

MIGUEL SEBASTIÁN ORTIZ RIVERO

**INTERVENCIÓN DELICTIVA E IMPUTACIÓN DE CONDUCTAS PUNIBLES
COMETIDAS POR GRUPOS DE CRIMEN ORGANIZADO.**

**MAESTRÍA EN JUSTICIA Y TUTELA DE LOS DERECHOS, CON ÉNFASIS
EN CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS 2016-2017**

Bogotá D.C., Colombia

2019

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO**

**MAESTRÍA EN JUSTICIA Y TUTELA DE LOS DERECHOS, CON ÉNFASIS EN
CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS 2016-2017**

Rector: Dr. Juan Carlos Henao Pérez

Secretaria General: Dra. Marta Hinestroza Rey

**Director Departamento
Derecho Penal:** Dr. Jaime Bernal Cuellar

Presidente de Tesis: Dr. Jaime Bernal Cuellar

Director de Tesis: Dr. Gerardo Barbosa Castillo

Jurados: Dra. Ángela María Buitrago.
Dr. Miguel Córdoba Angulo.

Contenido

INTRODUCCIÓN.....	4
CAPÍTULO I. FUNCIONES DE LA PENA.....	6
Teorías de la pena.....	8
Teorías absolutas de la pena.....	8
Teorías relativas.....	11
Teorías mixtas.....	18
Teoría de la pena adecuada a nuestro ordenamiento.....	21
Modelo de Estado.....	22
Valor fundante del Estado.....	28
Normas constitucionales y legales.....	29
CAPITULO II. ASPECTOS DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA.....	34
Importancia de la categoría de crimen organizado.....	36
Generalidades conceptuales del crimen organizado.....	42
Necesidad de imposición de pena.....	55
CAPÍTULO III. MODELOS DE IMPUTACIÓN ÚTILES.....	59
Aportes del derecho penal internacional.....	60
Concepto de máximos responsables.....	65
Plan criminal común.....	68
Doble imputación.....	69
Empresa criminal conjunta.....	72
Teoría del dominio del hecho.....	75
Teoría de la intervención.....	85
CAPÍTULO IV. IMPUTACIÓN DE CONDUCTA POR CONDUCTAS COMETIDAS DENTRO DE UNA AGRUPACIÓN DE DELINCUENCIA ORGANIZADA EN COLOMBIA.	98
Soluciones previstas en el Código Penal colombiano.....	99
Autoría mediata por aparatos organizados de poder.....	114
Teoría de la intervención de JAKOBS.....	121
Aplicación de la teoría en Colombia.....	127

INTRODUCCIÓN

La criminalidad organizada es un fenómeno delincencial de gran impacto social que afecta la estabilidad de un Estado y representa un grave riesgo para el ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, por lo anterior es un fenómeno que debe ser combatido con toda contundencia por parte de las autoridades del Estado.

El derecho penal tiene una arista de ser protector de los derechos y garantías de las personas que se enfrentan contra el aparato represor del Estado, sin embargo, por otra arista también es visto como un medio racional e institucionalizado de control social y una herramienta para reprimir conductas criminales.

El método que aplica el derecho penal para reprimir el delito es la imposición de una pena que cumple determinadas funciones, y el éxito del derecho penal en su función de reprimir el delito se consigue cuando logra imponer una pena a un delincuente con racionalidad, respeto a la ley y con garantías fundamentales.

Mientras que el derecho procesal penal se preocupa por el respeto de la ley y las garantías en la forma como se determina a quién se le impone una pena, el derecho penal se preocupa por determinar a quién se le debe imponer una pena, y esta última tarea representa mayor dificultad a medida que las formas de delincuencia sean más complejas, como en el caso de los delitos cometidos en el marco de una agrupación de crimen organizado.

Esta forma de organización criminal delinque de una manera que puede causar confusiones a la hora de determinar a quién se le debe imponer una pena, y de no tener un esquema claro de imputación, puede ser una forma de criminalidad que

quede en la impunidad, sobre todo en los casos en los que surge la necesidad de imputar conductas a quienes no participaron en la ejecución de los delitos.

Consideramos que en nuestro ordenamiento penal hay formas de imputar conductas a los integrantes de los grupos de crimen organizado por los delitos que cometen estas agrupaciones, también consideramos que estas formas de imputación tienen inconvenientes y deberían ser reformuladas en lo relativo a la manera de atribuir la comisión de las conductas a los integrantes de los grupos de delincuencia organizada que delinquen sin intervenir en la ejecución de los delitos o “sin ensuciarse las manos”.

Por lo anterior, en este trabajo estudiaremos las formas de imputar los delitos a esos miembros de grupos de crimen organizado que no se “ensucian las manos”, y para ello, haremos una breve explicación de cómo es el fenómeno del crimen organizado, que es un paso necesario para proponer una forma de imputación útil para enfrentar este fenómeno, lo anterior sin pretender desconocer ni refundar los sistemas de imputación previstos en nuestro Código Penal, ya que este trabajo no tendrá un talante tan pretensioso.

CAPÍTULO I. FUNCIONES DE LA PENA.

El derecho penal puede ser concebido como un medio para buscar cierto orden y control social y para racionalizar y aplicar sin arbitrariedades el *ius puniendi* que tiene el Estado para perseguir ciertas conductas¹; sin embargo, aunque el derecho penal sea una forma de control social para que no se cometan ciertas conductas, es claro que no puede llegar a ser o degenerar en un control vacío y totalizante², es decir, no puede ser un control social que no encuentre justificación o razón de ser aceptable ni que se establezca para dictar como se deben comportar y pensar los seres humanos. El derecho penal no está establecido como un manual de conducta o de moralidad sino como un control social para salvaguardar intereses legítimos de conductas que se externalicen como lesiones³, conductas que responden al mote de delitos.

Con el derecho penal se prohíben ciertas conductas calificadas como delitos y el medio de coacción de estas prohibiciones es la pena, es decir la pena es el principal instrumento del derecho penal para reprimir el delito y debe obedecer a criterios de objetividad y neutralidad e imponerse acatando un proceso penal respetuoso de todas las garantías, de lo contrario se convertiría en un instrumento de arbitrariedad y carecería de legitimidad⁴.

La imposición de una pena es una de las herramientas más importantes que se emplean para combatir la criminalidad, en este trabajo, como se ha venido advirtiendo, se estudia la imposición de una pena preestablecida en la ley como

¹ JOSÉ URBANO MARTÍNEZ, *Concepto y función del derecho penal*, en *Lecciones de derecho penal, parte general*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, páginas 19 y 20.

² CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, *Introducción al derecho penal constitucional*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2012, páginas 18 y ss.

³ SANTIAGO MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal, segunda edición*, B de F, Buenos Aires, 2003, página 51.

⁴ HEIKO LESCH, *La función de la pena*, traducción JAIME SÁNCHEZ VERA GOMEZ TRELLES, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, páginas 16 y ss.

forma de persecución del crimen organizado, es decir, la forma de imputar responsabilidad penal a integrantes de estructuras de crimen organizado responsables de hechos delictivos cometidos en el seno de un grupo de crimen organizado, sin desconocer que la imposición de la pena no es la única herramienta para combatir el crimen organizado, de hecho, tampoco damos por sentado que sea la herramienta más útil e indispensable para tal fin, pues hay funciones del Estado ajenas al derecho penal que son bastante eficaces para luchar contra la criminalidad organizada como las labores de preservación del orden público que cumplen los órganos de fuerza pública, las actividades de inteligencia y contra-inteligencia utilizadas para combatir grupos de crimen organizado, la formulación de políticas o normas que reprimen el crimen o, incluso, el servicio penitenciario que se ejerce para la resocialización y control de criminales.

Conocer lo que busca la imposición de una pena es el paso inicial de un estudio serio sobre la atribución de responsabilidad por la comisión de un hecho, pues lo que busca la atribución de responsabilidad, las más de las veces es la imposición de una pena, salvo en los casos en los que con la atribución de responsabilidad se busque la aplicación de un principio de oportunidad, que es una contingencia que está fuera del objeto de este estudio.

Estudiando la función de una pena podemos formular los criterios de imposición de la misma, pues teniendo clara la función que cumple la pena se sabe qué debe perseguir el Estado, verbigracia, si con la aplicación de una pena se busca la intimidación a los integrantes de una sociedad para que no se cometan delitos, lo esperable es que la pena se imponga por la comisión de ciertas acciones que se pretenden prevenir; si la pena se impone para mantener las expectativas en que el orden vigente sigue vigente y no ha cambiado, lo esperable es que la pena se imponga por infracciones a dicho orden vigente; sin con la pena se busca asegurar y controlar a criminales la pena se impondrá atendiendo las calidades de dichos criminales. Cosa distinta es determinar si ciertas funciones de la pena están

conformes con nuestro ordenamiento jurídico, asunto que también será necesario discutir en este trabajo.

En primer término, partimos del hecho que la pena es un castigo o un mal que se impone como consecuencia de la comisión de un delito, la doctrina ha disertado sobre las funciones de la imposición de la pena por lo que nos resulta útil hacer una lacónica descripción de las más conocidas funciones de la pena, sin que ello implique un estudio prolijo de la función de la pena, cosa que no se intenta con este trabajo, ni tampoco que ello implique afirmar que son las funciones que nuestro Estado le ha asignado a la pena, pues, como ya lo hemos dicho, este último aspecto se abordará más adelante.

1.1. Teorías de la pena.

Como ya es sabido y se puede observar en los manuales más elementales de derecho penal, hay teorías que tratan de explicar la función de la pena, entre estas teorías están las llamadas teorías absolutas y las llamadas teorías relativas⁵. Ya se dijo que este trabajo no se busca explicar de manera detallada cuáles son y en qué consisten las teorías de la pena sino describir las que sirven más al propósito de esta tesis, es decir las teorías más indicadas para explicar y fundamentar la forma de imputar a integrantes de bandas criminales la responsabilidad penal por la comisión de delitos cometidos por las estructuras de crimen organizado.

1.1.1. Teorías absolutas de la pena.

Consideramos útil una breve referencia a las teorías absolutas de la pena a guisa de contextualización para explicar cómo fue abordado en su momento el tema de la legitimación de la imposición de la pena y acto seguido referirnos a unas breves nociones de las teorías que siguieron a estas teorías absolutas.

⁵ CARMEN ELOÍSA RUIZ LÓPEZ Y MIGUEL CÓRDOBA ANGULO, *Lecciones de derecho penal parte general, edición 3*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019, páginas 30 a 32.

Estas teorías le asignaban a la pena la función instaurar y efectivizar la justicia ante la comisión de delitos y la causación de daños, los principales representantes de estas teorías de la pena eran Carrara en la doctrina penal italiana y KANT y HEGEL en la fundamentación filosófica alemana.

Carrara parte del hecho de que la ley terrenal o de los hombres es un derivado de la ley natural de dios, y ello también aplica para la ley penal. Para Carrara el delito parte del ejercicio del libre albedrío que confiere dios a los hombres y cuando los hombres utilizan dicho libre albedrío para causar un mal, la idea de justicia divina exige la causación de otro mal por el ejercicio abusivo del atributo de la libertad conferido por dios⁶.

Esta teoría no tuvo mucha influencia o resonancia por evanescente y poco concreta, por su parte el filósofo IMMANUEL KANT disertaba sobre la imposición de la pena indicando que la pena es una reacción legítima del Estado para satisfacer la idea de justicia y reestablecer el orden perturbado por el hecho⁷, de hecho si ante un mal causado por una persona no se intenta restablecer el orden perturbado y satisfacer la justicia, este orden corre peligro de ser destruido⁸. Agregaba KANT que la pena no puede tener otro propósito ya que era un mal impuesto a una persona por causar un mal y que no podía utilizarse a una persona ni al dolor de una persona para obtener provechos sociales porque eso era instrumentalizar al ser humano y utilizarlo como medio para un fin y el ser humano debía ser necesariamente un fin en sí mismo⁹.

Con esta teoría de la pena de KANT comienza a avizorarse que la pena busca además de la satisfacción de la justicia reestablecer un orden moral perturbado, Sin embargo, fue HEGEL quien de manera más clara sentó las bases de lo que sería la teoría de la pena que se defenderá en este trabajo, pues HEGEL definió la

⁶ HERNÁN HORMAZABAL MALAREE, *Lecciones de derecho penal I*, Trotta, Madrid, 1997 página 19

⁷ GÜNTHER JAKOBS *La pena estatal: significado y finalidad*, en *Derecho penal y sociedad*, EDUARDO MONTEALEGRE coordinador, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, página 27.

⁸ HIEKO LESCH, Ob. Cit. Página 21 y ss

⁹ *Ibíd.* 19.

pena como una reacción institucionalizada contra el mensaje que proyecta el delito.

Para HEGEL hay una voluntad general que puede ser el ordenamiento jurídico, esa voluntad es el derecho como idea; este derecho como idea o como voluntad general puede ser negado mediante la comisión de un delito, es decir la idea de libertad general y de poder ejercer derechos puede ser contradicha o negada cuando una voluntad particular se trata de imponer sobre la idea de derecho, esta negación de la idea de derecho transmite el mensaje de que no se puede disfrutar el derecho o de que no se cumple la voluntad general, por ello es necesario negar la idea que proyecta el delito, es decir negar el mensaje que transmite la voluntad particular o delito que a su vez intenta negar la voluntad general o derecho como idea.

Hay formas de negar la idea de que no se puede disfrutar la libertad y de que no se puede disfrutar el derecho, esto es la voluntad particular o el mensaje que transmite el delito. Una de las formas es vengándose del delito que se cometió, de esta manera se proyecta un mensaje según el cual no se puede negar el disfrute de la idea de derecho, sin embargo, esta es una negación de la voluntad particular que intentó negar la idea de derecho por medio de otra voluntad particular no institucionalizada, sin control y sin legitimidad, por tanto, de mal recibo por la sociedad y por la voluntad general.

Por otra parte, la voluntad particular que niega la idea de derecho o voluntad general puede ser negada imponiendo una pena institucionalizada, controlada y legitimada que niega la voluntad particular que intenta negar la idea de derecho, pero por medio de una pena estatal que es una manifestación de la voluntad general, es decir la voluntad general negando la voluntad particular que intenta negar la voluntad general¹⁰.

¹⁰ *Ibíd.* 35 y 36.

La magnitud que debe tener la pena que niega la voluntad particular o el mensaje que intenta transmitir el delito debe ser fijada de la forma que se fija la voluntad general y esto depende de la sociedad donde se imponga la pena, pues si la sociedad no necesita negar de una manera tan enérgica el mensaje que transmite el delito, no será necesario imponer una pena tan grave; pero si la sociedad está decidida a combatir el mensaje que genera el delito de una manera más vehemente, es esperable que la pena tenga una gravedad mayor¹¹; y, por otra parte, entre más consolidada esté la idea de que se puede ejercer la libertad y los derechos, es decir entre más consolidada esté la idea de que se cumple la voluntad general o el derecho como idea, menos necesario va a ser irrogar dolor a un ciudadano con la imposición de una pena grave¹².

Puede que se compartan o no los postulados expuestos por estas teorías de la pena o que se consideren insuficientes o suficientes para legitimar y fundamentar el ius puniendi del Estado, sin embargo, lo que es más claro de estas teorías es que no conciben la existencia del delito con la idea de impunidad o indiferencia del Estado para impartir justicia.

1.1.2. Teorías relativas.

Las teorías relativas de la pena son teorías que no se conforman con la implementación de la justicia como reacción al injusto cometido por un delincuente, las teorías relativas de la pena son teorías que buscan la prevenir delitos, proveer mayor seguridad a la sociedad o satisfacer fines sociales adicionales a la simple satisfacción de la justicia, entre las teorías relativas de la pena más conocidas encontramos las siguientes.

1.1.2.1. Prevención especial.

La teoría de la prevención especial parte del entendido de que, a diferencia de las anteriores teorías absolutas de la pena, el delito no es visto como un fenómeno

¹¹ GÜNTHER JAKOBS, Ob. Cit. Página 47

¹² Ibíd. Página 47.

meramente jurídico o filosófico, sino que es un problema social en el cual el Estado no puede actuar única y exclusivamente imponiendo justicia o restaurando la seguridad en el ordenamiento jurídico, sino que debe intervenir en la personalidad y actuación de los delincuentes para que no se cometan delitos en el futuro¹³.

Esta teoría tuvo como principal representante en la doctrina italiana a la escuela positivista, encabezada por Lombroso el médico, Garofalo el jurista y Ferri, el sociólogo¹⁴. Para no extendernos en esta teoría podemos indicar que Ferri uno de los representantes conspicuos de la escuela positiva, indicaba que la ciencia criminal debería enfocarse en la defensa de la sociedad persiguiendo a los individuos peligrosos para que en el futuro no siguieran poniendo en peligro la sociedad, por ello la pena debería funcionar como una medida de seguridad que se le impusiera a sujetos peligrosos que cometieran delitos para eliminar los focos de riesgo en la sociedad¹⁵.

Por su parte la doctrina alemana tuvo como principal exponente de la teoría de la prevención especial al memorable jurista FRANZ VON LISZT, este jurista en el programa de Marburgo esbozó que la pena debería aplicarse buscando la i) intimidación, cuando el responsable de cometer el delito es primerizo para que no vuelva a cometer delitos; ii) la corrección, cuando el delincuente es medianamente habitual y iii) la inocuización o el aseguramiento del delincuente mediante su exclusión de la sociedad, cuando el delincuente es un peligro para la sociedad e incorregible¹⁶.

¹³ CARMEN ELOÍSA RUIZ LÓPEZ Y MIGUEL CÓRDOBA ANGULO, Ob. Cit. Página 34.

¹⁴ NODIER AGUDELO BETANCUR, *La escuela positiva, Octava edición*, Nuevo Foro, Medellín, 2013, página 12.

¹⁵ HERNAN HORMAZABAL Ob. Cit. Páginas 5 a 7. Aunque este autor había afirmado en la cita hecha que en la doctrina de FERRI se perseguían con la pena a los sujetos por su peligrosidad así no hubieran cometido delitos, el maestro NODIER AGUDELO BETANCUR en su libro *Inimputabilidad y responsabilidad penal* (Temis, Bogotá, 2007, páginas 18 y 19) hace cita textual del libro *Principios de derecho criminal* de FERRI y aclara que en la doctrina de FERRI también era necesaria la comisión de un delito y la peligrosidad del autor para imponer una pena.

¹⁶ CLAUS ROXIN, *Derecho penal parte general, tomo I*, traducción de DIEGO LUZÓN, MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA Y JAVIER REMESAL Civitas, Madrid, 1997, páginas 85 a 87.

La función de la prevención especial tiene la característica de aislar de la sociedad o neutralizar al delincuente peligroso, para que no puede ejercer de manera criminal y abusiva el ejercicio de su libertad, o libertinaje como dirían algunas personas.

Pero como se puede observar la teoría de la pena de la prevención especial tiene el carácter distintivo de ser una pena que se aplica eminentemente en sede de ejecución de la pena¹⁷, por ello en un Estado como el nuestro esta teoría orientaría la labor del INPEC y de los jueces de ejecución de penas y poca incidencia tendrían en el análisis de la atribución de responsabilidad por la comisión de un delito, o en la imputación de la conducta, por ello prescindiremos de analizar más a fondo en este capítulo esta teoría por el escaso beneficio que la misma tiene para determinar un modelo de imputación a miembros de una estructura criminal por conductas cometidas por grupos de delincuencia organizada, sin embargo, si consideramos importante la función de aislar o neutralizar sujetos peligrosos para combatir el crimen organizado, solo que no es decisiva para formular un modelo de imputación de responsabilidad penal por eso se aludirá a esta función de la pena en otros apartes de este trabajo.

1.1.2.2. Prevención general por intimidación.

La teoría de la prevención general fue postulada en primeros momentos por FEUERBACH a comienzos del siglo XIX, esta teoría planteaba que la pena estatal debe generar una intimidación en los ciudadanos de bien para que no cometan delitos, es decir, la pena es una herramienta de coacción para que los ciudadanos se vean amenazados de recibir una pena en caso de cometer algún delito¹⁸ y como consecuencia de ello se abstengan de cometer conductas porque su voluntad cede ante el amedrentamiento de la imposición de una pena.

Para que la pena surta efectos debe consagrarse en la ley y de esa forma, por la mera existencia de la pena en la ley, se convencería a los ciudadanos de no

¹⁷ SANTIAGO MIR PUIG. Ob. Cit. Página 56.

¹⁸ *Ibíd.* Página 33.

cometer delitos, sin embargo, para que esta pena tenga eficacia es necesario que no se quede como una simple previsión legal, por ello al presentarse la eventualidad de la comisión de delitos, la pena debe ser impuesta por la autoridad competente (juez penal) y por medio de un debido proceso para que la amenaza de pena tenga credibilidad en la sociedad y en las personas, toda vez que si no se impone se haría nugatoria la amenaza de imposición de la pena prevista en la ley y no se disuadiría a nadie para no cometer delitos.

Además de la imposición de la pena cuando se cometan delitos, la pena prevista en la ley y aplicada por la autoridad judicial competente debe ser lo suficientemente grave y su imposición lo suficientemente segura como para que el eventual autor de un delito encuentre menor satisfacción en cometer el delito que en evitar ser castigado y en virtud de este convencimiento prefiera no delinquir¹⁹.

Esta teoría tiene bastantes críticas y también bastante aceptación por sectores de la doctrina, sin embargo, la finalidad de este estudio no es ahondar en las críticas de las teorías de la pena sino describirlas lo suficiente como para desprender de ellas una utilidad para determinar modelos de imputación de conductas que sirvan para atribuir responsabilidad penal en supuestos como los delitos cometidos por organizaciones criminales. En este sentido encontramos que, si bien la teoría de la pena de la prevención general por intimidación tiene utilidad para orientar al legislador al momento de prever la pena en la ley y para orientar la tarea del juez al momento de imponer la pena prevista en la ley, solo será de nuestro interés el provecho o el rendimiento que esta teoría de la pena tenga para la labor de imponer una pena por parte del juez.

Es importante este aspecto relativo a la orientación para la imposición de la pena por parte del juez ya que esta teoría, como lo hemos indicado, concibe la pena como un medio de coacción, es decir que tiene la finalidad de influir en las acciones y omisiones de los ciudadanos que puedan cometer delitos o actuar de manera reprochable, por lo anterior podemos decir que esta teoría de la pena se

¹⁹ GÜNTHER JAKOBS, Ob. Cit. Páginas 17 y ss.

aplica en modelos de imputación o de atribución de responsabilidad penal en los que importan de sobremanera las acciones voluntarias que realizan los autores de delitos, pues, con esta teoría se busca reprimir acciones que degeneran en injustos penales, bajo el entendido de que la atribución de responsabilidad penal es una forma de reprimir acciones voluntarias calificadas como delitos y determinar a quién le corresponde la imposición de una pena por el injusto cometido.

1.1.2.3. Prevención general positiva.

La teoría de la prevención general positiva parte del hecho de que la función que cumple la pena es mantener la vigencia de la norma, sin embargo, esta es una función que requiere un replanteamiento de institutos medulares del derecho como el concepto de normas y el concepto de acción para ser entendida, de hecho, sería arriesgado pero plausible concluir que el entendimiento de esta función de la pena implica renunciar al concepto de acción voluntaria como elemento basilar del delito.

Tradicionalmente las normas eran entendidas de acuerdo con su contenido y tenían dos funciones, podían comunicar lo que era valioso para el derecho y por esta función se denominaban normas objetivas de valoración; y también podían indicar la forma en que se debía actuar, pretendiendo dirigir las conductas de los destinatarios del derecho y por esta función se llamaban normas subjetivas de determinación²⁰, esto en derecho penal significaba que la norma penal valoraba intereses importantes y ordenaba o prohibía determinadas conductas²¹.

No obstante lo anterior, esta concepción del contenido de las normas no es la que se comparte con la teoría de la prevención general positiva, pues con la prevención general positiva se parte del hecho de que las normas no son objetivas de valoración y subjetivas de determinación sino que son expectativas de cómo se

²⁰ TATJANA HÖRNLE, *Teorías de la pena*, traducción NURIA PASTOR, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, páginas 18 y 19.

²¹ CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, *Estudios de dogmática en el nuevo código penal I parte, tercera edición*, Giro Editores Ltda., Bogotá, 2009, páginas 231 y ss.

actuara en sociedad y de qué comportamientos pueden esperar los ciudadanos, así en ocasiones algunas personas defrauden a la sociedad y a sus conciudadanos y no actúen de la manera en que se espera que deberían actuar.

En este sentido, la norma no es importante porque determine a los destinatarios sobre la manera como deben actuar o porque indique qué se debe valorar en la sociedad, sino porque genera unas expectativas en las personas y en la sociedad respecto de las conductas y los acontecimientos que se pueden esperar viviendo en sociedad²².

En la teoría de la función de la prevención general positiva de la pena no se puede partir del hecho de que la imposición de la pena reprime acciones voluntarias, esta teoría parte de la concepción de la sociedad como sistema, concepción propia de la teoría los sistemas de NIKLAS LUHMANN, esta teoría dice que antes de que exista sociedad hay un cúmulo de humanos que no se coordina entre sí, porque nadie sabe cómo podría actuar el otro y sin saber ello no se sabría cómo orientarse.

Para eliminar esta contingencia e incertidumbre hay actos que generan comunicación entre las personas y con ello expectativas comunes de cómo se va a actuar²³. La sociedad está compuesta por esta comunicación y por actos de comunicación que no dependen de las particularidades psicológicas ni biológicas de las personas, es decir la sociedad es la comunicación que hay entre las personas, pero es distinta de las personas físicamente consideradas. En esta concepción de la sociedad las normas son expectativas de conducta que comunican cómo se espera que se comporten los integrantes de la sociedad.

Sobre esta base, al derecho penal no le importa tanto la voluntad o el fuero interno de las personas ni las acciones físicas o naturales que no comuniquen ningún mensaje, al derecho penal solo le importan los comportamientos que comuniquen,

²² MARÍA ELOÍSA QUINTERO, *Acción, comunicación e injusto penal*, en *Derecho penal y sociedad*, EDUARDO MONTEALEGRE coordinador, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, página 150.

²³ JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997, páginas 104 y ss.

y más específicamente los comportamientos que comuniquen que las expectativas previstas en las normas no están vigentes, es decir al derecho penal le importan eminentemente las infracciones de deberes o las infracciones a la ley que comuniquen que las normas que orientan a la sociedad no están vigentes y que no van a ser cumplidas.

Partiendo de estos supuestos de hecho y de estas premisas, la teoría de la pena de la función de la prevención general positiva se contrae a confirmar la vigencia del derecho y con ello las expectativas que traen las normas de derecho. Esta teoría reconoce que, al existir un delito, este comunica que la norma que prohíbe delinquir no está vigente y que la expectativa inherente a ella se va a frustrar, por tanto hay que cambiar de expectativa; ante esta vicisitud debe aparecer la pena, pues la pena es una sanción o medida del Estado que comunica que está desaprobada la conducta del delincuente de infringir la norma, lo que conduce a confirmar que la norma sigue vigente²⁴ y a comunicar que la norma sigue obligando, por ello la expectativa que trae ínsita la norma infringida (expectativa de cómo se debe actuar) también estará protegida²⁵.

En esta teoría poco importan los impulsos físicos, fisiológicos o psicológicos del ciudadano que concitan la comisión de una conducta, pues, no importa tanto la acción como expresión de voluntad de la persona, sino la acción como infracción de deber o como defraudación de expectativa, es decir, en esta teoría más que la acción importa la infracción al deber y a la norma, y más precisamente, la infracción que comunica dentro de la sociedad²⁶.

El cambio de este paradigma de acción es consistente con el cambio de paradigma en la función de la pena que tiene repercusiones en la teoría del delito y en la forma de imputar responsabilidad penal, pues ya no va a importar tanto

²⁴ GÜNTHER JAKOBS, *Sobre la teoría de la pena*, traducción MANUEL CANCIO MELÍA, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, página 16.

²⁵ HEIKO LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, (traducción de JAVIER SÁNCHEZ-VERA), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997, página 30.

²⁶ EDUARDO MONTEALEGRE Y JORGE PERDOMO, *Funcionalismo y normativismo penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, página 46 a 48.

para imputar responsabilidad penal si una persona tenía o no dominio de la voluntad o del hecho en la comisión del delito, sino si con la conducta desplegada se infringían deberes, como se sostendrá más adelante.

Esta especial concepción de la conducta objeto de conocimiento del derecho penal se acentúa con la forma de definir el concepto de culpabilidad del funcionalismo de JAKOBS, pues para esta doctrina, lo más importante para efectos de determinar la culpabilidad de una conducta no es haber actuado teniendo la oportunidad de actuar de otra forma sino haber actuado teniendo el deber de actuar de otra forma, es decir, con el concepto de culpabilidad de esta doctrina el juicio de la culpabilidad de la acción no estriba tanto en la posibilidad de actuar de una persona, sino en la infracción de un deber o en el hecho de actuar de una manera, habiéndose fijado por la sociedad la forma en la que se debía actuar²⁷.

1.1.3. Teorías mixtas.

Las teorías mixtas son una manifestación del eclecticismo que emerge al tratar de conciliar puntos útiles de determinadas posturas o posiciones en las distintas áreas del conocimiento. El derecho penal, en lo relativo a la definición de la función de la pena, no es la excepción de este tipo de manifestaciones de eclecticismo, por ello han surgido posturas que concilian las anteriores teorías de la pena en lo que no resulten incompatibles, lo anterior partiendo del entendido en que las anteriores posturas son útiles para conocer la finalidad de la pena estatal.

Las teorías mixtas de la pena mezclan lo provechoso que se pueda extraer de las posturas que afirman que la pena está prevista para intimidar a las personas para que se convenzan de cometer delitos, con lo provechoso de las posturas que afirman que la pena se impone con la finalidad de impartir justicia a quien ha cometido delitos y con las posturas que indican que la pena se impone para prevenir que los delincuentes reincidan en la comisión de delitos, ya sea porque se resocialicen, se corrijan o sean neutralizados. Sin embargo, a pesar de toda la

²⁷ *Ibíd.* Página 60.

conveniencia que tenga esta mezcla de teorías de la pena, se reitera que para el objeto de este trabajo se restringirá el objeto de estudio a las teorías que se apliquen en la tarea de imponer o individualizar la pena, pues con este capítulo se busca eminentemente encontrar una relación entre la función de la pena y la forma de imputar responsabilidad penal por la comisión de delitos.

Hay autores como CALLIES que consideraban que la pena estatal simplemente cumplía todas las teorías, ya que estas no eran excluyentes, por ello no debía afiliarse a una única postura, esta postura recibía el mote de teoría aditiva de la pena²⁸. Sin embargo, no observamos que tenga mucha originalidad ni rendimiento para el objeto de este trabajo.

Otro autor como CLAUS ROXIN, consideraba que las anteriores teorías de la pena no eran incompatibles en principio pero que no respondían a la misma etapa del proceso de imposición de una pena ni tenían en cuenta qué conductas debían ser objeto de reproche penal.

Como primera medida ROXIN indicó que las penas debían perseguir únicamente conductas que lesionaran los bienes jurídicos más indispensables para la existencia de la sociedad²⁹; desde otra óptica también concluyó que la pena tiene las etapas de i) conminación, que sucede cuando la pena se prevé en la ley y que amenaza a las personas de la sociedad para que no se cometan delitos, ii) imposición e individualización, que sucede cuando el juez determina responsabilidad penal e impone una pena y dosifica cuánto debe ser su magnitud o gravedad; y iii) ejecución, que sucede cuando el ciudadano se encuentra cumpliendo la pena³⁰.

De estas 3 etapas consideramos de mayor importancia para este estudio la relativa a la imposición e individualización de la pena, toda vez que es la etapa

²⁸ HEIKO LESCH, Ob. Cit. Página 68 y ss.

²⁹ CALUS ROXIN, *Problemas básicos del derecho penal*, traducción, DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, Editorial Reus, Madrid, 1976, página 13.

³⁰ *Ibíd.*, páginas 20 y ss.

que tiene influencia en la atribución de responsabilidad penal por la comisión de un delito.

En lo que interesa de esta teoría de la pena, es decir para efectos de la etapa de imposición e individualización de la pena, para ROXIN no solo era necesario determinar cuál era la función de la pena, sino determinar cuál era el límite a imponer en la magnitud de la pena impuesta. Para estos efectos ROXIN apelaba a la noción de culpabilidad, entendida como la conciencia y la capacidad de actuar con libertad y responsabilidad, y utilizaba este concepto de culpabilidad para establecerlo como el límite a imponer de la pena, por ello la magnitud de la pena no podía imponerse en una gravedad mayor a la de la magnitud de culpabilidad (libertad) con la que actuaba el sujeto infractor de la ley penal³¹.

El concepto de culpabilidad de ROXIN como límite para la imposición de la pena era esencialmente distinto al concepto de culpabilidad que se maneja en la doctrina del funcionalismo de JAKOBS. Para ROXIN la noción de culpabilidad era vista como el hecho de actuar de una manera pudiendo actuar de otra manera, es decir, hacer algo a pesar de tener la oportunidad de hacer otra cosa, mientras que en el concepto de culpabilidad de la doctrina de JAKOBS el juicio de culpabilidad radicaba en hacer algo debiendo hacer otra cosa; esto en síntesis quiere decir que para la noción de culpabilidad de ROXIN lo importante era la libertad y la conciencia al momento de cometer una acción, en cambio para la noción de culpabilidad de JAKOBS lo importante es el cumplimiento del deber que la sociedad espera.

Esto indica que en la doctrina de ROXIN la pena está estrechamente relacionada con la culpabilidad de la conducta, entendida como libertad y conciencia para actuar, por ello al momento de imputar la comisión de un delito con la consecuente sanción penal será prioritario valorar la conciencia de la acción y la posibilidad de controlar las conductas que se cometen (dominio del hecho).

³¹ *Ibíd.* 26 y ss.

Por su parte SCHMIDHAUSER, defensor de una teoría de la pena que también integra distintas teorías dependiendo de su compatibilidad y de la etapa en la cual cada teoría resulta más pertinente, agrega a la teoría de ROXIN la aplicación de las teorías de la retribución (teorías absolutas de la pena), afirmando que en las 3 etapas en las que la pena tiene relevancia (previsión legal, imposición y ejecución), y sobre todo en la etapa que nos importa en este trabajo, se tiene que impartir justicia y retribución como criterio para imponer e individualizar la pena en caso de presentarse la comisión de un delito³², pues la gravedad de una pena debe medirse también bajo el baremo de la gravedad de la conducta cometida y la magnitud del mal que se ocasiona con la intervención delictiva, no solo por la culpabilidad del infractor de la ley penal.

1.2. Teoría de la pena adecuada a nuestro ordenamiento.

Cuando hablamos de derecho penal y de función de la pena lo esperable comúnmente es que nos refiramos a una pena estatal e institucionalizada, por ello nos referimos a la pena, como una manifestación del Estado y de su política criminal³³. Todas las actividades y funciones del Estado se deben realizar respetando la Constitución, y esta incluye, además de parámetros de configuración del Estado, unos valores que inspiran su funcionamiento³⁴.

Habida cuenta de esto, es apenas entendible que, si la pena estatal es una manifestación del Estado, la función de la pena sea modulada y configurada según el modelo Estado, pues dependiendo del modelo de Estado y los valores que lo inspiran se puede determinar qué busca la pena estatal; pues no es difícil inferir que, si un Estado liberal busca algo distinto que un Estado totalitario, la pena en un Estado liberal busque finalidades distintas de la pena en un Estado totalitario.

Por ello, para hacer un panorama de lo que busca la pena en nuestro Estado es un paso necesario hacer una lacónica referencia del modelo de Estado de nuestra

³² MIR PUIG, Ob. Cit. Página 62.

³³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 939 de 2002.

³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU 747 de 1998.

Constitución y después explicar el contenido de las principales normas constitucionales y legales que refieren a la función de la pena, pues en estas instituciones se encuentra la finalidad que deben tener las manifestaciones del poder del Estado, entre ellas, la pena estatal.

1.2.1. Modelo de Estado.

El modelo de Estado en Colombia está determinado por su configuración constitucional³⁵, por esto para conocer este modelo y, como consecuencia de ello, saber cuáles finalidades de la pena se desprenden de este, es necesario entender lo previsto en la Constitución.

Desde el artículo 1 se desprende que Colombia es un Estado social de derecho organizado democráticamente, estas características no son un enunciado vacío y sin implicaciones para el desarrollo de las actividades del Estado o para su política criminal, estas características (social, de derecho y organizado democráticamente) dan orientaciones sobre la forma actuar del Estado y sobre lo que busca.

El hecho de que el Estado sea de derecho implica que el poder del mismo, incluyendo el poder punitivo que se manifiesta en la previsión e imposición de una pena, tenga límites que no se deberían franquear como lo son los límites que impone la ley, que imponen los derechos fundamentales y los institucionales que impone la división de poderes.

Este modelo de Estado (de derecho) parte del principio de que el Estado no debe inmiscuirse en asuntos propios de los individuos, sino que debe reconocer que existen derechos anteriores a su existencia y que su función era la de hacer posible el ejercicio de dichos derechos y su protección³⁶. Por ello las intervenciones que fueran más allá de lo única y exclusivamente necesario para

³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU 747 de 1998.

³⁶ HERNANDO BARRETO ARDILA, *Concepción de Estado y su influencia en la teoría del delito, en Lecciones de derecho penal, parte general, edición 3*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019, páginas 47 y ss.

proteger y permitir el ejercicio de los derechos de los individuos se consideraba una actuación ilegítima e invasiva³⁷.

Por otra parte, el Estado de derecho partía de la exigencia de la sujeción del poder del Estado a la ley, con ello se daba la más plena garantía de que las funciones del Estado, en especial relativas al poder punitivo, se iban a desarrollar sin discriminación ni arbitrariedad³⁸, pues las penas se establecían en la ley y se imponían independientemente de las circunstancias particulares o personales del sujeto que se estaba enjuiciando y dependiendo de factores objetivos para todos los individuos.

De estos aspectos tan dicentes, es palmario observar que en el Estado de derecho se optaba por una función de la pena que no injiriera en la personalidad del delincuente, por ello se descartaba las funciones preventivas de la pena ya que el Estado no buscaba influir en los pensamientos de los individuos, en sus comportamientos ni en el sentimiento de confianza de los mismos.

En el Estado de derecho la finalidad de la imposición de una pena era la instauración de la justicia y el derecho y la no instrumentalización del ser humano para evitar hechos perjudiciales para la sociedad, por esto, la función de la pena propia de un Estado de derecho era la de la retribución³⁹, que es una función que, como se indicó atrás, buscaba la impartición de justicia y la restauración del derecho castigando la comisión de conductas por su gravedad y no por la utilidad social que se pueda obtener.

De igual forma, la imposición de la pena se irrogaba solamente al individuo que delinquía y por las conductas realizadas por este, no por las conductas realizadas por otras personas o para dar mensajes a la sociedad, pues el fin de la pena no era la utilización del ser humano para fines preventivos, era dar a cada ciudadano

³⁷ SANTIAGO MIR PUIG, *Función de la teoría de la pena y la teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, Edición 2, Bosch, Barcelona, 1982, página 20.

³⁸ CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, *Estudios de dogmática en el nuevo código penal II parte, tercera edición*, Giro Editores Ltda., Bogotá, 2009, páginas 57 y ss.

³⁹ SANTIAGO MIR PUIG, *Función de la teoría de la pena...* Ob. Cit. Página 27.

el tratamiento que le correspondía por su manera de actuar, así no fuera provechoso para el Estado o la sociedad.

Continuando con una explicación del artículo 1 de la Constitución, el Estado colombiano aparte de ser un Estado de derecho, es un Estado social, y esta condición de ser social también modula la forma en que el Estado debe cumplir sus funciones, entre las que está el ejercicio del poder punitivo.

El Estado social significó un cambio en la forma de concebir el Estado, pues el Estado de derecho encumbraba la limitación del poder para que no se pudieran invadir las libertades de los ciudadanos y se les permitiera actuar a los mismos de manera libre y autónoma, teniendo como únicas limitaciones la ley y los derechos de los demás⁴⁰. Sin embargo, la consecuencia de ello fue que el bienestar y las condiciones sociales y materiales de existencia y convivencia se dejaron libradas a la suerte de la iniciativa privada y las relaciones privadas entre individuos, lo que se quiso modificar de alguna manera con el Estado social⁴¹.

El Estado social de derecho introdujo características socializantes y de intervención del Estado en la vida de los individuos para corregir los desequilibrios, desamparos descuidos que ocurrían en el Estado de derecho, pues con el Estado de derecho el bienestar de la sociedad y el interés general dependían de la actividad privada y el intercambio de bienes y servicios por parte de particulares y solo se regulaban las relaciones entre el Estado y los individuos, sin tener en cuenta que las interacciones entre individuos también generaban inconvenientes de abuso y arbitrariedad y propiciaban dificultades para el ejercicio y goce de derechos⁴², por esto se vio la necesidad de tener un Estado activo que interviniera en las relaciones sociales entre individuos y no única mente en las relaciones entre individuo y el Estado.

⁴⁰ LUIS VILLAR BORDA, *El Estado de Derecho y Estado Social de Derecho en Revista de derecho del Estado número 20*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, páginas 76 y ss.

⁴¹ DIEGO YOUNES MORENO, *Derecho Constitucional Colombiano, edición 13*, Legis, Bogotá, 2014, páginas 66 y ss.

⁴² LUIS VILLAR BORDA, *El Estado de Derecho...* Ob. Cit. Página 83.

Entre las medidas adoptadas por el Estado social de derecho para corregir las insuficiencias del mero Estado de derecho podemos encontrar la intervención activa del Estado para buscar la satisfacción del interés general, la imposición a particulares de deberes con otros particulares para que estos puedan ejercer sus derechos⁴³ y la injerencia del Estado en las actividades de los ciudadanos para evitar situaciones de injusticia social, desamparo y arbitrariedad.

Como resulta evidente, de esta concepción de Estado se resalta la importancia que se otorgaba a la función y al deber del Estado de intervenir en la vida de las personas y en sus relaciones sociales para mejorar las condiciones de bienestar de los ciudadanos.

En el ámbito de competencia del derecho penal esta intervención se puede lograr a través de la función de prevención especial de la pena, pues con esta se intervendrá en los ciudadanos buscando que se amedrenten, corrijan, controlen y resocialicen como se explicó anteriormente o que por lo menos se neutralicen o aislen ciudadanos peligrosos para que no ejerzan su libertad de manera perniciosa y criminal. Sin embargo, como también se dijo anteriormente, esta función de la pena, aunque resulta útil para justificar la intervención del derecho penal en la lucha contra el crimen organizado, no se materializa en un modelo de atribución de responsabilidad penal sino en el tratamiento penitenciario que se le da a un delincuente en la ejecución de la pena.

Además de lo anterior, hay que tener en cuenta que si el Estado social de derecho busca la satisfacción del interés general es apenas esperable que intervenga para buscarlo y la forma por antonomasia que tiene el Estado para hacer efectivo el interés general a través del derecho penal es previniendo la ocurrencia de delitos e implementando condiciones sociales para que las personas puedan ejercer libremente y con confianza sus derechos.

⁴³ GERARDO BARBOSA CASTILLO, *Bien jurídico y derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, página 50.

Esto se puede lograr, en el ámbito de lo que le compete al derecho penal, disuadiendo a ciudadanos a través de la imposición de una pena para que no cometan delitos y restaurando la confianza las personas para que crean que puedan actuar libremente sin que se atente contra ellos, es decir en este punto se puede entender que entre las funciones que pueda tener la pena en un Estado social está la de la prevención general por intimidación y la prevención general positiva.

Puede parecer que no se está tomando partido por una teoría de la prevención general, ya sea de prevención por intimidación o de prevención general positiva, sin embargo, más adelante se tomará partido de la teoría de la prevención que encontramos más adecuada para enfrentar el crimen organizado, no sin antes recordar que la propia Constitución observa entre los fines del Estado está “asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”⁴⁴, lo que se puede identificar con la prevención de conductas que perturben la convivencia pacífica (prevención general por intimidación) y la vigencia del derecho (prevención general positiva).

Además de esto también huelga resaltar que la Corte Suprema de Justicia parece que tampoco toma partido entre las distintas teorías de la prevención general para determinar cuál es la función de la pena, pues en un famoso pronunciamiento esgrime que:

“la pena representa una amenaza dirigida a los ciudadanos para que se abstengan de incurrir en delitos, conminación que, de acuerdo con la concepción clásica de Feuerbach, opera en el momento abstracto de la tipificación legal. Por ende, tanto la amenaza punitiva como la ejecución de la pena deben producir un efecto intimidatorio en los autores potenciales para así evitar que lleguen a delinquir”

Y a renglón seguido agrega:

“la prevención general no puede fundarse exclusivamente en su efecto intimidatorio derivado (prevención general negativa), sino que, apuntando a

⁴⁴ Constitución política, artículo 2.

fortalecer el consenso social, la pena también debe dirigirse a reforzar en la conciencia colectiva la vigencia del ordenamiento jurídico (prevención general positiva). Así, la pena tendría la tarea de demostrar frente a la comunidad la inquebrantabilidad del ordenamiento.”⁴⁵

De lo anterior se observa que la Corte ha admitido que la pena tiene una función de prevención por intimidación y por mantenimiento de la vigencia de la norma que se desprenden de la función preventiva que debe tener la pena en un Estado social de derecho, sin embargo, se especificará más adelante el provecho que pueda aportar cada teoría a este trabajo, dejando claro en este acápite nos interesa afirmar que tanto la teoría de la prevención general positiva y la teoría de la prevención general por intimidación tienen cabida en un Estado que se considere social y de derecho.

No se puede dejar de destacar que si con el Estado social se intentan imponer y exigir deberes a particulares respecto de otros particulares, es apenas esperable que por intermedio del derecho penal se exijan deberes de acción y no se persigan y castiguen únicamente delitos acción, es decir, es esperable que el derecho penal persiga con la imposición de una pena también delitos de omisión que resulten de la infracción de deberes positivos de acción, sin embargo, este asunto tendrá una breve alusión puntual más adelante.

De los mismos apartes de la Constitución también se evidencia que nuestro Estado también está concebido como democrático, participativo y pluralista que busca “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan” ⁴⁶, de lo que se concluye que las funciones del Estado, como la imposición y previsión de las penas, se impongan para buscar beneficio de los ciudadanos y se ejerzan con la legitimación, el respaldo y el control de los ciudadanos⁴⁷.

Como consecuencia de esto, las conductas que ameritan la imposición de penas (las conductas que se califican como delictivas) deben estar determinadas en la

⁴⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Radicado 33254 de 27 de febrero de 2013.

⁴⁶ Constitución Política, artículos 1 y 2.

⁴⁷ SANTIAGO MIR PUIG, *Función de la teoría de la pena...* Ob. Cit. Página 23.

ley clara, cierta y estrictamente ya que la ley es la expresión de la voluntad de los representantes del pueblo, que en teoría deberían buscar con la expedición de normas el mayor beneficio a los ciudadanos, y refleja lo que el pueblo desea como política criminal de Estado.

Resta decir que nuestro Estado además es abierto a la globalización respetuosa con la armonía y las relaciones internacionales⁴⁸, por consiguiente, no ignora los compromisos internacionales que condicionan su funcionamiento y la configuración de la política criminal del Estado.

1.2.2. Valor fundante del Estado.

Se puede concluir que nuestro Estado acepta en sus justas proporciones las funciones de la pena de la retribución y la prevención general (por intimidación y por conservación de vigencia de norma), sin embargo, es más importante que esto precisar que nuestra Constitución reconoce que el Estado está fundado en el respeto de la dignidad humana, ubicando este valor, principio y derecho⁴⁹ como la más importante prioridad en la escala axiológica del Estado y estatuyéndolo como el colofón a partir del cual debe partir el funcionamiento del Estado⁵⁰.

Ha dicho nuestra Corte Constitucional que la dignidad humana “equivale al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal” y a “la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana”⁵¹.

La dignidad humana es entendida “como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características”⁵² por ello el

⁴⁸ Constitución, artículo 9.

⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T 881 de 2002. En esta sentencia la Corte ha reconocido que la dignidad humana tiene en sus acepciones normativas la calidad de valor orientador del Estado, principio normativo y derecho subjetivo de las personas.

⁵⁰ ADRIANA RESTREPO OSPINA, *Acercamiento conceptual a la dignidad humana y su uso en la Corte Constitucional colombiana*, en *Revista diálogos de derecho y política*, número 6, Universidad de Antioquía, 2011, página 4.

⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-701 de 2006.

⁵² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T 291 de 2016

funcionamiento del Estado, y más precisamente la función de la pena estatal, debe partir del hecho de que bajo ningún supuesto se puede hacer nugatoria la dignidad del ser humano, por ello, ya sea que el Estado esté cumpliendo la función de la pena de retribución, prevención especial (intimidación del delincuente, corrección, inocuización o resocialización), prevención general por intimidación de la sociedad o prevención general positiva, no puede desconocer que es el ser humano quien escoge su modo de actuar y de vivir sin que el Estado tenga que determinar la forma de vida del individuo, pues como lo enseña el profesor GÓMEZ PAVAJEAU: en un Estado fundado en la dignidad humana “toda institución jurídica, sustancial o procesal, debe respetar la esencia del ser humano, debe configurarse a partir de entenderlo como sujeto capaz de orientarse”⁵³.

De esto se desprende que la pena se puede imponer únicamente por conductas delictivas que se debían evitar por el ciudadano que las comete y sean llevadas a cabo de manera libre y consciente, pues imponer una pena por una conducta imposible de evitar o por conductas que les competen a otras personas o que dependen exclusivamente de otros factores implica imponer una sanción a alguien ignorando su capacidad de orientarse conforme a derecho, utilizar a un ser humano como instrumento para hacer funcionar el Estado y desconocer que el destinatario de la sanción penal debe ser un sujeto capaz de determinarse libremente, lo que contraviene la idea de dignidad humana que legitima y fundamenta el funcionamiento del Estado.

1.2.3. Normas constitucionales y legales.

Entre las normas de la Constitución que dan una orientación sobre cuál debe ser la función de la pena que debe observar nuestro Estado consideramos de Perogrullo el hecho de que en nuestro Estado no está permitida la pena de muerte⁵⁴ ni las penas crueles, inhumanas y degradantes⁵⁵, por eso no

⁵³ CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, *Introducción al derecho penal constitucional*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2012, página 71.

⁵⁴ Constitución política, artículo 11.

⁵⁵ Constitución política, artículo 12.

encontramos necesidad de ahondar en estas disposiciones (artículos 11 y 12 de la Constitución Política) para describir las normas que modulan la función de la pena en Colombia; no porque estas disposiciones no sean importantes o determinantes, sino porque es una obviedad que Colombia es un país civilizado que no admite la pena de muerte ni los tratos crueles, inhumanos y degradantes.

De igual forma, aunque tengan mucho que ver con la delimitación y configuración de la función de la pena, tampoco se hará un estudio de las normas constitucionales que proscriben las penas por deudas o las penas imprescriptibles (artículo 28 de la Constitución Política), toda vez que hay otras normas más pertinentes para este capítulo y para las finalidades que pretende este trabajo.

Tampoco se hará alusión del principio rector del Código Penal (CP) de la dignidad humana (artículo 1) ya que se indicó una de las maneras en que debe tenerse en cuenta este valor, principio y derecho en la función de imponer una pena y eso era lo que se quería resaltar en este aspecto para este trabajo.

No obstante lo anterior, hay otras normas en la Constitución y en la ley penal que modulan la función de la pena y que también aportan a este capítulo y al objeto de este trabajo, es decir, aportan al objetivo de encontrar la función de la pena adecuada para Colombia que sirva para fundamentar un modelo de imputación de conductas para delitos cometidos en el seno de un grupo de crimen organizado.

Entre las normas a las que nos interesa referirnos sumariamente encontramos el artículo 13 de la Constitución y el artículo 7 del Código Penal (CP) que hablan del derecho a recibir un trato igual por parte de las autoridades públicas, teniendo consideración especial de las personas que por situación de vulnerabilidad social y desamparo ameriten un trato especial.

De esta norma o este principio de igualdad se desprende que la pena deba ser impersonal y aplicarse a todos los ciudadanos por las situaciones previstas en la ley, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos cometidos y las circunstancias personales de quien cometió el delito.

De esta disposición, que se conjuga con el principio de gradualidad y proporcionalidad que deben tener las penas, se entiende que en caso de la imposición de una pena debe darse un tratamiento similar o igual a quienes realizan determinado aporte en la comisión de un delito, pero de manera diferente a quienes no haya realizado un aporte que tenga las mismas connotaciones en la comisión del delito, es decir, quien aporte más a la comisión del delito debe ser tratado como quienes aportaron de manera similar (misma intensidad de la pena), pero quienes aportaron menos en la comisión de un delito no deberían ser tratado por el derecho penal como quienes aportaron más en la comisión de una conducta punible.

Junto a las normas relativas al derecho a la igualdad está también el principio de legalidad (artículo 29 de la Constitución y 6 del Código Penal (CP)) que indica que solo se podrá condenar a alguien de conformidad con las leyes preexistentes al momento de la comisión del delito, sin embargo, la especial concreción del principio de legalidad se encuentra en el artículo 10 del CP que, definiendo el concepto de tipicidad⁵⁶ prescribe: “La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal (...)”.

Lo anterior muestra que la imposición de una pena exige que la conducta por la cual se va a imponer la pena deba estar descrita de manera precisa en la ley, de lo contrario no podrá imputarse a una persona una conducta punible y como consecuencia de ello tampoco podrá imponerse una pena.

Junto a las normas explicadas encontramos el artículo 4 del CP que señala las funciones de la pena en los siguientes términos:

“Funciones de la pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.”

⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C181 de 2016.

Ya hemos indicado que la naturaleza de este trabajo nos obliga a enfocarnos en las teorías de la retribución y de la prevención general, sin que consideremos de menor importancia las de la prevención especial, solo que no serán abordadas en este estudio. Sobre estas funciones de la pena de la prevención general la Corte Constitucional ha indicado que tienen aplicación en nuestro ordenamiento y que se definen de la siguiente manera:

“Por su parte, la teoría de la retribución considera de una parte la realización del anhelo de justicia como fundamento del derecho o necesidad moral o social, y de otra, la prohibición de instrumentalizar al individuo en procura del bienestar social o común, es decir, se encuentra proscrita cualquier forma de utilitarismo penal.

Por ejemplo, para KANT el hombre es un fin en sí mismo, por lo que no puede ser instrumentalizado a través de la pena, con la finalidad de generar a la sociedad o al delincuente una determinada utilidad, sino que su imposición se justifica por tratarse de una necesidad moral generada por el acto delictivo.

(...)

La teoría de la prevención general negativa parte de la idea de que la pena tiene una finalidad intimidatoria, pues busca coaccionar psicológicamente a los potenciales delincuentes, de tal manera que mediante la amenaza y la ejecución posterior de la pena se logre hacer desistir la comisión de hechos punibles.

De otra parte, la teoría de la prevención general positiva, reitera su fundamento a partir del fin socialmente útil de la pena. Según JAKOBS, la pena positivamente considerada es “(...) una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino solo con la estabilización de la norma lesionada.”

La base de esta teoría es el respeto al orden social, que se configura como un modelo de orientación para las interacciones sociales, por lo que los hombres puedan esperar siempre, en sus relaciones con los demás, que las normas vigentes serán respetadas por sus semejantes.”⁵⁷

Como hemos visto las funciones que la pena estatal despliega en nuestro ordenamiento son de retribución, prevención general por intimidación y prevención

⁵⁷ Sentencia C 328 de 2016.

general positiva (también las de resocialización, prevención especial, etc, solo que no se abordarán en este trabajo) y el ordenamiento las intenta hacer compatibles, situación que será provechosa para explicar el tipo de imputación que se aplica para combatir el crimen organizado por medio del derecho penal, sin embargo resta decir para concluir este capítulo que como lo indica el artículo 3 del CP:

“La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan”.

Esto quiere decir que, en virtud del principio de necesidad de la pena, la imposición de una pena debe ser útil y servir para cumplir las funciones que el legislador le ha asignado a la pena⁵⁸; que, en virtud del principio de razonabilidad la imposición de la pena debe aceptada por la sociedad y debe ser respetuosa con las garantías, derechos y normas previstos en el ordenamiento jurídico⁵⁹; y que en virtud del principio de proporcionalidad la pena se debe graduar adecuadamente según la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor⁶⁰.

⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 806 de 2002.

⁵⁹ CARLOS BERNAL PULIDO, *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, página 68.

⁶⁰ IVÁN GONZÁLEZ AMADO, *La punibilidad en Lecciones de derecho penal, parte general*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, página 416.

CAPITULO II. ASPECTOS GENERALES DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA.

Hemos hablado de las funciones de la pena adecuadas a nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, debemos abordar, teniendo en cuenta lo dicho, uno de los temas estructurales de este trabajo, que es el referente a la explicación de ciertas generalidades de la criminalidad organizada y lo que implica la imposición de la pena en esta clase de criminalidad, para continuar con el objetivo de este estudio que, como ya se ha venido señalando, es encontrar un modelo de imputación de conductas aplicable a los delitos cometidos en un grupo de crimen organizado.

Para encarar este tema tenemos que reconocer que, aunque las funciones de la pena que se han venido explicando y el funcionamiento del aparato estatal en su conjunto buscan prevenir la ocurrencia de delitos y conservar las expectativas de los ciudadanos que indican que el ordenamiento jurídico está vigente y que las expectativas de que se pueden ejercer los derechos libremente no van a ser defraudadas, la criminalidad en ocasiones desborda los alcances de la institucionalidad y pone en jaque al Estado.

Esto se puede observar cuando el Estado, ante el inexorable y en ocasiones incontenible crecimiento del crimen, se ve obligado a negociar con delincuentes la forma en que se puedan someter a la justicia y cejar su actuar criminal prescindiendo de la imposición estricta de la ley. Este fenómeno, entre otras eventualidades, se presenta cuando el Estado se ve obligado a no aplicar rigurosamente la ley penal y desistir de la idea de imponer de manera absoluta la justicia y el derecho para iniciar procesos de paz o para negociar formas de sometimiento a la justicia de estructuras criminales poderosas a cambio de que cesen la actividad delictiva.

Si bien la cláusula de social de nuestro Estado insta a la Administración de Justicia y a todas las ramas del poder público a buscar la satisfacción del interés general, que se encuentra con las negociaciones de sometimiento de estructuras

criminales a la institucionalidad y la ley, no podemos negar que el proceder ideal es imponer el Estado de derecho y la justicia sobre toda forma de arbitrariedad o vía de hecho por generalizada o avasalladora que parezca o por loables o censurables que sean sus ideales⁶¹.

Las fuerzas criminales que ponen en jaque al Estado no son fuerzas criminales ejercidas por una persona o por unas cuantas y contadas personas, la mayoría de las veces son colectivos estructurados con fuerza y capacidad de intimidar a la sociedad y en ocasiones a las mismas autoridades del Estado, también eventualmente, con capacidad de superar las fronteras territoriales del Estado o de una división política del mismo y, no pocas veces, con la idoneidad para pervertir o desquiciar con corrupción o violencia el funcionamiento del propio Estado o de las autoridades de este⁶².

Aunque existe esta clase de criminalidad, que no se puede negar y que se tiene enfrenar con decisión, consideramos que por regla general y en el escenario ideal, el Estado no puede claudicar en su obligación de hacer prevalecer la justicia y el derecho. En este escenario vamos a circunscribir este trabajo, al escenario ideal en el que va a haber una aplicación de justicia ante la complejidad del delito y no recurrirá a medidas excepcionales que flexibilicen la aplicación de la ley penal.

Consideramos que la forma de combatir a través del derecho penal los graves y generalizados episodios de crimen debe ser enfrentando los colectivos que generan esta criminalidad como focos de inseguridad, crimen e ilegalidad y no con la persecución penal de individuos de manera aislada⁶³. Sin embargo, tampoco podemos dejarnos llevar del impulso por encontrar formas de combatir el crimen y considerar que se deben pasar por alto principios propios de un derecho penal del Estado de derecho y de nuestro ordenamiento constitucional, es decir, por más

⁶¹ AUGUSTO CASTAÑEDA DÍAZ, *La represión penal del crimen organizado: estrategias metodológicas para judicializar graves violaciones a los derechos humanos*, Nueva jurídica, Bogotá, 2018, página 25.

⁶² *Ibíd.* Página 25.

⁶³ MIGUEL POLAINO-ORTS Y GÜNTHER JAKOBS, *Criminalidad organizada, formas de combate mediante el derecho penal*, Editorial Flores, México, 2013, página 71.

que el fenómeno delictivo sea complejo, que requiera de todo el esfuerzo en el combate por parte del Estado y de la Administración de Justicia y que deba acometerse contra el grupo o la colectividad que sea un foco de crimen e inseguridad, no se pueden franquear límites del derecho penal como los de la responsabilidad individual y el respeto a la justicia en la imposición de la pena.

Sabemos que es más fácil reprimir a la criminalidad grupal castigando a todos los integrantes del grupo delictivo por los delitos cometidos por dicha colectividad sin mayor discriminación ni distinción, pero esta clase de penas contravienen el ordenamiento de nuestro Estado, que se funda en el respeto de la dignidad humana de quien pueda ser destinatario de la pena; en la responsabilidad penal individual y por los hechos punibles cometidos; y en la gradualidad, razonabilidad y proporcionalidad de la pena de acuerdo con las conductas cometidas.

En este entendido, aunque los fenómenos criminalidad imponen la obligación para el Estado de combatir el delito sin la miopía y las limitaciones de la lucha contra la delincuencia simple, que implican una descontextualizada persecución penal del individuo aislado del fenómeno criminal generalizado y complejo, no es admisible en nuestro ordenamiento renunciar al deber de respetar las garantías individuales del ser humano por el hecho de que el fenómeno criminal revista complicaciones.

Como hemos repetido copiosamente, en este trabajo nos enfocaremos en la criminalidad organizada como una forma compleja del fenómeno criminal sin pretender abarcar todas las formas posibles de criminalidad colectiva, y para ello ahondaremos en este capítulo en la determinación y legitimidad de la categoría de la criminalidad organizada para tratar más adelante el tema de cómo el derecho penal puede enfrentar este tipo de criminalidad por medio de la imputación penal.

2.1. Importancia de la categoría de crimen organizado.

La criminalidad es un fenómeno complejo y variopinto que tiene matices, y aunque no se quiera comprender o explicar, está presente en la realidad de la sociedad y afecta a todos los ciudadanos de distinta manera y con distinta intensidad. Ciertos

grupos de personas se caracterizan por ejercer la comisión de delitos como oficio censurable de manera recurrente y en estos colectivos de personas encontramos ciertos grupos que llamamos grupos de crimen organizado, de criminalidad organizada o de delincuencia organizada.

Cuando hablamos de criminalidad organizada nos referimos a un tipo de criminalidad que existe y que está presente aunque no sea un fenómeno fácil de hacer, comprender o determinar con precisión, por ello no es raro que haya opiniones que encuentren productivo crear una especie o categoría de criminalidad que se llame crimen organizado⁶⁴ y otros que consideren que la categoría del crimen organizado es una entelequia creada para defender una forma asistemática, inconsistente e injustificada de perseguir el delito, desconociendo reivindicaciones ciudadanas que limitan el poder del Estado⁶⁵.

Al lado de los detractores y partidarios de concebir la categoría especial de crimen organizado hay escépticos que comprenden que la criminalidad ha alcanzado un nivel de sofisticación y complejidad suficiente para clasificar distintos tipos de delincuencia, pero que el concepto de crimen organizado no está delimitado ni determinado y que si bien la criminalidad colectiva es un fenómeno real y serio no hay elementos que permitan una categorización seria de la criminalidad, con la categoría especial de crimen organizado.

En este trabajo se va a partir del hecho de que el crimen organizado es una especie legítima dentro del género delincuencia, que, si bien requiere concreción en su definición, cuenta con elementos conceptuales y consensos en la doctrina que permiten delimitarlo como una categoría.

Esta clase de criminalidad se manifiesta en la comisión de delitos sistemáticos, graves y generalizados perpetrados por grupos de personas o colectividades de manera recurrente, con patrones comunes de criminalidad y de manera planificada

⁶⁴ SAMUEL MALAMUD, *El concepto de crimen organizado: ciertos elementos para una mayor concreción*. En *Revista chilena de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 7, N° 1; Santiago, 2016, página 68.

⁶⁵ EUGENIO ZAFFARONI, *El crimen organizado: una categoría frustrada*, Leyer, Bogotá, 1996, página 40.

a una escala que desborda límites territoriales y las formas tradicionales de criminalidad.

De hecho, la mera existencia de esta clase de grupos destinados a ejecutar graves crímenes se ha convertido en objeto de persecución penal por parte del Estado debido a que estos grupos son un foco de inseguridad y peligro para la vida y los bienes de los ciudadanos y para la integridad y estabilidad del Estado, por ello, a diferencia de lo que ocurre con la criminalidad tradicional e individual, el Estado no puede limitarse a controlar los desmanes de esta clase de agentes del delito sino que debe enfrentar estos grupos como si fueran enemigos que se necesitan erradicar o neutralizar para la sana subsistencia del Estado y la sociedad⁶⁶.

Consideramos que en principio un Estado como el nuestro no debería tener este tipo de prevenciones en contra ciertos de grupos de ciudadanos ni considerar a ningún colectivo como fuente de inseguridad y peligro para la sociedad, sin embargo, esta clase de delincuencia que llamaremos crimen organizado implica riesgos para la viabilidad de un Estado y una sociedad, riesgos de lesión para los intereses de las personas de bien y una falta de credibilidad por parte de la ciudadanía en la posibilidad que tienen de ejercer sus derechos sin ser atacados⁶⁷; en consecuencia de esto, surge la obligación para el Estado y su aparato judicial de actuar para enfrentar esta clase de grupos y los peligros que encarnan, y la forma de enfrentarlos, en el ámbito de competencia del derecho penal, es mediante la expansión y el endurecimiento del ejercicio del derecho penal por la clase de criminalidad que se pretende enfrentar⁶⁸, pues para enfrentar problemas contundentes se requieren soluciones igualmente contundentes.

⁶⁶ GÜNTHER JAKOBS y MIGUEL POLAINO, *Terrorismo y Estado de derecho*, Universidad Externado, Bogotá, 2009, páginas 14 y ss.

⁶⁷ *Ibíd.* Página 23.

⁶⁸ ROLAND HEFENDEHL, *¿La criminalidad organizada como fundamento de un derecho penal de enemigo o de autor?* en *Revista de derecho penal y criminología*, número 75, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, página 65.

Las soluciones que se emplean por parte del derecho penal para combatir crimen organizado son de distinta naturaleza, entre ellos están ii) la creación de delitos que castigan la mera asociación para cometer delitos o la pertenencia a grupos que tienen el delito como oficio deleznable; ii) la agravación de delitos existentes por el hecho de cometerse en el seno de grupos que se dedican a cometer delitos; iii) la flexibilización de criterios de imputación de conductas punibles para perseguir penalmente a integrantes de grupos de crimen organizado y alcanzar a miembros que propician la comisión de delitos pero no ejecutan de propia mano las conductas criminales y iv) la previsión de métodos de investigación y judicialización que faciliten la persecución penal de grupos criminales⁶⁹.

Se recuerda que de las anteriores medidas que se toman en el ámbito del derecho penal para enfrentar el crimen organizado las relativas a la creación de delitos o agravación de los delitos existentes le competen al legislador y no serán objeto de este trabajo y las referentes a métodos de investigación y judicialización tampoco serán abordadas en este estudio por ser asuntos atinentes a la investigación y el procedimiento penal y no a un modelo de imputación de conductas cometidas en grupos de crimen organizado.

Como lo indicamos con anterioridad, aunque consideramos que es importante la categorización del crimen organizado como una clase de criminalidad hay opiniones en contrario como la del maestro EUGENIO RAÚL ZAFFARONI que censuran la existencia de esta clase de criminalidad en el entendido de que resulta lesiva para el principio de legalidad por cuanto no es un fenómeno que tenga una estricta tipificación, delimitación y determinación en la ley, lo que permite que se irroguen a los ciudadanos consecuencias arbitrarias por pertenecer a grupos que se consideran de crimen organizado⁷⁰.

También critica el doctrinante que la categoría de crimen organizado no define cuales son las actividades que se desarrollan y por las cuales se va a castigar

⁶⁹ CARLOS SÁNCHEZ, *Sobre el concepto de crimen organizado. Significación de su contenido en la legislación penal salvadoreña* en *Revista policía y seguridad pública*, número 2, El Salvador, 2012, página 46.

⁷⁰ EUGENIO ZAFFARONI ob. Cit. Página 16.

eventualmente a los integrantes de grupos de crimen organizado, tampoco tiene una descripción legal que identifique el tipo de criminalidad que es el crimen organizado, sirviendo de continente en la que se puede incluir cualquier forma de criminalidad colectiva, lo que haría improductiva esta categorización; en cambio, según el profesor Argentino, es una categoría útil para legitimar sofismas que motivan la expansión injustificada del derecho penal y de la restricción de libertades sin provecho alguno para la sociedad⁷¹.

Como se dijo arriba, los escépticos de la categoría de crimen organizado consideran que hay un tipo de criminalidad colectiva grave, sistemática, generalizada y que pone en peligro a la sociedad y al Estado de derecho, sin embargo, es un fenómeno que puede llegar a tener alcance trasnacional y poca uniformidad y que no es objeto de estudio por disciplinas que intenten abordar este fenómeno de manera coordinada e integral.

Aunado a esto, los fenómenos de criminalidad que se consideran crimen organizado tienen particularidades dependiendo las regiones donde se presentan y las condiciones sociales de dichas regiones, pues no es igual la criminalidad de la mafia rusa, de la yakuza japonesa, de las maras de Centroamérica, de las bandas criminales colombianas y de los carteles mexicanos entre otros. Esto dificulta en gran medida el estudio de una categoría de criminalidad que abarque estas todas formas de delincuencia y la regulación de este fenómeno que como hemos dicho en ocasiones tiene un alcance trasnacional y requiere de consensos internacionales para su combate por parte de los Estados⁷².

A pesar de lo anterior, consideramos que lo que se suele llamar crimen organizado es un fenómeno de macro criminalidad de extrema gravedad y que trae bastantes perjuicios a la sociedad, por tanto debe ser enfrentado con determinación por parte de nuestro Estado y la academia no puede cejar en su esfuerzo de explicar las distintas categorías de criminalidad, pues el entendimiento de este tipo de

⁷¹ *Ibíd.* Página 40.

⁷² LAURA ZÚÑIGA, *Criminalidad organizada, derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis*, en revista *Foro jurídico*, número 10, Pontificia universidad de Perú, Lima, 2010, páginas 158 y ss.

criminalidad posibilita encontrar formas de combatir este fenómeno que no se encontrarían si se considera esta forma de delincuencia como una eventualidad aislada, individual y descontextualizada.

Consideramos que sería imposible enfrentar eficazmente un fenómeno que no se conoce y del que no se saben sus rasgos característicos, no se puede ignorar que las estructuras de imputación, en el ámbito del derecho penal, que solo persiguen conductas de individuos se han mostrado insuficientes para combatir la criminalidad colectiva y por ello se requiere adoptar formas de imputación más provechosas para hacerle frente a las formas más sofisticadas de criminalidad grupal⁷³, y esto no se puede adoptar si no se conoce al fenómeno al que se intenta hacer frente.

Por otra parte, aunque los escépticos de una clasificación en la que se encuentre la delincuencia organizada como una figura autónoma consideren que el hecho de que el derecho tiene un alcance estatal y territorial y la criminalidad organizada una vocación de ser transnacional es una limitante para conceptualizar el crimen organizado como una categoría autónoma, encontramos que esta dificultad es más bien una necesidad, pues hay un acuerdo en que los Estados requieren consensos y coordinación para enfrentar el crimen organizado y la forma de llegar a este tipo de consensos es mediante una definición unívoca de lo que se considera crimen organizado, ya que los consensos en la política criminal y toda clase de política parten de definir el objeto sobre el cual se va a realizar un consenso, es decir hay que definir que es crimen organizado para llegar a consenso sobre lo que se va a hacer para enfrentarlo.

No intentamos con este trabajo hacer una clasificación prolija de todas las formas de criminalidad plural, solo intentamos identificar un fenómeno al que se le suele llamar crimen organizado, conocer sus rasgos característicos y encontrar un modelo de imputación penal adecuado para este tipo de delincuencia en caso de

⁷³ ANDRÉ CALLEGARI, *Crimen organizado: concepto y posibilidad de tipificación delante del contexto de la expansión del derecho penal*, en *Revista de derecho penal y criminología*, número 91, Universidad Externado de Colombia, 2010, página 21.

que se determine apropiado tildar a cierto tipo de criminalidad como criminalidad organizada.

2.2. Generalidades conceptuales del crimen organizado.

Como se ha venido indicando el crimen organizado es una forma de criminalidad colectiva que causa bastantes perjuicios a la sociedad, el Estado y los ciudadanos en sus derechos y bienes. También se ha dicho que es un fenómeno que puede llegar a tener alcance trasnacional, por eso no es raro que la comunidad internacional haya intentado definir qué es crimen organizado.

La definición de crimen organizado se ha tratado de prever en distintos instrumentos internacionales que tienen relación con nuestro ordenamiento⁷⁴, verbigracia:

En 1994 la Asamblea general de la ONU aprobó la “Declaración Política y Plan de Acción Mundial de Nápoles contra la Delincuencia Transnacional Organizada”⁷⁵ que dijo:

“Resolvemos proteger a nuestras sociedades de la delincuencia organizada en todas sus formas, a través de medidas legislativas estrictas y eficaces y de instrumentos operacionales, que sean en todo conformes con los derechos humanos y las libertades fundamentales internacionalmente reconocidos.

(...)

La comunidad internacional deberá definir de común acuerdo un concepto de delincuencia organizada que sirva de base para la adopción de respuestas nacionales más compatibles entre sí, y para una cooperación internacional más eficaz.

⁷⁴ Hay otras normatividades internacionales y extranjeras que no consideramos provechoso explicar por no ser vinculantes para nuestro país como la ley “Racketeer Influenced and Corrupt Organizations” de Estados Unidos, el Tratado de Maastricht de la Unión Europea de 1997, el plan de acción contra la delincuencia organizada del Consejo de la Unión europea de 1997, el tratado de Ámsterdam de la Unión Europea de 1997, el Plan de acción del Consejo y de la Comisión de las mejores formas de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia.

⁷⁵ Declaración Política y Plan de Acción Mundial de Nápoles contra la Delincuencia Transnacional Organizada de 1994.

Para combatir eficazmente la delincuencia organizada, los Estados deberán tener en cuenta las características estructurales y el modus operandi de este tipo de delincuencia al formular estrategias, políticas y medidas legislativas y de otra índole. **Sin que constituyan una definición cabal y jurídica del fenómeno, cabe considerar como típicas las siguientes características: la formación de grupos para dedicarse a la delincuencia; los vínculos jerárquicos o las relaciones personales que permiten el control del grupo por sus jefes; el recurso a la violencia, la intimidación o la corrupción para obtener beneficios o ejercer el control de algún territorio o mercado; el blanqueo de fondos de procedencia ilícita para los fines de alguna actividad delictiva o para infiltrar alguna actividad económica legítima; el potencial para introducirse en alguna nueva actividad o para extenderse más allá de las fronteras nacionales; y la cooperación con otros grupos organizados de delincuentes transnacionales”.**

Esta declaración o instrumento no convencional fue el insumo para que se armara una comisión en la ONU que diera como resultado la famosa Convención de Palermo que definía la criminalidad organizada de la siguiente manera⁷⁶:

“Por “**grupo delictivo organizado**” se entenderá un **grupo estructurado** de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más **delitos graves** o **delitos tipificados con arreglo a la presente Convención** con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.

Esta definición de la Convención de la ONU tiene muchos elementos normativos que la misma Convención los define de la siguiente manera:

Por **grupo estructurado** la Convención se refiere a:

“Por “grupo estructurado” se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada;”

Por **delitos graves** la Convención se refiere a:

⁷⁶ Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, artículo 2.

“Por “delito grave” se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave”.

Por **delitos tipificados con arreglo a la Convención** se refiere a:

“El acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material y, cuando así lo prescriba el derecho interno, que entrañe un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo o que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado;

(...)

La conducta de toda persona que, a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en: a. Actividades ilícitas del grupo delictivo organizado; b. Otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita;

(...)

La organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento en aras de la comisión de un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado

(...)

Delitos graves que entrañen la participación de grupos delictivos organizados

(...)

La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;

(...)

La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito;

(...)

La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito

La participación en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, el intento de cometerlos, y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión

(...)

La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales

La solicitud o aceptación por un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales

(...)

El uso de fuerza física, amenazas o intimidación, o la promesa, el ofrecimiento o la concesión de un beneficio indebido para inducir a falso testimonio u obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas en un proceso en relación con la comisión de uno de los delitos comprendidos en la presente Convención;

El uso de fuerza física, amenazas o intimidación para obstaculizar el cumplimiento de las funciones oficiales de un funcionario de la justicia o de los servicios encargados de hacer cumplir la ley en relación con la comisión de los delitos comprendidos en la presente Convención. Nada de lo previsto en el presente apartado menoscabará el derecho de los Estados Parte a disponer de legislación que proteja a otras categorías de funcionarios públicos”

Además de estos instrumentos nuestro Estado adoptó mediante leyes nacionales definiciones de grupos de delincuencia organizada de la siguiente manera⁷⁷:

⁷⁷ Ley 1908 de 2018, artículo 2.

“Grupo Delictivo Organizado (GDO): El grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la Convención de Palermo, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

Los delitos cometidos por estos grupos no necesariamente tendrán que ser de carácter transnacional sino que abarcarán también aquellos delitos que se encuentren tipificados en el Código Penal Colombiano”.

Entre esta definición de grupos de delincuencia organizada, que es una réplica de la Convención de Palermo, la Ley 1908 de 2018 resalta una especie o clase de grupos de delincuencia organizada que tienen la particularidad de aplicar necesariamente reglas del DIH referentes al conflicto armado interno o no internacional⁷⁸, estos grupos se denominan de la siguiente manera⁷⁹:

“Grupos Armados Organizados (GAO): Aquellos que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte del territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas.

Para identificar si se está frente a un Grupo Armado Organizado se tendrán en cuenta los siguientes elementos concurrentes:

- Que use la violencia armada contra la Fuerza Pública u otras instituciones del Estado; la población civil; bienes civiles, o contra otros grupos armados.
- Que tenga la capacidad de generar un nivel de violencia armada que supere el de los disturbios y tensiones internas.
- Que tenga una organización y un mando que ejerza liderazgo o dirección sobre sus miembros, que le permitan usar la violencia contra la población civil, bienes civiles o la Fuerza Pública, en áreas del territorio nacional”

Aunque estos instrumentos internacionales normas nacionales nos orientan para hallar el concepto de lo que se debe entender un grupo de crimen organizado, observamos que estas definiciones previstas en la Ley 1908 de 2018 y en la Convención de Palermo tienen el problema de tener ser abiertas y evanescentes y

⁷⁸ ANGELA BUITRAGO, *delitos de grupos delictivos organizados y grupos armados organizados, en Lecciones de derecho penal, parte especial, edición 3*, Bogotá, 2019, página 420 y ss.

⁷⁹ Ley 1908 de 2018, artículo 2.

permiten incluir en dichas definiciones grupos de criminalidad distintos de los que la criminología considera grupos criminalidad organizada⁸⁰, porque estas normas describen un concepto extremadamente amplio en el que encaja en casi cualquier clase de fenómeno de criminalidad colectiva, como las pandillas de barrio, los grupos de terrorismo o los grupos de criminalidad económica y empresarial.

En este trabajo nos referiremos a una definición más criminológica y sociológica del crimen organizado y no a la definición legal, pues consideramos que, si bien la definición que formulemos de crimen organizado debe respetar los linderos impuestos por estas normas, debe nutrirse de elementos característicos extralegales para identificar el fenómeno de la delincuencia organizada, pues la doctrina ha estructurado aspectos basilares para restringir el concepto de crimen organizado que caben en la definición legal, pero que aportan a definir en mejor manera el tema, es decir, delimitan de mejor manera a lo que nos vamos a referir en este trabajo como crimen organizado, que es un significado respetuoso de lo previsto en la ley pero más específico y adecuado para estudiar identificar un modelo de imputación por delitos cometidos en el seno de grupos de cierto tipo de criminalidad.

La criminalidad organizada es una forma de criminalidad colectiva, que como ya hemos indicado no es idéntica a la definida en la Ley 1908 de 2018 y en la Convención de Palermo, que tiene al menos las siguientes características:

- **Es organizada.** los grupos de crimen organizado son organizaciones con pluralidad de personas, pero mucho más de 3 personas, contrario a lo indicado en la Convención de Palermo y la Ley 1908 de 2018. Esta pluralidad de personas está organizada en una estructura de manera que permite coordinar entre los integrantes la comisión de conductas punibles.

La forma de organización por antonomasia de los grupos de delincuencia organizada es la estructura jerárquica ya que esta forma de estructuración

⁸⁰ SAMUEL MALAMUD, *El concepto de crimen organizado: ciertos elementos para una mayor concreción*. En *Revista chilena de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 7, N° 1; Santiago, 2016, página 78

le da solidez e institucionalidad al grupo, es decir, permite que la conformación del grupo sea tan consistente que hace ver a la agrupación como una institución que actúa y permanece incólume a pesar del cambio o la salida de integrantes del grupo.

Caracterizar a los grupos de crimen organizado como grupos de estructura jerárquica aparte de diferenciarlos de otros fenómenos de criminalidad delictiva como las redes criminales o los simples grupos criminales resulta útil para tener un punto de referencia sobre el tratamiento político-criminal que el Estado tiene que emprender para combatir el crimen organizado.

Los grupos de delincuencia organizada, que por antonomasia se organizan en estructuras jerárquicas⁸¹, tienen una distribución de rangos, roles y funciones al interior del grupo que se relacionan con la ejecución de los delitos y el grado de intervención en los mismos por parte de los integrantes de la estructura.

Estos grupos normalmente tienen 3 niveles jerárquicos en su organización⁸², i) los directivos que son la cúpula de los jefes con mayor recorrido y experticia en el deleznable oficio criminal, estos jefes dirigen la organización y las formas por las cuales se consiguen los fines del grupo delincencial; ii) en la base de la organización están los sujetos más vulnerables y excluidos por la sociedad que cumplen las labores de ejecutar de propia mano los hechos punibles planeados por cúpulas superiores; y iii) entre los anteriores rangos está el nivel más heterogéneo de integrantes que se constituye por los sujetos que reciben indicaciones de los jefes y tienen cierta autonomía para coordinar y gestionar las tareas y dar indicaciones y órdenes a los integrantes de base del grupo.

⁸¹ LAURA ZÚNIGA. Ob. Cit. Página 165

⁸² SCHELLLER D'ANGELO, ANDRÉ, LUGO QUIROZ, EDWIN DE JESÚS, *Conceptualización del Crimen Organizado y su regulación en la legislación Penal Colombiana en Revista Nuevo Foro Penal*, 92, Universidad EAFIT, Medellín, 2019, página 291.

Existen otras formas de criminalidad colectiva como las pandillas de barrio que, aunque sus miembros puedan tener lealtad con su cuadrilla, no tienen una organización tan institucionalizada, ni tanto grado de coordinación para cometer delitos y pueden variar o modificarse con la ausencia de ciertos integrantes. A estos grupos se les suele denominar redes criminales⁸³ para distinguirlos de los grupos de crimen organizado más institucionalizados y debido a su tenue grado de organización es más difícil encontrar un criterio de imputación por los delitos cometidos en estas agrupaciones o redes criminales.

Junto a estas colectividades están las estructuras fluidas de criminalidad que están compuestas por sujetos que se pueden organizar y desorganizar de la agrupación dependiendo determinadas circunstancias y tampoco tienen un grado de organización institucionalizado⁸⁴.

Además de estas hay grupos con el mote de racismos criminales y otros con la simple categoría de grupos criminales que es la denominación subsidiaria de grupos que no encajan en determinada clase de criminalidad colectiva⁸⁵; sin embargo, en este trabajo no pretendemos hacer una clasificación de las distintas formas de criminalidad plural sino centrarnos en los grupos de delincuencia organizada, sin desconocer que la clasificación de los distintos grupos de criminalidad es una interesante temática para futuros trabajos de investigación.

Adicionalmente de lo expuesto, los grupos de delincuencia organizada se reconocen por tener un sistema de disciplina en el interior de la estructura⁸⁶ y una vocación de estabilidad y permanencia en el tiempo.

⁸³ JULIÁN LÓPEZ MUÑOZ, *Criminalidad organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos*, editorial Dykinson, Madrid, 2015, página 100 y ss.

⁸⁴ SCHELLLER D'ANGELO, ANDRÉ, LUGO QUIROZ, EDWIN DE JESÚS. Ob. Cit. Página 293 y ss.

⁸⁵ JULIÁN LÓPEZ MUÑOZ, *Criminalidad organizada y terrorismo*, editorial Dykinson, Madrid, 2019, página 70 y ss.

⁸⁶ *Ibíd.* Página 101 y ss.

También es normal en estos grupos la exclusividad de sus integrantes, esto implica que los miembros de la organización no pueden pertenecer a otros grupos de delincuencia organizada simultáneamente⁸⁷.

- **Comisión de delitos graves.** Hemos señalado que los grupos de crimen organizado tiene la característica de cometer delitos graves y numerosos. Esta no es una cualidad que resulte tautológica o redundante por el hecho de hablar de crimen organizado, pues, si bien el crimen organizado implica que le es inherente la actividad criminal o la comisión de delitos, esta característica del crimen organizado cualifica esta manera de delincuencia.

El crimen organizado se caracteriza por causar un grave daño social por la gravedad de los delitos que cometen estos grupos y por el uso generalizado de la violencia en su ejercicio delincencial, cosa que lo diferencia con otras formas de criminalidad plural como la criminalidad empresarial o económica, pues el crimen organizado se caracteriza por cometer delitos graves que van desde la común criminalidad lucrativa como el narcotráfico y el contrabando hasta graves violaciones de derecho humanos y DIH, pasando por delitos medioambientales, de corrupción estatal y los que ponen en peligro la seguridad del Estado y el régimen político.

Aparte de lo anterior, la delincuencia organizada se distingue por ejercer un poder y un control territorial ocupando espacios rurales o urbanos que debería ocupar con total autoridad el Estado y no lo hace⁸⁸. Esto, además de significar un grave peligro para los intereses de sus ciudadanos, acarrea un grave peligro para el Estado toda vez que debilita su presencia, autoridad y poder y con ello el orden vigente previsto en la Constitución y la ley, a tal punto de desacreditar la idea de que el Estado es la autoridad por antonomasia y el dueño del monopolio del uso de la fuerza y la violencia institucionalizada.

⁸⁷ SAMUEL MALAMUD Ob. Cit. Página 80.

⁸⁸ JULIÁN LÓPEZ MUÑOZ, *Criminalidad organizada y terrorismo*. Ob. Cit. Página 102.

La criminalidad organizada se caracterizan por poner en jaque al Estado de derecho y debilitarlo cuestionando su credibilidad, ya sea porque ejerce una violencia desbordada y una reiteración en el delito que intimida a la población y le genera un estado de temor, inseguridad y zozobra que le impide ejercer sus derechos⁸⁹ o porque corrompe políticos, medios de comunicación o líderes sociales para incidir en la sociedad y asegurar su impunidad.

Estos grupos delincuenciales no solo afectan la solidez del Estado de derecho y su legitimidad, ya que en ocasiones utilizan las herramientas políticas y se inmiscuyen en las autoridades estatales para garantizar la impunidad y la continuidad en su ominosa actividad, sino que también perturban legítimos sectores de la economía, pues los grupos de crimen organizado blanquean los beneficios económicos de su actuar delictivo en actividades comerciales honestas y en contratación con el Estado, lo que redundará en externalidades que alteran en cierta medida el equilibrio de sectores lícitos de la economía y el funcionamiento del Estado, ya que pone en riesgo la realización idónea, eficiente y profesional de las funciones que el Estado confía en sus contratistas debido a que los contratos estatales no se adjudicarán a los más aptos sino al hampa que busca lavar beneficios económicos y enriquecerse.

- **Identidad propia de la organización.** Los grupos delincuencia organizada están estructurados de manera coordinada y articulada, de hecho, es usual que los delitos cometidos por miembros de grupos organizados sigan un determinado patrón de criminalidad, un plan criminal y delaten un contexto de su actuar criminal.

Autores como el ya citado AUGUSTO CASTAÑEDA DÍAZ han ilustrado que “en la criminalidad convencional no se detectan los llamados “patrones o

⁸⁹ NICOLÁS SANTIAGO CORDINI, *El “crimen organizado”: un concepto extraño al derecho penal argentino en Revista Direito GV, volumen 2 número 1, Sao Paulo, 2017, página 344.*

contextos de sistematicidad o generalidad”, que son más propios del crimen organizado. Un patrón de criminalidad se refiere a una serie de eventos que, debido a su frecuencia, ubicación especial y naturaleza, implican algún grado de planificación y de control centralizado. La utilización de los patrones ayuda a comprobar si un crimen en particular fue parte de un proceso planificado, es decir, de unos hechos programados por una organización”⁹⁰.

Esto propicia que los delitos perpetrados por integrantes de estas organizaciones se vean por la ciudadanía como un acto perpetrado por el grupo, no por personas individualmente consideradas, lo que conlleva a darle al colectivo una identidad distinta de la de los integrantes, es decir, el grupo de crimen organizado pasa de ser visto como un cúmulo de individuos delincuentes a ser visto como un sujeto que actúa y es susceptible de imputación.

Es común escuchar en alocuciones de medios de comunicación y de autoridades del Estado que el Clan del golfo inició un paro armado o que el antiguo cartel de Medellín cometió determinado atentado. Esto sucede porque son grupos que cuentan con una identidad distinta de la de sus integrantes y son reputados como un foco de inseguridad y un objetivo de persecución, o un enemigo utilizando otros términos; solo que, como lo hemos indicado, si nos vamos a referir a la persecución penal que se logra con la imposición de una pena estatal, no se puede imponer una pena a un ente que no sea un ser humano y no se puede imputar la comisión de un delito específico a todos los integrantes de una agrupación de crimen organizado por el hecho de pertenecer a ella, pues ello violaría el principio de responsabilidad penal individual y subjetiva que hemos comentado anteriormente.

⁹⁰ AUGUSTO CASTAÑEDA, ob. Cit. Página 137.

Ello no obsta para considerar que la organización con su actuar le transfiere la responsabilidad penal a quienes actúan en el seno de la organización e intervienen de alguna manera en la comisión de un delito⁹¹, sin embargo, este asunto relativo a la imputación de la conducta y el resultado por la comisión de delitos en un grupo de delincuencia organizada se ahondará posteriormente en este trabajo.

- **Persecución del lucro.** Se ha comentado en este trabajo que una de las características del crimen organizado consiste en que los grupos de este tipo de criminalidad cometen de manera asidua y sistemática graves crímenes, sin embargo, el fin de estos grupos no es la comisión de delitos por cometer delitos, no es delinquir por delinquir.

el objetivo de este tipo de criminalidad es la consecución de lucro⁹², de dinero fácil y abundante, mientras que el medio para alcanzar ese fin es el actuar delictivo.

Es común que algunos grupos de crimen organizado quieran buscar reconocimiento político, sin embargo, en los grupos de crimen organizado, las finalidades políticas son simples fachadas para obtener algún trato privilegiado por parte de las autoridades, por ejemplo, un grupo de crimen organizado como el clan del golfo dedicado al narcotráfico alegaba reconocimiento de finalidades políticas para evitar extradición de sus líderes, alegando la comisión delitos políticos y alianzas con grupos que si tienen finalidad política como las guerrillas⁹³.

En los grupos de crimen organizado generalmente se alegan relaciones con la política y en ocasiones realmente existe relación estrecha con políticos, pero por finalidades distintas a las políticas como asegurar la impunidad de sus crímenes o tener un trato privilegiado por parte de la justicia estatal,

⁹¹ ANDRÉ CALLEGARI, Ob. Cit. Páginas 30 a 34.

⁹² LAURA ZÚÑIGA, Ob. Cit. Página 163.

⁹³ EL TIEMPO, '*Clan del Golfo*' buscó a Farc y Eln para evitar extradición, Bogotá, 22 de abril de 2019. Tomado de [<https://www.eltiempo.com/justicia/conflicto-y-narcotrafico/maniobras-con-las-que-clan-del-golfo-han-buscado-evitar-extradicion-351912>].

utilizar relaciones con políticos para lavar dinero o asegurar la viabilidad de los negocios y las operaciones delincuenciales de los grupos, o tener influencia en la sociedad para realizar sin mayor reproche su actividad delictiva.

Normalmente el crimen organizado es confundido con otra clase de criminalidad plural, organizada jerárquicamente, con identidad de grupo y que comete delitos graves que es el terrorismo, sin embargo, estas formas de criminalidad son distintas por rasgos característicos, verbigracia, el terrorismo es una criminalidad con fines políticos que busca cambiar un orden político mientras que el crimen organizado intenta simplemente debilitar el orden político e institucional para poder delinquir sin el obstáculo de las autoridades estatales⁹⁴, los grupos de terrorismo no tienen problema en operar a pérdidas o sin rentabilidad económica y el crimen organizado persigue eminentemente el lucro⁹⁵, el crimen organizado en ocasiones puede operar subrepticamente y el terrorismo siempre busca protagonismo e impacto mediático en la sociedad⁹⁶.

- **Planificación de la actividad delictiva.** Los grupos de delincuencia organizada obran en función de un plan criminal o un programa criminal normalmente dirigido y formulado por las altas cúpulas directivas de las organizaciones.

Normalmente el plan criminal fijado por la organización delincencial prevé los delitos más graves que se van a cometer en una operación y los delitos que se cometerán de manera accesorio o accidental no están previstos en el plan con el que actúa la organización criminal, sin embargo, los delitos más importantes no son resultado de un actuar espontáneo, sino que

⁹⁴ MIGUEL ÁNGEL BARRIOS, *Seguridad ciudadana, de lo municipal a lo continental*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2013, páginas 31 y ss.

⁹⁵ SCHELLLER D'ANGELO, ANDRÉ, LUGO QUIROZ, EDWIN DE JESÚS, ob. Cit. Páginas 295 y ss.

⁹⁶ *Ibíd.* 2915 y ss.

siguen un patrón de criminalidad que se detecta y obedecen a una planeación, coordinación y ejecución de las conductas.

Después de las anteriores consideraciones encontramos entendible porque en la Corte Constitucional explica, sin tener la misma profundidad que este trabajo, que:

“La criminalidad organizada tiene a su vez las siguientes características: (i) la concertación de varias personas para la comisión de delitos, (ii) con cierta organización (iii) estabilidad y permanencia; (iv) está dirigida a la comisión de delitos graves; (v) adopta una estructura compleja y (vi) tiene por objeto el beneficio o poder.

En este sentido, la criminalidad organizada constituye una empresa mundial que mueve miles de millones de dólares y que resulta una antítesis de la sociedad civil (...)”⁹⁷

2.3. Necesidad de imposición de pena.

Una vez planteado el concepto de crimen organizado con ciertos aspectos generales, huelga referirnos a la imposición de una pena estatal a los miembros de un grupo de delincuencia organizada ya que para ahondar en la necesidad de encontrar un modelo de imputación penal de la conducta delictiva a estas personas es menester primero aclarar para qué se desea imponer una pena a estos sujetos.

Esto parece una perogrullada pues no hay que ser un jurista erudito para saber porque toca imponer una pena a un delincuente peligroso y menos con las aclaraciones que hicimos en el primer capítulo de este estudio, sin embargo, vamos a explicar un poco esta obviedad para abordar el siguiente capítulo y entender la importancia del mismo.

⁹⁷ Sentencia C 334 de 2013.

Como ya se explicó los grupos de crimen organizado cuentan con una base de integrantes que son los que ejecutan de propia mano las conductas punibles. Estos sujetos son a quienes el Estado persigue a través del derecho en los esquemas de imputación que solo tienen en cuenta la conducta individual, sin embargo, estos esquemas no pueden considerarse suficientes para el tipo de criminalidad que estamos estudiando por razones que se expondrán en renglones posteriores.

Los ejecutores o la base de los grupos de delincuencia organizada son por lo general personas muy pobres reclutadas en un entorno de vulnerabilidad social y necesidades que por su situación tienen pocas opciones de vida y encuentran en los grupos de crimen organizado un destino donde desembocar⁹⁸. No hay duda que son personas que cometen hechos atroces y sobre los cuales debe caer todo el peso de la ley y en consecuencia sobre ellos debe imponerse una pena estatal, no obstante, este tipo de delincuentes no son los elementos más importantes de una agrupación de delincuencia organizada y la persecución penal de estos no tiene la más mínima posibilidad de desarticular las estructuras criminales a las que pertenecen, cosa que si pasaría persiguiendo penalmente a otros miembros de este tipo de organizaciones.

Hablando en el anterior acápite o subtítulo de la naturaleza y características de los grupos de crimen organizado se aludió que los miembros de estas organizaciones menos importantes pueden ser cambiados o retirados de la agrupación y la misma sigue siendo una institución intacta, esto quiere decir que los integrantes menos importantes en estos grupos organizados, que por regla general son los ejecutores de propia mano resultan fungibles para la estructura criminal y la pena a estos sujetos no reporta mayor provecho en la lucha contra la criminalidad organizada.

La imposición de una pena, si bien intenta restaurar la vigencia del ordenamiento jurídico y brindar la confianza a los ciudadanos de bien para que sepan que pueden ejercer sus derechos sin perturbaciones y además de ello intimidar a los

⁹⁸ JULIÁN LÓPEZ MUÑOZ, *Criminalidad organizada y terrorismo*, ob. Cit. página 45 y ss

potenciales delincuentes para que no delinca, también debe ser pensada para aislar al potencial enemigo de la sociedad para que no siga cometiendo delitos y no pueda seguir ejerciendo su libertad de manera abusiva, desconsiderada y criminal⁹⁹. En el caso de las estructuras de crimen organizado, la pena también debe ser pensada para aislar o neutralizar elementos de la organización que desestabilicen la agrupación y posibiliten su desmantelamiento.

Como ya se dijo anteriormente, los sistemas de imputación que consideran la conducta punible como una acción individual y aislada no posibilitan la imposición de la pena a sujetos que no ejecutan de propia mano la conducta pero intervienen determinadamente en la comisión de conductas en un grupo de delincuencia organizada, y en ocasiones estos sujetos que no actúan de propia mano son a quienes el derecho penal debería perseguir.

En la comisión de los delitos, y en especial en los cometidos en grupos de delincuencia organizada, no siempre tiene el aporte más relevante el sujeto que cometió la conducta de propia mano¹⁰⁰, de hecho en los grupos en los que los delincuentes de base o ejecutores de propia mano son los sujetos fungibles de los que puede prescindir una organización sin impacto negativo. Los sujetos de base o de bajo rango pueden ser cambiados o reemplazados para que se ejecuten delitos o se continúe con la actividad delictiva, cosa que no pasa con sujetos que ocupan cargos directivos y de coordinación en los grupos de delincuencia organizada, sobre todo en el caso de jefes o miembros directivos en estas organizaciones, pues sin estos miembros no hay un diseño de un plan criminal y no hay ordenes criminales y estos miembros no son sujetos fácilmente fungibles en una organización criminal.

Por esto es esencial y necesario para desarticular estas organizaciones criminales imponer penas, no solo a los ejecutores de propia mano, sino a otros integrantes del grupo de crimen organizado que intervengan en la comisión de los delitos para

⁹⁹ MIGUEL POLAINO-ORTS Y GÜNTHER JAKOBS, *Criminalidad organizada...* ob. Cit. Páginas 55 y ss.

¹⁰⁰ GÜNTHER JAKOBS, *teoría de la intervención*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, páginas 88 y ss.

que la pena estatal alcance a cada miembro de la organización criminal que aporte relevantemente a la comisión de los delitos, independientemente de lo poderosos o peligrosos que sean y de esta manera se cumplan los fines de la pena.

Es decir, se necesita que la pena estatal se imponga a todos los integrantes de un grupo de crimen organizado que intervienen determinadamente en la comisión de un delito para que se aislen o neutralicen integrantes peligrosos que afectan las libertades de la sociedad y se intimiden a todos los integrantes de una organización y de la sociedad para que no se cometan delitos, pues si los criminales más poderosos son alcanzados por el Estado y la pena estatal, el resto de la ciudadanía, incluyendo los miembros de un grupo criminal, sabrán que si cometen delitos el Estado a través de la pena estatal los alcanzará y castigará.

Además de esto con la imposición de una pena a los integrantes más importantes de una agrupación de crimen organizado se confirma la autoridad del Estado y el orden vigente castigando a los jefes de grupos que pongan en tela de juicio la vigencia del Estado de derecho, pues condenando penalmente a los más poderosos integrantes de un grupo criminal se niega cualquier impresión que pueda tener la sociedad que haga pensar que hay un orden superior al defendido por el Estado.

Partiendo de establecer porqué es importante que la pena se imponga a los integrantes de colectividades de criminalidad organizada, en especial a los más importantes, explicaremos como se puede atribuir responsabilidad penal a los miembros de grupos de delincuencia organizada por la comisión de delitos en el seno de dichas organizaciones.

CAPÍTULO III. MODELOS DE IMPUTACIÓN.

A lo largo de este estudio hemos sido reiterativos en aclarar que buscamos un esquema de imputación para los delitos cometidos en grupos de crimen organizado, por ello fue necesario dejar sentados derroteros acerca de las concepciones de comisión de una conducta relevante para el derecho penal a partir de la función de la pena; y acerca del tipo de colectividades a las que nos referimos cuando hablamos de grupos de delincuencia organizada.

En este capítulo será necesario abordar los modelos de imputación de conducta previstos atendiendo las funciones de la pena y del derecho penal, es decir los modelos de imputación que resultarían útiles para atribuir responsabilidad penal por delitos cometidos por un grupo de crimen organizado dependiendo de las funciones de la pena estatal de prevención general por intimidación y prevención general positiva.

Desde ya se anticipa que, aunque no se hará una explicación prolija de los modelos de atribución de responsabilidad dependiendo de la función de la penal, son dos los modelos que se estudiarán en este capítulo, un modelo basado en la teoría del dominio del hecho propio de la teoría de la prevención general por intimidación que considera que en la conducta que le importa al derecho penal lo más importante es el dominio de la voluntad con la que se lleva a cabo (dominio del hecho); y un modelo basado en la teoría de la intervención propia del funcionalismo de JAKOBS y de la teoría de la prevención general positiva que considera que en la conducta que le importa al derecho penal lo realmente trascendental es la infracción a un deber no el dominio del hecho.

También se anticipa que estas teorías presentarán problemas para el objetivo de este trabajo que serán discutidas con más amplitud en el próximo capítulo, sin perjuicio de una alusión obligatoria a las mismas que se daría en este capítulo.

Por parte de la teoría del dominio del hecho o del dominio de la voluntad se observará que tiene los problemas de ser descontextualizada e inconsistente o,

por lo menos, inconforme con nuestro Código Penal (CP); y por parte de la teoría de la intervención del funcionalismo radical de JAKOBS se observará que, aparte de también ser inconforme con nuestro CP, acarrea dificultades para distinguir entre autores y partícipes de un delito¹⁰¹ y limitar el ámbito de abarcamiento de responsabilidad penal a quienes intervienen en un hecho, lo que conlleva a extender la imputación de una conducta delictiva de manera desproporcionada y difícil de determinar.

Para superar estas dificultades se aludirá a otra disciplina relacionada con el derecho penal, como lo es el derecho penal internacional (DPI), para contextualizar de mejor manera la forma de atribución de una conducta punible que se le debe aplicar a los delitos cometidos por grupos de crimen organizado, pues en esta disciplina (DPI) se suelen estudiar maneras de responsabilizar penalmente personas por hechos criminales que también son colectivos (con pluralidad de personas que intervienen en la comisión del delito), sistemáticos, planeados (que obedecen a un plan o propósito criminal), generalizados y graves¹⁰². Es decir, en el derecho penal internacional (DPI) se estudia una criminalidad que tiene ciertos rasgos de similitud con la delincuencia organizada y esto dará gran utilidad para entender qué especificidades debe tener un modelo de atribución de responsabilidad penal para delitos cometidos por grupos de criminalidad organizada.

3.1. Aportes del derecho penal internacional.

Como se ha indicado con claridad en el anterior capítulo, la delincuencia organizada se practica mediante grupos con cierto grado de organización que se caracterizan por cometer graves delitos de manera reiterada, sistemática y generalizada, y obedeciendo un plan criminal. Esto hace difícil que formas de imputar responsabilidad penal por la comisión de delitos que se limitan a la

¹⁰¹ DIEGO ARAQUE Y ESTEBAN VÁSQUEZ, *Reflexiones sobre la delimitación entre autor y partícipe: pasado, presente y futuro en Nuevo Foro Penal*, número 91, Medellín, 2018, páginas 146 y ss.

¹⁰² YESID REYES ALVARADO, *Autores, partícipes y superiores en la justicia internacional*, coordinador YESID REYES ALVARADO, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, páginas 16 y ss.

estudiar la conducta individual de una persona (el ejecutor) puedan atribuir la realización de un resultado o una conducta punible a todos los sujetos que intervienen en la comisión de la misma en un grupo de crimen organizado.

Esta es una situación desafortunada para perseguir penalmente a los principales responsables de la comisión de graves crímenes ya que los ejecutores de una conducta muchas veces son sujetos fungibles, intercambiables y de poca importancia para las organizaciones criminales mientras que los responsables más importantes en ocasiones no intervienen fácticamente o naturalísimamente en la ejecución de un crimen, pero son quienes merecen la mayor represión y persecución por parte del Estado.

Lo anterior puede verse recreado gráficamente en un supuesto en el que un genocida de alto rango en una organización paramilitar que tiene la finalidad matar a un grupo significativo de ciudadanos por su pertenencia étnica o sus convicciones políticas, crea un campo de exterminio para matar al grupo de ciudadanos, conduce a las víctimas al campo de exterminio, implementa las máquinas y la infraestructura necesaria para exterminar personas, encierra en cámaras de exterminio a las víctimas y le ordena a otro sujeto fungible y de bajo rango que active el mecanismo diseñado para cometer la monstruosidad. Es claro que el genocida que ideó el exterminio no intervino naturalísimamente o fácticamente en la ejecución del grave crimen, pero en caso de que el ejecutor fungible y de bajo rango lleve a cabo la monstruosidad obviamente será necesario castigarlo, pero sin duda consideramos que el principal responsable de la monstruosidad y quien merece mayor castigo y represión será quien implementó el mecanismo de exterminio, pero no actuó naturalísimamente o fácticamente en la ejecución del delito.

En un sistema que solo se enfoca en la conducta individual no se le imputaría la autoría o responsabilidad de la conducta genocida a quien merece mayor castigo (al genocida de alto rango) sino al sujeto fungible de bajo rango que siguió la orden de exterminio, o en el mejor de los casos el genocida de alto rango solo se

le atribuiría responsabilidad como interviniente secundario o de menor importancia en la comisión del delito.

Esto a todas luces encierra una injusticia que no se puede tolerar en un sistema de justicia serio y civilizado, por ello es preferible prescindir de un sistema de imputación que se centre únicamente en la conducta individual de un ejecutor de un delito para no eludir el deber del Estado de perseguir penalmente y con justicia a quien debe ser perseguido y que se atribuya la conducta criminal a quienes intervinieron de forma más reprochable en la comisión de la conducta punible, independientemente de que hubieran realizado aportes naturalísimos o fácticos en la ejecución de la comisión del delito, pues hay ocasiones en las que las instrucciones de cometer delitos o las omisiones de evitarlos por parte de los altos rangos en una organización criminal son tanto o más determinantes que algunos aportes causales de otros integrantes de la organización¹⁰³.

El derecho penal internacional (DPI) ha previsto modelos de imputación distintos o complementarios a los tradicionales que hemos mencionado, es decir la teoría del dominio del hecho y la teoría de la intervención de JAKOBS. Estos otros modelos son bastantes útiles para atribuir responsabilidad penal a jefes de estructuras organizadas o coordinadores de la ejecución de delitos que no participan naturalísimamente en los delitos, por ello es conveniente que sean estudiados en el derecho interno, y que de la misma forma el DPI se retroalimente con teorías que se encuentran en ordenamientos de derecho penal interno¹⁰⁴.

Aunque no consideramos que los esquemas del derecho penal internacional sean los indicados para aplicar sin mayor crítica o filtro en el ordenamiento interno, si consideramos que aportan elementos indispensables para imputar la conducta delictiva de manera justa a jefes y mandos medios de grupos de crimen

¹⁰³ THOMAS WEIGEND, *Consideraciones sobre la responsabilidad del superior en el derecho penal internacional*, en *Autores, partícipes y superiores en la justicia internacional*, coordinador YESID REYES ALVARADO, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, página 150.

¹⁰⁴ KLAUS MARXEN, *Intervención en un injusto sistemático grave. Consideraciones sobre una teoría jurídico-penal internacional del delito en Autores, partícipes y superiores en la justicia internacional*, coordinador YESID REYES ALVARADO, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, página 46.

organizado y endilgarles el reproche justo que se merecen, de hecho, en este capítulo, antes de referirnos a las formas de atribución de la conducta propias de la teoría del dominio del hecho y de la teoría de la intervención de JAKOBS, nos referiremos a aportes del derecho penal internacional para dar contexto y ubicación a las aludidas teorías, pues consideramos que la aplicación de estas teorías sin los aportes contextuales del derecho penal internacional (DPI) a los que nos referiremos abocan a una imputación inadecuada, inconsistente y desenfocada de las conductas de los integrantes de grupos de delincuencia organizada.

Los delitos que son objeto de conocimiento del DPI se obedecen a conductas punibles graves, sistemáticas, generalizadas que se realizan en desarrollo de un plan común y de manera organizada y medianamente coordinada¹⁰⁵. Estos planes se llevan a cabo por una pluralidad de sujetos organizada o un grupo de personas en la que los líderes o los integrantes de rangos medios-altos son quienes gestan el plan criminal y definen el propósito delictivo para que los rangos medios y de base lleven a cabo las conductas previstas en el plan criminal¹⁰⁶.

Esta clase de criminalidad no debería ser combatida con instituciones de derecho penal que acaten criterios causales o naturalistas que se centran únicamente en la comisión de la conducta del ejecutor de los hechos, pues eso llevaría a la imposibilidad de castigar a las personas más importantes de las organizaciones en las que se cometen los crímenes, es decir, a quienes detentan el liderazgo y los rangos altos y medios altos de una organización.

Esta delincuencia debe combatirse replanteando los criterios de imputación de las conductas punibles cometidas para tener en cuenta, no solo la ejecución fáctica de la conducta, sino el conocimiento de los sucesos, la jerarquía y capacidad de mando de miembros de la organización, el nivel de planeación de los hechos y la

¹⁰⁵ KLAUS MARXEN, Ob. Cit. Página 35.

¹⁰⁶ JOACHIM VOGEL, *Responsabilidad individual en el derecho penal internacional. A la vez una aportación a los modelos de regulación de la intervención en Autores, partícipes y superiores en la justicia internacional*, coordinador YESID REYES ALVARADO, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, página 70.

obligación de evitar delitos que les asiste a ciertos integrantes del grupo organizado, inclusive si ello implica flexibilizar el alcance de las normas que impongan penas para que abarquen a más integrantes de una organización criminal¹⁰⁷.

Lo anterior sin desconocer que los criterios de justicia y proporcionalidad que rigen todo sistema de justicia exigen que las graves conductas punibles se castiguen sin desconocer los grados de gravedad objetiva (importancia del aporte) y subjetiva (particularidades personales de los responsables) de las intervenciones de los integrantes de la organización que cometió el delito, lo que redundaría en la exigencia de determinar el grado de participación de los intervinientes como autores o partícipes del hecho¹⁰⁸, para que la ley, como el criterio de objetividad por antonomasia, fije ámbito de determinación de la pena y no toque confiar incondicionalmente la graduación de la pena a una discrecionalidad tan abierta riesgosa como la que utiliza un juez al momento de imponer una pena, pues este funcionario no deja de ser un humano que actúa según sus pareceres susceptibles de tergiversación y percepción imperfecta y, por el contrario, se pueda hacer efectivo el principio de legalidad para asegurar en mayor medida la proporcionalidad que debe tener una pena, dependiendo el grado de participación en la conducta.

Del DPI podemos resaltar ideas e teorías que nos ayudaran a encontrar criterios de imputación para los delitos cometidos por grupos de criminalidad organizada, entre las ideas que más provecho y réditos podemos obtener para la finalidad de este trabajo están el concepto de máximos responsables, la figura de doble imputación y el plan común o propósito común y la teoría de la empresa criminal conjunta. A continuación, se aludirá lacónicamente a estas ideas sin profundizar en demasía, ya que solo las utilizaremos como eventuales aportes teóricos auxiliares a las formas de atribuir responsabilidad en las que nos hemos

¹⁰⁷ *Ibíd.* Página 71.

¹⁰⁸ GERHARD WERLE y BORIS BURGHARDT, *Autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*, en *Autores, partícipes y superiores en la justicia internacional*, coordinador YESID REYES ALVARADO, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, página 100.

concentrado en este trabajo (teoría del dominio del hecho y teoría de la intervención).

3.1.1. Concepto de máximos responsables.

En las organizaciones criminales, o en las Estatales que actúan como criminales, se cometen conductas delictivas en las que intervienen distintos miembros de la organización o terceros que financian, colaboran o asesoran el actuar criminal de la organización, entre estos intervinientes se encuentran los que son catalogados en el DPI como máximos responsables. Si bien hay autores muy autorizados que indican que el concepto de máximos responsables es criterio político-criminal para seleccionar y priorizar el ejercicio de la acción penal en contra de quienes merezcan mayor reproche penal y no es una categoría jurídica o dogmática¹⁰⁹, en nuestro país se han hecho intentos por determinar el concepto de máximos responsables como categoría determinada o determinable.

La Corte Constitucional indicó que: “el concepto de máximo responsable no se identifica con el de jefe del grupo o bloque, como se ha entendido incorrectamente, sino con criterios relacionados con un nexo con el plan o política de violencia organizada, (..) El máximo responsable es aquella persona que tiene un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito, es decir, que haya: dirigido, tenido el control o financiado la comisión de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática”¹¹⁰.

Por su parte, la Fiscalía General de la Nación en su Directiva 1 de 2012 señaló que se considera máximo responsable “(i) aquel que dentro de la estructura de mando y control de la organización delictiva sabía o podía prever razonablemente la perpetración de crímenes en desarrollo de los planes operativos; y (ii) de manera excepcional, se trata de aquellas personas que han cometido delitos

¹⁰⁹ IVÁN GONZÁLEZ AMADO, *El concepto de máximos responsables en Memorias de la XXXVIII jornadas internacionales de derecho penal: Justicia negociada, justicia transnacional y crimen organizado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, página52.

¹¹⁰ Corte Constitucional Sentencia C-579 de 2013

particularmente notorios, con independencia de la posición que ocupaban en la organización delictiva”¹¹¹. Este criterio se amplió con la Directiva 2 de 2015 que dijo que se consideran máximos responsables “aquellas personas que, independientemente de la posición que ocupaban en la estructura delictiva, han cometido o tienen responsabilidad directa en la comisión de delitos particularmente graves”¹¹².

También en la doctrina nacional se ha dicho “(...) el parámetro del máximo responsable es un criterio ascendente que permite incluir a quien haya tenido una intervención delictiva en el delito y también a otras personas en virtud de criterios como el de la responsabilidad del superior o el de dominio de aparato organizado de poder”¹¹³

De lo anterior se observa que el concepto de máximos responsables se utiliza en el DPI como un criterio para seleccionar a quiénes se investiga o se les imputan conductas globales o sobre quiénes se prioriza una investigación penal y una imputación de conductas.

Aunque no hay un concepto dogmático de quiénes o qué son los máximos responsables, hay un consenso medianamente estable en que generalmente los jefes de la organización que comete delitos internacionales que hubieran podido prevenir los delitos de la organización y no hicieron lo esperable para evitarlos y quienes hicieron aportes importantes para cometer delitos graves son los máximos responsables, sin embargo, es un concepto por definir.

A causa de esta indeterminación del concepto de máximos responsables no se puede utilizar este criterio para judicializar los delitos cometidos en tiempos de vigencia de la justicia ordinaria, pues, a diferencia de la justicia transicional o el DPI, la justicia ordinaria busca judicializar a todos los responsables de la comisión

¹¹¹ Fiscalía General de la Nación, Directiva 1 de 2012.

¹¹² Fiscalía General de la Nación, Directiva 2 de 2015.

¹¹³ ELENA SUÁREZ DÍAZ Y ERNESTO VELASCO CHAVES, *Máximos Responsables en Justicia transicional: verdad y responsabilidad*, GERARDO BARBOSA, CARLOS BERNAL Y ANDRÉS ROLANDO CIRO GÓMEZ editores, Universidad Externado de Colombia y Ejército Nacional de Colombia, Bogotá, 2016, página 265.

de los delitos, no solo a los máximos responsables, salvo lo previsto para el principio de oportunidad.

No obstante lo anterior, esta categoría puede ser utilizada en la justicia ordinaria como criterio para determinar la gravedad del reproche penal que debe tener un interviniente en una conducta punible grave, sistemática y generalizada, pues con la legislación ordinaria de nuestro país puede llegar a imputarse en calidad de cómplice a quien abiertamente sea un máximo responsable y eso llevaría a una injusticia y desproporcionalidad al momento de imputar una conducta y determinar una responsabilidad penal, pues los máximos responsables deberían ser castigados de manera proporcional a un autor de un delito, debido al merecimiento del castigo, pero en nuestro código, al no existir una figura como la complicidad necesaria o la complicidad esencial, no habría posibilidad de imponer un castigo proporcional a quien responda como cómplice a pesar de ser un máximo responsable de un delito grave, sistemático y generalizado.

Por otra parte, de no dar un tratamiento punitivo a los máximos responsables como responsables de delitos de primer orden, es decir una pena similar a la de los autores, y por el contrario tratar a los máximos responsables como intervinientes de segundo orden, como el tratamiento punitivo que se les da a los partícipes de la comisión de un delito, se castigaría de manera más leve a un máximo responsable, se trataría de manera más blanda e inmerecida a un partícipe que hubiera sido máximo responsable y se propiciaría impunidad para máximos responsables que actúen como cómplices en determinados casos.

Cuando afirmamos que puede haber impunidad en ciertos casos nos referimos a casos en los que, a pesar de haberse cometido un hecho considerado como criminal, el autor actuó bajo una causal eximente de responsabilidad y por ello no puede ser penado, pero uno de los que hubiera podido ser catalogado como máximo responsable fue partícipe y no autor y realizó aportes que deberían merecer reproche penal pero no reciben dicho reproche por el principio de

accesoriedad que rige en nuestra legislación penal¹¹⁴, verbigracia, cuando una persona comete un delito actuando en bajo error de tipo o coacción insuperable y un máximo responsable sin saber la condición del autor y sin instrumentalizarlo lo ayuda a cometer el delito prestando un aporte muy relevante e importante y queriendo la realización del delito.

Con todo lo anterior, no desconocemos que para utilizar el concepto de máximos responsables en la justicia penal ordinaria es necesaria la consagración, definición y delimitación de este concepto en la ley, para que no sea un criterio punición en el que la jurisprudencia o las reglamentaciones de la Fiscalía General de la Nación invadan la competencia legítima que debería tener el legislador para prever las formas de participación en los hechos punibles y sus consecuencias punitivas.

3.1.2. Plan criminal común.

Generalmente los hechos constitutivos de crímenes de sistema propios del DPI cometidos en y por organizaciones obedecen a un plan común o un propósito común, es decir son conductas en las que se propende a ceñirse a un plan más o menos determinado para cometer un delito grave o cumplir un propósito delictivo, por tanto, las conductas cometidas por los miembros del grupo o la organización en la que se delinque tienden o se orientan a cometer el grave delito propuesto o cumplir el plan criminal trazado¹¹⁵.

El plan criminal común es un factor para unir y articular las conductas individuales hechas por los miembros de una organización para conformar una conducta colectiva que contenga y concentre los aportes individuales en un hecho total o un hecho de la organización¹¹⁶. De igual forma el plan común y la conformidad de las conductas individuales con el plan común o el sentido de las conductas

¹¹⁴ JAIME COUSO SALAS, *Intervención delictiva y organización. Necesidad y complejidades de una comparación funcional entre el derecho chileno y el derecho internacional y comparado*, en *Revista chilena de derecho penal*, volumen 42 número 1, Universidad Pontificia Católica de Chile, Santiago, 2015, página 286.

¹¹⁵ ANTONIO CASSESE, *los límites de la responsabilidad penal individual bajo la doctrina de la empresa criminal común*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, página 13.

¹¹⁶ KAI AMBOS, Ob. Cit. Página 160.

individuales sirve para determinar cuándo nos entramos ante una conducta colectiva o hecho total imputable a la organización y cuándo ante una conducta individual que no se imputa a la organización sino a la persona natural, pues una conducta fuera del plan común no puede considerarse conducta de la organización¹¹⁷.

Hay tendencias doctrinales en el DPI que utilizan la conformidad de una conducta individual con el plan común como un criterio para distinguir la autoría de la simple participación, pues cuando el aporte hace parte del plan común se toma el mismo como aporte de autoría o coautoría y cuando el aporte no se encuadra en el plan común se toma como un aporte de participación¹¹⁸, pues en la teoría de la empresa criminal conjunta del DPI, a la que se hará referencia a continuación, se considera más significativo que el sentido del aporte obedezca al plan criminal común que la utilidad causal, la trascendencia fáctica o la materialidad que pueda tener el aporte¹¹⁹, lo cual, a pesar de que autores como el profesor y magistrado de la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia IVÁN GONZÁLEZ AMADO no consideren que sea un aspecto predicable de la delincuencia organizada en el derecho penal interno¹²⁰, también debe ser tomado como tema en consideración para este trabajo.

3.1.3. Doble imputación.

La doble imputación es una figura usada primigeniamente en el DPI en contextos de macro criminalidad y delincuencia grave, sistemática y generalizada. El objetivo de esta figura es imputar a los máximos responsables las conductas colectivas con sentido delictivo realizadas en el seno de una organización y que engloban o integran en sí distintos hechos naturalísimamente considerados y distintos aportes delictivos de varias personas.

¹¹⁷ ANTONIO CASSESE, ob. Cit. Página 15.

¹¹⁸ *Ibíd.* Página 20.

¹¹⁹ KAI AMBOS, ob. Cit. Página 160.

¹²⁰ IVÁN GONZÁLEZ, ob. cit. Página 44.

Esta figura opera en contextos de macro criminalidad y delitos graves, sistemáticos y generalizados, en esta clase de contextos se pueden identificar conductas individuales y atribuibles a determinadas personas que son aisladas y distantes en tiempo y lugar, pero si se observan rasgos comunes de articulación o patrones de criminalidad se pueden llegar a entender como aportes de una conducta global mantenida en el tiempo e imputable a una organización criminal, es decir, estas conductas individuales se pueden insertar en una conducta global e imputarse esta última a una organización.

Acto seguido, se pueden identificar dentro de la organización criminal qué miembros tienen roles importantes en la misma como los mandos superiores, los comandos centrales y los comandos territoriales puedan tener y distintos miembros en la organización que hubieran tenido la oportunidad de conocer la conducta global cometida e impedirla.

Después de esto se determina dentro de la organización qué miembros tuvieron injerencia significativa en la comisión de la conducta global de acuerdo a los aportes que tuvieron en la comisión de los hechos.

Una vez determinados estos tipos de miembros de la organización infiere quiénes se pueden considerar máximos responsables dentro de la organización por la comisión a la conducta global de acuerdo con los roles o funciones en la organización y los aportes en el hecho global para hacerlos responsables de la conducta global.

Un ejemplo de esto sucede cuando se evidencian varios homicidios y, de acuerdo a las características y patrones de criminalidad de los homicidios se puede determinar si fueron aportes individuales a una conducta global de genocidio gestada en el seno de una organización criminal. Después de determinar eso, se observan los roles de determinados integrantes de la organización criminal y los aportes que se tuvieron en la comisión de la conducta global de genocidio, es decir, los aportes en el cúmulo de homicidios valorados como una conducta global,

para imputar el delito de genocidio a los máximos responsables de la organización criminal¹²¹.

Esta figura fue prevista en sus inicios para imputar responsabilidad penal a los jefes y superiores jerárquicos de los grupos que cometían los más graves delitos de la segunda guerra mundial como los Nazis o las SS¹²², no obstante, también se ha utilizado para imputar a otros miembros de las organizaciones, distintos de los altos mandos, que intervinieron eficazmente en la comisión de ominosos delitos conocidos por el DPI y a quienes les cabe un grave reproche penal por sus acciones cometidas¹²³.

Con la doble imputación se pretende responsabilizar penalmente y reprimir con decisión también a las organizaciones criminales o las instituciones en las que se gestaron los crímenes ya que en estas organizaciones se promovieron graves delitos o por lo menos fueron un entorno que propició la comisión de delitos que requieren un enérgico reproche, con lo que se consigue también la persecución y represión de este tipo de organizaciones por los crímenes ocurridos.

Con el sistema de la doble imputación, además de investigar a los sujetos individualmente responsables por sus conductas punibles cometidas y su desempeño en la organización en la que se cometieron los delitos para imputarles las conductas globales, también se busca pretermitir la investigación y la judicialización de sujetos que tuvieron aportes poco significativos en las conductas globales, es decir, partir desde un contexto para investigar de una manera más focalizada la intervención de ciertos sujetos individuales en los delitos sistemáticos cometidos en el seno de organizaciones y conocidos por el DPI y no congestionarse con quienes realizaron aportes baladíes.

¹²¹ EDUARDO MONTEALGRE, *Conferencia del IX conversatorio de la jurisdicción constitucional. Diálogo constitucional para la paz*, Medellín, 2013, tomado de “<https://www.youtube.com/watch?v=Y5QnSuVS8o0&list=WL&index=12&t=0s>”.

¹²² IVÁN GONZÁLEZ, Ob. Cit. Página 37.

¹²³ KAI AMBOS, *¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el derecho penal internacional?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, página 74.

Lo anterior también tiene utilidad para perseguir penalmente y reprimir las agrupaciones de delincuencia organizada que afectan los derechos de los ciudadanos y la seguridad de la sociedad, además de los delincuentes individuales, y para desarrollar una metodología que facilitara la investigación y atribución de responsabilidad penal en los delitos graves, sistemáticos y generalizados cometidos por organizaciones, pues los grupos de crimen organizado tienen una forma característica de delinquir y actuar (patrón de criminalidad) y obedecen a un propósito o plan criminal como se ha señalado en capítulos anteriores de este trabajo cuando nos referimos a grupos de crimen organizado.

A pesar de lo dicho, no abordaremos temas como la metodología de investigación empleada en el DPI ni en la forma de detectar patrones de criminalidad en contextos de macro criminalidad que también se presentan con la delincuencia organizada porque son temas de derecho probatorio y procesal distintos del propósito de este trabajo, y más bien dejamos el tema formulado para que su explicación se lleve a cabo en futuras e interesantes líneas de investigación.

3.1.4. Empresa criminal conjunta.

La teoría de la empresa criminal conjunta es una creación doctrinaria aplicada por el Tribunal Penal Internacional de la antigua Yugoslavia para atribuir responsabilidad penal por delitos internacionales a superiores jerárquicos y a otros intervinientes de una organización que no participaron naturalísticamente en la ejecución de los graves crímenes internacionales, religiosos y étnicos de la antigua Yugoslavia¹²⁴.

Esta teoría fue ideada por este tribunal internacional para atribuir responsabilidad como coautores a integrantes de una agrupación de personas que, teniendo pluralidad de sujetos, una organización institucional y un propósito común de

¹²⁴ MIREN ODRIOZOLA, *“La doctrina de la empresa criminal conjunta en los tribunales ad hoc y su ámbito de aplicación en el Estatuto de Roma”*, *Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal, ANIDIP*, vol. 1, Universidad Colegio Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2013, páginas 86-104.

acción, cometieran delitos internacionales siguiendo un plan criminal, perpetrando conductas conforme a dicho plan criminal o con sentido de realizar dicho plan.

La teoría de la empresa criminal conjunta tiene 3 categorías: la básica, la sistémica y la ampliada.

La empresa criminal conjunta básica (caso Brdanin) según la cual se reputan autores los intervinientes en la comisión de un crimen internacional que hubieran realizado aportes relevantes en la ejecución del delito, compartieran el dolo de cometer el delito y actuaran en el marco de un plan común.

En esta categoría de empresa criminal conjunta se consideraba como delito la conducta colectiva compuesta por los aportes de los integrantes de la organización y se diferenciaban los aportes de los autores y de los aportes de los partícipes dependiendo del dolo con que actuaban y de su disposición para cumplir con el plan criminal, es decir, si los intervinientes en el delito compartían el dolo y el plan común con sus aportes se reputaban autores y si no compartían esto y realizaban aportes marginales y desarticulados del dolo común y el plan común reputarían partícipes¹²⁵.

Al lado de esta categoría se encontraba la empresa criminal conjunta sistémica (casos Kvocka y Vasiljevic) que consistía en la atribución como coautores de un delito internacional a quienes, conociendo la finalidad de un aparato o engranaje institucional para cometer graves delitos internacionales colaboraban con el funcionamiento de dicho aparato institucional criminal.

Para citar un ejemplo de esto es conveniente imaginar un aparato de represión como un campo de concentración en donde se cometieran genocidios y otros crímenes internacionales, en este aparato institucional quienes, a sabiendas de los delitos que se cometían, colaboraban trabajando o asesorando para el funcionamiento del campo de concentración se reputaban autores de los delitos de

¹²⁵ HECTOR OLÁSULO, *Reflexiones sobre la Doctrina de la Empresa Criminal Común en Derecho Penal Internacional en Indret*, revista para el análisis del derecho, Barcelona, 2009, página 14.

genocidio y los crímenes internacionales que se perpetraran en esta institución, lo anterior por actuar de una manera conforme con el propósito genocida y el plan criminal del tinglado institucional¹²⁶.

Aparte de estas categorías, está la empresa criminal conjunta ampliada (caso Milutinovic) que es una forma de atribuir como autor de un delito a quien comete, como consecuencia de la ejecución de un plan común, delitos internacionales previsibles, aunque no deseados en el plan común. Verbigracia, quien ejecutando asesinatos en el marco de los crímenes de lesa humanidad produzca tanto terror que genere desplazamientos forzosos en la población.

Esta es una forma de responsabilizar a quien a pesar de no tener un propósito común de cometer un delito es responsable por crear un riesgo desaprobado que se concreta en la comisión de otro delito que no es deseado, pero si previsible.

A pesar de que la Corte Penal Internacional ha cambiado la aplicación del modelo de empresa criminal conjunta por el de autoría mediata (dominio del hecho) en casos como el de Lubanga¹²⁷, de las anteriores alusiones a figuras y teorías del DPI podemos destacar que para atribuir responsabilidad a formas de criminalidad colectiva que tienen rasgos en común con la delincuencia organizada ha sido muy útil tener en cuenta criterios como el de la doble imputación de conductas atendiendo aspectos contextuales, la existencia y ejecución de un plan criminal, la consideración de acciones múltiples como una sola conducta integral y la comisión de conductas previsibles como resultado de la ejecución de un plan criminal.

Estas figuras serán tenidas en cuenta de manera especial al momento de formular una forma adecuada de imputar la comisión de delitos realizados por integrantes de agrupaciones de crimen organizado y serán provechosas para complementar y corregir posibles errores de las teorías de atribución de responsabilidad que hemos indicado que según las teorías de la pena aplicables en Colombia son las

¹²⁶ MIREN ODRIOZOLA, ob. Cit. Página 90.

¹²⁷ *Ibíd.* Página 102.

que sirven para atribuir la responsabilidad por las conductas punibles cometidas (teoría del dominio del hecho y teoría de la intervención).

3.2. Teoría del dominio del hecho.

La teoría del dominio del hecho es una construcción doctrinaria utilizada para responsabilizar intervinientes que actúan en fenómenos de criminalidad colectiva que parte del supuesto de que la función de la pena al momento de imponerse es la de la prevención general por intimidación o negativa y parcialmente la prevención especial. Sin embargo, como ya lo hemos indicado, en este trabajo para efectos de encontrar una forma de atribución de responsabilidad penal no nos referiremos a la teoría de la prevención especial, pues esta función de la pena se aplica para asuntos penitenciarios y de ejecución de las penas, no de la imposición de las mismas. Entonces vamos a partir del hecho de que la teoría del dominio del hecho corresponde a la función de la pena de la prevención general negativa.

La función de la pena de la prevención general negativa estima que la importancia de imponer una pena radica en la necesidad de reprimir acciones u omisiones, es decir, es una teoría que al igual que la función de la pena de la prevención general negativa enfoca su atención en los hechos voluntarios de los seres humanos, es decir, en procesos mentales y físicos compuestos por una fase interna en la que la persona se representa una forma de actuar, sea imprudente o dolosa, y una fase externa en la que se lleva a cabo en el mundo físico la fase interna¹²⁸, distinto a lo que ocurre con la teoría de la prevención general positiva que considera que la pena se debe imponer más por la infracción de deberes que por la comisión de acciones naturalísimamente comprendidas.

Así las cosas, es fácil comprender porque relacionamos la teoría del dominio del hecho con la función de la prevención general negativa, pues, como se explicará a continuación, la teoría del dominio del hecho trata de explicar a quién corresponde

¹²⁸ TEDDY ENRIQUE LLANOS, *De las estructuras jerárquicas de poder en el derecho penal colombiano*, Ediciones doctrina y ley, Bogotá, 2015, páginas 13 y 14.

imputarle una conducta punible a título de autor dependiendo del dominio que se tenga sobre la ejecución de las acciones que conforman dicha conducta punible para aplicar una pena que reprima y prevenga dichas conductas.

Esto es propio de postulados teóricos que aseguran que el derecho penal y la pena están dirigidos a reprimir la ejecución acciones u omisiones voluntarias, sean imprudentes o dolosas, como la teoría de la prevención general negativa, cosa distinta a la teoría de la prevención general positiva que como ya lo indicamos se concentra en el cumplimiento de deberes jurídicos.

En conclusión, la función de la pena de prevención general negativa busca prevenir y reprimir conductas naturalísimas de los ciudadanos y la teoría del dominio del hecho intenta determinar quiénes son los autores de dichas conductas para que se puedan reprimir y prevenir con la imposición de una pena, mientras que la teoría de la prevención general positiva se concentra en la infracción de deberes para mantener la vigencia de la norma y esta infracción de deberes, y no las conductas naturalísimamente consideradas, es el asunto particular en el que se centra la teoría de la intervención para imputar las conductas punibles, como se señalará más adelante en este mismo capítulo.

La teoría del dominio del hecho intenta determinar a quién le es atribuible una conducta por ser el autor de la misma y de qué forma se puede distinguir la calidad de autor del delito de la calidad de partícipe del delito que tienen otros intervinientes, es decir, es una teoría que parte del concepto restrictivo de autor¹²⁹, según el cual no todo el que aporta a la comisión de un delito se considera autor del mismo, sino que se debe precisar quién es autor y quién es partícipe dependiendo de la calidad del aporte realizado y del componente subjetivo del interviniente en la conducta entre otros factores.

Esta teoría considera que no solo es autor de una conducta punible la persona que realiza de manera directa, inmediata o de propia mano la conducta descrita en

¹²⁹ ALBERTO HERNÁNDEZ ESQUIVEL, *Autoría y participación, en Lecciones de derecho penal, parte general*. Ob. Cit. Páginas 267 y ss.

el tipo penal, sino que también es autor el sujeto que tiene el control, el manejo o la disposición de la ejecución del delito y en quien concurren las circunstancias especiales del sujeto activo del delito descrito en el tipo penal¹³⁰.

El control, el manejo o la disposición de la ejecución del delito o lo que llamamos el dominio del hecho se puede detentar, según esta teoría defendida por el renombrado doctrinante CLAUS ROXIN, de 3 formas: i) dominando la acción, o sea, cometiendo directamente la conducta punible (autoría directa); ii) teniendo el dominio funcional del delito, o sea participando en la ejecución del delito concertando un plan para llevar a cabo el delito, acordando una división del trabajo para ejecutar el delito y realizando un aporte esencial en la ejecución del delito (coautoría); y iii) teniendo un dominio sobre la voluntad de quien interviene en la ejecución del hecho punible (autoría mediata)¹³¹.

En este aparte vamos a explicar someramente la teoría del dominio del hecho por dominio de la voluntad o autoría mediata y no vamos a explicar lo referente al dominio del hecho por dominio de la acción (autoría directa) ni por dominio funcional (coautoría), pues no hay mayor dificultad para atribuir responsabilidad penal a quien realiza aportes en la ejecución de un delito cometido por un grupo de crimen organizado, de hecho nos vamos a enfocar solo en una modalidad de autoría mediata (autoría mediata por utilización de aparato organizado de poder) ya que la verdadera prioridad de este estudio es poder encontrar una manera de imputar una conducta a quien, sin participar en la ejecución de un delito cometido por un grupo de crimen organizado, le es atribuible la comisión del mismo, como ocurre con los jefes de las bandas criminales de delincuencia organizada que desde un despacho ordenan la comisión de graves delitos.

No desconocemos que importante doctrina como la corriente funcionalista liderada por el profesor GÜNTHER JAKOBS considera que para ser coautor no se necesita

¹³⁰ GUSTAVO BALMACEDA HOYOS, *Estudios de derecho penal parte general*, Ediciones nueva jurídica y Universidad de la Sabana, Bogotá, 2015, páginas 364 y ss.

¹³¹ ALBERTO HERNÁNDEZ, ob. Cit. Páginas 269 y ss.

intervenir en la ejecución de la conducta punible¹³², de hecho, nuestra Corte Suprema de Justicia ha planteado en ciertos pronunciamientos que nuestra legislación no exige la participación en la ejecución del hecho para que se configure la coautoría¹³³, no obstante, en otras tantas ocasiones la misma Corte ha manifestado que sí se requiere de un aporte en la ejecución del delito para reputar a un interviniente como coautor¹³⁴, esto es un asunto que debería hacernos cuestionar en algo que parece elemental pero muchas veces se pasa por alto, ¿realmente nuestro legislador adoptó la teoría del dominio del hecho para caracterizar todas las formas de autoría?

Antes de adentrarnos a tratar cómo la teoría del dominio del hecho da soluciones para cobijar con la ley penal a intervinientes de una organización criminal que actúan de manera esencial para la realización de un delito sin realizar aportes en la ejecución del mismo hay que aclarar la razón por la cual en este aparte no se hará alusión a un tópico tan relevante como el de la coautoría.

Partiendo del hecho de que hay una forma de concebir la coautoría según la cual sí se requiere de un aporte importante del interviniente en la ejecución del delito para que se configure la coautoría, en este aparte no nos referiremos a la coautoría ya que no representa mayor problema imputar una conducta a los sujetos que intervienen en la ejecución del hecho y es un tema que ya está claramente decantado, pues no reviste mayor dificultad pensar que alguien que interviene en la comisión del delito con aporte importante merezca un reproche penal.

Ahora bien, partiendo del hecho de que hay un sector importante de la doctrina que indica que para la coautoría no se requiere de la intervención en la ejecución

¹³² ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ, *Autoría, tercera edición*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, página 375.

¹³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, sentencia del 7 de marzo de 2007, Rad. 23825, también Corte Suprema de Justicia SP1432-2014, Radicado No. 40214, 12 de febrero de 2014.

¹³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 5 de octubre de 2006, radicado N° 22358, también Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, sentencia de casación de 21 de agosto de 2003. Rad. 19213 y Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, Proceso No 27677, dos (2) de diciembre de dos mil ocho (2008).

del delito, consideramos que este criterio doctrinal no se adscribe a la teoría del dominio del hecho, por ello, esta forma de concebir la coautoría la trataremos someramente en el siguiente acápite cuando hagamos una breve alusión a la teoría de la intervención de JAKOBS, pues en esta teoría está incluida la forma de concebir la coautoría como una forma de imputación que no exige intervención en la ejecución del delito. En el capítulo IV de este trabajo aclararemos porque consideramos que esta segunda postura doctrinal que explica la coautoría no se adscribe a la teoría del dominio del hecho.

La autoría mediata es una construcción de la teoría del dominio del hecho utilizada para atribuir la comisión de una conducta punible a título de autor a una persona a pesar de que no concurrió con algún aporte a la ejecución de la misma, lo anterior atendiendo a que el autor mediato actuó por intermedio o a través de otro.

Nuestra legislación tiene una redacción problemática y restrictiva de esta clase de conductas debido a que en el artículo 29 del Código Penal, se prescribe: “(...) Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento (...)” mientras que la legislación utilizada como referencia para hablar de la autoría mediata, el Código Penal Alemán (Strafgesetzbuch), dice en su artículo 25: “Autoría. Se castiga como autor a quien cometa el hecho punible por sí mismo o a través de otro. (...)”¹³⁵. Esto indica que la principal referencia que prevé la institucionalización de la autoría mediata, la legislación del país donde apareció esta doctrina, no exige la utilización de una persona como “instrumento” para la configuración de la autoría mediata mientras que la autoría mediata en nuestra legislación si exige la utilización de “otro como instrumento”.

Lo anterior muestra un inconveniente que tiene la legislación colombiana para utilizar la construcción doctrinaria de la autoría mediata que se revisará en el siguiente capítulo, no obstante, esto también demuestra que la autoría mediata como fue concebida en la legislación referencia para la doctrina penal, la legislación alemana, y a la que nos referiremos en este capítulo cuando hablemos

¹³⁵ CLAUDIA LÓPEZ. *Código Penal alemán*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, página 10

de autoría mediata, no excluye la posibilidad de actuar a través de un sujeto libre y con responsabilidad como si se excluye en Colombia, según el criterio que defenderemos en el siguiente capítulo.

Debido a que en este capítulo no haremos una crítica o un estudio de conformidad de teorías con la legislación colombiana, como si se hará en el capítulo siguiente, cuando hablemos de autoría mediata en este capítulo apelaremos a la autoría mediata de la doctrina, que consideramos que deba ser la autoría mediata del Código Penal alemán, ya que de ahí proviene esta teoría, sin perjuicio de hablar con posterioridad de la autoría mediata en la ley colombiana.

La teoría de la autoría mediata implica que se deba considerar como autor a la persona que domine la voluntad de la conducta o la voluntad necesaria para llevar a cabo la ejecución de un delito, aunque cuando mencionamos la frase voluntad de la conducta no podemos referirnos a una categoría meramente psicológica sino normativa. La voluntad de la conducta no puede hacer referencia a la voluntad de una acción naturalísima sino a la voluntad de cometer una conducta con relevancia penal¹³⁶, verbigracia, si un ladrón le pide a otra persona que le alcance un dinero diciéndole que es suyo, pero en realidad es un dinero ajeno, el ladrón está utilizando a esa persona para cometer un delito de hurto, pero en ningún momento está eliminando la voluntad psicológica de esa persona para que recoja el dinero y lo lleve a un destinatario o a un sitio determinado.

La voluntad a que se refiere la teoría del dominio del hecho es una voluntad desde el punto de vista normativo que puede ser definida como la decisión de crear o aumentar un riesgo jurídicamente desaprobado más la capacidad de decidir si se materializa o no dicho riesgo, incluso sin tomar parte en la ejecución de la materialización de dicho riesgo¹³⁷.

El dominio de la voluntad en la autoría mediata se puede realizar cuando el autor mediato o dueño de la voluntad actúa a través de otro aprovechándose de que ese

¹³⁶ ALBERTO SUÁREZ, ob. Cit. Página 283.

¹³⁷ *Ibíd.* Página 276.

otro se encuentre en estado de error, coaccionado, con disminución volitiva o a través de un aparato organizado de poder¹³⁸. En este trabajo nos referiremos a la autoría mediata por utilización de aparatos organizados de poder que es una forma que propio ROXIN ha opinado que es una manera de imputar conductas a título de autoría a jefes de grupos de delincuencia organizada¹³⁹.

La teoría de autoría mediata por uso de un aparato organizado de poder parte de la existencia y utilización de una organización estructurada jerárquicamente para que los líderes o jefes del grupo den órdenes categóricas de cometer delitos y los subordinados o rangos de base de la organización ejecuten las órdenes de cometer dichos delitos o sean reemplazados de inmediato por subordinados que si cumplan las órdenes¹⁴⁰ incluso cuando no existiese ningún contacto o comunicación con el superior que da la orden. Esto sucede debido a que el superior jerárquico que ordena es el dueño de la voluntad o quien tiene la decisión de que se cometa el delito, pues como ya se indicó anteriormente, el dueño de la voluntad desde el punto de vista normativo es el autor mediato del delito, sin perjuicio de que la persona que ejecute la orden del superior se le impute la comisión del delito como autor directo.

Para que exista autoría mediata por el empleo de un aparato organizado de poder deben cumplirse los siguientes requisitos:

- **Aparato organizado de poder.** Este tipo de autoría mediata llamado por aparato organizado de poder requiere como suena obvio y hasta pleonástico la existencia de un aparato organizado de poder. El aparato organizado de poder es una institución que tiene unos rasgos comunes con un grupo de delincuencia organizada y de hecho el grupo de delincuencia

¹³⁸ GUSTAVO BALMACEDA, ob. cit. página 370 y ss.

¹³⁹ CLAUS ROXIN, *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada en Revista penal número 2*, Universidad de Huelva, Huelva, 1998, página 61.

¹⁴⁰ CLAUS ROXIN, *Derecho Penal, Parte General, tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. Traducción y notas de DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN, MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO Y JAVIER DE VICENTE REMESAL, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2014, página 111.

organizada de acuerdo a lo que hemos dicho a lo largo de este trabajo encaja en la definición de aparato organizado de poder.

El aparato organizado de poder tiene que ser una estructura organizada jerárquicamente en la que los rangos altos pueden dar órdenes a los rangos medios y a los de base y a su vez los rangos medios pueden dar órdenes a los de base o transmitir las órdenes de los rangos altos a los ejecutores de base; además de esto la organización de tener “vida” e identidad propia distinta de los miembros que lo conforman¹⁴¹, como ocurre con los grupos de crimen organizado.

Hay que hacer la claridad que, contrario a lo que suele decirse, en este tipo de autoría no se utiliza como instrumento a otro ser humano como lo dice el Código Penal colombiano, sino que se utiliza al aparato organizado de poder como instrumento para cometer el delito a través de otra persona, pues una instrumentalización de otro ser humano implicaría una eliminación de la libertad de actuar del sujeto que ejecutara la conducta de manera directa y esto no pasa en este tipo de autoría¹⁴², de hecho en este tipo de autoría el ejecutor responde como autor directo de la conducta, sin que se desmedre la responsabilidad penal del autor mediato.

- **Poder de mando.** Debe existir un poder de mando sobre el aparato organizado de tal forma que en el mismo se acaten las órdenes que imparta el jefe que funge como autor mediato. Como se ha dicho, entre el autor mediato y el ejecutor hay una relación jerárquica pues este tipo de autoría mediata no parte de una relación de colegas que llegan a un acuerdo sino de una orden que un superior da a un subordinado.

¹⁴¹ CLAUS ROXIN, *Problemas de autoría...* ob. Cit. Página 114

¹⁴² CLAUS ROXIN, *Dirección de la organización como autoría mediata* traducido por MANUEL ABANTO en *Anuario de derecho penal y ciencias penales tomo 62*, Ministerio de justicia de España, Madrid, 2009, página 57.

No obstante lo anterior, el hecho de que haya un rango distinto entre el autor mediato y el ejecutor no implica que no pueda haber rangos intermedios entre el autor mediato y el ejecutor, inclusive puede suceder que el jefe del aparato de poder de la orden al rango medio de que se cometa un delito y el rango medio dé la orden al ejecutor de que se cometa un delito y el ejecutor que es un militante de base cometa el delito, en este supuesto el jefe del grupo y el rango medio pueden figurar como autores mediatos y el ejecutor como autor directo¹⁴³.

Esto sucede comúnmente en estructuras de crimen organizado, pues como hemos visto en este tipo de agrupaciones hay rangos directivos y superiores que son quienes planean los delitos, rangos medios que los coordinan y rangos bajos o de base que generalmente son quienes ejecutan los crímenes planeados por el grupo.

- **Apartamiento del derecho.** Todo delito implica un apartamiento del derecho por parte de la persona que lo comete. En este caso de autoría mediata en particular la decisión de apartarse del derecho no es solamente del ejecutor del delito sino de toda la organización por medio de la cual se comete el delito. Esto ocurre claramente en las estructuras de crimen organizado, sin embargo, no implica esto que solamente puedan ser aparatos organizados de poder los grupos al margen de la ley, pues hay estructuras que se pueden separar parcialmente del derecho, en estos casos también se puede configurar autoría mediata¹⁴⁴.
- **Ejecutores reemplazables.** Una de las principales razones por las cuales se puede detentar el dominio del hecho por parte del autor mediato es porque este, aparte de tener mando, tiene a su disposición una gama de ejecutores que puede llevar a cabo el delito que ordene y en caso de que alguno de los ejecutores se niegue a cometer el delito este se puede

¹⁴³ *Ibíd.* Página 60.

¹⁴⁴ *Ibíd.* Página 60.

reemplazar con facilidad, por eso aparte de existir la posibilidad de reemplazar al ejecutor que no se preste para realizar la conducta, surge indispensable la existencia de un abundante número de eventuales ejecutores en la organización para asegurar la ejecución en caso de que más de un posible ejecutor no se preste para cometer el delito.

De esta manera el autor mediato puede tener la garantía de que el plan delictivo que ideó no se va a frustrar por la libre determinación que pueda tomar un ejecutor, de lo contrario no se podría asegurar que el dominio del hecho lo detenta el autor mediato sino que lo tendría el ejecutor, no obstante, es un presupuesto necesario para que haya una seguridad en el intercambio de los ejecutores que exista un aparato organizado instituido con suficientes ejecutores y un mando para que se cumplan las órdenes, pues todos los anteriores requisitos son indispensables para que se configure una autoría mediata¹⁴⁵.

- **Disposición del ejecutor.** Este es un requisito que viene ínsito en los anteriores y se refiere a las condiciones circunstanciales requeridas para que el ejecutor esté dispuesto a seguir las órdenes del autor mediato.

Entre los factores que se encuentran para que el ejecutor, a pesar de tener la libertad de no cometer delitos, se decida a cumplir los mandatos criminales están la identidad de intención del ejecutor y del autor mediato para cometer el delito¹⁴⁶, la deferencia que pueda tener el ejecutor por los mandos superiores, la interiorización de los propósitos del grupo organizado y el convencimiento de que si no acata las órdenes otra persona lo hará¹⁴⁷

Como se observa de lo anteriormente enunciado, esta es una construcción teórica que parte de la teoría del dominio del hecho, está conforme con una de las

¹⁴⁵ CLAUS ROXIN, *Derecho Penal, Parte General*, ob. Cit. Página 106.

¹⁴⁶ HÉCTOR OLASOLO, *Introducción al derecho internacional penal*, Universidad el Rosario, Bogotá, 2015, página 102.

¹⁴⁷ CLAUS ROXIN, *Dirección de la organización...* ob. Cit. Página 63.

funciones de la pena aceptadas por nuestro ordenamiento (prevención general negativa), intenta atribuir la comisión de una conducta punible a título de autor a personas que no intervinieron en la conducta y que se aplica cómodamente a los delitos cometidos por grupos de crimen organizado.

No quiere decir esto que nos encontramos ante una teoría infalible que solucionaría sin ningún cuestionamiento los obstáculos existentes para imputar una conducta realizada por un grupo de crimen organizado a todos los integrantes de la colectividad que merecen un reproche penal, de hecho, por ser una teoría del dominio del hecho deja por fuera la posibilidad de atribuir la conducta a personas que, si bien no controlaban fácticamente la conducta, tenían el deber de evitar el resultado delictivo, cosa que no pasa con la teoría de la intervención de JAKOBS que explicaremos someramente a continuación.

Sin embargo, antes de concluir este acápite huelga recordar que a pesar de que esta construcción doctrinal es la teoría dominante, aparte de su insuficiencia para encontrar la forma de atribuir una conducta penal a sujetos que, sin controlar la ocurrencia de la conducta, tenían el deber de evitarla, es una figura que tiene críticas muy válidas, pero eso va a ser parte de lo que nos vamos a ocupar en el siguiente capítulo de este trabajo.

3.3. Teoría de la intervención.

La teoría de la intervención es el pilar estructural de la forma de imputar conductas punibles a un responsable de acuerdo con la corriente funcionalista que lidera el profesor GÜNTHER JAKOBS. Como ya hemos indicado esta teoría parte del reconocimiento de la función de la prevención general como la función de la pena, es decir, parte del supuesto de que la pena estatal cumple la función de mantener la vigencia del ordenamiento jurídico.

Como lo explicamos en el primer capítulo de este escrito, en la teoría de la pena de la función de la prevención general positiva de la pena, el derecho penal no se interesa por conductas naturalísimas como lo son las acciones u omisiones vistas

desde el punto de vista fáctico, sino que se interesa por la infracción de a la norma, y precisamente el daño que se causa con el delito no es la producción de un hecho indeseado sino el daño al ordenamiento jurídico consistente en comunicar que la norma no está vigente, esto es lo que pretende reparar la pena, la comunicación defectuosa que realiza la comisión de un delito y que pone en tela de juicio la idea de orden justo, no la prevención de hechos hacia el futuro, por eso se dice que la pena es la negación de lo que comunica el delito¹⁴⁸.

En este sentido encontramos que las intervenciones que le importan al derecho penal son las infracciones a la norma que comunican, no las acciones o los hechos carentes de valoración. Estas infracciones pueden ser de 2 tipos, infracciones a deberes positivos o especiales e infracciones a deberes negativos o generales¹⁴⁹, los deberes positivos son deberes que tienen ciertas personas por sus calidades especiales y que tienen como objetivo proteger la organización de otros o el estado de ciertas instituciones, verbigracia, los familiares que protegen a su familia, los policías que protegen a sus conciudadanos o los funcionarios públicos que deben proteger los recursos del erario; por otra parte, los deberes negativos son los deberes que tienen todas las personas y consisten en no afectar la esfera de libertades y derechos de los demás con el ejercicio de su libertad.

En tratándose de un modelo para atribuir la responsabilidad de una conducta cometida por un grupo de crimen organizado no encontramos que sea necesario ni provechoso referirnos a los deberes especiales o positivos, pues los miembros de esta clase de grupos que cometen los delitos no actúan como padres o agentes del Estado, actúan como delincuentes que infringen los mínimos deberes que se les puede imponer a unas personas que viven en sociedad, como no poner en riesgo los derechos y bienes de nadie o no causar daño a nadie ni afectar negativamente el ejercicio de las libertades y los derechos de los demás

¹⁴⁸ HEIKO LESCH, *Intervención delictiva*, ob. Cit. Página 31.

¹⁴⁹ GÜNTHER JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho*, traducción MANUEL CANCIO, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, página 10.

ciudadanos, por ello nos centraremos en las infracciones de los deberes negativos.

Los deberes negativos también definidos como deberes de organización son deberes que surgen por la forma en que los ciudadanos organizan el ejercicio de su libertad, pueden ser deberes de acción o deberes de omisión, es decir deberes de hacer algo o de abstenerse de hacer algo. Estos deberes se establecen de acuerdo al ámbito de competencia de los ciudadanos y buscan evitar un resultado lesivo¹⁵⁰.

Todas las personas son competentes para cumplir este tipo de deberes ya sea organizándose de tal forma que no se excedan en el ejercicio de su libertad, esto es, asegurándose de no causar resultados lesivos o revocando los riesgos especiales de resultados lesivos que creen con la organización de su libertad, pues cuando un ciudadano se organiza viviendo de manera neutral (sin crear riesgos especiales) su ámbito de competencia solo le exige asegurarse de no causar daños a los demás, pero cuando con su organización la persona crea una situación riesgosa que afecta la esfera de libertad ajena, se vuelve competente para cumplir el deber de revocar dicho riesgo y de esta manera evitar la producción del resultado lesivo que pueda causar su organización¹⁵¹, si no lo hace, se hace responsable del resultado causado por no cumplir con el deber que le asistía de revocar el riesgo creado y, de esta forma, evitar el resultado.

La finalidad de estos deberes que están en el ámbito de competencia de cada ciudadano es evitar la ocurrencia de un resultado delictivo asegurándose de no causarlo con su organización o revocando el riesgo de resultado delictivo creado o aumentado con su organización¹⁵². La infracción a estos deberes comprendidos en el ámbito de competencia (asegurarse de no causar resultados y revocar los riesgos de los resultados creados o aumentados) son infracciones a la norma y son lo que le importa al derecho penal, es decir, no importan las acciones

¹⁵⁰ *Ibíd.* Página 12.

¹⁵¹ GÜNTHER JAKOBS, *Teoría de la intervención*, ob. Cit. Página 21.

¹⁵² GÜNTHER JAKOBS, *Injerencia y dominio...* ob. Cit. Página 12.

naturales que atacan la vida de las personas sino las infracciones al deber de evitar causarle la muerte de las personas dentro del ámbito de competencia de cada ciudadano (cada ciudadano tiene competencia de evitar la muerte ya sea porque se aseguró de no organizarse para causar muerte o porque debe revocar los riesgos especiales que conducen al resultado muerte que creo o aumentó con su organización).

Partiendo del hecho de que al derecho penal solo le importan las conductas (acciones u omisiones) constitutivas de una infracción a la norma (infracciones a los deberes de asegurarse de no causar resultados con su organización y de revocar los riesgos de resultado creados o aumentados con su organización)¹⁵³, podemos decir que estas infracciones pueden llevarse a cabo con el aporte causal de una persona y en ocasiones pueden llevarse a cabo contando con aportes causales de varias personas, sin embargo lo que le importa al derecho penal es la infracción a la norma no la cantidad de aportes causales.

Para la teoría de la intervención de JAKOBS no es importante el aporte natural o causal de uno o más intervinientes sino la infracción a la norma, pues hay aportes causales carentes de valoración normativa que no crean ni aumentan ningún riesgo especial, por tanto, no constituirían ningún injusto valorable por el derecho penal y dichos aportes serían irrelevantes, por ejemplo si una persona tiene la intención de matar a alguien y compra un cuchillo y va en taxi hasta donde vive la víctima, evidentemente el vendedor del cuchillo y el taxista con sus aportes causales y neutrales concurren al injusto fácticamente, pero no se organizaron con sentido de causar muerte sino de realizar conductas socialmente comunes y jurídico penalmente neutrales (vender cuchillo y conducir taxi no son conductas con sentido de causar muerte).

En el ejemplo anterior las conductas o formas de organización de vender un cuchillo y manejar un taxi no crearon ningún riesgo especial, por tanto, no hacen

¹⁵³ GÜNTHER JAKOBS, *la intervención delictiva en Derecho penal y sociedad tomo II*, coordinador EDUARDO MONTEALEGRE, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, página 19.

competente al taxista ni al vendedor de cuchillo de evitar la muerte de la víctima, en cambio, la organización del homicida si es una conducta con sentido de causar muerte, por eso hace competente al homicida del deber de evitar el resultado muerte y por eso lo hace penalmente responsable del resultado de homicidio.

El injusto penal puede contar con aportes que no sean en sí una infracción a la norma pero que tengan un sentido de infringir la norma, en este caso se considera cada aporte como parte de la infracción a la norma, verbigracia alguien actúa para crear un riesgo especial precedente y otra persona materializa el riesgo.

En este caso los aportes de cada ciudadano coordinados o no deben tener el inequívoco sentido de contradecir la norma para que se les atribuya responsabilidad penal por la conducta, pues no solo infringe un deber quien ejecuta una conducta descrita en un tipo penal, sino quien por medio de sus aportes contradice la norma penal, es decir, quien con aportes que tengan el sentido de contradecir la norma penal se organiza y aporta a la comisión del injusto penal, infringe la norma y su aporte queda englobado en el injusto penal¹⁵⁴, por ejemplo, alguien convenció a otro para cometer un homicidio y el otro efectivamente lo comete, en este caso la conducta del determinador y la del ejecutor se engloban en la misma infracción que podríamos llamar hecho total o conducta global de homicidio.

En el anterior caso el injusto o la infracción a la norma consistió en un homicidio y de este homicidio es responsable quien ejecutó la conducta, pero también es responsable quien, sin aportar en la ejecución de la conducta, se organizó con un aporte que tenía un inequívoco sentido de infringir la norma. Consideramos que es responsable quien participó en los actos preparatorios del homicidio porque, i) con su aporte se organizó creando o aumentando un riesgo efectivo de afectar derechos ajenos e infringir la norma y ii) al excederse en su organización tenía el deber de revocar el riesgo especial que había creado o aumentado con su apoyo

¹⁵⁴ GÜNTHER JAKOBS, *Teoría de la intervención*, ob. Cit. Página 28 y ss.

al homicidio, es decir estaba obligado a evitar el resultado y no lo hizo, por ello es responsable¹⁵⁵.

Hay quienes consideran que para que la intervención precedente a la ejecución del delito sea punible debería ser antijurídica, como se observa en el código 25 de nuestro CP, sin embargo, la teoría que estamos estudiando fue concebida sin la exigencia de que la intervención precedente tuviera que ser antijurídica, solo se exige que se cree o aumente el riesgo de infracción a la norma¹⁵⁶.

Esto no solo ocurre en tratándose de actos preparativos a la ejecución del delito, pues cuando una persona es cómplice concomitante en un delito hace un aporte con sentido de infringir la norma y se excede en su facultad de organizarse afectando los derechos ajenos, por ello le asistiría también el deber de evitar la conducta que está acompañando para revocar el riesgo que está incrementando y evitar el resultado que está causando; si no lo hace, también sería responsable del injusto global que apoya por no evitar la comisión del delito, esto atendiendo a que al derecho penal le interesa la infracción de la norma y esto se da con una conducta colectiva, así fácticamente parezcan distintas acciones individuales, pues con los aportes vistos de manera naturalísima se puede hablar de acciones individuales, pero cuando se llevan a cabo en conjunto y tienen el sentido de infringir la norma serían una infracción a la norma llevada a cabo con una conducta colectiva¹⁵⁷.

Partiendo de la posibilidad de que existan infracciones a la norma que se lleven a cabo a través de varios aportes acumulados con sentido de contradecir la norma y con aportes que no tienen el sentido de contradecir la norma, es conveniente y necesario determinar ¿cuándo, en una conducta colectiva o conjunta en la que hay una división del trabajo, un aporte o una intervención tiene el sentido de contradecir la norma penal? y ¿cuándo no tiene ese sentido?, es decir, ¿cuándo

¹⁵⁵ JORGE PERDOMO, *Estudios penales a partir de la libertad y solidaridad*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, página 49.

¹⁵⁶ GÜNTHER JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho*, ob. Cit. Página 20.

¹⁵⁷ YESID REYES, *Intervención delictiva e imputación objetiva en Derecho penal contemporáneo*, *Revista internacional número 21*, Legis, Bogotá, 2007, página 12.

una intervención se puede entender como parte de la conducta global o hecho total? y ¿cuándo no?

Siguiendo a JAKOBS encontramos que esta teoría expande el ámbito de imputación de las conductas más de lo que quisiéramos, pues aunque es bueno encontrar una doctrina con el rendimiento suficiente para imputar conductas a intervinientes que no han intervenido en la ejecución del delito, hay una expansión en la posibilidad de imputar conductas a diversos intervinientes que nos suscita prevenciones, pues con esta teoría los aportes culposos de unas personas también se pueden integrar y hacer parte de las infracciones globales dolosas; también los aportes dolosos unas personas se pueden integrar y hacer parte de las infracciones globales culposas y los aportes culposos de otras personas también se pueden integrar y hacer parte de las infracciones globales culposas¹⁵⁸.

Si bien es confuso descifrar en todos los casos cuál conducta tiene sentido de infringir la norma no es imposible encontrar criterios para identificar este sentido como el dolo de los intervinientes o la relación de la conducta con el resultado y con las otras intervenciones, sin embargo, la tarea más decisiva está en determinar cuándo la intervención no hace parte del injusto global, es decir, cuándo la conducta no tiene sentido de infringir la norma. En este punto JAKOBS considera que un aporte de un interviniente no hace parte de la infracción global cuando es una conducta propia de su rol, cuando se realiza una conducta autorizada por la ley o la costumbre o cuando la conducta no revista ningún riesgo especial¹⁵⁹.

Con la teoría de la intervención se pueden llenar lagunas de punibilidad para imputar conductas delictivas realizadas por grupos de crimen organizado a ciertos integrantes del grupo que no actúan en la ejecución de la conducta, cosa que no se puede hacer con posturas que solamente conciban la conducta como acción individual, pues un líder de una organización criminal puede ordenar un secuestro

¹⁵⁸ GÜNTHER JAKOBS, *Teoría de la intervención*, ob. Cit. Páginas 72 y ss.

¹⁵⁹ *Ibíd.* Página 54.

desde un escritorio y sin participar en la ejecución, no obstante su forma de organizarse lo hace competente del deber de revocar el riesgo de realización del secuestro y de evitar la comisión del secuestro, por tanto, el jefe del grupo se haría responsable del resultado delictivo en caso de no evitar el secuestro, aunque la conducta se haya realizado por otra persona.

De igual forma, si un integrante de un grupo delictivo da la orden de bombardear un oleoducto y es previsible que con la ejecución de dicha orden se contamine un río aledaño a esa zona, es evidente que la orden del dirigente creó o aumentó un riesgo de afectar el medio ambiente con la contaminación de un río, por ello, al dar esa orden y organizarse de manera contraria a derecho se haría competente del deber revocar el riesgo que creó y de evitar el bombardeo y el hecho previsible de contaminar el río, de lo contrario sería responsable penalmente por el bombardeo y por la contaminación del río, así quien hubiera hecho el bombardeo y la contaminación del río fuera otra persona.

Es decir, cuando un integrante de un grupo hace una intervención que crea o aumenta un riesgo para un delito, como lo es ordenar o autorizar la comisión de un delito, se está haciendo competente del deber de revocar el riesgo y debe responder penalmente por la realización de este riesgo por infringir el deber de revocar el riesgo creado o aumentado para evitar un resultado delictivo.

No implica lo dicho hasta acá que la organización que se materializa en una conducta con sentido de crear o aumentar el riesgo de infracción a la norma sea la única forma de hacerse competente del deber de evitar un resultado delictivo causado por otras personas.

La competencia de un deber de evitar un resultado lesivo por la forma de organizarse, incluso si el resultado lesivo es ocasionado por otra persona, se puede instituir sin necesidad de crear o aumentar riesgos de infracción a la norma, uno de los ejemplos más comunes es la asunción voluntaria de la protección de

una fuente de riesgo¹⁶⁰, toda vez que la asunción voluntaria de una fuente de riesgo es una conducta libre que como toda conducta libre obliga a asumir las obligaciones y responsabilidades de su organización.

Cuando una persona se hace cargo de una fuente de riesgo de manera voluntaria, aparte de tener el deber común a todo mundo, esto es, el deber de no causar daños a nadie con la administración de la fuente de riesgo, asume la competencia evitar que la fuente de riesgo que maneja cause delitos, verbigracia, si una persona asume voluntariamente la custodia y venta de pólvora se hace responsable de los deberes de no utilizar la pólvora para dañar a alguien y de darle un buen uso a la misma, por otra parte, en caso de que el responsable le dé un uso descuidado a la fuente de riesgo y se advierta un riesgo propiciado por el mal uso de la fuente de riesgo (pólvora) debe evitar un resultado lesivo revocando el riesgo creado con el mal manejo de la pólvora, de lo contrario responderá penalmente por el resultado lesivo ocasionado en virtud de que era una persona con la competencia para evitar un resultado lesivo con la pólvora.

Esta forma de responsabilizarse dependiendo de la asunción voluntaria manejar una fuente de riesgo también hace competente de las ejecuciones que realice otra persona por el mal manejo que se dé a las fuentes de riesgo, toda vez que el manejo irresponsable de una fuente de riesgo también es una conducta que se puede integrar a una conducta colectiva en la que intervengan varias personas, siempre y cuando tenga el sentido delictivo para integrarse a la conducta global.

Una persona puede organizarse voluntariamente para usar un arma, pero el hecho de asumir la custodia del arma lo hace competente de evitar que se dé un uso criminal a esa arma, incluso, si el uso lo lleva a cabo otra persona. En un caso en el que el dueño de una casa que sabe que su huésped quiere matar a su vecino deja voluntariamente su arma en la recámara de su huésped para que este la coja

¹⁶⁰ JASON ANDRADE, *El delito de omisión en Lecciones de derecho penal...* ob. Cit. Página 329. El profesor JORGE PERDOMO considera en su obra *El delito de comisión por omisión en el nuevo código penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, páginas 37 y 38 que la posición de garantía por asunción del riesgo es un deber positivo no negativo, afirmación con la que no estamos de acuerdo.

y mate al enemigo que tienen en común hace un aporte al eventual homicidio siendo descuidado con su fuente de riesgo y dejando el arma a disposición del homicida. La conducta de descuidar la fuente de riesgo que tenía a cargo el custodio del arma es un aporte a la conducta global de homicidio y al mismo tiempo es una creación de un riesgo para que el arma se use de forma criminal, por esto el custodio del arma debería ser competente para revocar el riesgo creado con el descuido de una fuente de riesgo para evitar el resultado delictivo, de no revocar el riesgo creado, su aporte necesariamente tendrá que integrarse a la conducta global de homicidio.

La asunción de una fuente de peligro no es privativa de la administración de cosas peligrosas, también los deberes de asunción hacen competente a quien asume la custodia de personal y de bienes que impliquen una fuente de riesgo. Para volver al ejemplo anterior, la persona que administraba una fuente de peligro como una bodega con pólvora se le crece el negocio y tiene la obligación de contratar gente que organice la pólvora. Si la persona asume voluntariamente la custodia de la tienda de pólvora con el personal que trabaja en ella, debe hacerse responsable que no se dé una mala administración de la fuente de peligro (pólvora y personal que maneja la pólvora) y de revocar los riesgos que haya creado una administración de la fuente de peligro (la pólvora y el personal que maneja la pólvora).

Si el custodio de la pólvora, a pesar de haberse comprometido voluntariamente a administrar la pólvora y el personal que manipula la pólvora, es descuidado y no vigila que su personal manipule bien la pólvora y permite que los empleados fumen en el lugar o que no guarden correctamente el material peligroso, es decir, no se asegura de que su fuente de riesgo no cree riesgos o no revoca los riesgos que crea su fuente de riesgo, se hace competente del deber de evitar que se creen resultados delictivos, es decir se hace responsable de los resultados delictivos que pueda causar una explosión en la bodega (lesiones personales u homicidios).

En caso de que se materialicen los delitos de lesiones personales la infracción del deber del custodio de la pólvora de evitar los resultados delictivos se integrará a la conducta global de lesiones personales u homicidios.

Para formular un ejemplo de delitos cometidos por grupos de crimen organizado podemos observar que hay casos en los que una persona asume voluntariamente la dirección de un grupo de crimen organizado y como jefe o rango directivo de la organización en ocasiones se ve en la obligación de administrar fuentes de riesgo como personal de la organización (delincuentes esbirros de la organización) y bienes de manipulación peligrosa (armas).

En este caso particular el jefe de la organización asumió voluntariamente la administración de estas fuentes de riesgo, por ello se hizo competente del deber evitar que estas fuentes de riesgo que maneja no causen resultados delictivos, en el evento de que los integrantes de la organización (por orden del jefe o sin orden del jefe) se dispongan a cometer fechorías como cobrar extorsiones o matar gente el jefe de la organización debe asegurar que no se creen riesgos de cometer estos delitos o de revocar los riesgos de resultado delictivo creados con su mala administración de fuentes de riesgo, es decir, se hace competente del deber de evitar que el personal que asumió la tarea de administrar cometan resultados delictivos, pues el hecho de estar al margen de la ley no excluye el deber de administrar las fuentes de riesgo de tal forma que no se afecte la esfera de libertad ajena, ni más faltaba.

En caso de que los esbirros del jefe de la organización cometan delitos como extorsiones u homicidios (por orden del jefe o sin orden del jefe) la infracción al deber de evitar el delito que le era competente evitar se entenderá como un aporte a la conducta global de extorsión u homicidio y por ello le será imputable la conducta global al jefe de la organización.

En los casos de asunción voluntaria de riesgos, nada impide que sus infracciones al deber de evitar el resultado se integren a una conducta delictiva global, pues lo que le importa al derecho penal es la infracción a un deber no los aportes

naturalísimos. Por otra parte, al integrarse estos deberes a la conducta global les será imputable a quienes asumieron la administración de fuentes de riesgo la conducta global, ya que lo que importa en la teoría de la intervención es la infracción a la norma con la conducta global, la conducta colectiva más que los aportes individuales.

No implica lo anterior que en estos casos se configure responsabilidad objetiva, en estos casos a la persona que realiza una situación que crea o aumenta un riesgo o a la que asume voluntariamente la custodia de fuentes de peligro, las vincula el deber cumplir los deberes que implican la organización propia de su libertad, es decir las vincula el deber de manejar bien su libertad, sin que ello implique que se les vaya a atribuir resultados lesivos que no se puedan evitar dando una organización adecuada a su libertad.

Esta forma de entender el delito, no como una conducta fáctica, sino como una infracción a la norma, no solo es útil para resolver problemas de imputación en conductas colectivas que se pueden solucionar con la teoría del dominio del hecho, sino que también resulta provechosa para imputar conductas y responsabilizar penalmente a personas que teniendo el deber de evitar un resultado, no lo hacen, y merecen reproche penal por ello, pero no se les podría imputar la conducta con la teoría del dominio del hecho, porque lamentablemente no tuvieron el dominio del hecho, verbigracia, las mujeres que dejan morir a sus hijos en sus ojos o los policías que dejan robar a los ladrones en sus propios ojos entre otros casos, sin embargo, este es un tema que debe ser trabajado en otro estudio ya que no hace parte del tema de la imputación de conductas dentro de una organización criminal.

Aunque la teoría de la intervención tiene el potencial de dar soluciones sistemáticas a casos en los que se necesita imputar una conducta realizada por un grupo de crimen organizado a personas que merecen un reproche penal, pero no intervinieron en la ejecución de la conducta, no es una teoría infalible ni de acogida acrítica, por no determinar criterios para graduar la importancia del aporte

de la intervención, por equiparar los aportes de la autoría y la participación y por no delimitar precisamente dónde está el lindero que separa las intervenciones que hacen parte de un injusto global entre otras críticas.

CAPÍTULO IV. IMPUTACIÓN DE CONDUCTAS COMETIDAS POR UN GRUPO DE DELINCUENCIA ORGANIZADA EN COLOMBIA.

De lo dicho hasta el momento se va avizorando la posibilidad de atribuir conductas punibles a los miembros de una agrupación de crimen organizado consolidada que no participan en la ejecución del delito, pues se han explicado cuáles son las funciones de la pena que nuestro Estado pretende cumplir cuando la impone y unas formas de imputación de conductas que se aplican a fenómenos complejos de criminalidad colectiva que están conformes con las funciones de la pena y que posibilitan cumplir el fin de este trabajo, que es, encontrar una forma de imputar conductas punibles que se cometen por grupos de crimen organizado a integrantes de dichas organizaciones que no han intervenido en la ejecución de delitos.

Como se ha dejado una mediana claridad a lo largo de este trabajo, hay un consenso de que los grupos de delincuencia organizada cuentan con unos rasgos distintivos como estar compuestos por varios integrantes, contar con una estructura jerárquicamente organizada, tener una medianamente determinada distribución de roles, funciones y rangos, cometer delitos graves, actuar de manera planificada y de acuerdo a un plan común y perseguir el lucro con su actuar criminal.

Tener unos rasgos característicos o propios de organización hace posible que se encuentre una forma común o típica de imputar conductas a los integrantes de esta clase de grupos, en especial a los que no participan en la ejecución de los delitos, y no haya la necesidad de proponer una forma diferente de imputar conductas para cada caso particular de agrupación o para cada caso particular de conducta delictiva.

Antes de que se entienda la propuesta de este trabajo como un intento mesiánico y reformador que pretenda reformular la teoría del delito, porque desde la introducción se dejó claro que este trabajo no busca eso, partimos del

reconocimiento de que buscamos dar una solución a un problema que podría tener una solución prevista en la ley, solo que la consideramos una solución insatisfactoria, problemática y con el inconveniente de que excepcionalmente pueda generar impunidad para eventos en los que se pretenda imputar una conducta a un miembro de la organización que no participó en la ejecución de graves delitos que se cometen por parte de un colectivo de delincuencia organizada.

4.1. Soluciones previstas en el Código Penal colombiano.

En la legislación vigente en Colombia, sin aplicar lo relativo a la autoría mediata ni a la teoría de la intervención de JAKOBS, que se abordarán en este capítulo, hay posibilidades de atribuir una conducta delictiva a miembros de una organización criminal que no hubieran intervenido en la ejecución del delito, verbigracia, existen en la legislación formas de intervención como la del coautor, la del cómplice y la del determinador que permiten imputar una conducta así no se hubiera intervenido en la ejecución de un delito, lo que indica que aparentemente no habría vacíos de impunidad en la legislación penal para esta clase de intervinientes en delitos realizados por grupos de delincuencia organizada.

En nuestro CP en el artículo 30 inciso 3 se encuentra regulada la figura de la complicidad de la siguiente manera: “Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad”.

La complicidad es entendida como una contribución al autor de un delito que incrementa el riesgo de realización del resultado¹⁶¹ y se puede realizar durante la ejecución, en los actos preparatorios o con posterioridad a la ejecución del delito, siempre y cuando el aporte posterior a la ejecución se hubiera previsto con

¹⁶¹ ALBERTO HERNÁNDEZ. Ob. Cit. Página 296.

anterioridad a la ejecución del delito y tenga una inescindible relación con el mismo¹⁶².

En este orden de ideas resulta imposible negar que el apoyo o la orden de un integrante de una organización delincuenciales puede llegar a ser considerado como una contribución al autor directo o ejecutor de un delito, incluso sin que se evidenciara que el contribuyente tomara parte en la ejecución del mismo. De acuerdo con esto, encontramos que no se predicaría impunidad para el miembro del grupo que no tomó parte en la ejecución del delito de la organización, pero tuvo un aporte para la comisión del delito en los actos preparatorios.

A pesar de lo anterior, no es satisfactoria esta solución que encuentra refugio en la figura de la complicidad, toda vez que la complicidad es una construcción jurídica acomodada para atribuir responsabilidad a intervinientes que no se encuadran en la definición de autores o no dan un aporte como el de estos y en consecuencia, se les impone una pena que como es de esperarse no puede ser equivalente a la del autor, de hecho, es una pena muy inferior a la del autor.

Aunque al imputar como cómplice al jefe de una organización criminal que ordena cometer un secuestro o que adelanta las tratativas comerciales de un considerable cargamento de estupefacientes no queda en la impunidad cuando se realiza el delito de secuestro o de tráfico de estupefacientes por parte de los ejecutores que son miembros de base en la organización, debemos recordar que una de las teorías de la función de la pena que hemos estudiado (la retribución) parte del supuesto de que la pena con que se debe castigar a los responsables de un delito debe ser justicia y proporcional con la naturaleza de la conducta.

Esto tiene que tener correspondencia también con la forma de imputar una conducta y, teniendo en cuenta el valioso aporte que hace el jefe de un grupo para esta clase de delitos de organización, resultaría injusto y desproporcionado atribuir la conducta al jefe de la organización como si fuera un simple cómplice e

¹⁶² Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, Radicado 41758, del 18 de mayo de 2016.

imponerle una pena como de interviniente de segundo orden a pesar de que tuvo un rol protagonista en la comisión de estos delitos, de hecho, un papel mucho más decisivo que el de los meros ejecutores.

Por ende, no siempre es satisfactoria la forma de imputación de la conducta que se observa en el artículo 30 del CP inciso 3 (complicidad) en los casos en los que sea necesario imputar la conducta a jefes o mandos medios coordinadores del tipo de organizaciones criminales de las que estamos hablando en este trabajo, lo anterior, por no corresponder siempre a una pena justa ni a un título de imputación justo.

En el mismo artículo 30 del CP, pero esta vez en el inciso 2, hay una figura prevista en los siguientes términos “Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción”. Esta construcción normativa se conoce como la determinación y también posibilita atribuir la conducta a título de participe a un interviniente que, sin actuar en la ejecución, debería responder penalmente por los hechos del ejecutor.

La determinación, a diferencia de lo que ocurre con la complicidad, establece la misma pena que merece el ejecutor de la conducta, es decir, una pena igual de grave que la establecida para el autor, esto, por la importancia del aporte que se da en esta forma de intervención (la determinación).

La Corte Suprema de Justicia ha utilizado la determinación para atribuir responsabilidad penal a sujetos que no intervienen en la ejecución de un delito cometido por una organización criminal (caso Salvador Arana)¹⁶³, esta figura se usa cuando un interviniente, por medio de dádiva para convencer, por promesa remuneratoria o de cualquier beneficio, por asesoría, por amenazas o por órdenes, consigue que el autor tome la decisión de cometer el delito¹⁶⁴, pero se debe aclarar que la dádiva, la orden, la promesa, las amenazas o la asesoría deben ser

¹⁶³ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, radicado 32672 del 3 de diciembre de 2009.

¹⁶⁴ ALBERTO HERNÁNDEZ ESQUIVEL, JOSÉ MANUEL DÍAZ SOTO, CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, *Autoría y participación en lecciones de derecho penal, parte general tercera edición*, Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2019, página 302.

la causa por la que el autor toma la decisión de cometer el delito, no una simple contribución para reforzar la voluntad del autor de cometer el delito, pues en este último caso nos encontraríamos ante una simple complicidad por contribución psicológica para cometer el delito que no es un aporte igual de decisivo y no ameritaría que la pena del determinador fuera la misma que la del autor¹⁶⁵.

La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia consideran que el determinador es un partícipe que hace nacer en el autor la decisión de cometer el delito¹⁶⁶ y que por tanto siempre debe tener una relación inmediata con el delito que se comete o se queda en grado de tentativa y con la persona comete el delito (autor)¹⁶⁷.

Esta forma de concebir la determinación se debe a que una de las acepciones del verbo rector de la determinación (determinar) es: “Hacer que alguien decida algo”¹⁶⁸. Además de esto regulaciones que han influido a la normatividad colombiana, como la española, prevén una figura equivalente a la determinación en su Código Penal de la siguiente forma:

“Artículo 28. Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.

b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”¹⁶⁹ (negrilla fuera de texto).

Sin embargo, al observar la regulación colombiana observamos que el inciso 2 de nuestro CP dice:

“(…) Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción (…).

¹⁶⁵ FEDERICO LONDOÑO MESA, *Concurso de personas en la conducta punible en Derecho penal, parte general - fundamentos*, coordinador DIEGO ARAQUE MORENO, Universidad de Medellín, 2009, página 573.

¹⁶⁶ Corte Suprema de Justicia sentencia de única instancia de Sala de Casación penal del 26 de octubre de 2000, además de los anteriores autores citados.

¹⁶⁷ FEDERICO LONDOÑO... ob. Cit. Página 573.

¹⁶⁸ Diccionario de la Real Academia Española. Tomado de [<https://dle.rae.es/?w=determinar>].

¹⁶⁹ Ley Orgánica 10/1995 de España.

Al buscar las acepciones del verbo rector de esta disposición legal (determinar) en el diccionario oficial de la RAE encontramos que determinar es: “Hacer que alguien decida algo”, pero también tiene otra acepción igualmente válida: “Ser causa de que algo ocurra o de que alguien se comporte de un modo determinado”¹⁷⁰.

Si nos adscribimos a la primera definición del verbo rector de la figura de la determinación (determinar), no podríamos utilizar con mucho rendimiento esta figura para atribuir delitos a título de determinador a integrantes de un grupo de crimen organizado, pues, solo se podría atribuir conductas a título de determinador a quienes determinan al autor a cometer un delito.

A manera de ejemplo podemos retratar lo siguiente: un jefe de una organización criminal determina a un mando medio para que cometa un delito, como amenazar y cobrar unas extorsiones a la población, en vista de esto, el integrante con mando medio le ordena a un miembro de base del grupo criminal que vaya casa por casa amenazando y cobrando la extorsión que le solicitó el jefe de la organización.

En este caso al jefe del grupo, a pesar de ser la persona que tuvo la idea y dispuso que su organización cobrara una extorsión, no se le podría imputar la conducta a título de determinador ya que no estaría determinando a otro a cometer un delito de extorsión, sino que estaría determinando a otro (miembro con mando medio) a que determine a otro a cometer el delito de extorsión.

Con esta forma de concebir la determinación el jefe del grupo criminal no estaría convenciendo al autor de cometer el delito y no se le podría imputar la conducta como determinador del delito de extorsión, sino como cómplice, ya que el jefe no convenció al autor y no habría una mejor forma de imputarle la conducta, a pesar, de que el jefe de la banda es el mayor responsable del cobro de la extorsión y sin su aporte (ordenar el cobro de una extorsión) no hubiera existido delito.

¹⁷⁰ Diccionario... ob. Cit.

No obstante, si acogemos la segunda acepción del verbo rector determinar que tiene el inciso 2 del artículo 30 de nuestro CP si podemos imputar la conducta al jefe del grupo como determinador, pues, si consideramos que determinar es “ser causa de que algo ocurra o de que alguien se comporte de un modo determinado”, cuando el jefe del grupo ordenó al mando medio a cometer una extorsión y, por su parte, el mando medio ordenó a un ejecutor de base que cobre la extorsión, hizo que el autor (el ejecutor de base) cobrara las correspondientes extorsiones debido a que el jefe del grupo dio la orden de cobrar las extorsiones, independientemente de que el ejecutor de base hubiera escuchado la orden por boca de un rango medio y no por boca del jefe del grupo, es decir, así el jefe de la organización no le hubiera dado la orden al ejecutor, fue causante de que el ejecutor cometiera el delito de extorsión.

Esta postura no es la más común ni la más usual, sin embargo, en el año 2018 la Corte Suprema de Justicia profirió una decisión mediante la cual abrió la posibilidad de entender la determinación de la manera que hemos propuesto en el párrafo anterior. Este pronunciamiento de la Corte lo consideramos muy importante y muy coincidente con nuestro punto de vista, por ello, vamos a permitirnos hacer una cita larga de la sentencia en mención, a riesgo de que no se vea muy estético:

“La idea básica de la participación supone, tal como se indicó, que es determinador quien induce a otro a realizar la conducta antijurídica. Esa simpleza conceptual sin embargo se complica cuando el determinado induce a su vez a otro a realizar el comportamiento (determinación en cadena) (...). Sin embargo, el conocimiento de la creación del riesgo concreto que le incumbe al primer determinador no se elimina por el hecho de que un tercero realice la conducta en las mismas condiciones, en idénticas circunstancias y con iguales complicaciones y riesgos previstos inicialmente, como en seguida se verá.

Para empezar, véase que desde el plano dogmático la determinación supone los siguientes elementos:

(i) un vínculo entre el hecho principal y la acción del inductor, (ii) la actuación determinante del inductor, (iii) un comienzo de ejecución del

comportamiento, (iv) la carencia del dominio del hecho y (v) un actuar doloso.

La instigación a su vez puede ser directa y en cadena, como ocurre o puede suceder cuando entre el autor y el instigador media la intermediación de otro instigado. En relación con esta última posibilidad, el artículo 30 del Código Penal se refiere a la determinación directa, lo cual no excluye la posibilidad de la instigación en “cadena”, siempre y cuando se reúnan los mismos requisitos indicados anteriormente, situación que en este caso no está en duda.

En efecto, lo central es que exista una conexión concreta entre la conducta del instigador inicial y el autor material, relación que como primer elemento de la determinación en este caso surge del conocimiento del riesgo y de los efectos colaterales que envuelve la acción inicial, y no necesariamente de un contacto personal entre el autor y el primer determinador que es distinto. La relación personal entre el primer inductor y el autor material no es esencial ni necesaria para configurar la inducción en cadena, porque si este tipo de vínculos fuesen indispensables, otras instituciones más “despersonalizadas”, como la que se presenta en la autoría mediata en aparatos organizados de poder sería igualmente insostenible desde dicha perspectiva, pues en estas hipótesis el hombre de atrás ni siquiera sabe o conoce quién ejecutará la conducta.

Para la Sala, excluir la posibilidad de la denominada determinación en cadena cuando se presenta una relación “mediata” entre el autor material y el determinador inicial, puede conducir a injustificadas lagunas de punibilidad. Lo que ocurre es que, en estos casos, debe existir un curso causal continuo que permita sostener que el resultado corresponde a las directrices ciertas y a las previstas como posibles por el primer instigador del comportamiento. Pensar, como sugieren algunos, que el inductor que podríamos llamar “intermedio” no inicia la ejecución del hecho antijurídico y que por lo tanto faltaría uno de los presupuestos de la inducción, es una tesis que solo se puede sostener a partir de una elaboración que fragmenta la conducta en perjuicio de su unidad, al aislar al inductor inicial del resultado final que ejecuta el autor.

En ese orden, si las reglas de la determinación exigen que el autor debe dar inicio a la ejecución del hecho, es claro que conforme al principio de accesoriedad de la participación, esa exigencia no se debe analizar a partir de la relación entre el inductor inicial y el intermedio, sino entre éstos y el autor material.”

Aunque nos resulta muy interesante esta sentencia y esta forma de concebir la determinación tenemos que decir que la figura de la determinación tampoco es la solución ideal para resolver el problema que hemos estado formulando a lo largo

de este trabajo, es decir, el problema de imputar a un miembro de un grupo de crimen organizado la conducta realizada por la organización, a pesar de no haber intervenido en la ejecución del hecho punible, pues, aunque se pueda imputar al integrante del colectivo criminal la comisión de una conducta a título de determinador con la misma pena del autor, es decir una pena justa y proporcional de acuerdo al aporte cometido en el delito, se está imputando al miembro de la organización una conducta a título de interviniente accesorio y no principal, lo que acarrea consecuencias sustanciales.

Ser imputado por un delito a título de interviniente principal o a título de interviniente secundario no es un asunto que deba ser ignorado, pues el hecho de que se impute a un interviniente una conducta a título de intervención accesorio (partícipe-determinador) significa que la punibilidad de su conducta estará supeditada a que proceda la punibilidad de la conducta del autor o interviniente principal, verbigracia si un determinador sin conocer la situación de un eventual ejecutor, lo convence de cometer un delito y se demuestra en el proceso que el autor estuvo actuando en estado de necesidad o en error de tipo, se dejará en impunidad al determinador que hizo todo lo posible para cometer la conducta que se cometió por conducto del autor, así el determinador no esté actuando en estado de necesidad o tenga pleno conocimiento de que el ejecutor va a llevar a cabo una conducta típica, y esto no solo deja una manto de impunidad en el ambiente sino que propicia que el determinador tenga un tratamiento punitivo benévolo e inmerecido, a pesar de haber actuado de una forma que amerite un reproche penal por parte del Estado.

Aparte de las formas de intervención del artículo 30 del CP hay otra figura en el ordenamiento penal que posibilita la imputación de conductas a miembros de organización criminal que no intervinieron en la ejecución de delitos, nos referimos en este punto a la coautoría.

En el anterior capítulo habíamos afirmado que sobre la configuración de la coautoría hay una discusión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

que por el momento no está zanjada, pues hay sentencias que indican que para que se configure la coautoría, aparte del acuerdo común y la división del trabajo, se requiere de un aporte importante en la ejecución del delito¹⁷¹; pero también hay sentencias que consideran que, además del acuerdo común y la división del trabajo, se necesita un aporte importante que no tiene que ser en la ejecución del delito¹⁷².

Este segundo grupo de sentencias se adscriben a una corriente distinta a la del dominio del hecho, es decir, siendo consecuentes con estos pronunciamientos, hay que concluir que para este segundo grupo de sentencia no se aplica la teoría del dominio del hecho en la coautoría que regula el artículo 29 del CP, postura con la que estamos de acuerdo.

El artículo 29 del CP en su inciso 2 señala que “Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal **atendiendo la importancia del aporte**”, de lo que se observa que en ninguna norma se hace referencia a que deba haber algún aporte en la ejecución del delito, de lo contrario diría “atendiendo la importancia del aporte al momento de ejecutar la conducta” o una expresión análoga.

Como explicamos en el capítulo anterior, la teoría del dominio del hecho exige que el autor deba tener el control, el manejo o la capacidad de disposición sobre la ocurrencia del delito. Esto solo se puede tener si el coautor interviene en la ejecución del delito estando presente en el sitio de los hechos o a distancia, ya sea actuando con aportes físicos, coordinando el cumplimiento del plan común o vigilando que las actuaciones de los otros coautores, los partícipes, los terceros y los hechos de la naturaleza no frustren la consumación del delito.

¹⁷¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 5 de octubre de 2006, radicado N° 22358, también Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, sentencia de casación de 21 de agosto de 2003. Rad. 19213 y Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, Proceso No 27677, dos (2) de diciembre de dos mil ocho (2008).

¹⁷² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias de casación de 7 de marzo de 2007, radicación 23825 (Caso de la Masacre de Machuca), del 8 de agosto de 2007 radicado 25974 (caso Yamid Amat) y de 12 de septiembre de 2007, radicación 24448 (Masacre de La Gabarra), también Corte Suprema de Justicia SP1432-2014, Radicado No. 40214, 12 de febrero de 2014.

El control, el manejo y la capacidad de disposición sobre la ocurrencia del delito solo se puede lograr interviniendo en la ejecución del mismo, pues si solo se realizan aportes en la etapa de actos preparatorios o después de la ejecución del delito, queda claro que la consumación o tentativa del delito se deja librada a la diligencia y la libre determinación de quienes si intervinieron en la ejecución, en cambio, si se participa en la ejecución de un delito con aportes importantes el interviniente si puede llegar a controlar, manejar o disponer sobre la comisión del delito¹⁷³.

Puede ocurrir que un interviniente que se reputa coautor hubiera realizado un acuerdo común con otros coautores, hubiera actuado respetando una división del trabajo y hubiera realizado un aporte importante para la comisión de un delito en la etapa preparatoria del mismo y no en la ejecución. En esta clase de casos se debe considerar que el sujeto es coautor por cumplir lo requerido en el artículo 29 del CP y porque cometió una conducta con sentido de infringir la norma penal que, junto a otros aportes, conformó una conducta global o un hecho total que infringió una norma penal (teoría de la intervención de JAKOBS), sin embargo, pero no puede considerarse coautor por haber controlado o manejado la ocurrencia del delito, pues fueron los aportes que hicieron los otros coautores los que lograron que el acto no se quedara en meros actos preparatorios, es decir el que realizó aportes importantes en la fase preparatoria es coautor por la teoría de la intervención de JAKOBS, no por la teoría del dominio del hecho.

De igual forma, puede que un interviniente que no participó en la ejecución del delito, sino en los actos preparatorios, hubiera actuado con acuerdo común, respetando la división del trabajo y hubiera realizado un aporte consistente en dar órdenes, instrucciones u otro tipo de aportes para que los ejecutores actuaran y sin estos aportes no se hubiera podido cometer el delito, en este caso, si con las órdenes, instrucciones u otros aportes el interviniente hizo que los ejecutores cometieran el delito, nos encontraríamos ante un caso en el que el interviniente se considera determinador de acuerdo al artículo 30 del CP.

¹⁷³ CLAUS ROXIN, *Derecho penal...* ob. Cit. Página 325.

De acuerdo a lo tratado en el anterior capítulo de este trabajo, en la teoría de la intervención de JAKOBS el interviniente que determina a los ejecutores del delito comete una conducta con sentido de infringir la norma que se integra a otras conductas para conformar una conducta global o hecho total, por tanto, debería considerarse la contribución realizada en fase preparatoria consistente en dar órdenes, instrucciones u otro tipo de aportes para que otro realicen un delito como una conducta con sentido de infracción a la norma equivalente a la realizada por un autor, pues, como ya referimos, para esta teoría la diferencia entre autoría y participación es cuantitativa en el merecimiento de pena y no cualitativa en la naturaleza del aporte.

Es decir, en este caso el interviniente que dio órdenes, instrucciones u otro tipo de aportes sin los cuales no se hubiera podido cometer el delito debería considerarse coautor, pero por la teoría de intervención de JAKOBS, no por la teoría del dominio del hecho porque también en este caso, son los aportes que hicieron los ejecutores los que lograron que el acto no se quedara en meros actos preparatorios.

En forma análoga, también podría considerarse a un interviniente como coautor de un delito por llegar a un acuerdo común con otros coautores, respetar una división del trabajo y dar un aporte realizado en la fase preparatoria y no en la fase ejecutiva, y con que dicho aporte hubiera dominado la voluntad de los ejecutores y controlado la ocurrencia del hecho, caso en el cual no nos encontraríamos ante una coautoría sino a lo que en la teoría del dominio del hecho se le llama autoría mediata, que se puede configurar cuando un jefe o un grupo de jefes que llegan a un acuerdo dan una orden y los mandos medios o a los ejecutores acatan las órdenes que dio el jefe o la cúpula de jefes que se pusieron de acuerdo.

En este caso puede que los mandos medios o los ejecutores hubieran estado de acuerdo o no con la orden dada, pero hubieran estado de acuerdo o no, estaban obligados a acatar la orden, ya que la voluntad la dominaba un jefe o un grupo de jefes y, aunque en este caso se pudiera llegar a hablar de acuerdo común, si hay

un dominio de la voluntad por parte de los superiores jerárquicos siempre habrá una orden de superior jerárquico con apariencia de acuerdo común, en vez de un acuerdo común propiamente dicho, pues un acuerdo común surge de dos o más voluntades que se ponen de acuerdo sin que una voluntad se imponga sobre las otras y no por la imposición de una voluntad y la aceptación de la misma, así se comparta o no la decisión tomada.

Según lo que hemos dicho hasta el momento, puede ser que la figura de la coautoría sirva para llenar lagunas que conducen a la impunidad y se utilice para cobijar por la norma penal a quien realiza aportes en la comisión de delitos perpetrados por grupos de crimen organizado sin haber tomado parte en la ejecución del delito y con esta teoría se podría solucionar en parte el problema que nos hemos propuesto en este trabajo, sin embargo, esta figura, aparte de ser solo un fragmento de la teoría de la intervención de JAKOBS que se explicará más adelante en este capítulo, solo tiene la capacidad de llenar los vacíos de impunidad en los delitos en los que media un acuerdo común y se actúa con división del trabajo, según lo previsto en el CP, dejando por fuera otros supuestos en los que no media acuerdo común o en los que hay un acuerdo común aparente, o sea, un acuerdo común en los casos en los que un interviniente tiene dominio sobre la voluntad.

Respecto de este último supuesto de aparente coautoría por dominio del hecho y real coautoría por teoría de la intervención de JAKOBS, hay sentencias de la Corte Suprema de Justicia relacionadas con el tema, como lo es la sentencia del 7 de marzo de 2007, radicación 23825 (Caso de la Masacre de Machuca). En esta sentencia se responsabilizó a integrantes de estructuras organizadas de crimen que hubiéramos podido llamar GAO si la Ley 1908 de 2018 estuviera vigente para esa época, según se aludió en el capítulo II de este trabajo y ocurrió lo siguiente:

En octubre de 1998 unos jefes del ELN dieron la orden de dinamitar un oleoducto a unos militantes del ELN y como consecuencia de ello se produjo una explosión

con un derramamiento de petróleo que incendió una vereda y causó muchas muertes que eran previsibles de realizarse la detonación del oleoducto.

Este caso se caracteriza porque 1) en la sentencia se probó que existían grupos de crimen organizado que hubieran podido ser catalogados como GAO; 2) los jefes del ELN ordenaron la comisión de unos hechos que degeneraron en homicidios con dolo eventual; 3) las órdenes se transfirieron a los militantes de base por conducto de los mandos medios – coordinadores de la organización y estos a su vez dieron indicaciones en los actos preparatorios para el cumplimiento del plan criminal; 4) se cometieron delitos de homicidio perpetrados por militantes de base del ELN; 5) Se les atribuyeron los delitos de homicidio a título de coautores a los jefes del ELN por delitos cometidos por ejecutores de base, a pesar de no haber intervenido en la fase ejecutiva de los delitos.

En este caso se aplicó la figura de la coautoría para imputar a los jefes del ELN los delitos de homicidio que se cometieron en el seno de un aparato organizado de poder estructurado de manera jerárquica, por considerar que los jefes del ELN tenían dominio funcional del hecho sobre las conductas de los ejecutores, en consecuencia, se condenó a los jefes del ELN.

La Corte agregó que además del dominio funcional del hecho de los Jefes del ELN, se configuraba la coautoría toda vez que al ser un grupo organizado había división del trabajo entre los intervinientes que hicieron los aportes para la comisión de los delitos imputados; había un aporte importante por parte de los jefes que dieron la orden para comisión de los delitos; y hubo un acuerdo común para cometer los delitos entre los jefes del grupos, los mandos medios que coordinaron el delito y los ejecutores.

Consideramos que en esta sentencia la Corte llegó a una decisión plausible por considerar que las pruebas apuntaban a la responsabilidad penal que se les terminó imponiendo a los condenados y porque se determinó que los jefes del ELN realizaron un aporte importante que justificó que se les castigara como

intervinientes de primer orden (autores) y que en los delitos hubo perpetrados por el ELN hubo una ordenada división del trabajo.

Fuera de estos puntos de acuerdo con el fallo de la Corte, estamos en desacuerdo con la fundamentación que dio la Corte en esta sentencia para imputar a los jefes del ELN los delitos cometidos como coautores, esto debido a que la Corte se valió de la figura de la coautoría y de la teoría del dominio del hecho para concluir que no era necesaria la intervención en fase ejecutiva por parte de los jefes del ELN para que se configurara la coautoría, pues consideramos contradictoria la decisión de conjugar la teoría del dominio del hecho con la figura de la coautoría sin intervención en la ejecución del delito.

Esto bajo el entendido de que si la Corte iba a afirmar que había dominio del hecho por parte de los jefes del ELN era porque había dominio de la voluntad y autoría mediata o porque los jefes del ELN habían actuado con acuerdo común, división del trabajo y habían estado en pendientes y vigilantes coordinando la ejecución del delito para controlar o manejar la ocurrencia del resultado. Pero si la Corte iba a afirmar que los jefes del ELN eran coautores de los delitos y habían realizado aportes solamente en la etapa de preparación del delito, consideramos que podría ser viable esta afirmación siempre y cuando no se hubiera fundado la decisión en la teoría del dominio del hecho, es decir, a los jefes del ELN si se les habrían podido imputar los delitos como coautores, pero en este caso no se debió haber fundamentado la decisión en la teoría del dominio del hecho.

Tampoco estamos de acuerdo con que en este caso la Corte hubiera dado por hecho la existencia de un acuerdo común entre los jefes del ELN, los mandos medio – coordinadores y los ejecutores de los homicidios, consideramos respetuosamente que la Corte en estos casos no dio acertada aplicación a la figura de la coautoría porque dio por sentado que los intervinientes actuaron mediando acuerdo común tácito ya que pertenecían al mismo GAO, compartían los objetivos del GAO y estuvieron de acuerdo en llevar a cabo aportes para cometer el delito, sin embargo, no se podía llegar a la conclusión de que existió un

acuerdo común tácito entre los ejecutores de los homicidios y los jefes del ELN ya que no se conocían, no se habían visto personalmente ni habían hablado por teléfono.

No se podía hablar de un acuerdo común tácito por el hecho de compartir grupo organizado, ideología, métodos de actuar y fines de la organización, pues, como también lo ha dicho la misma Corte Suprema, en la coautoría debe haber un acuerdo común para el hecho concreto no un acuerdo común para hechos indeterminados como en el caso del concierto para delinquir¹⁷⁴, por ello, la pertenencia, obediencia o identidad con un grupo no puede suplir la exigencia de un acuerdo común sobre hechos en concreto en la configuración de la coautoría.

También disentimos en la decisión de concluir que existía un acuerdo común tácito entre ejecutores del delito y los jefes del GAO pues lo que hubo en este caso fue una orden de un jefe que el ejecutor estuvo de acuerdo en acatar, pues un acuerdo común no nace de una relación de autoridad vertical, sino de una relación sin dominación en la que dos o más voluntades concuerdan sin que una se imponga sobre otra, es decir, hubo una orden a los ejecutores recibida de buena manera y por una aceptación voluntaria que hubiera tenido que ser aceptada de todos modos, pues una orden no deja de ser orden por el hecho de que el súbdito la cumpla con gusto.

Lo dicho con anterioridad fundamenta nuestra opinión, según la cual, la coautoría no sirve en todos los casos para atribuir una conducta cometida por un grupo de crimen organizado a un integrante que no participó en la ejecución del delito, pues solo sirve en los casos en los que media un acuerdo común y esto no ocurre en todos los casos.

Consideramos que en la sentencia citadas hubo una decisión de la Corte de no aplicar la teoría de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, propia del dominio del hecho, por las reservas que concita esta figura, sin embargo, con

¹⁷⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, sentencia SP 2772-2018, radicado 51773 del 11 de julio de 2018.

posterioridad la Corte se vio en la obligación de aplicar la figura de la autoría mediata como se indicará en el siguiente acápite.

De lo visto hasta acá consideramos que, fuera de la teoría de la autoría mediata y la teoría de la intervención, en nuestro CP hay instituciones o figuras como la complicidad y la determinación que sirven para atribuir delitos cometidos por una organización criminal a integrantes del grupo que no han intervenido en la ejecución de los delitos, sin embargo, estas instituciones no dan una solución ideal al problema ya que no son suficientes para que se pueda justificar la imposición de una sanción proporcional y justa o no son suficientes para llenar todos los vacíos de impunidad que puede causar la intervención en un delito cometido por una organización criminal que no se concreta en la ejecución del delito.

4.2. Autoría mediata por aparatos organizados de poder.

En el anterior capítulo se explicó con meridiana claridad en qué consiste la autoría mediata por uso de aparatos organizados de poder, los requisitos que exige su configuración y qué es lo que busca. Indicamos que es una forma de imputar a un jefe de un grupo organizado jerárquicamente las conductas realizadas por un ejecutor subordinado que es militante de base del grupo.

En este acápite nos resta decir si es esta (la autoría mediata por uso de aparatos organizados de poder) es una institución que puede aplicarse en nuestro ordenamiento penal y si es una solución ideal y suficiente para el problema objeto de estudio en este trabajo: cómo imputar delitos cometidos por un grupo de crimen organizado a integrantes del grupo que no intervinieron en la ejecución del delito.

Indicamos que para que se configure la autoría mediata por aparatos organizados de poder era necesaria la existencia de un grupo organizado jerárquicamente, que quienes se fueran a considerar autores mediatos tuvieran posición de mando sobre los ejecutores, que la organización a la que hacían parte el autor mediato y el ejecutor del delito tuviera un apartamiento del derecho, que hubiera un número considerables de eventuales ejecutores para que se pudieran sustituir en caso de

que alguno no ejecutara la conducta y que en este tipo de autoría se utilizara como instrumento a un aparato organizado de poder para propiciar que el ejecutor perpetrara el delito.

En este último aspecto comienzan a surgir resistencias para que no se pueda aplicar esta institución en nuestro ordenamiento penal. Nuestro CP en su artículo 29 que regula de autoría mediata dice: “Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o **utilizando a otro como instrumento** (...)”. Como lo indicamos anteriormente, esta figura se ha querido trasplantar a nuestro ordenamiento ignorando que en Alemania, donde se gestó esta figura y de donde se importó la misma, la regulación de la autoría mediata es diferente, pues el Código Penal alemán dice: “Artículo 25. Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento”¹⁷⁵.

La diferencia en la redacción de la norma que regula la autoría mediata trae consecuencias sustanciales para determinar si se puede aplicar la misma en Colombia, pues no se pueden importar teorías que no estén conformes con las normas legales. En Colombia la ley exige que para configurar la autoría mediata se utilice a otra persona como instrumento, esto hace que surjan dos objeciones sobre la adopción de la autoría mediata por uso de aparatos organizados de poder.

CLAUS ROXIN, el propio creador y defensor de esta construcción dogmática (autoría mediata por aparatos organizados de poder), para precisar cuál es el instrumento que utiliza el jefe de la organización para cometer el delito plantea que “el «instrumento» que posibilita al sujeto de detrás el cumplimiento de sus órdenes no es solamente (y ni siquiera lo es en la mayoría de los casos) aquel que ejecuta de propia mano la muerte de la víctima. **Más bien el verdadero instrumento es el aparato como tal**”¹⁷⁶. Esto raya en primera medida con la regulación de la figura en Colombia toda vez que acá se formula la autoría mediata teniendo como

¹⁷⁵ CLAUDIA LÓPEZ. Ob. Cit. Página 10.

¹⁷⁶ CLAUS ROXIN, *Dirección de la organización...* ob. Cit. Páginas 57 y 58.

instrumento a una persona considerada individualmente, no al aparato organizado de poder, de lo que se concluye que para que se configure una autoría mediata en Colombia el ejecutor no solo tiene que actuar como instrumento, sino que debe ser el que se utiliza como instrumento, en vez del aparato organizado de poder como lo postula ROXIN.

Esta última precisión abre la puerta a una segunda objeción. En la regulación colombiana la autoría mediata exige que el ejecutor sea utilizado como un instrumento, y ser utilizado como un instrumento riñe con la posibilidad de que el ejecutor sea responsable. No ignoramos que hay doctrinantes nacionales muy autorizados¹⁷⁷ y pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia¹⁷⁸ que aceptan que en Colombia exista la posibilidad de utilizar a personas como instrumentos responsables para cometer delitos, es decir personas que actúan de manera libre y responsable como instrumentos, sin embargo, consideramos que hablar de instrumentos libres y responsables no solo es una contradicción terminológica sino que es una construcción argumentativa para sacrificar el principio de legalidad por trasplantar una construcción doctrinaria extranjera.

Nuestro CP, sin tener la necesidad de precisar este punto, incluyó para la autoría mediata la necesidad de establecer que el ejecutor debía ser utilizado como instrumento, o sea, el legislador, sin tener la necesidad de delimitar tanto el tema, estableció que el autor mediato tiene que utilizar al ejecutor, no valerse de los aportes de él, y tiene que tratar al ejecutor como un instrumento, no como una persona. Estas cualificaciones o especificaciones del ejecutor (ser instrumento y no persona y ser utilizado y no valerse de sus aportes) previstas en la ley no pueden ser inoficiosas o estériles, de lo contrario no se hubieran incluido en el artículo 29 del CP como ocurrió en otras legislaciones que no se incluyeron estas precisiones, o sea, estas cualificaciones se hicieron con el objetivo de aclarar que la autoría mediata en nuestro país se configura exclusivamente cuando se utiliza a

¹⁷⁷ ALBERTO SUÁREZ. Ob. Cit. Página 334.

¹⁷⁸ Corte Suprema de Justicia Sala de casación penal, sentencia de 23 de febrero de 2010, radicado 32805 y sentencia del 14 de septiembre de 2011, radicado 32000.

otra persona como instrumento, no cuando simplemente se actúa a través de una persona libre y responsable.

En este punto hay una clara adscripción del artículo 29 del CP a la teoría del dominio del hecho, pues se aclaró en el mismo CP que la autoría mediata se realiza por parte de una persona que actúa a través de otros que actúan como instrumentos no como personas que actúan con libertad, conciencia y autonomía, es decir, este artículo se estableció para castigar como autores a quienes, con la finalidad de cometer delitos, se aprovechan de otros sujetos que están en una situación de vulnerabilidad a la manipulación.

Por lo anterior, es entendible afirmar que en el artículo 29 de nuestro CP no hay cabida para modelos de imputación que pretendan adjudicar responsabilidad penal a quien actúa a través de una persona libre y responsable. Esto cierra la puerta para que un modelo imputación como el de la autoría mediata por uso de aparatos organizados de poder se encuadre dentro de los previsto en el artículo 29, pues este artículo está previsto para otro asunto, esto es, para responsabilizar penalmente a las personas que se aprovechan del estado de disminución en la libre determinación que tienen otros.

Teniendo en cuenta lo anterior, al no tener disposiciones legales donde regularse la figura de la autoría mediata por utilización de aparatos de poder, no podría aplicarse esta construcción teórica en nuestro ordenamiento, so pena de vulnerar el principio de legalidad.

Las anteriores críticas a la aplicación de la autoría mediata por uso de aparatos organizados de poder parten del hecho de que se reconoce sin crítica la existencia de dicha figura como una forma de imputar una conducta por dominar la voluntad de los ejecutores, pero no deja de ser válido preguntarnos ¿realmente la autoría mediata por uso de aparatos organizados de poder es una teoría del dominio del hecho?

El anterior interrogante se formula sabiendo que la autoría mediata por uso de aparatos de poder es una figura en la que una persona con libre albedrío da una orden y otra persona con libre albedrío acata la orden o es reemplazada por otra persona con libre albedrío que acata la orden o es reemplazada por otra persona con libre albedrío que acata la orden o es reemplazada por otra persona con libre albedrío...

El inconveniente que tiene actuar con personas que tienen libre albedrío consiste en que no está determinado de qué forma van a actuar en el futuro y siempre habrá incertidumbre sobre su actuación y, aunque en la realidad social no suceda muy seguido que los militantes de un aparato organizado de poder se separen de lo ordenado, la dogmática y la teoría tienen que contemplar las posibilidades fácticas que puedan ocurrir, así no sean usuales. Pero retomando el tema, la autoría mediata por medio de aparatos organizados de poder es una construcción jurídica que se adscribe a la teoría del dominio del hecho, toda vez que el autor mediato tiene el dominio de la voluntad para controlar, manejar o disponer sobre la ocurrencia del delito a pesar de que es otra persona con libre albedrío la que debe ejecutar la conducta después de recibida la orden.

Hablando del control, manejo y disposición sobre la ocurrencia de delitos, debemos partir del supuesto de que hay delitos que son consumados y otros que son tentados, sin que los tentados dejen de ser considerados injustos penales o conductas punibles.

En un aparato organizado de poder la cantidad de ejecutores reemplazables y la capacidad de sustitución de los mismos aseguran que el dominio de la voluntad lo tenga el autor mediato.

En un caso típico de autoría mediata, como lo es un evento en el que un autor mediato da una orden de cometer un homicidio y los ejecutores llevan a cabo la orden, se puede decir que el autor mediato tiene el dominio sobre el hecho.

Si en el mismo caso, después de la orden del autor mediato, cambia el resultado porque los ejecutores intentan realizar el homicidio, pero no pueden cometerlo, se puede decir que el autor mediato tenía el dominio del hecho sobre el delito tentado.

Si ante la misma orden del autor mediato de los supuestos de hecho anteriores, los ejecutores de manera intencionada actuaran para fallar en el cumplimiento de la orden homicida, según ROXIN, se cometería una tentativa por el autor mediato¹⁷⁹, Pero si en una situación en la que el mismo autor mediato da la misma orden de los ejemplos anteriores y los ejecutores, actuando como personas con libre albedrío, se niegan a ejecutarla, se diría que no hay delito tentado por falta de la mínima ejecución y posiblemente ni siquiera autoría mediata porque no había disposición de los ejecutores de acatar las órdenes, a pesar de que en todos los supuestos anteriores la actuación del autor mediato fue la misma.

Unos ejemplos como los reseñados demuestran que el supuesto dominio sobre la voluntad no es una situación que se pueda conocer antes de que suceda la ejecución por parte los militantes de base, si una persona va a cometer un homicidio como autor directo se puede saber al terminar su aporte si el hecho va quedar en acto preparatorio o al menos en tentativa, en cambio en los casos de autoría mediata el autor mediato puede agotar su aporte y ni siquiera se puede saber si el delito va a quedar en tentativa o va a quedar en actos preparatorios, esto indica que la calificación de una conducta como autoría mediata solo se puede calificar como tal cuando ha sucedido o se ha frustrado la ejecución, cuando ya se pueda acomodar el mote “de delito en autoría mediata” a una conducta que no se sabía que iba a ser.

Esto muestra que lo que entendemos por autoría mediata no deja de ser más que un simple aporte esencial en actos preparatorios que, por temas de contexto y por desarrollarse en un entorno castrense en el que la libertad de expresión e escasa, asegura una gran posibilidad de realización del delito, pero en caso de que se

¹⁷⁹ CLAUS ROXIN, *Derecho penal, parte general...* ob. Cit. Página 25.

culmine el aporte de un autor mediato no se sabe si se pueda hablar de delito tentado o de acto preparatorio, ya que el resultado no depende del autor, solo que en caso de que el la intención del autor mediato se materialice en un delito tentado o consumado, se va a calificar la situación de manera acomodaticia como autoría mediata, pero solo en caso de que se materialice, en caso contrario no se reconocería la situación ni siquiera como tentativa a pesar de que el autor mediato hubiera culminado su aporte y hubiera desarrollado todas las acciones que tenía previstas, lo que indica que la realización de un delito tentado o consumado o de un simple acto preparatorio dependerá siempre de la conducta del ejecutor.

Por lo que consideramos que la figura de autoría mediata por aparatos organizados de poder no deja de ser una figura en la que la orden del autor mediato sea algo distinto a un acto preparatorio, no un acto que domine el hecho, solo que por la situación en que se encuentran los eventuales ejecutores y el entorno castrense se disminuye, pero no anula totalmente, la posibilidad de que los ejecutores actúen con libre albedrío y con voluntad propia.

De acuerdo a lo dicho anteriormente, consideramos que la figura de la autoría mediata por uso de aparatos organizados de poder, no es algo distinto a una acumulación de aportes importantes de varios sujetos para confirmar una conducta global, es decir la orden de cometer un homicidio por parte de un jefe de organización a un militante de base y la posterior ejecución no son más que 2 aportes importantes, o si se quiere esenciales, para la comisión de una conducta global de homicidio que se puede explicar en la teoría de la intervención de JAKOBS.

Por lo anterior concluimos que con la autoría mediata por aparatos organizados de poder tampoco encontramos una solución satisfactoria para resolver el problema de este trabajo, que es, encontrar una forma adecuada de imputar una conducta cometida por una organización criminal a un miembro de la agrupación de crimen organizado que no intervino en la ejecución del delito, ya que esta construcción

doctrinaria de ROXIN no está prevista en nuestro ordenamiento y es una conducta colectiva que se explica mejor en la teoría de la intervención de JAKOBS.

4.3. Teoría de la intervención de JAKOBS.

En el anterior capítulo hicimos una explicación clara en la medida de nuestras posibilidades sobre la teoría de la intervención, exaltando la eficacia que tiene esta teoría para atribuir una conducta a sujetos que intervinieron en la misma en etapa diferente a la de la ejecución.

También a lo largo de este estudio hemos explicado porque no nos convencen las otras construcciones dogmáticas y teóricas utilizadas para imputar una conducta a miembros de una organización criminal que no han intervenido en la ejecución de la conducta punible, sin embargo, en este acápite pretendemos terminar este trabajo y no hemos encontrado una solución a la vista, lo que explica que no conocemos una solución innovadora o desconocida para solucionar el problema del trabajo propuesto, no obstante, no quiere decir lo anterior que no vamos a intentar responder el problema que nos propusimos responder, solo que desde ya anunciamos que la solución para el problema objeto de estudio no está en descalificar los anteriores aportes de la doctrina y rechazarlos, sino que por el contrario, la solución que vamos a proponer para el problema está en enriquecer las construcciones teóricas que hemos aludido y en construir sobre lo construido.

Cuando explicamos lo que aporta la teoría de la intervención de JAKOBS a la posibilidad de imputar conductas a quienes no han actuado en la ejecución de un delito nos quedó claro que es una teoría muy provechosa para lograr este fin, sin embargo, muy riesgosa porque termina imputándole a muchos intervinientes la conducta y a veces excediéndose en la forma de atribuir la conducta, verbigracia, consideramos que es excesivo imputar una conducta global de homicidio doloso a alguien que solo hizo una contribución culposa en la conducta global de homicidio.

De igual forma consideramos que no se aviene con la función de la pena de retribución justa responsabilizar de igual manera a todos los que actúan en una

conducta colectiva, sin diferencia en el tipo de aporte, pues no es proporcional ni justo sancionar de igual forma a los intervinientes de una conducta colectiva, según la teoría de la intervención, a sabiendas de que si utilizáramos la teoría del dominio del hecho los mismos intervinientes pudieran ser imputados y sancionados de manera distinta, unos como cómplices y otros como autores dependiendo de la importancia del aporte.

Es cierto que el juez al momento de imponer una pena puede graduar la cuantía de la pena que se le debe imponer a un interviniente de acuerdo a lo que su criterio de justicia indique que deba ser la pena justa por la calidad de su aporte a la conducta delictiva. A pesar de esto, desde el primer capítulo dejamos claro que el sistema penal colombiano está orientado por la función retributiva de la pena, que impide imponer penas desproporcionadas e injustas y por el principio de legalidad que previene que los jueces fijen el monto de las penas con una discrecionalidad desmedida y casi indeterminada, por ello es necesario determinar en la ley cuándo una forma de intervención merece una sanción más drástica que otra para que los jueces impongan su criterio de justicia en un ámbito de discrecionalidad y razonabilidad delimitado por la ley.

A pesar de los anteriores problemas no nos cabe duda que la teoría de la intervención es una forma sistemática de imputar conductas a las que no hay que inaplicable muchas reglas porque no presenta inconsistencias sistemáticas y, por el contrario, tiene la capacidad de funcionar para imputar conductas en gran cantidad de supuestos facticos de criminalidad compleja, solo que tiene los inconvenientes de i) imputar la conducta global a muchos intervinientes y ii) no distingue la magnitud de la pena que requiere cada aporte a la conducta global o hecho total.

Por lo anterior vamos a acoger este modelo de imputación como solución al problema planteado, es decir, vamos a considerar que la teoría de la intervención es el modelo de imputación que podemos utilizar para imputar a miembros de grupos de crimen organizado las conductas que cometieron estos grupos,

independientemente de que estos miembros no hubieran intervenido en la ejecución de los delitos, esto, por cuanto la conducta delictiva global que realiza el grupo de crimen organizado engloba los aportes de todos los intervinientes en el delito que realizaron un aporte con sentido de infringir la norma penal.

Para explicar cómo esta forma de imputación puede ser el criterio que buscamos para resolver el problema que nos formulamos al inicio de este trabajo y para solucionar los problemas que hemos denunciado que tiene esta teoría (la teoría de la intervención) vamos a valernos de los aportes de DPI que explicamos en el capítulo anterior.

De acuerdo con lo esbozado en este trabajo, en el DPI las conductas que se investigan, se tratan como delitos de sistema, cometidos por organizaciones estructuradas e institucionalizadas, con superiores jerárquicos, rangos medios y rangos de base que tienen una distribución de roles y funciones y que operan siguiendo un plan criminal, como ocurre con los delitos que realizan los grupos de crimen organizado, según lo estudiamos en los capítulos II y III de este trabajo.

En el DPI, según estudiamos en el anterior capítulo, se utilizaba el método de la doble imputación para hallar a los máximos responsables de los delitos sistemáticos, generalizados y graves. Para encontrar una forma de aplicar la teoría de la intervención y para cumplir el fin de este trabajo (encontrar la manera de imputar delitos realizados por grupos de crimen organizado a miembros del grupo que no intervinieron en la ejecución del delito) vamos a aplicar aspectos del sistema de la doble imputación explicados.

El sistema de la doble imputación inicia tratando de determinar si las conductas individuales son parte de una conducta colectiva, por esto, para determinar si los delitos que se quieren imputar a un integrante del grupo de crimen organizado son delitos de sistema o conductas colectivas que realiza el grupo de crimen organizado, se deben investigar ciertas conductas individuales y concluir si tienen un patrón de criminalidad que haga colegir que nos encontraremos ante una

conducta planificada y cometida por una organización y no ante muchas conductas individuales que no tienen nada que ver.

Continuando con la metodología de la doble imputación explicada, se debe precisar si la conducta colectiva es atribuible a una organización, para este fin cobra especial importancia el patrón de criminalidad que se halle, pues con este se aclaran 2 aspectos medulares: i) las conductas corresponden a un plan criminal común y ii) las conductas son atribuibles a una organización criminal.

La importancia de saber si las conductas obedecen a un plan criminal común radica en que el plan criminal o el propósito común es un factor que articula y da cohesión a los aportes individuales de cada uno de los intervinientes y valiéndose de la correspondencia de los aportes individuales al plan común podemos saber si estos aportes individuales son conductas que integran la conducta delictiva y tienen el sentido de infringir la norma mediante una conducta global¹⁸⁰, es decir, determinando que las conductas se cometen en el desarrollo de un plan criminal podemos determinar si nos encontramos ante una conducta colectiva o hecho total, de manera análoga a como explicamos que ocurre en la teoría de la empresa criminal conjunta.

De esta forma (determinando si hay plan criminal común y si los aportes individuales corresponden al plan común), también se podrían comenzar a descartar otras conductas individuales para no considerarlas aportes a la conducta global, por no tener el sentido de infringir la norma que tiene la conducta global, es decir por no ser aportes al plan criminal común.

Aplicando esto solucionamos uno de los problemas que criticamos de la teoría de la intervención para poder adoptarla como criterio escogido para solucionar el problema propuesto en este trabajo, pues si no nos gustaba el hecho de que se pudieran incluir aportes culposos en conductas colectivas culposas, condicionando la integración de los aportes individuales a la conducta global a que deban ser

¹⁸⁰ YESID REYES, ob. Cit. Página 17

parte del plan criminal podemos excluir de las conductas globales las intervenciones culposas y no atribuir una conducta global a tantas personas.

De manera análoga, averiguando la existencia del patrón de criminalidad hay posibilidad de tener elementos de juicio para determinar si la conducta global fue desarrollada por una organización criminal, como ocurre con las agrupaciones de crimen organizado, de acuerdo a lo referido en el capítulo II de este trabajo.

Una vez se sepa que la conducta global es atribuible a una determinada es acertado continuar con el trasegar de la doble imputación de la conducta global, según lo explicado en el anterior capítulo.

Una vez atribuida la conducta al grupo de crimen organizado, el método de la doble imputación conlleva a definir quiénes tienen roles, rangos, tareas y funciones importantes en la organización para declararlos máximos responsables y quiénes tuvieron injerencia relevante en la comisión de los delitos de sistema para declararlos máximos responsables también. De esta forma se termina responsabilizando por las conductas de sistema a los terminan siendo catalogados como máximos responsables y se puede dejar de lado al resto de personas que intervinieron en el hecho, según la figura de la doble imputación.

Como dijimos en el capítulo anterior, aunque no tengamos una definición de qué son o quiénes son máximos responsables, si sabemos que los jefes de la organización generalmente son máximos responsables y los que realizan aportes esenciales en delitos graves generalmente son máximos responsables.

En este sentido, si la figura de la doble imputación indica que se debe determinar quiénes tienen roles, rangos, tareas y funciones importantes en la organización para declararlos máximos responsables podemos indicar que esto es totalmente compatible con la teoría de la intervención.

En la teoría de la quienes asumieron voluntariamente la jefatura o mando del grupo de crimen organizado se les pueden imputar las conductas colectivas

realizadas por el grupo de crimen organizado según lo indicamos en el capítulo anterior cuando hablamos de la organización por asunción de la administración o protección de una fuente de riesgo, toda vez que la fuente de riesgo puede estar compuesta por persona y cosas. En este caso la fuente de riesgo es el grupo de crimen organizado y las personas que asumen voluntariamente la jefatura o el mando de estos grupos son quienes asumen la administración de esta fuente de riesgo y por ello se les puede imputar la conducta delictiva global que realizó la organización, tal como lo indicamos en el anterior capítulo.

En el mismo sentido, cuando la figura de la doble imputación dicta que se deba imputar la conducta a quienes realizaron aportes esenciales a la conducta de sistema, consideramos con la teoría de la intervención se también se imputa la conducta global a quien realiza un aporte esencial que se integra al hecho total, de la manera que indicamos en el anterior capítulo, es decir que en este punto también es compatible la figura de la doble imputación con la teoría de la intervención.

No podemos pasar por alto que la teoría de la doble imputación solo está hecha para imputar conductas a máximos responsables, en cambio nuestro derecho interno debe imputar conductas a todas las personas a quien le sea imputable la teoría de la intervención, sin embargo, si para el DPI fue tan importante concentrarse y darles un trato más duro a los máximos responsables, ¿Por qué el ordenamiento interno no podría hacer eso?

La teoría de la intervención en muchos puntos es compatible con la figura de la doble imputación, sin embargo, la teoría de la intervención no discrimina en qué aportes deberían tener un trato más duro por parte del derecho penal, y este fue el segundo problema que le hallamos a la teoría de la intervención.

Por ello proponemos que se aprenda del DPI y se utilicen un criterio muy similar al concepto de máximos responsables para distinguir en la teoría de la intervención a qué aportes de una conducta global se les puede imponer mayor pena de acuerdo

y se fije esos criterios en la ley, de esta forma se podría resolver el segundo inconveniente que aludimos de la teoría de la intervención.

En conclusión, con la teoría de la intervención se puede imputar una conducta realizada por un grupo de crimen organizado a miembros del grupo que no intervinieron en la ejecución del delito, sin embargo, para aplicar esta teoría es indispensable i) imputar las conductas como conductas globales, ii) únicamente a quienes intervinieron siguiendo el plan criminal y iii) estableciendo en la ley qué aportes individuales a la conducta global merecen más pena siguiendo conceptos como el de máximos responsables para determinar los aportes que merecen más pena.

4.4. Aplicación de la teoría en Colombia.

Consideramos que la teoría de la intervención con las modificaciones que proponemos es la forma ideal para imputar a los miembros de un grupo de crimen organizado los delitos cometidos por ese grupo, independientemente de que hubieran actuado o no en la ejecución de los delitos. Sin embargo, nuestro CP no está diseñado para dar cabida a esta forma de imputación de forma plena.

En nuestro CP hay la posibilidad de imputar a los miembros de un grupo de crimen organizado los delitos cometidos por ese grupo según la literalidad del artículo 29 que dice así:

ARTICULO 29. AUTORES. Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento.

Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte.

(...)

El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible.

Este artículo se adscribe a la intervención, como habíamos señalado con anterioridad, en cuanto indica que quien hace un aporte importante a una obra colectiva tendrá la misma responsabilidad penal que quien hubiera realizado el

delito a propia mano o de manera individual la conducta, es decir, cataloga la conducta típica igual cuando se realiza por una sola persona a cuando se realiza por varias personas, atendiendo que lo que le importa al derecho penal es la infracción a una norma no el número de aporte individuales que se acumulen en la conducta global, aspecto muy destacable de la teoría de la intervención.

También, como lo habíamos indicado con anterioridad, la figura de la coautoría en Colombia no exige intervención en la fase de la ejecución, pues la intervención de la coautoría puede darse en los actos preparatorios o de manera concomitante a la realización del hecho delictivo y le atribuye a cada interviniente que ha realizado un aporte importante la responsabilidad de la conducta global, bajo el entendido de que se le imputa la responsabilidad a las personas que intervienen de conformidad con lo previsto en un plan criminal.

Por otra parte, en el artículo 25 del CP se establece la posibilidad de configurar la responsabilidad por asunción de una fuente de riesgo de la manera en que lo habíamos observado en el capítulo anterior:

“ARTICULO 25. ACCION Y OMISION. La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, **quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal**. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio. (...)

PARAGRAFO. Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales.”

Este artículo evoca la teoría de la intervención que estudiamos en el anterior capítulo cuando nos referimos a la responsabilidad penal predicable de una persona que asume voluntariamente el rol de jefe de un grupo de crimen organizado, en cuanto advierte que quien haya asumido de manera voluntaria la protección de una fuente de riesgo, como lo es la administración de un grupo de crimen organizado, tendrá la misma responsabilidad penal por no haber evitado un delito teniendo la posibilidad de evitarlo, que quien cometió la conducta delictiva.

Es decir, en este artículo se sugiere que el incumplimiento de la obligación de evitar el resultado delictivo que le era competente por la organización de su libertad (por asumir voluntariamente la jefatura o el mando de un grupo de crimen organizado), tendría la misma responsabilidad penal que la de los ejecutores del delito, como si se tratara de una imputación al jefe de la organización de la conducta que realizaron los ejecutores del grupo de crimen organizado que se concreta por la contribución a la conducta colectiva consistente en no evitar el resultado de otros pudiendo haberlo evitado.

En este artículo consideramos que se encuadra lo explicado en la teoría de la intervención atinente a la responsabilidad de quien asume voluntariamente la administración de una fuente de riesgo, sin embargo, el artículo 25 solo permite la atribución de la conducta global a quien aporta su no evitación del resultado debida, para “las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales”. Por ello consideramos que no es un artículo que dé plena cabida a la teoría de la intervención en lo atinente a quien aporta a la conducta global el incumplimiento a su deber de evitar el resultado.

Consideramos que el artículo de la autoría que permite la atribución de la conducta global a quienes realizaron aportes de acuerdo a lo previsto en el plan criminal y el artículo que permite la atribución de la conducta global a quien aporta su incumplimiento al deber de evitar el resultado en una conducta colectiva son

unos artículos que podrían interpretarse para dar cabida en gran medida a la teoría de la intervención que hemos explicado.

No obstante, no podemos desconocer que para aplicar la teoría de la intervención como aconsejamos, deberían dejar de existir los artículos relativos a la complicidad y la determinación que están en la ley y no los podemos esconder y debería haber en la ley una norma que gradúe la magnitud de la pena que deberían tener los aportes de los coautores que concurren a una conducta global, de acuerdo a la conclusión llegada en el anterior acápite.

En conclusión, no hay posibilidad de aplicar en nuestro CP el sistema de la teoría de la intervención que recomendamos y para imputarle a un miembro de un grupo de crimen organizado una conducta delictiva realizada por el grupo solo nos es posible en Colombia aplicar la forma de imputación prevista en el primer acápite de este capítulo.

CONCLUSIONES.

- Las funciones de la pena son un factor que irradia la naturaleza del ordenamiento penal y determinan qué eventos tiene que regular el derecho penal y modelos de imputación se adoptan en el ordenamiento penal.

En Colombia el ordenamiento penal se orienta por la función de la prevención general por intimidación, lo que implica que el derecho penal regula acciones voluntarias de personas y prevé como parámetro para fijar su modelo de imputación la teoría del dominio de hecho. No obstante, nuestro ordenamiento penal da cabida a la función de la pena de la prevención general positiva, lo que implica que el derecho penal en nuestro sistema también se encarga de regular infracciones de deberes no solo acciones voluntarias y prevé como baremo para fijar su modelo de imputación la teoría de la intervención de JAKOBS.

- La función de la retribución justa es un referente obligado para ponderar la magnitud de la pena que se debe imponer por la comisión de un delito, lo anterior, en el entendido de que la función de la retribución justa exige que no todas las intervenciones que conforme una conducta penal se tenga como equivalentes, pues hay intervenciones más graves que otras que merecen un castigo más duro que las que no son tan graves.

Además de esto, el principio de legalidad que rige en nuestro ordenamiento dispone que la magnitud de la pena que se debe imponer por las intervenciones delictivas debe estar establecida en la ley, ya que, al determinar esta medida de gravedad de la pena en la ley se restringe la discrecionalidad judicial para establecer la cuantía de una pena y se garantiza al delincuente que su pena va a fijarse con objetividad y justicia.

- Los grupos de crimen organizado no son una colectividad sin parámetros de definición, son una organización con identidad propia; estructurada en forma jerárquica; con distribución de roles, funciones y competencias; que

comete delitos graves por medio de conductas coordinadas que siguen un plan criminal; y que persiguen el lucro en su actuar criminal.

- El derecho penal internacional se identifica por conocer los crímenes más graves cometidos de manera sistemática y generalizada y por organizaciones que actúan como criminales, sin embargo, por la gravedad de los delitos que cometen los grupos de crimen organizado y la naturaleza de la organización de esta clase de grupos les son aplicables muchas reglas de imputación de conductas e instituciones que se utilizan en el derecho penal internacional para imputar conductas.

Para imputar conductas cometidas por grupos de crimen organizado son útiles las figuras del derecho penal internacional del patrón de criminalidad, el plan criminal común, la teoría de la doble imputación, el concepto de máximos responsables y de empresa criminal conjunta.

- El modelo de imputación de conductas propio de la teoría del domino del hecho no es el más adecuado para imputar conductas realizadas por un grupo de crimen organizado a un miembro del grupo que no hubiera participado en la ejecución de un delito, no obstante, el modelo de imputación de la teoría de la imputación es bastante provechoso para este fin solo que tiene los inconvenientes de no prever una forma de graduar la cantidad de pena que merecen los aportes que conforman la infracción a la norma o la conducta global y se exceden en imputar la conducta a personas a las que no se debería imputar la conducta.
- La teoría de la intervención es compatible con la teoría de la doble imputación de derecho penal internacional, de hecho, si se aplicaran institutos de la teoría de la doble imputación a la teoría de la intervención se morigerarían sus excesos y se racionalizaría la forma de imputar conductas para que no se imputen conductas a quienes consideramos que no se debería imputar conductas.

- La Corte Suprema de Justicia aplica de manera inconsistente las teorías del dominio del hecho y de la intervención de JAKOBS para imputar una conducta cometida por un grupo de crimen organizado a intervinientes que no participaron en la ejecución del delito. Esto deja dudas sobre la viabilidad de adoptar la teoría de la intervención en Colombia.

Sin embargo, si observamos la literalidad de ciertas normas del Código Penal sin sus referencias jurisprudenciales encontramos que nuestro ordenamiento penal puede dar parcialmente cabida a la teoría de la intervención en la regulación de la coautoría y de la posición de garantía por asunción de administración de una fuente de riesgo.

- La teoría de la intervención con los aportes y correcciones que hemos sugerido en este trabajo no se puede utilizar en nuestro ordenamiento penal para imputar una conducta cometida por un grupo de crimen organizado a integrantes del grupo que no intervinieron en la ejecución de los delitos, para conseguir este fin sería necesario realizar reformas legales.

Por lo anterior si se desea imputar una conducta cometida por un grupo de crimen organizado a integrantes del grupo que no intervinieron en la ejecución de los delitos de manera consistente y sistemática y sin incurrir errores e incoherencias, lo más aconsejable es imputar la conducta a título de partícipe según lo previsto para la complicidad y la determinación.

BIBLIOGRAFÍA.

ADRIANA RESTREPO OSPINA, Acercamiento conceptual a la dignidad humana y su uso en la Corte Constitucional colombiana, en Revista diálogos de derecho y política, número 6, Universidad de Antioquía, 2011.

ALBERTO HERNÁNDEZ ESQUIVEL, JOSÉ MANUEL DÍAZ SOTO, CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, Autoría y participación en lecciones de derecho penal, parte general tercera edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019.

ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ, Autoría, tercera edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

ANDRÉ CALLEGARI, Crimen organizado: concepto y posibilidad de tipificación delante del contexto de la expansión del derecho penal, en Revista de derecho penal y criminología, número 91, Universidad Externado de Colombia, 2010.

ANGELA BUITRAGO, delitos de grupos delictivos organizados y grupos armados organizados, en Lecciones de derecho penal, parte especial, edición 3, Bogotá, 2019.

ANTONIO CASSESE, los límites de la responsabilidad penal individual bajo la doctrina de la empresa criminal común, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.

AUGUSTO CASTAÑEDA DÍAZ, La represión penal del crimen organizado: estrategias metodológicas para judicializar graves violaciones a los derechos humanos, Nueva jurídica, Bogotá, 2018.

CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, Estudios de dogmática en el nuevo código penal I parte, tercera edición, Giro Editores Ltda., Bogotá, 2009.

CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, Estudios de dogmática en el nuevo código penal II parte, tercera edición, Giro Editores Ltda., Bogotá, 2009.

CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, Introducción al derecho penal constitucional, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2012.

CARLOS BERNAL PULIDO, El derecho de los derechos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

CARMEN ELOÍSA RUIZ LÓPEZ Y MIGUEL CÓRDOBA ANGULO, Lecciones de derecho penal parte general, edición 3, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019.

CARLOS SÁNCHEZ, Sobre el concepto de crimen organizado. Significación de su contenido en la legislación penal salvadoreña en Revista policía y seguridad pública, número 2, El Salvador, 2012.

CLAUDIA LÓPEZ. Código Penal alemán, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

CLAUS ROXIN, Derecho penal parte general, tomo I, traducción de DIEGO LUZÓN, MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA Y JAVIER REMESAL Civitas, Madrid, 1997.

CLAUS ROXIN, Derecho Penal, Parte General, tomo II. Especiales formas de aparición del delito. Traducción y notas de DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN, MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO Y JAVIER DE VICENTE REMESAL, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2014, página 111.

CLAUS ROXIN, Dirección de la organización como autoría mediata traducido por MANUEL ABANTO en Anuario de derecho penal y ciencias penales tomo 62, Ministerio de justicia de España, Madrid, 2009, página 57.

CALUS ROXIN, Problemas básicos del derecho penal, traducción, DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, Editorial Reus, Madrid, 1976.

CLAUS ROXIN, Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada en Revista penal número 2, Universidad de Huelva, Huelva, 1998, página 61.

CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRASNACIONAL.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C181 de 2016.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 328 de 2016.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 334 de 2013.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-579 de 2013.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 806 de 2002.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 939 de 2002.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU 747 de 1998.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T 291 de 2016.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-701 de 2006.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T 881 de 2002.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de casación penal, Proceso No 27677, dos (2) de diciembre de dos mil ocho (2008).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de casación penal, sentencia de casación de 21 de agosto de 2003. Rad. 19213.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 5 de octubre de 2006, radicado N° 22358.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia de casación de 7 de marzo de 2007, radicación 23825.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia del 8 de agosto de 2007 radicado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia de 12 de septiembre de 2007, radicación 24448.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SP1432-2014, Radicado No. 40214, 12 de febrero de 2014.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de casación penal, sentencia SP 2772-2018, radicado 51773 del 11 de julio de 2018.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sala de casación penal, sentencia de 23 de febrero de 2010, radicado 32805 y sentencia del 14 de septiembre de 2011, radicado 32000.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de casación penal, Radicado 41758, del 18 de mayo de 2016.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de casación penal, radicado 32672 del 3 de diciembre de 2009.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia de única instancia de Sala de Casación penal del 26 de octubre de 2000.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de casación penal, radicado 33254 de 27 de febrero de 2013.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de casación penal, sentencia del 7 de marzo de 2007, Rad. 23825.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SP1432-2014, Radicado No. 40214, 12 de febrero de 2014.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 5 de octubre de 2006, radicado N° 22358.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de casación penal, sentencia de casación de 21 de agosto de 2003. Rad. 19213.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de casación penal, Proceso No 27677, dos (2) de diciembre de dos mil ocho (2008).

DECLARACIÓN POLÍTICA Y PLAN DE ACCIÓN MUNDIAL DE NÁPOLES CONTRA LA DELINCUENCIA TRANSNACIONAL ORGANIZADA DE 1994.

DIEGO ARAQUE Y ESTEBAN VÁSQUEZ, Reflexiones sobre la delimitación entre autor y partícipe: pasado, presente y futuro en Nuevo Foro Penal, número 91, Medellín, 2018.

DIEGO YOUNES MORENO, Derecho Constitucional Colombiano, edición 13, Legis, Bogotá, 2014.

EDUARDO MONTEALGRE, Conferencia del IX conversatorio de la jurisdicción constitucional. Diálogo constitucional para la paz, Medellín, 2013, tomado de "<https://www.youtube.com/watch?v=Y5QnSuVS8o0&list=WL&index=12&t=0s>".

EDUARDO MONTEALEGRE Y JORGE PERDOMO, Funcionalismo y normativismo penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

EL TIEMPO, 'Clan del Golfo' buscó a Farc y Eln para evitar extradición, Bogotá, 22 de abril de 2019. Tomado de [<https://www.eltiempo.com/justicia/conflicto-y-narcotrafico/maniobras-con-las-que-clan-del-golfo-han-buscado-evitar-extradicion-351912>]

ELENA SUÁREZ DÍAZ Y ERNESTO VELASCO CHAVES, Máximos Responsables en Justicia transicional: verdad y responsabilidad, GERARDO BARBOSA, CARLOS BERNAL Y ANDRÉS ROLANDO CIRO GÓMEZ editores, Universidad Externado de Colombia y Ejército Nacional de Colombia, Bogotá, 2016.

EUGENIO ZAFFARONI, El crimen organizado: una categoría frustrada, Leyer, Bogotá, 1996.

FEDERICO LONDOÑO MESA, Concurso de personas en la conducta punible en Derecho penal, parte general - fundamentos, coordinador DIEGO ARAQUE MORENO, Universidad de Medellín, 2009.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Directiva 1 de 2012.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Directiva 2 de 2015.

GERARDO BARBOSA CASTILLO, Bien jurídico y derechos fundamentales, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

GERHARD WERLE y BORIS BURGHARDT, Autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional en Autores, partícipes y superiores en la justicia internacional, coordinador YESID REYES ALVARADO, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018.

GÜNTHER JAKOBS La pena estatal: significado y finalidad, en Derecho penal y sociedad, EDUARDO MONTEALEGRE coordinador, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

GÜNTHER JAKOBS, Sobre la teoría de la pena, traducción MANUEL CANCIO MELÍA, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

GÜNTHER JAKOBS, Injerencia y dominio del hecho, traducción MANUEL CANCIO, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

GÜNTHER JAKOBS, la intervención delictiva en Derecho penal y sociedad tomo II, coordinador EDUARDO MONTEALEGRE, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

GÜNTHER JAKOBS, teoría de la intervención, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.

GÜNTHER JAKOBS y MIGUEL POLAINO, Terrorismo y Estado de derecho, Universidad Externado, Bogotá, 2009.

GUSTAVO BALMACEDA HOYOS, Estudios de derecho penal parte general, Ediciones nueva jurídica y Universidad de la Sabana, Bogotá, 2015.

HÉCTOR OLASOLO, Introducción al derecho internacional penal, Universidad el Rosario, Bogotá, 2015.

HECTOR OLÁSULO, Reflexiones sobre la Doctrina de la Empresa Criminal Común en Derecho Penal Internacional en Indret, revista para el análisis del derecho, Barcelona, 2009.

HEIKO LESCH, Intervención delictiva e imputación objetiva, (traducción de JAVIER SÁNCHEZ-VERA), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.

HEIKO LESCH, La función de la pena, traducción JAIME SÁNCHEZ VERA GOMEZ TRELLES, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

HERNÁN HORMAZABAL MALAREE, Lecciones de derecho penal I, Trotta, Madrid, 1997.

HERNANDO BARRETO ARDILA, Concepción de Estado y su influencia en la teoría del delito, en Lecciones de derecho penal, parte general, edición 3, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019.

IVÁN GONZÁLEZ AMADO, La punibilidad en Lecciones de derecho penal, parte general, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

IVÁN GONZÁLEZ AMADO, El concepto de máximos responsables en Memorias de la XXXVIII jornadas internacionales de derecho penal: Justicia negociada, justicia transnacional y crimen organizado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017.

JAIME COUSO SALAS, Intervención delictiva y organización. Necesidad y complejidades de una comparación funcional entre el derecho chileno y el derecho internacional y comparado, en Revista chilena de derecho penal, volumen 42 número 1, Universidad Pontificia Católica de Chile, Santiago, 2015.

JOACHIM VOGEL, Responsabilidad individual en el derecho penal internacional. A la vez una aportación a los modelos de regulación de la intervención en Autores, partícipes y superiores en la justicia internacional, coordinador YESID REYES ALVARADO, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018.

JOSÉ URBANO MARTÍNEZ, Concepto y función del derecho penal, en Lecciones de derecho penal, parte general, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

JORGE PERDOMO, El delito de comisión por omisión en el nuevo código penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

JORGE PERDOMO, Estudios penales a partir de la libertad y solidaridad, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.

JULIÁN LÓPEZ MUÑOZ, Criminalidad organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos, editorial Dykinson, Madrid, 2015.

JULIÁN LÓPEZ MUÑOZ, Criminalidad organizada y terrorismo, editorial Dykinson, Madrid, 2019.

KAI AMBOS, ¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el derecho penal internacional?, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

KLAUS MARXEN, Intervención en un injusto sistemático grave. Consideraciones sobre una teoría jurídico-penal internacional del delito en Autores, partícipes y superiores en la justicia internacional, coordinador YESID REYES ALVARADO, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018.

LAURA ZÚÑIGA, Criminalidad organizada, derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis, en revista Foro jurídico, número 10, Pontificia universidad de Perú, Lima, 2010.

LEY ORGÁNICA 10/1995 DE ESPAÑA.

LUIS VILLAR BORDA, El Estado de Derecho y Estado Social de Derecho en Revista de derecho del Estado número 20, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

MARÍA ELOÍSA QUINTERO, Acción, comunicación e injusto penal, en Derecho penal y sociedad, EDUARDO MONTEALEGRE coordinador, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

MIGUEL ÁNGEL BARRIOS, Seguridad ciudadana, de lo municipal a lo continental, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2013.

MIGUEL POLAINO-ORTS Y GÜNTHER JAKOBS, Criminalidad organizada, formas de combate mediante el derecho penal, Editorial Flores, México, 2013.

MIREN ODRIOZOLA, "La doctrina de la empresa criminal conjunta en los tribunales ad hoc y su ámbito de aplicación en el Estatuto de Roma", Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal, ANIDIP, vol. 1, Universidad Colegio Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2013.

NICOLÁS SANTIAGO CORDINI, El “crimen organizado”: un concepto extraño al derecho penal argentino en Revista Direito GV, volumen 2 número 1, Sao Paulo, 2017.

NODIER AGUDELO BETANCUR, La escuela positiva, Octava edición, Nuevo Foro, Medellín, 2013.

NODIER AGUDELO BETANCUR, Inimputabilidad y responsabilidad penal, Temis, Bogotá, 2007.

ROLAND HEFENDEHL, ¿La criminalidad organizada como fundamento de un derecho penal de enemigo o de autor? en Revista de derecho penal y criminología, número 75, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

SAMUEL MALAMUD, El concepto de crimen organizado: ciertos elementos para una mayor concreción. En Revista chilena de Derecho y Ciencias Políticas, Vol. 7, N° 1; Santiago, 2016.

SANTIAGO MIR PUIG, Función de la teoría de la pena y la teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho, Edición 2, Bosch, Barcelona, 1982.

SANTIAGO MIR PUIG, Introducción a las bases del derecho penal, segunda edición, B de F, Buenos Aires, 2003.

SCHELLLLER D'ANGELO, ANDRÉ, LUGO QUIROZ, EDWIN DE JESÚS, Conceptualización del Crimen Organizado y su regulación en la legislación Penal Colombiana en Revista Nuevo Foro Penal, 92, Universidad EAFIT, Medellín, 2019.

TATJANA HÖRNLE, Teorías de la pena, traducción NURIA PASTOR, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

TEDDY ENRIQUE LLANOS, De las estructuras jerárquicas de poder en el derecho penal colombiano, Ediciones doctrina y ley, Bogotá, 2015.

THOMAS WEIGEND, Consideraciones sobre la responsabilidad del superior en el derecho penal internacional en Autores, partícipes y superiores en la justicia internacional, coordinador YESID REYES ALVARADO, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018.

YESID REYES, Autores, partícipes y superiores en la justicia internacional, coordinador
YESID REYES, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018.

YESID REYES, Intervención delictiva e imputación objetiva en Derecho penal contemporáneo, Revista internacional número 21, Legis, Bogotá, 2007, página 12.