

Judicialización de la macrocriminalidad en el Marco del Derecho Penal Internacional: del análisis sociopolítico de la criminalidad a los modelos dogmático-penales aplicables a la justicia transicional.

Judicialization of macrocriminality in the framework of International Criminal Law: from the sociopolitical analysis of crime to the dogmatic-criminal models applicable to transitional justice



Daniel E. Flórez Muñoz¹ 
Universidad de Cartagena – Colombia

Para citaciones: Flórez Muñoz, D. (2021). Judicialización de la macrocriminalidad en el Marco del Derecho Penal Internacional: del análisis sociopolítico de la criminalidad a los modelos dogmático-penales aplicables a la justicia transicional. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 13(26), 222-251. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.13-num.26-2021-3622>

Recibido: 05 de abril de 2021

Aprobado: 10 de junio de 2021

Editor: Fernando Luna Salas. Universidad de Cartagena-Colombia.

Copyright: © 2021. Flórez Muñoz, D. Este es un artículo de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la licencia <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/> la cual permite el uso sin restricciones, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre y cuando que el original, el autor y la fuente sean acreditados.



RESUMEN

La justicia transicional tiene como uno de sus principales mecanismos los denominados “juicios de rendición de cuentas”, los cuales son instancias judiciales de naturaleza penal a través de las cuales se investiga, juzga y castiga los máximos responsables de crímenes graves y sistemáticos contra los derechos humanos. No obstante, los actores de dichos crímenes así como la complejidad, gravedad y sistematicidad de los mismos suponen un importante desafío dogmático para el derecho penal tradicional. Lo anterior, hace necesario que la justicia transicional se apoye en la experiencia propia del derecho penal internacional a la hora de definir modelos de judicialización colectiva que permitan la imputación individual de delitos al interior de estructuras criminales complejas. En el presente artículo se describirán algunas de las principales estrategias de judicialización colectiva utilizadas en el marco del derecho penal internacional para establecer la responsabilidad individual al interior de injustos colectivos, dichas estrategias podrían ser de enorme utilidad al interior de los procesos de judicialización de crímenes atroces en cabeza de los tribunales transicionales.

Palabras clave: Macrocriminalidad; derecho penal internacional; justicia transicional; judicialización colectiva.

ABSTRACT

Transitional justice has as one of its main mechanisms the so-called “accountability trials”, which are judicial instances of a criminal nature through which those most responsible for serious and systematic crimes against human rights are investigated, tried and punished. However, the perpetrators of these crimes as well as their complexity, seriousness and systematic nature pose an

¹ Abogado de la Universidad de Cartagena (Colombia). Certificado en Estudios Afrolatinoamericanos por la Universidad de Harvard (EEUU). Especialista en Métodos y Técnicas de Investigación Social por CLACSO-FLACSO. Magister en Derecho por la Universidad de Cartagena. Docente investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena. Director del Semillero de Investigación en Derechos Humanos y Justicia Transicional de la Universidad de Cartagena. daniel.florez@hotmail.es

important dogmatic challenge to traditional criminal law. The foregoing makes it necessary for transitional justice to rely on the experience of international criminal law when defining models of collective prosecution that allow individual charges of crimes within complex criminal structures. This paper will describe some of the main strategies of collective prosecution used within the framework of international criminal law to establish individual responsibility within unjust groups, these strategies could be extremely useful within the processes of prosecution of atrocious crimes at the head of the transitional courts.

Keywords: Macrocriminality; international criminal law; transitional justice; collective judicialization.

1. INTRODUCCIÓN

La justicia transicional ha sido entendida como una estrategia a través de la cual las sociedades afrontan un pasado caracterizado con violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos para dar paso un contexto de cimentado en la democracia y el respeto al Estado de Derecho y la cultura de la legalidad. Sin embargo, la existencia de dichas violaciones supone actuar de un tipo de sujetos que cuentan con una capacidad de acción cualitativamente superior a la propia del delincuente común.

Por regla general, dichos actores operan a partir de complejas estructuras jerarquizadas las cuales cuentan con un plan delictivo sostenido en el tiempo y que involucra una multiplicidad de hechos victimizantes.

Se puede constatar que la violación colectiva de los derechos humanos, cometida de forma organizada y en grupo, eleva a sus víctimas a una situación de desamparo especial. Esto, sobretodo, por el anonimato, la disposición a la obediencia, el desenfreno y la desorientación normativa de sus victimarios, frecuentemente presentes en este tipo de violación de los derechos humanos. Esta erosión del autocontrol en los victimarios frente a valores básicos de la sociedad aumenta en la medida que la organización horizontal y vertical de las violaciones colectivas tiende a extenderse, tanto en el espacio como en términos sustantivos de la misma organización. En casos extremos, esto puede llegar a remplazar socialmente el sistema de referencia normativo de una sociedad que determina las conductas aceptables. (Simon, 2014)

Este actor, complejo por definición, no pocas veces constituye un verdadero desafío a una dogmática penal pensada a partir de la idea de individuo como posible infractor a la ley penal, esto ha hecho necesario el avance principalmente promovido desde el derecho penal internacional hacia novedosas formas de judicialización colectiva que permitan dar cuenta de la complejidad del funcionamiento de estos actores en el marco de la criminalidad organizada. Estas contribuciones si bien son relevantes en el campo de la justicia transicional y al derecho penal internacional no se

restringen a los mismos, gozando de suprema importancia en los desarrollos de las discusiones dogmática del derecho penal transnacional y del derecho penal corporativo, entre otros.

Si bien a nivel penal son los individuos quienes pueden ser declarados como responsables, la fórmula de imputación de éstos así como el grado de responsabilidad y la tasación de la pena dependerán directamente de su lugar y aporte a la estructura macrocriminal que generó las afectaciones masivas de derechos humanos. En ese sentido, para poder precisar quién responde de qué y en calidad de qué responde, es necesario inicialmente contar con una visión precisa del funcionamiento de la organización criminal y las diferentes instancias directivas, mandos medios, cooperantes y sujetos operativos que podían participar de la misma. Para Caparrós una organización criminal es:

Una entidad colectiva en función de estrictos criterios de racionalidad. A modo de piezas que se integran en una sólida estructura, cada uno de sus miembros desempeña un determinado cometido para el que se encuentra especialmente capacitado en función de sus aptitudes o posibilidades personales. De este modo, la corporación alcanza los rasgos propios de una sociedad de profesionales del delito en la que se manifiesta un sistema de relaciones definidas a partir de deberes y privilegios recíprocos. (Caparros, 1998)

La *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, establece a partir de su Resolución 55/25 de 2000 que un grupo delictivo organizado se encuentra conformado por tres o más personas que actúan concertadamente para cometer delitos graves o determinantes con el objetivo de conseguir una utilidad de orden patrimonial o material. De una u otra manera, estos actores colectivos se encuentran estructurados jerárquicamente y cuentan con redes de cooperación al interior de diferentes ámbitos sociales, económicos, políticos e incluso internacionales, son dichas redes las que a su vez generan la existencia de sujetos cuyo lugar al interior de la estructura es incierto por la naturaleza fronteriza de sus aportes y participación. Como se sostuvo anteriormente, el funcionamiento de la estructura criminal tienden a estar apoyada en un plan o política de violencia organizada al interior del cual se articulan los diferentes hechos victimizantes que la estructura macrocriminal genera a partir de su funcionamiento.

En ese orden de ideas, el plan o política de violencia organizada permite la definición del objetivo o finalidad de actuar macrocriminal, precisando las razones bajo las que se actúa y definiendo el espectro ideológico al que dichos actos complejos responden. Para poder precisar estos planes es necesario orientar la investigación penal hacia el análisis de los patrones de macrocriminalidad, lo cual exige una novedosa forma de investigación criminal soportada en las nociones de priorización y contexto, como categorías que constituyen la base para definir la respuesta institucional en la

etapa de investigación orientada a combatir las particulares exigencias de este tipo de criminalidad.

De lo que se trata es de avanzar hacia un tipo de indagación que permita un análisis criminal que parta de una comprensión externa del delito, que supere la perspectiva de caso a caso, y pueda enmarcar el mismo al interior del entorno en el que opera y adquiere sentido (Bernal, 2015). Esto cambia por completo la manera en la que se concibe la criminalidad, ya bajo esta perspectiva es posible identificar las conexiones existentes entre delitos tan corrientes como el hurto de celulares con otros de mayor complejidad jurídico-penal como las redes criminales de extorción y secuestro. Posibilitando una calificación jurídica más precisa a las conductas investigadas y estableciendo a partir de las mismas modelos de imputación individual acordes con los aportes e importancia de los sujetos particulares al interior de la macro-estructura criminal.

Se puede constatar que la responsabilidad penal individual por una conducta en la violación colectiva de derechos humanos, organizada y en grupo, no se excluye por el hecho de tratarse de delitos perpetrados en colectivo. Por el contrario el Derecho Penal considera a esta persona como individuo libre y por ende penalmente responsable. Ahora, en el caso que el suceso colectivo sea perpetrado en el marco de la organización jerárquica de un sistema macrocriminal, suele establecerse, con base en la dimensión de responsabilidad personal-penal del individuo en el suceso macrocriminal, una escala de responsabilidad penal descendente, con los individuos que dan las órdenes en el nivel de jerarquía. La base jurídico penal para la apreciación de la dimensión de responsabilidad personal-penal de estos individuos en el suceso macrocriminal son las reglas de autoría y participación penal². (Simon, 2014)

Al interior de la dogmática penal el tema de la macrocriminalidad ha tenido un impacto especial en torno a los desafíos que la misma supone para la teoría de la imputación, la cual es una cuestión estructural de la parte general del derecho penal y que apunta a la cuestión en torno a quién y bajo qué presupuestos normativos debe ser castigado, o de modo más abstracto apunta a la indagación acerca de la relación entre sujeto activo y resultado (Ambos, 2005). Estos cuestionamientos han abierto un importante debate al interior de las diferentes concepciones de autoría y participación, así como alrededor de los fundamentos o supuestos teóricos de la teoría del delito.

Las teorías del delito de corte ontológico, mayoritariamente utilizadas dentro del derecho penal ordinario, tienen problemas para tratar de manera adecuada los delitos sistemáticos, cuya comisión suele corresponder a grupos de personas en desarrollo de un plan global previamente concebido. Frente a esta clase de delincuencia no es fácil el manejo de una relación causal de corte newtoniano como la que

² El concepto que al interior de los principales referentes jurisprudenciales en Alemania y América Latina se utiliza para diferenciar entre autoría y participación es el de “dominio del hecho”, al respecto ver: (Roxin, 2000a)

caracteriza a esas concepciones teóricas, ni es sencillo dejar de apreciar los crímenes como conductas individuales para entenderlos como parte de actuaciones colectivas de mayor complejidad, ni es tan simple asignar responsabilidades diversas en función de los aportes de cada sujeto a esos delitos sistemáticos, ni, para citar un ejemplo más, suele tener capacidad de rendimiento suficiente una concepción estática del bien jurídico. (Reyes, 2018)

Al interior de los estudios jurídico-penales en torno al problema de la macrocriminalidad los aportes del profesor de la Universidad de Frankfurt, Herbert Jäger (1989), resultan especialmente significativos, su obra es una de las principales referentes en torno al estudio del fenómeno de la macrocriminalidad tanto desde una perspectiva empírica e interdisciplinaria, como desde el análisis de la imputación individual de la conducta colectiva al interior de dogmática jurídico penal como tal. Junto a él autores como Karl Peters (1961) realizaron especiales aportes a partir de los análisis del proceso de Eichmann en Jerusalem, tomando en consideración la estructura e imputación de los denominados “crímenes de masa”. De igual forma, resultan significativos los aportes que desde la dogmática penal realiza el profesor Gunther Jakobs (2006) destacando la dimensión del juicio de reproche en el marco de la culpabilidad jurídico-penal tomando en consideración diagnósticos psíquicos. Por su parte Erns Joachim Lampe (2003) ha desarrollado su propuesta de “derecho penal del sistema” el cual parte de una concepción especial de la dogmática de las acciones injustas asociada de forma complementaria con una dogmática de los sistemas injustos, con base en dicha distinción sostiene una teoría explicativa de las relaciones de personas organizadas en torno a objetivos ilícitos, tanto a nivel de sistemas criminales simples como a nivel de sistemas criminales constituidos.

Por su parte, Wolfgang Naucke (2006) sostiene la denominada cuarta vía del derecho penal a partir de la redefinición del principio de legalidad para ciertas situaciones en las que el Estado mismo participa de los crímenes. Y finalmente, resultan destacables las contribuciones de Klaus Marxen (2018) quien ha sido uno de los pioneros en el desarrollo de una teoría del delito para el derecho penal internacional.

En el presente artículo, veremos en detalle el tratamiento que desde la dogmática penal se le da al fenómeno macrocriminal, para luego destacar los modelos de judicialización colectiva que, desde el derecho penal internacional, permiten el tratamiento jurídico-penal de este tipo de situaciones, generando las bases para los juicios de rendición de cuenta en el marco de lo de los procesos de transición a la paz.

2. De la sociología criminal a la dogmática-jurídico penal

El fenómeno macrocriminal apunta a todas aquellas grandes formas de violencia colectiva que generan de manera sobresaliente un contexto de

conductas especialmente nocivas para la sociedad. Dicho fenómeno, a la luz de los estudios de sociología criminal, tiende a estar enraizado y promovido por relaciones de poder clandestinos desde donde se direcciona la violencia y se definen los planes operativos que constituyen la base para su actuar criminal. Típicamente este tipo de estructuras criminales ha sido relegado al interior de los estudios criminológicos, principalmente porque los mismos tienden a priorizar los temas asociados con la práctica jurídico penal, para la cual la criminalidad ordinaria constituye su principal foco de atención.

Sin embargo, en la actualidad parece existir una tendencia que marca una comprensión diferente del lugar de los estudios de la macrocriminalidad al interior de la disciplina criminológica en particular y de los estudios sociojurídicos en general (Aponte, 2018), esto se debe principalmente al impacto que tuvo la obra de Jäger (1989) dentro de diferentes círculos académicos, así como los análisis asociados con diferentes formas de criminalidad corporativa (Caparros, 1998) y el desarrollo del derecho penal internacional (Ambos, 2005).

Particularmente, el tema de la macrocriminalidad devela la forma en la que los estudios sociales de la criminalidad y los procesos de criminalización permiten sentar las bases para desarrollos dogmáticos ulteriores orientados a la regulación normativa de dichas situaciones. Fue en la sociología criminal donde surgió la noción de macrocriminalidad y desde donde se originaron los primeros debates en torno a las modalidades y alcances de la respuesta institucional a dicho fenómeno. Esto es de suprema importancia, dado que hace explícitas las relaciones entre estos dos campos de saberes, permitiendo el desarrollo de una dogmática con capacidad de respuesta inmediata a los debates sociojurídicos y las exigencias propias de la política criminal. De esta forma se avanza hacia una construcción de cuerpos normativos que gocen de pertinencia e idoneidad frente a los problemas que desde la sociología criminal se reconocen al interior de la realidad sobre la cual dichos cuerpos normativos pretenden incidir.

Ya no se trata simplemente del imperio dogmático que con arrogancia ve a la sociología como una especie de ciencia auxiliar; al contrario, es esta la que brinda auténtico contenido a las figuras dogmáticas. A su vez, como en el caso de la tesis de autoría mediata en estructuras organizadas de poder, desde un inicio se aceptó que se trataba de un concepto en construcción. Por ello, es la sociología la que les otorga contenido real a las figuras dogmáticas, sin las cuales es impensable hoy un sistema de imputación de responsabilidad al máximo responsable, por ejemplo. (Aponte, 2018)

Al interior de los cuestionamientos realizados por Jäger (1989) a los marcos normativos y conceptuales de la criminología y la dogmática jurídico penal tradicional para dar cuenta de forma idónea del fenómeno de la macrocriminalidad, aclara que este concepto no puede ser confundido con la

mera asociación para delinquir, también llamado concierto para delinquir, así mismo marca distancia con otros conceptos como los de criminalidad industrial o económica. Ya que a la luz de su propuesta teórica, la macrocriminalidad constituye un concepto comprehensivo y complejo, relacionado con estructuras –también llamadas “aparatos”- cuya envergadura es tan grande que no pocas veces logran sustituir o cooptar el Estado, deviniendo en para-Estados (Aponte, 2018). Esta experiencia involucra muchas veces la capacidad de control territorial, la direccionamiento de las instituciones públicas a partir de la presencia de funcionarios afines a la estructura macrocriminal, la promulgación de leyes, normas y medidas favorables a los intereses criminales de la misma, y por supuesto la financiación de redes de sobornos que permitan la ausencia total de controles e investigaciones que puedan afectar el desarrollo del plan criminal.

Lo anterior devela un entorno criminal expansivo, en el cual se presenta la participación de diferentes actores sociales, políticos y económicos que convergen con sus aportes en el desarrollo y consolidación del plan criminal que direcciona la estructura, esto es un verdadero desafío no solo a nivel investigativo y a nivel de modelos de imputación, sino también supone un desafío epistemológico a los fundamentos mismos de los que parte el derecho moderno.

Según el criterio de Jäger, la ciencia en general, con el descubrimiento del microcosmos, de las partículas más elementales y del microscopio, inauguró quizá una tendencia a observar el detalle, lo mínimo, lo que se escondía siempre, y se perdió en buena medida una capacidad para observar lo *macro*, lo grande, las dimensiones supraindividuales; en este caso, las dimensiones supraindividuales de los crímenes. En derecho penal supone, además, que fijó su mirada en el individuo, en los hechos individuales, en el hecho criminal particular, y perdió de vista el contexto general. (Aponte, 2018)

3. Macrocriminalidad y responsabilidad individual en el derecho penal internacional

La concepción de la responsabilidad individual ligada a hechos particulares en su formulación clásica es propia del derecho penal en contextos ordinarios, la misma reviste importantes dificultades para comprender la magnitud y complejidad del accionar de los delitos sistema, este tipo de actuar criminal – como se sostuvo anteriormente- goza de un alto grado de masividad y sistematicidad que dificulta no solo su investigación sino también la determinación de los responsables y el grado de responsabilidad de los mismos.

No obstante, en contextos transicionales asociados típicamente con este tipo de delitos, se hace necesario avanzar hacia modelos epistemológicos, teóricos, metodológicos y normativos que puedan dar cuenta de dicha

complejidad sin abandonar las exigencias de responsabilidad individual³, en la actualidad bajo el concepto de “contexto” se pretende marcar el entorno en el cual tiene lugar el hecho criminal y a partir de ahí avanzar en un modelo de análisis abarcativo que pueda dar cuenta de la profundidad de la estructura criminal al tiempo que brinda insumos para identificar el lugar y aporte de los sujetos concretos en el marco de dicha estructura, este tipo de perspectiva ha tenido un importante desarrollo al interior de los esfuerzos de investigación y judicialización tanto individual como colectiva imperantes en el derecho penal internacional y a partir de ahí al campo de la justicia transicional.

El derecho penal internacional es un campo nuevo que se ocupa de la investigación de los crímenes internacionales cometidos por individuos. En esa medida el principio de culpabilidad individual es fundamental y por ello se prescribe toda forma responsabilidad objetiva y de culpabilidad por asociación. El propio TPIY [Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia] ha señalado que el principio de culpabilidad es el fundamento de la responsabilidad penal a nivel internacional. Teniendo en cuenta que uno de los ejes del derecho penal internacional es la justicia transicional, la insistencia en la responsabilidad individual, especialmente de los denominados máximos responsables, permite fijar la responsabilidad en sujetos y no en entidades abstractas, pero también permite evitar el uso de la responsabilidad colectiva. (Benavides, 2017)

Las preocupaciones de Jäger en relación a los límites del derecho penal ordinario frente al desafío de la macrocriminalidad sirvieron de base para la consolidación de otras perspectivas que potencializaron el desarrollo de los novedosos marcos conceptuales y normativos del derecho penal internacional y junto a él los marcos que inciden en los juicios de rendición de cuentas en contextos de transición. En la actualidad, el marco normativo y jurisprudencial que rige el derecho penal internacional constituye el referente que con mayor precisión permite asegurar una respuesta jurídico penal al fenómeno de la macrocriminalidad. Autores como el penalista suizo Hans Vest, por ejemplo, insisten en la necesidad de avanzar hacia una concepción colectiva de delito al interior del derecho penal internacional, y Klaus Marxen por su parte apunta a objetivos similares a partir de los esfuerzos en la construcción de una teoría del delito penal internacional específica que logre dar cuenta de las particularidades que representan los delitos ejecutados por estructuras criminales complejas. Lo anterior pone en evidencia que este campo aún continúa un importante desarrollo que impacta sustantivamente las diferentes experiencias de judicialización de responsables de crímenes atroces y graves violaciones de derechos humanos.

³ La necesidad de incorporar la responsabilidad individual al interior de los ejercicios de juzgamiento por crímenes internacionales y violaciones masivas a derechos humanos está presente desde Nüremberg. Un famoso pasaje de la sentencia de este tribunal así lo confirma: “Los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por personas, no por entidades abstractas; solamente mediante el castigo de los individuos se puede hacer prevalecer el derecho internacional”. Este mismo fragmento sería adoptado en el marco de los “Principios de Nüremberg” de 1950 por la Comisión de Derecho Internacional creada por la ONU en 1947: “Toda persona que cometa un acto que constituya un crimen según el derecho internacional es responsable por ello y puede ser castigada”. (Bock, 2017)

La fundamentación de la responsabilidad individual con base la transgresión del Derecho Internacional exige por consiguiente superar la visión clásica centrada en los Estados y aceptar que el individuo puede ser sujeto de Derecho Internacional, como potencial destinatario de las normas internacionales. Así, en los estatutos de todos los tribunales penales internacionales y mixtos instaurados con posterioridad se encuentran disposiciones en este mismo sentido. Sin embargo, a pesar de que el principio de la responsabilidad individual pertenece a los cánones indiscutidos del Derecho Penal Internacional, su concretización impone, ahora al igual que antes, tanto a la academia como a la práctica retos considerables. (Bock, 2017)

Tal como se ha sostenido hasta el momento, el fenómeno de la macrocriminalidad supone importantes desafíos a nivel investigativo y a nivel dogmático, fundamentalmente en lo referido a los modelos de atribución de responsabilidad penal, al respecto en el derecho penal internacional se han precisado diferentes formas de atribución de responsabilidad que van desde la autoría directa, pasando por la determinación, la complicidad, la responsabilidad del superior y llegando hasta la participación en la empresa criminal conjunta o *joint criminal enterprise*. Al respecto, Danner y Martínez (2005) han señalado que el tratamiento realizado por las instancias judiciales en el marco del derecho penal internacional de formas colectivas de atribución de responsabilidad, en ciertas situaciones corresponde a la atribución de un tipo culpabilidad por asociación, dado que se entiende que es suficiente con la pertenencia del sujeto a la organización criminal para que es responsable de la totalidad de los crímenes que puedan ser atribuidos a la misma, para lo anterior se tiende a apelar a figuras tales como la autoría mediata con autor material responsable o al concepto de participación en empresa criminal conjunta.

Este abanico de formas de atribución de responsabilidad es de suprema importancia a efectos de determinar el grado de participación de los sujetos al interior de los delitos, ya que si bien en el campo del derecho penal internacional no existe una escala de penas en atención a los al lugar y los aportes de los sujetos al interior de la comisión de los delitos –como si existe en el derecho penal ordinario- los tribunales han establecido en la práctica criterios para tal fin a partir de la distinción entre modalidades de participación con efecto directo en la tasación de la pena correspondiente.

El derecho penal tradicional se ha ocupado de la imputación de las conductas típicas mediante el uso de diversas teorías que van desde un concepto unitario de autor a teorías diferenciadoras entre los autores y partícipes. Estas teorías han sido objeto de profundo debate, pero existe un cierto consenso en que la teoría del dominio del hecho es la que más se adecua a las exigencias del moderno derecho penal, al menos el derecho penal continental. Sin embargo, la criminalidad no es solamente individual, y se ha visto diferentes formas de comisión de delitos en los cuales intervienen varios sujetos que forman parte de una

estructura criminal o que realizan actos que forman parte de un tipo de criminalidad sistemática. (Benavides, 2017)

Para poder precisar la fundamentación de la responsabilidad penal individual de un sujeto en el marco de una violación colectiva de derechos humanos o crímenes internacionales, metodológicamente primero se debe enmarcar la acción individual al interior de un contexto colectivo en el que se presente una asociación antijurídica global, lo que anteriormente hemos denominado “hecho total”. La construcción de este hecho total se deriva de la dimensión de análisis contextual, que a su vez permite la calificación de determinada conducta como una conducta de relevancia para el derecho penal internacional, es decir, que a la luz del derecho penal internacional solo se persiguen las conductas que tienen lugar en un contexto determinado, por ejemplo, la Corte Penal Internacional solo persigue conductas que corresponden al tipo penal de genocidio cuando las mismas se presentan en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar (Bock, 2017), o en el caso de crímenes de lesa humanidad, se requiere los delitos particulares como los homicidios y la violencia sexual tengan lugar al interior de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil (Bock, 2017). En ese orden de ideas, si bien no es necesario que el hecho total se entienda como la raíz del ilícito particular, lo cual probatoriamente generaría grandes dificultades, si es necesario que se pruebe que este ilícito se presentó en el entorno generado por el hecho total, dado que a partir de esta relación es posible interpretar que la comisión de delito encontró propiciada e influenciada su realización a partir de las condiciones objetivas y generales aportadas por el contexto macro de ilicitud generado a partir del hecho total⁴. La construcción de estos contextos que permiten la calificación jurídica de determinados delitos como de relevancia a la luz del derecho penal internacional, responde a una interpretación restrictiva de los elementos determinantes al interior del mismo, con el objetivo de poder precisar de la forma más precisa posible el lugar del ilícito particular al interior del ilícito global y evitar vincular a dicho contexto situaciones o delitos particulares que si bien tuvieron lugar en el marco del mismo no guardan una relación de incidencia decisiva en su consumación frente al hecho total.

Antes de establecer la responsabilidad individual en contextos colectivos de consumación, se debe (poder) enmarcar el comportamiento lesivo concreto en un suceso antijurídico global. Ese es un primer paso necesario para limitar la punibilidad. De esta manera, para efectos de establecer la responsabilidad penal de un superior militar es diferente si uno de sus subordinados tortura a un prisionero de guerra con el fin de obtener información relevante desde el punto de vista táctico a si el subordinado mata al amante de su esposa. En el

⁴La Cámara de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, en sentencia del 12.6.2002 – IT-96-23 (Prosecutor vs. Kunarac/Kuvac/Vukovic), ha sostenido en relación a la imputación de crímenes internacionales los siguientes hechos como determinantes para entender el contexto de la misma: “el hecho de que el perpetrador es un combatiente; el hecho de que la víctima no es un combatiente; el hecho de que la víctima es miembro de la parte enemiga; el hecho de que es posible afirmar que la acción sirve al objetivo final de una campaña militar; y el hecho de que el crimen es cometido como parte o en el contexto de los deberes oficiales del perpetrador”

primer caso, el hecho es parte de un todo más amplio que involucra varios comportamientos, a cuya realización ha contribuido el superior, mientras que en el segundo caso se está en presencia de un conflicto puramente interpersonal entre el autor y la víctima. (Bock, 2017)

La cuestión a nivel de teoría de la imputación que surge a partir de la construcción del contexto de macrocriminalidad es la de la conexión funcional entre el ilícito particular y el hecho global. En virtud del número considerable de sujetos que participan al interior de este hecho total y los limitados recursos con los cuentan los aparatos judiciales transicionales para la investigación y juzgamiento de los mismos, la reacción penal frente a este tipo de situación debe ser de carácter de selectiva, por esa razón los tribunales e instancias de juzgamiento al interior de procesos de justicia transicional o al interior de la Corte Penal Internacional concentran su actuación en la persecución de los denominados “máximos responsables”.

4. El problema de la autoría en escenarios de co-delincuencia

La persecución penal a los máximos responsables de crímenes internacionales y graves violaciones a los derechos humanos –en la justicia transicional colombiana se adiciona la figura de “participe determinante”- cumple en el marco de la priorización la función de delimitar, en términos subjetivos el ámbito de investigación en ajuste a la calidad que *prima facie* ostenten los presuntos victimarios (Michalowski, Cruz, & Martinez, 2020), esta calidad se definen a partir de los aportes que individualmente hayan presentado para la preparación, control y desarrollo del plan macrocriminal en ajuste a la estructura y jerarquías propias de la organización.

La reacción penal, en términos de imputación individual de responsabilidades, toma en consideración no solo del aporte y el lugar del sujeto al interior de esta organización, sino también el tipo de estructura macrocriminal y la forma en la que se establecen las relaciones de cooperación y mando de cara a la comisión del hecho total, en ese orden de ideas las formas de imputación de individuos en contextos de comisión colectiva de ilícitos, se pueden resumir en tres: coautoría impropia, la empresa criminal conjunta y la autoría mediata por dominio de un aparato organizado de poder.

El fundamento de la idea de autoría en derecho penal se refiere a la idea según la cual es imputable un hecho a un sujeto siempre y cuando el mismo es el producto de una decisión autónoma y responsable asumida por el mismo. Los actos que son atribuibles normativamente al sujeto pueden ser realizados directamente por el mismo o a través de un tercero llamado instrumento, en este segundo escenario la autoría es denominada autoría mediata.

A la luz de la versión clásica de la autoría mediata, se entiende que el instrumento no es responsable penalmente de la conducta que efectivamente

realiza toda vez que su capacidad de conocer la conducta realizada y su voluntad de realizar la misma se encontraban condicionadas por quien se constituye como el “hombre de atrás” o autor mediato, en ese sentido el instrumento carece de dolo. No obstante, contemporáneamente se entiende la posibilidad de que exista un sujeto que ostente la calidad de instrumento de un tercero y que al mismo tiempo sea responsable por la conducta realizada. Esta figura ha sido ampliamente desarrollada al interior de la jurisprudencia penal en diferentes Estados e incluida legislativamente en códigos penales como el de Alemania y Colombia.

En la jurisprudencia su introducción es el resultado del reconocimiento de la teoría de la accesoriedad limitada, es decir, aquella teoría que exige la existencia de un autor principal que haya realizado una conducta típica y antijurídica, por lo que la ausencia de culpabilidad no excluye la responsabilidad del partícipe. De este modo cobra importancia la distinción entre autoría mediata e inducción, pues en el segundo tenemos un sujeto que es accesorio a la conducta del autor principal y que en todo caso depende de que este haya realizado al menos una conducta típica y antijurídica, en tanto en el primer caso tenemos un sujeto que tiene el dominio del hecho y que utiliza a un tercero como su instrumento. (Benavides, 2017)

El derecho penal contemporáneo entiende que con fundamento en la distinción entre autor y partícipe es posible establecer una penalidad a cada uno ajustada al desvalor y gravedad de su propia conducta. Dentro de las teorías propuestas para establecer esta distinción se destacan:

(i) El concepto extensivo de autor: la cual tiene su fundamento en la teoría de la equivalencia de las condiciones y se encuentra orientada a sostener que todo aporte realizado por los sujetos que participan de un ilícito es causal al objetivo del mismo, por tanto todos los que efectivamente participaron con sus aportes en determinado delito deben entenderse como autores del mismo. En ese sentido, el aporte no brindaría un criterios para distinguir entre autores y partícipes de la conducta punible, la cual quedaría supeditada por tanto a la fundamentación subjetiva, es decir, quiénes actuaron con ánimo de autor y quiénes lo hicieron como meros partícipes.

(ii) El concepto restrictivo de autor: Desde esta perspectiva solamente puede ser considerado autor aquel reúne los requisitos necesarios para sostener que realiza el tipo penal. En ese orden de ideas, la distinción entre autor y partícipe se deriva de la naturaleza del aporte que el sujeto realiza a la realización del ilícito, existiendo aportes accesorios pero vinculados a la conducta, y otros que íntimamente ligados a la conducta típica, solo los que realizan el segundo tipo de aportes pueden ser considerados autores. Ubicado así la distinción entre autor y partícipe ya no en la dimensión subjetiva del individuo que participa del ilícito, sino en un criterio objetivo derivado de la relación entre su aporte y la conducta perseguida por la ley pena. Para la fundamentación de

esta perspectiva se han desarrollado dos teorías, una objetivo-formal, y una objetivo-material.

La teoría objetivo-formal como fundamento del concepto restrictivo de autoría, entiende que el autor de un delito es aquel sujeto que por mano propia realiza todas o al menos algunas de las acciones que hagan parte de los actos ejecutivos orientados a la materialización de un ilícito. La principal dificultad de esta teoría es precisamente su incapacidad para explicar las situaciones asociadas con la autoría mediata en las que es el instrumento quien por definición adelanta los actos ejecutivos en el marco del ilícito.

Por su parte, la teoría objetivo-material como fundamento del concepto restrictivo de autoría, asume como criterio el valor de la contribución realizada por cada uno de los sujetos que participan del ilícito para establecer quién lo hace en calidad de autor y quién en calidad de mero partícipe. Estableciendo que quien realice la contribución o aporte objetivamente más importante para la realización del delito, ese respondería en calidad de autor del mismo y el resto de sujetos responderían como partícipes. Esta teoría fue criticada por su limitada atención a la dimensión subjetiva que incide al interior de los escenarios de codelinuencia, frente a estas observaciones surgieron algunas propuestas orientadas a complementar la perspectiva objetiva con la dimensión subjetiva, dentro de las cuales la que mayor impacto y recepción ha tenido al interior de las estrategias de juzgamiento por crímenes colectivos ha sido la teoría del dominio del hecho (Roxin, 2000a).

5. La teoría del dominio del hecho

La teoría del dominio del hecho constituye el esfuerzo más acabado en la construcción de un concepto jurídico-penal operativo que permita diferenciar entre autoría y participación, esta teoría ha sido el que mayor aceptación ha tenido al interior de la jurisprudencia europea y latinoamericana. En la actualidad existen diferentes representantes y enfoques de la teoría del dominio del hecho, en todas sus variantes entienden que para el perfilamiento de la idea de autor es necesario que el sujeto ostente el dominio de la situación, toda vez que el “hechor” no puede ser separado de su “hecho”, se trata por tanto de establecer que el juicio de la autoría en relación a la conducta final es de naturaleza analítica y no sintética.

Son cuatro las principales perspectivas en torno a los fundamentos de la teoría del dominio de hecho al interior del campo del derecho penal, tenemos por una parte la defendida por Welzel (1970), la sostenida por Maurach (Maurach & Zipf, 1995), la de Gallas (Gallas, 1968) y finalmente la defendida por Roxin (2000) y (Roxin, 1997). Por su parte, Jakobs sostendrá su propia posición sobre la teoría del dominio del hecho que luego pondrá en cuestión en su texto “El ocaso del dominio del hecho” (2000). De las perspectivas anteriormente referenciadas, sin lugar a dudas, es la defendida por el profesor Claus Roxin

la que ha gozado de mayor recepción al interior de los círculos académicos y en los desarrollos jurisprudenciales del derecho penal nacional e internacional.

En su obra *Autoría y Dominio del Hecho* (Roxin, 2000a) entiende que la construcción de las categorías dogmáticas -como la de auto, por ejemplo- no puede obedecer ingenuamente a un método deductivo que pretenda brindar conceptos genéricos y absolutos, sino por el contrario debe partir de la particularidad concreta del delito, atención a su modalidad y tipo concreto, y desde ahí avanzar hacia una concepción que dé cuenta de la forma de autoría en atención a la naturaleza del hecho criminal⁵ con arreglos a puntos de vista metodológicos unitarios que aseguren la sistematicidad de la propuesta teórica.

Roxin diferencia, de un lado, los llamados delitos de dominio y, de otro lado, los delitos consistentes en la infracción de un deber, e, incluso, los delitos de propia mano. Dentro de este último grupo, destaca los delitos de autor jurídico-penal. En estas dos últimas clases de delitos -de infracción de deber y propia mano-, el dominio del hecho no fundamentaría la autoría, sino que para admitirla bastaría, respectivamente, la lesión del deber extralegal específico contemplado en el tipo penal y la ejecución de propia mano. Sin embargo, el criterio del dominio del hecho sí jugaría un papel determinante para fundamentar la autoría en los llamados delitos de dominio, incluidos en los delitos dolosos de comisión. De ahí que resulte de mayor importancia, en lo que Roxin entiende en éstos últimos delitos, que el dominio puede presentarse en tres formas, en función de las diferentes clases de autoría: así, en la autoría individual e inmediata, se verifica el dominio de la acción; en la autoría mediata, habría dominio de la voluntad y en la coautoría existiría dominio funcional. (Jimenez, 2015)

La noción de dominio del hecho como dominio de la acción, nos ubica en el campo de la autoría directa o inmediata, esta modalidad es propia de la mayor parte de los delitos dolosos de acción en los cuales el sujeto ejecuta de propia mano la totalidad de los elementos que configuran la conducta punible. Siendo evidente la centralidad de su actuar en la comisión del resultado ilícito. Por otra parte, en la noción de dominio del hecho como dominio de la voluntad, nos ubicamos en el campo de las autorías mediatas, las cuales a la luz de la obra de Roxin pueden diferenciarse en cuatro tipos, a saber, (i) mediante la acción, (ii) a través del uso de jóvenes o inimputables, (iii) mediante la utilización de aparatos organizados de poder (también denominada “dominio por organización”), y finalmente (iv) dominio por error.

⁵ En concordancia con lo anterior, el propio Roxin admite que la teoría del dominio del hecho no es una fórmula universal para definir la autoría en toda clase de delitos sino tan solo en algunos de ellos, atendiendo a las particularidades de cada tipo penal (Jimenez, 2015)

Finalmente, Roxin sostiene que el dominio funcional del hecho corresponde típicamente con la coautoría, ya que en esta se presenta una división del “trabajo” o de las “funciones” requeridas para la consumación de una conducta punible, el principal rasgo de esta modalidad es la existencia de una cooperación, lo cual genera un efecto en el que el dominio completo del hecho reside en las manos de los sujetos que participan del acuerdo criminal y no en la mano de uno ni parcialmente en las manos de cada uno de los sujetos. Este dominio funcional del hecho se expresa a partir de elementos claves: (i) esencialidad de la contribución; (ii) acuerdo de voluntades de los intervinientes; y finalmente (iii) intervención en la fase ejecutiva.

La teoría del dominio del hecho ha sido usada ampliamente al interior de la jurisprudencia internacional penal como estrategia dogmática para la definición de autores y partícipes de crímenes contra el derecho internacional penal y violaciones masivas de derechos humanos.⁶ Tal como se señaló anteriormente, el derecho penal internacional debe abordar jurídicamente crímenes en cuya realización intervienen una pluralidad de sujetos, los cuales por regla general lo hacen en distintos niveles al interior de organizaciones estructuralmente complejas y difusas. En este ejercicio de dilucidación y esclarecimiento de responsabilidades individuales en el marco de delitos colectivos, la jurisprudencia penal internacional ha sabido nutrir su acervo dogmático no solamente a partir de la jurisprudencia penal de los diferentes países sino también de los desarrollos dogmáticos que académicos influyentes han presentado para la comprensión jurídico-normativa de la macrocriminalidad.

Lo anterior ha dado como consecuencia el surgimiento en el marco de la jurisprudencia penal internacional de nuevas formas de imputación de crímenes, así como reinterpretación de formas de imputación ya existentes en las jurisdicciones penales nacionales. A continuación presentaremos algunos de los principales criterios para la judicialización de crímenes internacionales a partir de las figuras de imputación más emblemáticas.

6. Formas de imputación en el marco del Derecho Penal Internacional

6.1. La Empresa Criminal Conjunta (*Joint Criminal Enterprise*)

Uno de los principales aportes del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia (TIPY) al desarrollo doctrinario del derecho penal internacional vía jurisprudencia, fue la creación de la figura denominada Empresa Criminal Común (*Joint Criminal Enterprise*) a partir de la sentencia del caso Tadic (Prosecutor vs. Tadic, 1999), la cual fue la primera sentencia proferida por este tribunal en la que el procesado (Dusco Tadic) no aceptó los cargos que le fueron formulados, los cuales estaban referidos a una serie de

⁶ Ver especialmente: (Prosecutor vs. Lubanga, 2012); **Fuente especificada no válida.**; (Prosecutor v. Bemba, 2016); (Prosecutor v. Katanga/Ngudjolo Chui, 2008); **Fuente especificada no válida.** y **Fuente especificada no válida.**

homicidios que tuvieron lugar en la localidad de Jaskici, territorio en la que tuvo presencia el grupo de Tadic.

El objetivo principal de la Empresa Criminal Común es la de poder atribuir responsabilidad individual a un sujeto en razón a su pertenencia a determinado grupo responsable de una serie de crímenes de los cuales hay pruebas suficientes de un propósito común y del conocimiento por parte del sujeto de la ocurrencia de dichos crímenes. En ese orden de ideas, este tipo de figuras parten de la existencia de un plan criminal común que vincula a todos los participantes de la organización, la vinculación consiente del sujeto a dicho plan en el marco de la organización constituye razón suficiente para hacerlo responsable penalmente de los ilícitos que se deriven del plan sin importar el lugar al interior de la organización ocupado por el mismo.

En ese orden de ideas, se debe probar en el marco del proceso judicial al menos tres aspectos: (i) La existencia de una organización criminal, un grupo de personas asociadas alrededor de la comisión de una serie de ilícitos; (ii) La existencia de un contexto que permita calificar las conductas atribuidas a la organización como delitos de relevancia al derecho penal internacional, como se ha señalado anteriormente dicho contexto se deriva de la existencia de un plan criminal común; y finalmente, (iii) la participación o vinculación del sujeto procesado al interior de la Empresa Criminal Conjunta a partir de aportes sustantivos a la comisión de delitos. Este aspecto es de suprema importancia ya que permite la distinción entre la Empresa Criminal Conjunta y otras situaciones como la conspiración⁷ o la simple membresía a una organización criminal.

Puede darse el caso de que la contribución que realice el sujeto no sea de mano propia sino a través de un tercero usado como instrumento, sin que sea necesario que este tercero haga parte de la Empresa Criminal, caso en el que estaríamos frente un caso de autoría mediata clásica al interior de una Empresa Criminal Conjunta, en conclusión, basta para la atribución de la responsabilidad únicamente que la conducta punible realizada por el instrumento tenga una vinculación con el plan común desarrollado por la organización.

En el caso *Krajisnik* (Prosecutor vs Krajisnik , 2006) el TIPY precisó la doctrina de la Empresa Criminal Conjunta para situaciones en las que los sujetos procesados eran los líderes de la organización y por tanto cumplían funciones directivas en relación al plan común más que operativas en relación a la comisión de los delitos. Al respecto, el Tribunal consideró que los líderes aun cuando no cometieron por sí mismos los delitos por los que son acusados, su posición al interior de la organización se define como un elemento decisivo

⁷ Señala Benavides (2017) que, a diferencia del concierto para delinquir, en la Empresa Criminal Conjunta se requiere de la comisión de un delito y de la contribución significativa a la realización del plan por parte de la persona acusada. Adicionalmente a lo anterior, la misma jurisprudencia reconoce que no es dable hablar de complicidad con una Empresa Criminal Conjunta, toda vez que ella misma es ya una forma de participación en la comisión del delito.

en el desarrollo del plan criminal, y su conexión con los sujetos que efectivamente cometieron los crímenes constituye como una prueba de ello. Al respecto el Tribunal señaló:

Es el objetivo común el que comienza a transformar una pluralidad de personas en un grupo o empresa, en tanto esta pluralidad tiene en común el objetivo particular. Es evidente, sin embargo, que el objetivo común no siempre es suficiente para determinar un grupo, pues diferentes grupos que son independientes entre sí pueden coincidir en compartir objetivos idénticos. Más bien, es la interacción o la cooperación entre las personas –su acción conjunta- en adición al objetivo común, lo que hace de esas personas un grupo. Las personas en la empresa criminal conjunta deben mostrarse que actúan juntas, o en concierto entre sí, en la implementación de un objetivo común, si van a compartir la responsabilidad por crímenes cometidos por medio de una Empresa Criminal Conjunta. (Prosecutor vs Krajisnik , 2006)

Desde una perspectiva subjetiva es posible diferenciar tres tipos de Empresa Criminal Conjunta al interior de la jurisprudencia penal internacional. El primer tipo corresponde a su forma básica, en esta los participantes actúan en asocio a partir de un plan predefinido y todos asumen la conducta bajo la modalidad dolosa. El segundo tipo de Empresa Criminal Conjunta apunta a situaciones como las presentadas en la Alemania Nacionalsocialista, en las que tienen lugar campos de concentración y los denominados sistemas de maltrato (Benavides, 2017), en contraste con el primer tipo de Empresa Criminal, en este no es necesario probar en el marco del proceso la existencia de dolo en relación a los actos previstos al interior del plan común, ya que es suficiente con su participación y promoción del funcionamiento de la estructura criminal para justificar la atribución de responsabilidad.

La tercera forma de Empresa Criminal Común posibilita la imputación de actos calificados como excesos o actos particulares independientes al plan común. Para que se configure este tipo de escenario es menester que el acusado haya tenido la intención de participar de esta Empresa y facilitar la consecución de su propósito criminal, seguidamente, se requiere que la consumación de los excesos o crímenes accesorios al plan común haya sido previsible. En ese orden de ideas, se requiere la conciencia por parte del acusado de que probablemente en el desarrollo del plan de la Empresa Criminal Común, se pudieran presentar los excesos que efectivamente tuvieron lugar y que aún frente a esta probabilidad el acusado haya asumido el riesgos, es decir haya actuado bajo dolo eventual (Bock, 2017).

La ventaja manifiesta de esta doctrina [Empresa Criminal Conjunta] radica en que ofrece una alternativa simple desde el punto de vista de la técnica probatoria frente a actos colectivos, la cual permite fundamentar la responsabilidad de “hombre de atrás” que no están presentes en la consumación de los hechos. En especial, la acusación no debe probar que entre la conducta del acusado y el hecho concreto consumado existe

una conexión directa o inmediata. Desde el punto de vista dogmático se puede afirmar entonces, tal y como lo señaló acertadamente Vogel, que se trata de un “modelo sistémico”, pues a través suyo “la responsabilidad individual se atribuye de acuerdo con la función y aporte del partícipe en el contexto criminal” de esta clase. En este modelo la estructura colectiva de los hechos se toma en cuenta en la medida en que la responsabilidad penal se fundamenta principalmente “en la participación en una asociación criminal”, en el marco de la cual se cometen crímenes (internacionales). Sin embargo, se debe señalar, por un lado, que especialmente la tercera forma se acerca a la penalización de la pertenencia activa a un grupo, debido a que aquella se satisface con la previsibilidad de los hechos y solamente toma en cuenta la pertenencia a la Empresa Criminal Conjunta. Pero, por otro lado, una diferencia decisiva consiste en que la figura de la Empresa Criminal Conjunta [de tercer tipo] no solamente comprende la participación como tal en una asociación criminal, sino también la corresponsabilidad, incluso a título de autoría, por los hechos concretos cometidos en el marco de dicha asociación. (Bock, 2017)

6.2. Coautoría Indirecta

Tal como lo señalamos en el aparte referido a la teoría del dominio del hecho como constructo dogmático para distinguir entre autor y partícipe, cuando en el marco de una acción criminal colectiva los sujetos ostentan un dominio funcional del hecho, asistimos a una coautoría. En ese orden de ideas, para que una persona sea considerada coautor de un delito no se requiere que la misma haya perpetrado por realizado el ilícito directamente, sino que la misma ostente el control efectivo sobre la realización del crimen, es decir, que su aporte defina directamente si el ilícito se realiza o no.

Al interior del TPIY algunos jueces y fiscales sostuvieron la teoría de la coautoría indirecta (*indirect coperperatation*) como expresión de sus reservas frente a la figura de la Empresa Criminal Conjunta al interior de la jurisprudencia del Tribunal. Estos esfuerzos no tuvieron mayor acogida al interior de este órgano judicial, sin embargo, marcó el limitado precedente en torno al uso de la coautoría indirecta frente a crímenes internacionales y graves violaciones a los derechos humanos. Esta figura solo se plasmó por el TPIY en la sentencia del caso Stakic (Prosecutor vs. Stakic , 2003), la cual fue en segunda instancia corregida, con ella se pretendió abarcar prácticamente toda conducta susceptible de ser entendida como autoría, pero en la que el procesado no sea quien haya realizado los actos ejecutivos.

En otras palabras, bajo la coautoría indirecta se pretendió incluir tanto la coautoría por dominio funcional como la autoría y coautoría mediata. El argumento planteado en la sentencia como fundamentación a dicha propuesta era el dominio funcional del hecho, sin embargo no se precisó en detalle la dimensión analítica de la figura que permitiera comprender la instrumentalización de los ejecutores que hace que dicha propuesta, dejándola en la práctica excesivamente próxima a la noción de autoría directa, en la cual

se entiende que cualquier aporte considerado esencial aún si se presenta la fase preparatoria del delito supone ya dominio del hecho.

Se hace referencia como precedente de la coautoría indirecta, identificándolo algunos autores como un caso de autoría mediata dentro de la jurisprudencia del TPIY al caso Stakic (...) Stakic era un alcalde que ordenó a sus subordinados que se suministrara al ejército los medios necesarios para el transporte y la reclusión en un campo de concentración de las víctimas, pero se le imputan después todos los delitos cometidos por los militares dentro de ese campo de concentración, con el argumento de que la probabilidad de su ejecución había sido prevista por él. El tribunal hubiera podido argumentar que el acuso tuvo dominio funcional realizado a través de aparato de poder que él dominaba, la administración local, una aportación esencial para la consecución de un plan ejecutado por sus coautores a través, a su vez, de la instrumentalización (por estos últimos) de otro aparato, el ejército. Pero lo cierto es que el tribunal no argumenta la responsabilidad de Stakic en ninguno de los elementos que fundamentan la autoría mediata por aparatos de poder (...), sino que solo se hace referencia al dominio de conjunto del hecho, es decir, al dominio funcional propio de cualquier coautoría, remitiéndose expresamente a la doctrina de Roxin al respecto (...) Por lo tanto, no es cierto que esta sentencia sea un precedente de la utilización de la coautoría mediata, simplemente es un precedente del uso de la coautoría por dominio funcional, calificada de indirecta porque Stakic no llegó a realizar materialmente ni siquiera la aportación y, por lo demás, exenta en este punto de ulterior y necesaria fundamentación. (Jimenez, 2015)

6.3. Autoría basada en el dominio del hecho

A la luz de las reservas realizadas por la Sala I de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional a la figura de la Empresa Criminal Conjunta en el caso Lubanga (Prosecutor vs. Lubanga, 2012), se afianza la distinción entre autor en tanto actor principal de la conducta punible frente al partícipe que ocuparía un lugar accesorio en la misma, de esta forma se excluye cualquier teoría objetivo formal de autoría y se adopta la propuesta de la teoría del dominio del hecho, previamente reseñada en el presente capítulo, como estrategia dogmática para distinguir las diferentes modalidades de intervención criminal.

Con base en esta teoría del dominio del hecho y en conformidad a lo establecido en el artículo 25.3.a del Estatuto de Roma es posible distinguir tres formas de autoría: (i) autoría directa; (ii) autoría a través de otra persona, también llamada autoría indirecta o mediata; (iii) coautoría basada en el control conjunto y coautoría indirecta o mediata, esta a su vez puede verse expresada de dos maneras diferentes, a saber, coautoría por dominio funcional por una parte y la coautoría mediata o indirecta a través de otras personas.

La diferenciación entre autoría individual, coautoría y autoría mediata en el ámbito del derecho penal internacional no sólo representa un

avance estructural y sistemático, sino que obliga también a sistematizar concluyentemente el aún confuso derecho de la participación y a diferenciarlo claramente de la autoría. Con esto se ha indicado un importante argumento metódico en favor del modelo diferenciador: Sólo este modelo posibilita el desarrollo diferenciado y progresivo de una doctrina de la intervención al hecho de derecho penal internacional, considerando a cada forma de intervención separadamente y permitiendo sus respectivas delimitaciones. Con otras palabras: Mientras que en el modelo unitario de autor las diferentes formas de intervención emergen y se pierden en el sistema, el modelo diferenciador permite su consideración separada y de este modo una mejor comprensión del sistema que se encuentra detrás. (Ambos, 2005)

El 14 de marzo de 2012 la Sala I de la Corte Penal Internacional profirió la sentencia del caso Lubanga, en la cual se estableció que el procesado, Thomas Lubanga Diyilo, era considerado culpable en calidad de coautor de los crímenes de guerra de reclutamiento y alistamiento de menores de 15 años y de utilizarlos en la participación activa al interior de hostilidades desde el mes de septiembre de 2002 hasta el mes de agosto de 2003.⁸ En este caso, la mayoría de la Sala I ratifica lo dispuesto por la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional, para la cual, con base en la teoría del dominio del hecho era posible avanzar hacia una construcción dogmática más sólida para la fundamentación de la coautoría en comparación con las existentes⁹, en ese sentido, la Sala de Cuestiones Preliminares apela a la teoría de Roxin, la cual ya venía teniendo una importante recepción en la jurisprudencia penal alemana y latinoamericana, para avanzar hacia una dogmática de la autoría y coautoría.

Para Roxin el hecho criminal solo puede darse a partir de la concurrencia de los aportes de los llamados coautores (Roxin, 2000a), por tal razón la Corte Penal Internacional entiende que si bien ninguno de los participantes del plan criminal ostenta el control conjunto o total de la situación, en virtud de la interdependencia de sus respectivos aportes todos ellos comparten el control del resultado ya que su actuar condiciona la efectiva comisión del hecho criminal, abandonando así cualquier concepto subjetivo de autoría como el que tuvo lugar en los tribunales *ad hoc* a partir del origen y desarrollo de la figura de la Empresa Criminal Conjunta.

La Sala expresamente descartó que el ECPI adopte un enfoque subjetivo de autor. Este enfoque fue adoptado por la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* a través de la doctrina de la empresa criminal conjunta (*Joint Criminal Enterprise*). Dicha doctrina establece que cuando el delito es cometido por varias personas, todos aquellos que

⁸ En conformidad a lo planteado por (Jimenez, 2015) los crímenes de guerra de alistar y reclutar niños menores de 15 años de edad, y su utilización para participar activamente en las hostilidades fueron cometidos en un contexto de conflicto armado interno que tuvo lugar en el distrito de Ituri (República Democrática del Congo) y contó con la Fuerza Patriótica para la Liberación del Congo (FPLC), dirigido por Thomas Lubanga Dyilo y sus compañeros para construir un ejército con el propósito de establecer y mantener el control político y militar en Ituri.

⁹ En concreto, comparativamente a la figura de la Empresa Criminal Conjunta y lo preceptuado por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en la materia.

realizan su aporte con el deseo de que el propósito criminal común se materialice son coautores, con independencia del alcance y naturaleza de sus respectivos aportes. Para la Sala, la doctrina de la empresa criminal conjunta presenta muchas semejanzas con la forma residual de responsabilidad prevista en el sub-apartado (d) del artículo 25.3 ECPI mediante la fórmula “contribuya de algún modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común”. De este modo, según su opinión, en el ECPI la empresa criminal conjunta no formaría parte del concepto de autoría (art. 25.3.a), sino que sería un supuesto de responsabilidad limitado a los casos en los que no procede ninguna de las formas de responsabilidad previstas en los sub-apartados (b) a (c) del art. 25 ECPI. La Sala también rechazó que el ECPI adopte un enfoque objetivo-formal, debido a que el artículo 25.3.a) admite expresamente la autoría mediata con independencia de que el autor directo sea penalmente responsable; al respecto, indicó que esta figura resulta incompatible con un concepto objetivo de autor. Para la Sala, entonces, es autor quien domina la comisión del delito porque tiene el poder de decidir si el delito será cometido y cómo será cometido (párr. 330). La Sala distinguió tres formas en las que se puede manifestar el dominio del hecho: (i) como autoría directa, es autor quien realiza físicamente los elementos objetivos del delito (art. 25.3.a) en la parte que se refiere a quien comete el delito “por sí solo”); (ii) como autoría mediata, es autor quien tiene el control de la voluntad de aquéllos que realizan los elementos objetivos del delito (art. 25.3.a), en la parte que se refiere a quien comete el delito “por conducto de otro”) y (iii) como coautoría, es autor quien tiene el control sobre el delito en función de la tarea esencial que le ha sido asignada (art. 25.3.a) en la parte que se refiere a quien comete el delito “con otro”). (Jimenez, 2015).

En ese orden de ideas a partir del caso Lubanga, queda claro que aun cuando un sujeto no hay realizado directamente los elementos propios del crimen del cual se le acusa, por tener dominio del hecho en razón a la posición que el mismo tiene al interior de la organización de criminal (nos referimos al control de *iure* y de *facto* sobre los responsables de la comisión efectiva del delito), y en razón al carácter esencial de sus funciones como coordinador del plan mismo, es considerado como autor de los mismos y por tanto responde junto a los otros autores como bajo la calidad de coautores del hecho criminal.

6.4. Coautoría por dominio funcional del hecho

La Corte Penal Internacional en el caso Lubanga (Prosecutor vs. Lubanga, 2012), así como en el caso Banda & Jerbo (Prosecutor vs. Abdallah Banda & Saleh Jerbo, 2011), realizó la imputación de crímenes a partir de la figura de la coautoría directa por dominio funcional, es decir, por control conjunto del hecho delictivo. A juicio de Sala de Cuestiones Preliminares I, este tipo de coautoría tiene lugar a partir de la división entre dos o más personas de las actividades consideradas como esenciales para la comisión del delito en el marco de un plan común que determina la asociación.

La Corte Penal Internacional avanza en el desarrollo de la teoría, no la desea dejar al mero arbitrio del intérprete para establecer el tipo de contribución, y para ello desarrolla elementos objetivos y subjetivos, que serían necesarios para aplicarla con más consistencia. Ahonda, entonces, en el supuesto de que la participación en la comisión de un crimen sin coordinación con otro perpetrador, cae por fuera del espectro contemplado por el artículo 25, del Estatuto de Roma”. Adicionalmente, en la Sentencia se identifica que dicho plan común debe incluir un elemento de criminalidad o, en otras palabras, debe estar construido en torno a la posible comisión de un delito, independiente de que éste pueda o no hacerse patente desde un principio. (...) Bajo esta perspectiva, reconoce la Corte que el requisito del elemento criminal se encuentra satisfecho incluso cuando los “coautores han acordado (a) empezar la implementación del plan común para alcanzar un objetivo no criminal, y (b) solo cometer el crimen si ciertas condiciones se cumplen”. De igual forma, se entiende cumplido dicho elemento, en el supuesto en que “los coautores (a) son conscientes del riesgo de que la aplicación del plan común (que se dirige específicamente a la consecución de un objetivo no criminal), se traducirá en la comisión del delito, y (b) la aceptación del resultado”. Es ello, esta especie de dolo eventual, ligado en todo caso al plan común, aquello que sirvió para la imputación del reclutamiento ilegal de menores, hecho concreto que se juzgaba en el caso que se estudia [Caso Lubanga]. (Aponte, 2010)

En conformidad a lo planteado en los casos referenciados, esta modalidad de imputación se estructura partir de cinco elementos fundamentales. El primero de estos elementos se refiere a la existencia de un plan común el cual bien puede perseguir un objetivo criminal, o bien puede que no esté orientado directamente a un objetivo ilícito pero en su implementación resulta previsible la ocurrencia de algunos delitos y los partícipes del plan asumen el riesgo. En segundo lugar, la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional sostiene la necesidad de que los sujetos efectivamente realicen de forma articulada contribuciones esenciales orientadas a la ejecución de los elementos objetivos del tipo penal. Recordemos que solo ostenta dominio del hecho el que puede definir con su contribución esencial la realización o no de determinado delito. La jurisprudencia admite que esta contribución pueda tener lugar incluso en la fase preparatoria del delito.

El tercer elemento, a juicio de la Sala, corresponde a la exigencia de que el coautor realice su contribución bajo la modalidad dolosa, en conformidad a lo preceptuado en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, se admite básicamente todas las modalidades de dolo, sin embargo en el caso Bemba (Prosecutor v. Bemba, 2016) esta postura será matizada excluyendo el dolo eventual. El cuarto y quinto elemento apuntan, por una parte, a la exigencia de la conciencia del coautor de que a partir de la realización de las acciones previstas en el plan que funda la asociación podrían conllevar a la efectiva realización de los elementos objetivos del tipo penal. Por otra parte, el coautor debe ser consiente del orden fáctico sobre el cual actúa, lo cual lo hace

responsable de su condición como sujeto esencial con capacidad de frustrar la comisión del delito en cuestión. (Jimenez, 2015)

6.5. Autoría mediata por Aparato Organizado de Poder

Hasta el momento existen tres referencias directas al uso de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder al interior de las decisiones de tribunales internacionales. Los casos de Katanga & Ngudjolo (Prosecutor v. Katanga/Ngudjolo Chui, 2008), de William Samoei Ruto (Prosecutor vs. William Samoei Ruto, Henry Kiorono Kosgey & Josgua Arap Sang, 2012), y el caso de Francis Kirimi Muthaura & Uhuru Muigai Kenyatta (Prosecutor vs. Francis Muthaura, Uhuru Kenyatta & Hussein Ali, 2012), son los principales referentes del uso de esta figura al interior del derecho penal internacional.

Para la Corte Penal Internacional, para que se configure la autoría mediata es necesario que el líder actúe a con fundamento en el control que efectivamente ejerce sobre el aparato destinado a la ejecución de delitos. Esto quiere decir, que el líder es el autor detrás del autor que moviliza su autoridad para asegurar el cumplimiento estricto de sus órdenes al interior de la organización o aparato criminal. En la decisión que confirma los cargos en el marco del proceso de Katanga y Ngudjolo, se precisan –siguiendo a Roxin¹⁰- los detalles propios de la autoría mediata por dominio de la organización, entendiendo que es autor el hombre de atrás que controla la voluntad del ejecutor, la Corte concluye que este concepto de autoría mediata por aparato organizado de poder es perfectamente compatible con el Estatuto de Roma (Jimenez, 2015). La Corte Penal Internacional ha reconocido esta forma de participación delictiva, entendiendo que en determinadas situaciones el infractor se encuentra en capacidad de asegurar la consecución de sus objetivos criminales a partir del uso de sus subordinados fichas fungibles de una maquinaria criminal gigante. Bajo esta estrategia es posible judicializar a los máximos responsables aún en situaciones en las que los mismos no hayan directamente participado en la realización material de la conducta atribuida.

Roxin reconoce, además del dominio por coacción y por error, el dominio por organización como forma independiente de autoría mediata. Según Roxin, este dominio se presenta cuando un hombre de atrás puede utilizar un aparato de poder para la realización de delitos, toda vez que aquel que da una orden, estando ubicado frente a la palanca de poder de dicho aparato, tiene por sí mismo dominio del hecho, sin perjuicio de la autoría del ejecutor. La estructura del aparato garantizaría la ejecución de la orden, independientemente de la consideración individual de quien actúa de manera inmediata. Los ejecutores particulares al interior de una organización criminal son completamente irrelevantes “ellos son simples ruedecillas intercambiables en el engranaje del aparato de poder y no pueden –a diferencia del autor respecto del instigador- bloquear el curso trazado

¹⁰ En relación al desarrollo, fundamento y alcance de la figura de aparato organizado de poder en Roxin, ver especialmente: (Roxin, 2000a) (Roxin, 1997) (Jimenez, 2015) **Fuente especificada no válida.** (Ambos, 2005). La versión más acabada de la propuesta de Roxin puede encontrar en: **Fuente especificada no válida.**

por el hombre de atrás hacia el resultado”. Por lo tanto, hay tres elementos que caracterizan el dominio por organización: (1) una organización estructurada jerárquicamente de forma vertical (aparato de poder), (2) la intercambiabilidad de los ejecutores individualmente, los cuales pueden ser utilizados como ruedecillas en el engranaje del aparato de poder (fungibilidad), (3) la actuación del aparato al margen del ordenamiento jurídico (apartamiento del derecho). Por consiguiente, el apartamiento del derecho no garantiza la fungibilidad y dicho apartamiento tampoco se deriva de la multitud de posibles ejecutores al interior del aparato de poder y de su estructura jerárquico-vertical. Ambos criterios tienen su propia posición y se encuentran en un mismo nivel. (Otto, 2020)

Siguiendo a Bock (2017), es necesario destacar que la Corte Penal Internacional en algunas de sus decisiones ha trabajado conjuntamente la autoría mediata con la coautoría, mientras que en la coautoría mediata una pluralidad de personas que efectivamente dominan diferentes aparatos de poder se asocian y trabajan conjuntamente con base en un plan común a partir del cual dan ordenes al interior de sus respectivas organizaciones para la realización de conductas criminales vinculadas al plan. Por su parte, la coautoría en autoría mediata, se encuentra asociada a la situación en la que varias personas que ostentan dominio sobre una misma organización o aparato de poder, definen y ponen en funcionamiento el actuar criminal del mismo.

6.6. Responsabilidad del Superior Jerárquico

En relación a la responsabilidad del superior la jurisprudencia penal internacional reconoce dos formas en las que se puede presentar, a saber, la directa y la indirecta. El primer de responsabilidad del superior, llamada directa, tiene lugar en contextos en los que el superior directamente toma las decisiones orientadas a la comisión de los delitos, un ejemplo clásico de lo anterior se refiere al momento en el que un comandante o general ordena a sus subordinados la realización de un conjunto de torturas en el marco de un contexto de conflicto interno. Por su parte, la responsabilidad del superior indirecta tiene lugar en contextos en los que quien asume la iniciativa de la comisión del delito es el subordinado y el superior sostuvo una actitud tolerante con dicha acción, por supuesto que lo anterior implica que el superior contaba con los medios para conocer la existencia de ese tipo de comportamiento dentro de sus subordinados. El ejemplo clásico de este tipo de responsabilidad del superior se presenta cuando un coronel que conoce de situaciones de violencia sexual en el marco de un escenario de conflicto armado y que fueron perpetradas por algunos de sus subordinados, no toma las medidas disciplinarias del caso y por tanto no sanciona a los perpetradores de las mismas.

Esta figura comienza a consolidarse a partir de la segunda posguerra como una estrategia para sancionar la complaciente omisión de los superiores frente

a los excesos realizados por los soldados rasos en el marco de la conflictividad internacional, los cuales adquieren posición de garante o al menos asumen un rol en el que ostentan la obligación de evitar los resultados ilícitos que sus subordinados realizan. En ese sentido, este tipo de responsabilidad asume la existencia de una relación de superior y subordinado que no tiene lugar en todas las formas de organización criminal, de hecho este tipo de responsabilidad es propia de estructuras organizativas complejas, en las cuales existe la capacidad de asignación de roles por parte de quien ostenta el mando en un momento determinado.

En efecto, la naturaleza de los crímenes de Derecho Penal Internacional, que se refiere a conductas graves y extendidas, requiere normalmente de la existencia de una estructura que permita llevar a cabo los delitos. Esta estructura normalmente se referirá a grupos armados que son capaces de realizar las conductas prohibidas. La comunidad jurídica internacional reconoce, entonces, la peligrosidad intrínseca de estas organizaciones, de modo que establece sobre sus miembros o personas vinculadas con poder de manejar dichas estructuras el controlar esa fuente de peligro, evitar que se utilice para la comisión de los ilícitos. En ese sentido, no es la ascendencia que tiene un individuo sobre otro lo que crea una relación superior subordinado, sino que el hecho de que esos roles estén contemplados dentro de la estructura organizativa en que se produce la relación es el hecho de ocupar una posición dentro de la organización que otorgue el poder de mando sobre los subordinados. (Jimenez, 2015)

En ese orden de ideas, la figura de responsabilidad del superior demanda un tipo de institucionalidad organizativa que justifique objetivamente la estructura jerárquica de dependencia. No se trata ni de estructuras de baja complejidad y mucho menos de una posición en la que un sujeto puede evitar un daño antijurídico y no lo hace, sino que se apunta al concepto de macrocriminalidad entendido desde su acepción sociológica y política, como criminalidad organizada, en este caso, a partir de ejércitos o máquinas de guerras que actúan delinquiendo durante cierto tiempo y con base en un número considerable de miembros sobre los cuales existe un control efectivo por parte de uno o varios sujetos¹¹.

Si bien este tipo de responsabilidad -que admite la omisión como fundamento para el juicio de reproche penal- no se prevé en el Estatuto de Roma, la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional ciertamente la reconoce y ha utilizado en múltiples ocasiones, igualmente lo propio han hecho el Tribunal Penal Internacional para Ruanda así como el Tribunal Penal Internacional

¹¹ En el caso Bemba (Prosecutor v. Bemba, 2016) la Corte Penal Internacional precisa que los indicadores del control efectivo son: (i) la posición oficial del sospechoso; (ii) el poder de dar órdenes; (iii) la capacidad de hacer que sus órdenes sean obedecidas; (iv) Suposición dentro de la estructura militar y las tareas efectivamente llevadas a cabo; (v) La capacidad de dar órdenes a fuerzas o unidades bajo su comando inmediato o a niveles aún más bajos; (vi) La capacidad de retomar bajo su mando unidades o de hacer cambios en la estructura de mando; (vii) El poder de promover, reemplazar, remover o disciplinar cualquier miembro de las fuerzas; y finalmente, (viii) la autoridad para enviar fuerzas en donde las hostilidades tienen lugar y sacarlas de ahí en cualquier momento. Ver al respecto: (Benavides, 2017, pág. 96); (Ambos, 2005); (Aponte, 2010) y (Jimenez, 2015)

para la antigua Yugoslavia. Al interior de la construcción y desarrollo jurisprudencial de la figura se ha precisado que para que la persona se encuentre en omisión se requiere que la misma ostente un deber reconocido al interior del derecho internacional y adicionalmente que tenga la capacidad para actuar (Benavides, 2017), sin embargo, el caso emblemático para la consolidación de la figura sería el caso Yamashita.

En esta decisión la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró que no se trataba de un mero acto de complicidad, sino que la responsabilidad de Yamashita como autor era el resultado de la violación de sus deberes como comandante. La Comisión Militar de los Estados Unidos lo presenta claramente cuando afirma que no todos los actos de los subordinados son responsabilidad del comandante, pero cuando se trata de actos que son tan sistemáticos y no hay un control efectivo por parte del comandante, entonces sí podemos hablar de una responsabilidad del superior. La jurisprudencia exige que se den tres condiciones (i) La existencia de una relación de subordinación y un control efectivo por parte del superior. El control puede ser *de jure* o *de facto*, pero debe ser en todo caso un control efectivo (...) (ii) La existencia del grado de conocimiento necesario, esto es que el superior sabía o tenía razones para saber que subordinado cometió esos delitos. En estos casos se requiere que se dé el dolo requerido por el tipo penal e incluso la jurisprudencia lo ha extendido a casos en los cuales el superior es un civil y no un comandante militar (...) (iii) Que el superior falló en tomar las medidas necesarias para prevenir o sancionar esos delitos. (Benavides, 2017)

Uno de los aspectos en los se distancia la Corte Penal Internacional en su concepción de la Responsabilidad del Superior, de lo dispuesto en la jurisprudencia de los tribunales de Ruanda y Yugoslavia se refiere al hecho de que la Corte Penal Internacional demanda la existencia de causación, entendida básicamente como la idea según la cual los crímenes investigados deben derivarse de la ausencia de control por parte del superior. El nexo entre un hecho y otro no debe ser necesariamente directo, basta con que la actitud omisiva del superior haya aumentado la probabilidad de la realización de dichos delitos.

7. Conclusión

El principal impacto que ostenta la discusión en torno a la macrocriminalidad al interior de la dogmática penal se presenta en las condiciones que rigen la imputación de responsabilidad individual por crímenes colectivos. En relación a este punto, el derecho penal internacional se reconoce el carácter especial de la imputación su propio campo, caracterizándola a partir del reconocimiento de la existencia de hechos individuales los cuales se vinculan a un “hecho total” que define el contexto colectivo de criminalidad. Lo anterior constituye un complemento a la imputación individual de los delitos,

que se ve reforzada a partir de la imputación adicional a la organización criminal, típicamente asociada con el Estado.

Se trata, por una parte, de un modelo de imputación no sólo individual, sino también “sistémico”. Por otra parte, es posible hablar de una doble imputación, en el sentido de que la imputación individual y la colectiva/sistémica no se encuentran desvinculadas la una de la otra, sino que están en relación recíproca. A diferencia del derecho penal nacional puramente individual, la existencia del hecho total en derecho penal internacional conduce a que la en este ámbito se refiera siempre (también) a una organización o a un sistema. Considerando conjuntamente la imputación colectiva e individual, se plantea la pregunta, por un lado, acerca de la posición o bien función de los intervinientes en la organización en cuestión y, por el otro, sobre su contribución al hecho total de derecho penal internacional. Ambos puntos de vista —y no por ejemplo sólo la función de la persona en cuestión dentro de la organización— deciden sobre la clasificación jurídica de la intervención; tal modelo de imputación se dirige en primera línea contra los titulares de la decisión de la organización respectiva, dado que sólo ellos pueden dirigir con plena responsabilidad el hecho total. (Ambos, 2005)

En ese orden de ideas, queda claro que a la luz del derecho penal internacional el hecho de violación colectiva de derechos humanos, como el que tiene lugar en contextos transicionales, si bien tiende a ser cometido de forma organizada y en grupo, resulta esencial la definición de la responsabilidad individual de los máximos responsables de dichas estructuras criminales. Lo anterior, no solo en función de evitar el desamparo de las víctimas que se encuentran en una particular condición de vulnerabilidad, sino fundamentalmente para asegurar la comprensión de que la tragedia experimenta no fue producto del azar o la suerte moral, sino por el contrario, el resultado de un conjunto de decisiones de personas que libremente acordaron atentar contra los derechos humanos.

Cabe destacar que el fenómeno de la macrocriminalidad, en tanto experiencia de actores colectivos asociados con la comisión de crímenes atroces y graves violaciones a derechos humanos, no solo ha impactado la dogmática penal internacional de imputación de delitos en el marco de los procesos de definición de la responsabilidad individual frente a procesos de judicialización colectiva, sino que adicionalmente este tipo de experiencia de importancia estructural al interior de los procesos de justicia transicional, también ha impactado las estrategias de investigación para determinar el alcance y profundidad de las afectaciones, así como para determinar los contextos, conexiones y planes delictivos de las estructuras macrocriminales en situaciones concretas.

BIBLIOGRAFÍA

- Ambos, K. (2005). *La Parte Dogmática del Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Konrad Adenauer.
- Aponte, A. (2018). Macrocriminalidad y función penal en lógica transicional. En K. Ambos, F. Cortés, & J. Zuluaga, *Justicia transicional y derecho penal internacional*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Aponte, A. (2010). *Persecución Penal de Crímenes Internacionales*. Bogotá: Ibañez.
- Benavides, F. (2017). *Manual de Derecho Penal Internacional*. Bogotá: Legis.
- Bernal, C. (2015). *La investigación penal en sociedades posindustriales*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Bock, S. (2017). Imputación en Derecho Penal Internacional. *ZIS 410*.
- Caparros, E. (1998). *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex.
- Danner, A., & Martinez, J. (2005). Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law. *California Law Review*, 93.
- Jäger, H. (1989). *Makrocriminalität: Studien zur Kriminalität kollektiver Gewalt*. Frankfurt : Suhrkamp.
- Jakobs, G. (2006). *La pena estatal: significado y finalidad*. Madrid: Thompson-Civitas.
- Jimenez, C. (2015). *Tesis Doctoral. Dominio del Hecho y Autoría Mediata en Aparatos Organizados de Poder*. Madrid: UNED.
- Lampe, E.-J. (2003). *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*. Lima: Grijley.
- Marxen, K. (2018). Intervención en un injusto sistemático grave. Consideraciones sobre una teoría jurídico-penal-internacional del delito. En Y. Reyes, *Autores, Participes y Superiores en la Justicia Transicional* (págs. 25 - 46). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Michalowski, S., Cruz, M., & Martinez, H. (2020). *¿A quiénes sancionar? Máximos reponsables y Participación determinante en la Jurisdicción Especial para la Paz*. Bogotá: Dejusticia.
- Molina Sierra, G. M. (2018). Causas de reincidencia en los delitos de los menores en el SRPA, en la ciudad de Cartagena entre los años 2012 y 2015. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 10(19), 126–155. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.10-num.19-2018-2163>

- Naucke, W. (2006). *Derecho Penal*. Buenos Aires: Astrea.
- Otto, H. (2020). Autoría en virtud de Aparatos Organizados de Poder. En H. Orozco, & Y. Reyes, *Aparatos Organizados de Poder* (págs. 29 - 56). Bogotá: Externado de Colombia.
- Peters, K. (1961). Gedanken eines Juristen zum Eichmann-Prozess. *Eckart Jb*, 229 - 251.
- Corte Penal Internacional. Sentencia de 19 de diciembre de 2016. *Prosecutor v. Bemba*. [Presidente: Bertram Schmitt].
- Corte Penal Internacional. Sentencia de 30 de septiembre de 2008. *Prosecutor v. Katanga/Ngudjolo Chui*. [Presidente: Daniel David Ntanda Nsereko].
- Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia. Sentencia de 27 de septiembre de 2006. *Prosecutor vs Krajisni*. [Jueza: Elizabeth Odio Benito].
- Corte Penal Internacional. Sentencia de 11 de marzo de 2021. *Prosecutor vs. Abdallah Banda & Saleh Jerbo*. [Preidente: Joyce Alouch].
- Corte Penal Internacional. Sentencia de 29 de enero de 2012. *Prosecutor vs. Francis Muthaura, Uhuru Kenyatta & Hussein Ali*. [Presidente Daniel David Ntanda Sereko].
- Corte Penal Internacional. Sentencia de 14 de marzo de 2021. *Prosecutor vs. Lubanga*. [Presidente: Adrian Fulford].
- Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. Sentencia de 31 de julio de 2003. *Prosecutor vs. Stakic*. [Presidente: Wolfgang Schomburg].
- Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia. Sentencia de 15 de julio de 1999. *Prosecutor vs. Tadic*. [Jueza: Elizabeth Odio Benito].
- Corte Penal Internacional. Sentencia de 23 de enero de 2012. *Prosecutor vs. William Samoei Ruto, Henry Kiorono Kosgey & Josgua Arap Sang* [Presidente: Ekaterina Trendafilova].
- Reyes, Y. (2018). Formas de intervención delictiva en el derecho penal internacional. En Y. Reyes, *Autores, Participes y Superiores en la Justicia Transicional* (págs. 13 - 24). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Roxin, C. (2000a). *Autoría y Dominio del hecho en el derecho penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Pare General*. Madrid: Civitas.
- Simon, J.-M. (2014). El Dominio del Hecho Macrocriminal. Fundamentos. En J. Bernal, *XXXV Jornadas Internacionales de Derecho Penal* (págs. 177 - 273). Bogota: Universidad Externado de Colombia.

SENTENCIAS REFERENCIADAS

Corte Penal Internacional. Sentencia de 19 de diciembre de 2016. *Prosecutor v. Bemba*. [Presidente: Bertram Schmitt].

Corte Penal Internacional. Sentencia de 30 de septiembre de 2008. *Prosecutor v. Katanga/Ngudjolo Chui*. [Presidente: Daniel David Ntanda Nsereko].

Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia. Sentencia de 27 de septiembre de 2006. *Prosecutor vs Krajisni*. [Jueza: Elizabeth Odio Benito].

Corte Penal Internacional. Sentencia de 11 de marzo de 2021. *Prosecutor vs. Abdallah Banda & Saleh Jerbo*. [Presidente: Joyce Alouch].

Corte Penal Internacional. Sentencia de 29 de enero de 2012. *Prosecutor vs. Francis Muthaura, Uhuru Kenyatta & Hussein Ali*. [Presidente Daniel David Ntanda Sereko].

Corte Penal Internacional. Sentencia de 14 de marzo de 2021. *Prosecutor vs. Lubanga*. [Presidente: Adrian Fulford].

Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. Sentencia de 31 de julio de 2003. *Prosecutor vs. Stakic*. [Presidente: Wolfgang Schomburg].

Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia. Sentencia de 15 de julio de 1999. *Prosecutor vs. Tadic*. [Jueza: Elizabeth Odio Benito].

Corte Penal Internacional. Sentencia de 23 de enero de 2012. *Prosecutor vs. William Samoei Ruto, Henry Kiorono Kosgey & Josgua Arap Sang* [Presidente: Ekaterina Trendafilova].