, Jorge Fernando.
 - *El Delito de Comisión por Omisión en el Nuevo Código Penal Colombiano*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. Bogotá D.C., 2007.
 - *Funcionalismo y Normativismo Penal*. Una Introducción a la obra de GÜNTHER JAKOBS. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. Bogotá D.C, 2006.
- POLAINO ORTS, Miguel. *Derecho Penal del Enemigo*. Desmitificación de un Concepto. Grijley. Lima-Perú. 2006.

- REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación Objetiva*. Tercera Edición. Bogotá. TEMIS S.A. Colombia. 2005.
- ROXIN, Claus.
 - *Autoría Mediata*. REJ Revista de Estudios de la Justicia No. 7. Universidad de Chile, 2006.
 - *Derecho Penal Parte General*. Civitas. España - Madrid, 1997.
 - *Autoría y el Dominio del Hecho en el Derecho Penal*. Editorial Marcial Pons. 2016.
 - *Teoría del Tipo Penal. Tipos Abierto y Elementos del Deber Jurídico*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1979.
- ROTSCH, Thomas. *La Autoría Mediata El Caso de Fujimori*. ARA editores. Ediciones AXEL. Lima- Perú. 2011.
- RODRÍGUEZ ABADIA, William. *Yo soy el hijo del cartel de Cali*. Prisa Ediciones, Bogotá D.C., 2014.
- ROBLES PLANAS, Ricardo. *La Participación en el Delito: Fundamento y Límites*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2003.
- SÁNCHEZ VERA GÓMEZ TRELLES, Javier.
 - *El Funcionalismo en Derecho Penal*. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs. Universidad Externado. Bogotá D.C., 2003.
 - *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*. Universidad Externado de Colombia, Centro

- de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá D.C., 1997.
- SANCHER, De Köster Mariana. *Evolución del tipo subjetivo*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C., 1998.
 - SILVA SÁNCHEZ, Jesús María.
 - *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999.
 - *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*, editorial EDISOFER S.L y IB de IF., Madrid, 2016
 - SANCINETTI, Marcelo A. *Teoría del Delito y Disvalor de Acción*. HAMMURABI. Buenos Aires, 1991.
 - SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. *La Autoría*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2007.
 - SCHÜNEMANN, Bernd.
 - *El Tempestuoso Desarrollo de la Figura de la Autoría Mediata*. Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Volumen 25. N° 75. Bogotá D.C., 2004.
 - *Responsabilidad penal en el marco de la empresa*. Dificultades relativas a la individualización de la imputación, ADPCP, vol. Iv, Madrid, 2002.
 - VAN WEEZEL, Alex. *Límites de la Imputación Penal*. Estudios 2000-2010. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2011.

- VARSE, Federico. *Mafia Life. Amor, Muerte y Dinero, en el Corazón del Crimen Organizado*. Editorial Malpaso. España, 2018.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal Parte General*. Roque Depalma Editor. Buenos Aires, 1956.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En Torno de la Cuestión Penal*. Editorial IB de IF, Montevideo Buenos Aires, 2005.