

Harro Otto • Kai Ambos • Rolf D. Herzberg
Thomas Rotsch • Claus Roxin

Aparatos organizados de poder

Yesid Reyes Alvarado
Hernán Darío Orozco López
Editores

Universidad
Externado
de Colombia

Harro Otto
Kai Ambos
Rolf D. Herzberg
Thomas Rotsch
Claus Roxin

Aparatos organizados de poder

Yesid Reyes Alvarado
Hernán Darío Orozco López
(eds.)

Universidad Externado de Colombia
Centro de Investigación en Filosofía y Derecho

Aparatos organizados de poder / Harro Otto, Kai Ambos, Rolf D. Herzberg, Thomas Rotsch, Claus Roxin ; Yesid Reyes Alvarado, Hernán Darío Orozco López (editores). -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones en Derecho y Filosofía. 2020.

225 páginas ; 21 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587904161

1. Autoría del delito - Colombia 2. Asociación delictuosa -- Aspectos penales - Colombia 3. Participación (Derecho penal) - Colombia 4. Participación (Derecho penal) - América Latina 5. Crimen organizado - Colombia 6. Responsabilidad penal -- América Latina I. Reyes Alvarado, Yesid, 1960-, editor II. Orozco López, Hernán Darío, editor III. Universidad Externado de Colombia IV. Título

343 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.

julio de 2020

ISBN 978-958-790-416-1

© 2020, YESID REYES ALVARADO (ED.)
© 2020, HERNÁN DARÍO OROZCO LÓPEZ (ED.)
© 2020, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá
Teléfono (57-1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: agosto de 2020

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Corrección de estilo: Santiago Perea Latorre
Composición: María Libia Rubiano
Impresión: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.S. - Xpress Kimpres
Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

Diseño epub:

Hipertexto - Netizen Digital Solutions

CONTENIDO

Presentación

Introducción. Rasgos básicos del debate sobre la intervención delictiva en los casos de aparatos organizados de poder

Hernán Darío Orozco López

Autoría en virtud de aparatos organizados de poder

Harro Otto

Sobre la “organización” en el dominio de la organización

Kai Ambos

Autoría mediata e inducción en las organizaciones formales

Rolf D. Herzberg

¿Dominio del hecho en virtud del dominio de organización?

Thomas Rotsch

El dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder

Claus Roxin

Notas al pie

PRESENTACIÓN

La atribución de responsabilidad en casos de aparatos organizados de poder es, sin duda, uno de los temas con mayor desarrollo en la doctrina y la jurisprudencia penal de los últimos años, como también uno de los que más polémica suscita en la dogmática actual. Los criterios para establecer y delimitar la responsabilidad penal en los supuestos en que intervienen organizaciones con estructura numerosa y jerarquía han generado gran interés y necesidad de desarrollo en las discusiones y elaboraciones teóricas, así como en la aplicación práctica en los últimos años. ¿Cómo atribuir responsabilidad al interior de la organización, cómo establecer el grado de intervención delictiva y atribuir responsabilidad a los niveles más altos de la organización por los delitos ejecutados por los subordinados, y qué diferencia real se establece frente a los ejecutores materiales? ¿Se trata de un problema de delimitación de grado de intervención delictiva, o el problema radica en la determinación de la sanción? ¿Qué debe ser entendido por organización, en el marco de la teoría de los aparatos organizados de poder? ¿Cómo diferenciarla de contribuciones causales que no son consideradas siquiera como intervenciones delictivas a título de complicidad? ¿Es posible trasladar a las empresas la teoría del dominio de la organización? Estos y otros interrogantes que sirven de fundamento a las construcciones teóricas actuales son objeto de exposición y

análisis en los trabajos que el presente libro ofrece a la atención de los lectores.

No se trata de meras construcciones teóricas abstractas, su estudio debidamente documentado, la consideración de sus fundamentos y la evaluación de su aplicación a nuestro entorno social constituyen un desafío para juristas y operadores jurídicos; en ello también radica la importancia de un debate que nos permita hacer viable la implementación práctica de cualquiera de las construcciones dogmáticas que se pretenda aplicar.

A este respecto, uno de los casos que mayor controversia ha generado en la realidad colombiana es el de si se puede aplicar la teoría del dominio de la organización en virtud de aparatos organizados de poder a los integrantes de las fuerzas armadas y sus superiores, así como a los miembros de grupos guerrilleros, organizados en columnas, frentes o bloques. De ser ello posible, ¿bajo qué fundamentos jurídicos y cuáles serían sus consecuencias respecto de la sanción? ¿Qué ocurre con las estructuras informales de un día, o si la orden no es clara, o si la misma no existió pero se presentó tolerancia? ¿Es aplicable en todos estos supuestos la teoría de los aparatos organizados de poder? ¿O, en cambio, la teoría aplicable para resolver estos supuestos debe ser otra, como la de la empresa criminal conjunta, en desarrollo de actuales criterios de conspiración, o bien la clásica concepción de responsabilidad del superior?

Es posible, por otra parte, que la solución no la encontremos al interior de la teoría del dominio del hecho, sino en construcciones teóricas diferentes para resolver los problemas que plantea la intervención delictiva. Estos y otros retos dogmáticos los expone el libro, con el cual esperamos contribuir a la discusión científica para

encontrar el mejor modelo que se adapte a nuestra realidad.

América Latina no ha sido ajena a la necesidad de estudio de la teoría del dominio de la organización en virtud de aparatos organizados de poder, figura que a lo largo de más de medio siglo ha conocido un amplio desarrollo y una extensa implementación. Situaciones como las vividas en Argentina, Perú o Colombia, por mencionar solo algunos casos, demuestran la necesidad de profundizar en ella como criterio de imputación que permita determinar el grado de intervención delictiva y de responsabilidad penal, así como sus consecuencias. La problemática planteada no es nueva, por el contrario, de antaño ha sido ampliamente discutida, como se reconstruye en varios de los artículos que presenta este libro. En el que también queda claro que, pese al reconocimiento de la teoría de los aparatos organizados de poder -dominio de la organización- como manifestación de autoría mediata, existe una corriente de autores que se separan de ella e incluso se pronuncian en contra de la figura: el presente volumen recopila algunos de esos argumentos críticos, a la vez que ofrece respuesta a tales objeciones.

La relevancia internacional de la teoría de los aparatos organizados de poder como forma de imputación especial es indiscutible, siendo su influencia en dogmática y jurisprudencia ampliamente conocida; el mismo Claus Roxin resalta en el texto que acá se incluye -como ya lo había hecho en escritos anteriores- que su influencia en la teoría de la participación -en sus diferentes formas, especialmente en la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder- ha sido incorporada incluso en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. También es

evidente que su construcción teórica continúa siendo la posición dominante en la discusión alemana.

Me ha correspondido la grata tarea de presentar el libro editado en conjunto por un gran penalista, colega y amigo, el profesor Yesid Reyes Alvarado, y por el profesor Hernán Darío Orozco López, discípulo aventajado cuya solidez jurídica se deja ver en las referencias que a su tesis doctoral hace de manera explícita Claus Roxin. Celebro la publicación de esta obra que se esfuerza en acercar al lector a las discusiones dogmáticas más actuales, pues en ella se favorece la convergencia prospectiva de diversas corrientes y enfoques sobre un mismo tema, ofreciendo así el acceso a herramientas teóricas necesarias para lograr una más plena comprensión de la fundamentación y el estado actual de la discusión en torno a los aparatos organizados de poder. Constituye, sin duda, un valioso aporte de la academia para enriquecer la capacidad de deliberación y argumentación jurídica.

El libro está compuesto por cinco artículos y un estudio introductorio que aborda el debate sobre la intervención delictiva en los casos de aparatos organizados de poder. (i) Autoría en virtud de aparatos organizados de poder; (ii) Sobre la “organización” en el dominio de la organización; (iii) Autoría mediata e inducción en las organizaciones formales; (iv) ¿Dominio del hecho en virtud del dominio de la organización?, y (v) El dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, son los temas que se abordan en los diferentes estudios que acá se recopilan, todos ellos muy articulados y de la mayor actualidad. De hecho, el último de los aportes, elaborado por Claus Roxin, corresponde a un aparte del capítulo 12 de su obra *Täterschaft und Tatherrschaft*, recientemente puesta al día, siendo la presente publicación la única traducción al

español de ese acápite. Dicho texto incorpora la respuesta del creador de una tercera forma de autoría mediata: aparatos organizados de poder, a las críticas o falencias señaladas a su teoría. De esta forma, el orden asignado a cada artículo en este volumen guarda una relación armónica con los planteamientos centrales de la discusión, hasta llegar a la respuesta y toma de postura del propio creador de la teoría.

El Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia contribuye con sus publicaciones en acercar a sus lectores a los más actuales temas y desarrollos teóricos del Derecho penal. En esta ocasión agradecemos su contribución a los profesores alemanes Claus Roxin, Kai Ambos, Thomas Rotsch, Harro Otto y Rolf D. Herzberg. Esta edición ha sido posible gracias al impecable trabajo de traducción adelantado por los profesores Ricardo Robles Planas, Nuria Pastor Muñoz, Jaime Winter Etcheberry, Hernán Darío Orozco López y Diego Fernando Tarapués Sandino; así como por Gustavo Urquiza Videla, Sem Sandoval Reyes y Humberto José Sierra Olivieri. Agradezco al rector de nuestra universidad, profesor Juan Carlos Henao Pérez, por su apoyo y estímulo permanente a la investigación y producción académica. También, mi agradecimiento al equipo de publicaciones, liderado por Carolina Esguerra Roa, por el concienzudo trabajo que hoy permite entregar a la comunidad de penalistas un libro del más alto nivel e interés para la discusión científica y práctica. A los editores, mi reconocimiento y felicitación por la obra.

Carmen Eloísa Ruiz López

Directora

Centro de Investigación en Filosofía y Derecho

Universidad Externado de Colombia

INTRODUCCIÓN. RASGOS BÁSICOS DEL DEBATE SOBRE LA INTERVENCIÓN DELICTIVA EN LOS CASOS DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

HERNÁN DARÍO OROZCO LÓPEZ*

La determinación del título de intervención delictiva de los sujetos que se encuentran en la cúspide de una organización criminal ha sido objeto de debates en el ámbito del derecho penal desde antaño. En lo que se refiere a organizaciones con un gran número de miembros, una rígida estructura jerárquica y un mayor potencial lesivo, la cuestión cobró aún mayor relevancia después de la Segunda Guerra Mundial. Para establecer la responsabilidad de los crímenes cometidos por los miembros de la “maquinaria de la muerte” nacionalsocialista, la jurisprudencia alemana acudió a la teoría que históricamente venía defendiendo, a saber, la teoría subjetiva, lo cual le permitió concluir en la mayoría de los casos, sin mayores problemas, que los “verdaderos” autores de los crímenes cometidos por los ejecutores materiales eran los miembros del régimen nacionalsocialista que los habían podido ordenar por encontrarse en lo más alto de la jerarquía¹.

En el complejo clima político de la posguerra, en contra de dicha posición se pronunció con gran valor civil el entonces recién habilitado Claus Roxin². Por un lado, de acuerdo con la teoría del dominio del hecho que se abría

campo en la doctrina y encontraba su manifestación más acabada en su monumental escrito de habilitación *Täterschaft und Tatherrschaft*, Roxin sostuvo que los ejecutores directos no eran simples cómplices, sino autores en virtud del dominio de la acción. Por otro lado, si bien también llegó a la conclusión de que los altos mandos nacionalsocialistas eran autores, para fundamentarlo tomó un camino diferente al de la jurisprudencia, el cual lo llevó a la *invención* de una nueva forma de autoría mediata, esto es, de la llamada autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder. A diferencia del Tribunal Federal alemán, su tesis le permitió afirmar que no solo los miembros ubicados en la cúspide de la organización, sino también los mandos medios que tenían el poder de impartir órdenes y, por lo tanto, la posibilidad de dirigir la parte del aparato a ellos sometida, debían responder como autores (mediatos) de los delitos cometidos por los subordinados³.

Si bien el propio Roxin le concedió a su novel teoría una relevancia meramente hipotética⁴, la realidad demostró solo pocas décadas después que los horrores de la Segunda Guerra Mundial no habían constituido una lección suficiente para la humanidad. Dicha figura apareció nuevamente en la discusión sobre la responsabilidad de los “excomandantes” en el caso de la junta militar argentina y estuvo en el centro de la agitada discusión después de la sentencia del Tribunal Federal alemán en contra de los miembros del Consejo de Defensa Nacional de la antigua República Democrática Alemana (RDA), en la cual se adoptó parcialmente la teoría de Roxin. Ya en pleno siglo XXI la figura de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder volvió a jugar un rol fundamental, entre otros, en las sentencias en contra del expresidente de Perú Alberto Fujimori Fujimori, en los procesos de “Justicia

y Paz” y de la denominada “parapolítica” en Colombia, e incluso logró un importante reconocimiento en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, por lo que se ha convertido en uno de los “productos de exportación” más exitosos de la dogmática penal alemana contemporánea.

Ahora bien, en el marco de un conflicto armado interno como el que ha vivido Colombia por tantas décadas -el cual, gracias al Acuerdo de Paz de 2016, ha cesado, al menos parcialmente, esto es, en relación con las FARC- la discusión sobre la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder y, más en general, sobre el título de intervención de los jefes de grandes organizaciones (criminales) estructuradas jerárquicamente no podía pasar desapercibido. Así, por ejemplo, en lo que se refiere a la justicia ordinaria, la Corte Suprema de Justicia (CSJ), en una fase previa, negó la aplicación de la figura de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder y optó más bien por su tradicional concepción de la “coautoría impropia”, como sucedió de manera paradigmática en el caso *Machuca* al analizar la responsabilidad penal de los miembros del comando central del ELN⁵. Posteriormente, la CSJ varió su posición en los casos de la denominada parapolítica, donde condenó, por ejemplo, en sendos procesos al exsenador Álvaro García y al exdirector del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) Jorge Noguera como autores mediatos en virtud del dominio de la organización⁶. Asimismo, en los procesos de “Justicia y Paz”, la jurisprudencia ha acudido a figuras como la coautoría y la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder para fundamentar la responsabilidad de los sujetos que intervinieron desde los niveles superior e

intermedio en los crímenes llevados a cabo por los miembros rasos de las denominadas autodefensas⁷. Finalmente, en lo que atañe a la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), toda vez que la mayoría de los delitos cometidos por los excombatientes de las FARC y los miembros de la Policía y el Ejército fueron llevados a cabo siguiendo órdenes o atendiendo políticas generales desarrolladas en los niveles superiores de las respectivas estructuras, es de esperar que figuras como la inducción, la coautoría y la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder estén en el centro de la discusión.

A pesar de la enorme relevancia práctica en el contexto colombiano de la cuestión del título de intervención de los altos mandos de grandes organizaciones estructuradas jerárquicamente por los delitos cometidos por sus subordinados, la doctrina colombiana no se ha volcado masivamente al estudio de dicha temática como lo amerita un problema de esta naturaleza. Dicho déficit ha repercutido en la jurisprudencia de la CSJ, la cual, al no contar con un adecuado procesamiento teórico de la materia por la doctrina nacional, cambió su posición tradicional a favor de la “coautoría impropia” para adoptar la tesis de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder sin un análisis crítico respecto de su *consistencia teórica*, por un lado, y de su *aplicabilidad en el contexto colombiano*, por el otro. Dicha recepción acrítica deja, por lo tanto, el amargo sinsabor de que la CSJ varió su posición no tanto convencida de la superioridad teórica de la autoría mediata en virtud del dominio de la organización, sino para no desentonar en la tendencia internacional.

Ante este panorama, la presente recopilación de textos de cinco distinguidos penalistas alemanes persigue dos

objetivos principales. Primero, al incorporar voces críticas y propuestas alternativas a la posición mayoritaria alineada en torno a Roxin, pretende poner en evidencia que el debate en Alemania sobre esta temática –que según el diagnóstico de Schünemann constituye “el tema más discutido en los últimos años de toda la teoría de la intervención delictiva, cuando no de la parte general [del derecho penal]”⁸– es mucho más amplio, variopinto y complejo de lo que habitualmente se percibe en países como Colombia. Segundo, de esta manera se quiere poner a disposición de la academia y de la praxis jurídica mayores insumos teóricos para realizar una valoración crítica que permita dar mejores respuestas al problema del título de intervención en los delitos ideados, desarrollados y ejecutados por miembros de una organización de grandes proporciones estructurada jerárquicamente, el cual se presenta sobre todo en los casos de los grupos guerrilleros y paramilitares, pero también en relación con ciertos delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en el marco del conflicto armado interno como los denominados “falsos positivos”.

El libro abre con un artículo de Harro Otto publicado en el año 2001, en el cual el autor ofrece una síntesis de las posiciones más importantes defendidas hasta ese momento en Alemania. El análisis de la figura de la autoría mediata en virtud del dominio por organización de Roxin, de las posiciones que han acogido la idea básica de Roxin, aunque sometiéndola a diversas modificaciones o reinterpretaciones, y de las que, a pesar de rechazar la figura del dominio por organización, también se decantan por la autoría mediata, así como el estudio de las denominadas tesis de la inducción y de la coautoría, permite comprender la extensión del debate alemán, el

cual ha sido recepcionado en Colombia solo de manera parcial y superficial.

A continuación, Kai Ambos, quien ya desde 1998 cuenta como uno de los partidarios más comprometidos de la autoría mediata en virtud del dominio de la organización, reconoce en su artículo, publicado precisamente en el libro homenaje a Roxin por sus 80 años (2011), que la teoría del dominio de la organización presenta un déficit sustancial por la falta de precisión del concepto de organización que sirve de base a dicha teoría. El análisis de este problema y su propuesta para solventarlo llevan a Ambos a cuestionarse si, al menos en el ámbito del derecho penal internacional, “el modelo de imputación colectivo-individual” no exigiría la independización de la teoría del dominio de la organización del “modelo de imputación individualista de la autoría mediata” propio del derecho penal nacional (pp. 81 s.).

Posteriormente, los artículos de Herzberg (2000) y Rotsch (2000) someten la teoría de Roxin a una valoración crítica profunda y optan, en su lugar, por la figura de la inducción. Ambos autores realizan un análisis detallado de la coherencia interna de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, por lo que se concentran en el elemento fundamentador de la “probabilidad incrementada del resultado” y en los criterios de la “fungibilidad” y el “apartamiento del derecho”. Adicionalmente, Herzberg realiza un análisis general del concepto del dominio del hecho que lo lleva a concluir que la figura del dominio por organización constituye “una extensión excesiva de la autoría” que “es fruto de un planteamiento facticista erróneo” (p. 118), mientras Rotsch muestra cómo la jurisprudencia del Tribunal Federal alemán se ha desligado de la teoría de Roxin para defender

una concepción propia, la cual, sin embargo, también presenta “excesivas imprecisiones” y serios problemas (p. 157).

El libro cierra con la última aportación de Roxin en la materia, consistente en el acápite sobre “El dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder” de la décima edición de su monografía *Täterschaft und Tatherrschaft* publicada recién en el año 2019. Allí Roxin, fuera de reiterar los presupuestos del dominio por organización, se ocupa de responder algunas de las objeciones más importantes dirigidas en contra de su concepción y de las “soluciones discrepantes”, desde las tesis clásicas de la coautoría y la inducción hasta las propuestas más actuales que propugnan por la solución mediante un precepto específico (Eidam) o por la elaboración de un modelo de la corresponsabilidad que permita aprehender los grados de intervención de los miembros de la organización ubicados en los diferentes niveles jerárquicos (Orozco López).

Toda vez que un análisis individual y pormenorizado de las concepciones defendidas por esos cinco autores excedería claramente el marco de estas líneas introductorias⁹, su objetivo consiste más bien en señalar algunos aspectos básicos de la discusión al poner en relación los argumentos de dichos autores, para así facilitar al lector que no está familiarizado con la temática la inmersión en la materia y la consiguiente valoración de las teorías en disputa.

El primer eje del debate sobre el título de imputación en los casos de aparatos organizados de poder se refiere a la fundamentación de la figura de la autoría mediata en virtud del dominio de la organización, las objeciones dirigidas contra ella y las réplicas de sus defensores.

Para empezar, por referirse al elemento base “organización”, puede nombrarse la crítica de Ambos según la cual dicho concepto adolece de un déficit de precisión en la teoría de Roxin. Aquí Ambos tiene toda la razón en que ello “conduce a una incertidumbre considerable” en casos como el de Fujimori, en el que el aparato de poder contaba con un número reducido de ejecutores (p. 67). Si bien es posible intentar conceptualizar de manera más precisa el elemento “organización”¹⁰, lo cierto es que el tamaño que debe alcanzar un grupo para poder convertirse en un aparato organizado de poder constituye un criterio que es difícil de procesar dogmáticamente¹¹. Del otro lado de la moneda, la propuesta de Ambos para precisar el concepto de organización en el caso de los “grupos milicianos paramilitares” también es problemática, pues al basar el control de la organización y sus integrantes en “factores ‘débiles’” como “el reclutamiento de niños que son sometidos a un adoctrinamiento y a un régimen de entrenamiento especial estricto, lo que conduce a una cultura del mando y de la obediencia (ciega)” (pp. 75 ss.), termina *mezclando* la autoría mediata por aparatos organizados de poder, la cual se caracterizaría por la plena responsabilidad penal de los ejecutores, con supuestos clásicos de autoría mediata, en los cuales el sujeto de adelante no responde penalmente por ser inimputable (“reclutamiento de niños”) o por estar sometido a una coacción insuperable (“cultura del mando y de la obediencia [ciega]”).

A la teoría de Roxin se le reprocha, adicionalmente, que fundamente el dominio del hecho por parte del hombre de atrás en la probabilidad incrementada de la producción del resultado, pues -como advierte Otto- esto entraría en

contradicción con la idea de la responsabilidad de los ejecutores como característica básica de dicha forma de intervención delictiva (p. 39). Si bien Roxin tiene razón cuando aduce en contra de este y otros argumentos de naturaleza similar que el funcionamiento regular del aparato de poder no es una mera hipótesis, sino una realidad (p. 206, n. m. 387), esto difícilmente logra desvirtuar dicha crítica, pues para poder concluir que la negativa de uno o varios ejecutores no impedirá la ejecución de la conducta ordenada por el hombre de atrás es necesario *asumir* que al menos uno de los tantos ejecutores, a pesar de contar con la posibilidad de comportarse conforme a derecho en ejercicio de su libre autodeterminación, obedecerá las órdenes criminales, con lo cual en estos casos se pone en entredicho de forma peligrosa la idea de libertad y, por consiguiente, el principio de responsabilidad que se asienta en ella¹².

Otro de los aspectos más controvertidos de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder es la denominada fungibilidad de los ejecutores, esto es, la posibilidad que tendrían los organizadores de sustituir sin inconvenientes a los miembros encargados de la ejecución de los delitos, lo cual garantizaría la producción del resultado típico (Roxin, p. 200, n. m. 373). En contra de ello se pronuncian Otto (pp. 39 ss.), Herzberg (pp. 100 ss.) y, con especial énfasis, Rotsch (pp. 142 ss.). A Roxin se le debe reconocer que los organizadores, gracias a la gran cantidad de miembros del aparato organizado de poder, por lo general pueden contar con que se producirá el resultado delictivo, incluso si uno o varios ejecutores se negasen a cumplir las órdenes. No obstante, como argumenta Rotsch (pp. 142 ss.) de la mano del “principio de simultaneidad”, para fundamentar el dominio del hecho en cabeza del

hombre de atrás es preciso que todos los elementos constitutivos del mismo, incluida la “fungibilidad” de los ejecutores, se presenten en el momento concreto de la ejecución típica. Dicho requisito, sin embargo, no se presentaría en aquellos eventos en los que no es posible intentar nuevamente la ejecución típica, como en los casos de los tiradores del muro; si la persona que huía de Berlín oriental lograba ponerse a salvo en Berlín occidental, por más tropas que tuviese a disposición la antigua RDA ya no era posible intentar (mediante disparos a muerte) que la persona no escapara. Adicionalmente, en todos los otros casos, también es dudoso que exista una fungibilidad de los ejecutores durante la ejecución del delito. Como explica Rotsch, en cada situación concreta solo entraría en consideración un número limitado de ejecutores y cada nuevo intento por parte de otro miembro de la organización bajo otras circunstancias espaciotemporales constituiría un hecho materialmente diferente de los anteriores, por lo que no es posible afirmar que los ejecutores sean sustituibles durante la concreta ejecución típica, que es el instante preciso en el que deben presentarse todos los requisitos fundantes de la autoría mediata del hombre de atrás (principio de simultaneidad).

Con independencia de la discusión teórica sobre la fungibilidad como elemento co-fundante de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, en el ámbito colombiano también es necesario someter dicho criterio a una valoración cuidadosa desde el punto de vista práctico. Comparados con el aparato de poder nacionalsocialista, de la mano del cual Roxin desarrolló su teoría, grupos como las FARC y las AUC solamente lograron alcanzar un tamaño medio. Adicionalmente, si se tiene en cuenta que debido a las características propias del conflicto

armado interno colombiano los miembros de dichos grupos no permanecían todos en un mismo lugar, sino que se encontraban repartidos en pequeñas o medianas unidades a lo largo del territorio nacional, parece poco plausible afirmar que el comandante de una de esas unidades disponía en términos generales de ejecutores fungibles. No obstante, la jurisprudencia que se ha ocupado hasta ahora de la materia no se ha detenido a reflexionar sobre la aplicabilidad del criterio de la fungibilidad en el contexto colombiano, dejando entrever, o bien un desinterés por el aspecto práctico, o bien un deficiente análisis de la estructura de los actores del conflicto armado colombiano, por lo que es imperioso que subsane ese déficit en caso de que, a pesar de los problemas teóricos de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, decida seguir acudiendo a dicha figura.

El otro núcleo del debate sobre la intervención delictiva en los casos de aparatos organizados de poder se refiere a los argumentos a favor y en contra de las propuestas de solución minoritarias, en especial de las denominadas tesis de la coautoría y la inducción.

Autores como Otto (pp. 51 ss.) abogan por aprehender las relaciones entre la parte superior y la inferior de la organización mediante la coautoría. A esto le objetan los detractores de esa tesis, como Roxin (pp. 208 ss., n. m. 391 ss.), que en estos casos no se darían los requisitos estructurales de dicha figura, a saber, la resolución común al hecho y la realización conjunta del delito. En relación con el primer elemento se podría sortear dicha crítica acudiendo a la figura del consentimiento tácito de los ejecutores, lo que permitiría afirmar que en los casos de aparatos organizados de poder se presenta una resolución común al hecho incluso desde la propia perspectiva de la

concepción tradicional. Frente al segundo elemento, Roxin (pp. 210 s., n. m. 395) y los defensores de una concepción restringida de la coautoría, de acuerdo con la cual sería necesario que los coautores presten sus aportes durante la fase ejecutiva, tienen razón en que en los eventos de aparatos organizados de poder no se presentaría esa situación respecto de los denominados organizadores. No obstante, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia defienden desde antaño una concepción flexible de la coautoría, para la cual basta que el aporte prestado en la fase previa sea de una entidad similar al de los ejecutores, por lo que en estos casos no deberían tener ningún inconveniente para reconocer una coautoría de los organizadores que ordenan y/o planean la ejecución del respectivo delito.

En relación con la tesis de la inducción, la cual ha venido ganando adeptos en la dogmática alemana, como Herzberg (pp. 118 ss.) y Rotsch (p. 192), la mayoría de los participantes en la discusión reconocen que los organizadores podrían ser sancionados a título de inducción, toda vez que las órdenes delictivas, como las que son dictadas al interior de un aparato organizado de poder, constituyen el prototipo de dicha figura. No obstante, los críticos de esta tesis argumentan que la inducción, al ser una forma de participación, es apenas una figura secundaria frente a la autoría, por lo que no podría aprehender correctamente las relaciones de poder dentro del aparato organizado de poder, donde el mayor grado de responsabilidad correspondería a los organizadores y no a los ejecutores (cfr. Otto, p. 51; Roxin, p. 213, n. m. 400). Si bien dicha conclusión es acertada desde la óptica de la teoría del dominio del hecho, defensores de la tesis de la inducción como Herzberg (pp. 120 ss.) se esfuerzan por