

REYES ALVARADO, YESID, "DIFERENCIAS ENTRE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN: LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ (JEP) EN SU LABERINTO", NUEVO FORO PENAL, 103, (2024)

Diferencias entre autoría y participación: la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) en su laberinto

Differences between Perpetration and Participation: The Special Jurisdiction for Peace in its Labyrinth

Fecha de recibo: 05/08/2024. Fecha de aceptación: 01/10/2024

DOI: 10.17230/nfp20.103.6

YESID REYES ALVARADO*

Resumen

En una de las decisiones adoptadas sobre los llamados "falsos positivos", la Jurisdicción Especial para la Paz se abstuvo de utilizar la teoría de los aparatos de poder organizados para fundamentar la responsabilidad de los comandantes militares y, en su lugar, recurrió a una mezcla entre las posiciones de garantía institucionales, la teoría subjetiva, la teoría objetivo formal y la teoría del dominio funcional del hecho, para concluir que los comandantes militares son autores intelectuales de esos crímenes, al paso que quienes los ejecutaron son coautores impropios.

Abstract

In some decisions about extrajudicial executions, the Special Jurisdiction for Peace refrains from applying the theory of power organizing mechanisms to support the responsibility of military commanders and, instead, resorts to a mixture of theories such as the institutional guarantees positions theory, subjective theory, the formal objective theory, and the functional control over the fact theory, to conclude that military commanders are intellectual perpetrators of these crimes. At the same time, those who executed them are improper joint perpetrators.

* Director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: yesid.reyes@uexternado.edu.co

Palabras clave

Jurisdicción Especial para la Paz, falsos positivos, dominio del hecho, aparatos de poder organizados, competencia institucional, responsabilidad por mando.

Keywords

Special Jurisdiction for Peace, extrajudicial executions, control over the fact, power organizing mechanisms, institutional competence, command responsibility.

Sumario

1. Introducción. 2. ¿Garantía por competencia institucional vs teoría del dominio del hecho? 3. ¿Qué significa crear las condiciones para que otro cometa un delito? 4. Los comandantes militares como inductores. a. ¿El inductor tiene la condición de autor (intelectual)? b. Relaciones entre el inductor y los ejecutores. c. ¿Pueden ser coautores quienes no han convenido realizar de manera conjunta un delito?. i. El acuerdo de voluntades entre coautores. ii. El acuerdo de voluntades entre inductor y autor. 5. Conclusiones

1. Introducción

En una reciente decisión¹, la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la Jurisdicción Especial para la Paz profirió un auto sobre algunos casos de “asesinatos y desapariciones forzadas ilegítimamente presentados como bajas en combate por agentes del Estado” (lo que en Colombia se conoce popularmente con el nombre de “falsos positivos”). Aun cuando sobre este tema ya se habían proferido otras decisiones por parte de la misma Sala², esta tiene la particularidad de que se aparta de las anteriores en cuanto a la fundamentación que aquellas hacían de la responsabilidad a partir de la figura de los

1 Jurisdicción Especial Para la Paz. Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas. Auto SUB D – Subcaso Antioquia – 062, decisión del 30 de agosto de 2023.

2 Cfr., por ejemplo, Jurisdicción Especial para la Paz. Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas, caso N° 03. Resolución de conclusiones N°. 01 de 2022, 20 de octubre de 2022; en esta resolución las atribuciones de responsabilidad a los comparecientes se hicieron a título de coautoría. Jurisdicción Especial para la Paz. Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas, caso N° 03. Auto 128 del 7 de julio de 2021 sobre determinación de hechos y conductas; en este auto las atribuciones de responsabilidad a los comparecientes también se hicieron a título de coautoría.

aparatos de poder organizados como un componente de la teoría del dominio del hecho, y en su lugar propone otra forma de soportarla.

En este nuevo planteamiento, la Sala fundamenta su postura a partir de la distinción entre dos grupos de actores que habrían tomado parte en los hechos investigados: quienes en su condición de comandantes militares habrían concebido esta clase de conductas, y quienes las ejecutaron. En relación con el primero de ellos, utiliza “la noción de garante por competencia institucional, debido al lugar ocupado por ellos en la cadena de mando y al consecuente amplio ámbito de competencia del que eran responsables”³; de acuerdo con lo señalado en el auto, la conducta de los integrantes de este grupo “*fue esencialmente positiva o activa*”⁴. En relación con el segundo grupo “acude a la noción de coautoría material impropia o coperpetración”⁵. Como en seguida se expondrá, en el examen conjunto que hace de esos dos niveles de responsabilidad mezcla conceptos como el de la posición de garantía institucional, la autoría intelectual y la coautoría impropia, con criterios como el de la prohibición de regreso, la importancia de los aportes a la producción del resultado y el dominio funcional del hecho.

2. ¿Garantía por competencia institucional vs teoría del dominio del hecho?

Frente a los supuestos de hecho objeto de análisis, la Sala afirma que no utiliza la figura de los aparatos organizados de poder porque en el caso que ocupa su atención no encuentra demostrada la existencia de “una organización criminal paralela e incrustada en estas dos unidades militares”⁶. En su lugar recurre a la figura de la posición de garantía institucional advirtiendo que este “enfoque normativista se ha propuesto en la dogmática penal como un enfoque que pretende ‘superar’ el del dominio del hecho”⁷.

Esta presentación del problema no es correcta; en estricto sentido, la teoría del dominio del hecho no pretende explicar las razones por las que una determinada conducta debe ser calificada como injusto, sino mostrar que la autoría se caracteriza por el dominio que la persona tiene sobre el hecho delictivo. Al diferenciar entre

3 Cfr. *Ibidem*, numeral 857.

4 Cfr. *Ibidem*, numeral 881.

5 Cfr. *Ibidem*, numeral 885.

6 Cfr. *Ibidem* numeral 873.

7 Cfr. *Ibidem* numeral 875.

el dominio de la acción, el dominio de la voluntad (en virtud de coacción, error y aparatos de poder organizados) y el dominio funcional, esta teoría pretende fundamentar las categorías de autor directo, autor mediato (con y sin responsabilidad del ejecutor) y coautor respectivamente. Quien no domine el hecho en ninguna de las referidas manifestaciones carecerá de la condición de autor y, dependiendo de las particularidades de cada país, podrá ser catalogado como inductor, cooperador o cómplice.

En puridad de términos, la postura opuesta a la teoría del dominio del hecho (que se limita a exponer criterios para diferenciar entre autores y partícipes) es aquella que a nivel del injusto no plantea ninguna distinción entre dichas categorías, al entender que todos quienes intervienen en la comisión de un delito lo hacen como parte de una "obra común"⁸. Por consiguiente, es posible afirmar la existencia de posiciones de garantía institucionales como fundamento de un juicio de imputación objetiva sin tener que renunciar a la teoría del dominio del hecho como forma de clasificar a quienes intervienen en la comisión de un delito, como se puede observar en el propio manual de Jakobs⁹, puesto que se trata de dos niveles de argumentación diferentes: en el primero se analiza la razón de ser de la intervención del derecho penal (¿por qué se castiga a un autor o a un partícipe?), y en el segundo se trazan parámetros para diferenciar entre quienes deben responder penalmente como autores y quienes deben hacerlo como partícipes.

Desde este punto de vista no resulta acertado afirmar que las posiciones de garantía institucionales¹⁰ (junto a las que emergen de los ámbitos de organización) hayan sido concebidas como una forma de superación de la teoría del dominio del hecho; en realidad fueron incorporadas a la teoría del delito como un mecanismo para determinar la existencia de deberes cuyo incumplimiento permite fundamentar un juicio de imputación objetiva en los delitos de omisión¹¹, lo que en principio haría

8 Cfr. Günther Jakobs, "Beteiligung", en *Lampe Festschrift* (Berlín: Duncker & Humblot, 2003), 565.

9 Sobre la aplicación de la teoría del dominio del hecho (en una de sus manifestaciones teóricas), cfr. Günther Jakobs. *Derecho penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. (Madrid: Marcial Pons, 1997), § 21/35, 741.

10 Cfr. Jakobs, *Derecho*, §§29/57 y 29/58, 993 y ss.

11 En el planteamiento original de Jakobs, estas posiciones de garantía fundamentaban el juicio de imputación solo en los delitos de omisión impropia (cfr. Jakobs, *Derecho*, §29, 965 y ss.). Cuando posteriormente Jakobs renuncia a la diferencia entre la acción y la omisión (Günther Jakobs. *Der strafrechtliche Handlungsbegriff, Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg*. (München: C.H. Beck, 1992), cuaderno 10). Se abre la posibilidad de sostener que las posiciones de garantía pasan a ser aplicables a esas dos clases de delitos.

inaplicable la figura a casos como el aquí comentado donde el reproche que se le hace a los oficiales de mayor rango es –según se afirma en la decisión comentada– a título de acción¹². La propuesta de recurrir a las posiciones de garantía no busca facilitar la distinción entre autores y partícipes (que es la pretensión de la teoría del dominio del hecho), sino brindar un soporte a la existencia de deberes de conducta cuya infracción da lugar a la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado como primer elemento de la imputación objetiva.

La teoría del dominio del hecho, como las que la precedieron históricamente¹³, busca explicar las diferencias que en el plano del injusto separan las nociones de autores y partícipes¹⁴, pero siempre sobre el supuesto de que ya se ha determinado previamente la existencia de un injusto. Para estos últimos efectos, y en relación con los delitos dolosos¹⁵, Roxin recurre a la causalidad, la creación del riesgo no permitido y la realización de ese riesgo en el resultado (más la consideración del alcance del tipo) como los factores que permiten imputarle a alguien un resultado (ontológico) desde el punto de vista objetivo¹⁶. Cuando más adelante (dentro de lo que denomina las “especiales formas de aparición del delito”) se ocupa de la autoría y la participación, Roxin sostiene que entre quienes intervienen en la comisión de un delito solo son autores aquellos que tienen el dominio del hecho; nótese que esa diferencia entre autores y partícipes parte del supuesto de la existencia de un injusto que previamente fue determinado con ayuda de la imputación objetiva¹⁷. Por eso, mientras la discusión sobre el contenido y utilidad de las posiciones de garantía hace parte del tipo objetivo, el debate sobre la diferencia entre autores y

12 Cfr. JEP, Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas, Auto SUB D – Subcaso Antioquia – 062, numeral 881 de la decisión: “En el caso objeto de esta decisión, como se verá más adelante, *la conducta de los comparecientes fue esencialmente positiva o activa*. A través de *diversas acciones* estos instigaron o indujeron a los ejecutores materiales, a pesar de no tener siempre contacto directo con ellos y encontrarse, por regla general, relativamente alejados del lugar de perpetración”.

13 La subjetiva, la objetivo formal y la objetivo material.

14 Expresado en palabras de Jakobs, “[e]n la determinación de autoría y participación se trata de comprobar en qué relación se encuentran las responsabilidades de varios intervinientes por un suceso delictivo”; Jakobs. *Derecho*, §21/1, 718.

15 Como enseguida se verá, la doctrina mayoritaria utiliza esta fundamentación del injusto únicamente para los autores, reservando una explicación distinta (y mucho más simple) para explicar el injusto de los partícipes.

16 Cfr. Claus Roxin. *Derecho penal – parte general*. Trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. (Madrid: Civitas, 1997), tomo I, §11, 342 y ss.

17 Solo respecto de los autores, según la doctrina mayoritaria.

partícipes se desarrolla en una fase posterior, dentro de lo que se suele denominar las manifestaciones especiales del delito. Con esto debería quedar claro que las posiciones de garantía no se incorporaron a la dogmática penal como una forma de superar los problemas de la teoría del dominio del hecho.

Esto es especialmente apreciable en la doctrina mayoritaria, que fundamenta la responsabilidad del partícipe en “la colaboración dolosa ... en un hecho típicamente antijurídico”¹⁸. Según esta postura, la participación presupone la existencia de un hecho típico y antijurídico por parte del autor¹⁹, lo cual marca una diferencia en cuanto a la razón de ser de la responsabilidad de los autores y los partícipes. Mientras respecto de aquellos se lleva a cabo el juicio de imputación objetiva²⁰, en relación con estos se suele decir tan solo que responden por colaborar con el hecho del autor, sin que quede claro en qué debe consistir esa colaboración: ¿en la existencia de una mera relación causal? o ¿en la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que se realiza en el resultado?

La respuesta a este interrogante no es fácil; imaginemos que el vigilante de un banco deja la puerta abierta durante la noche para que otras personas (con quienes se ha puesto de acuerdo) se apoderen del dinero que hay en la caja de seguridad. Al tratarse de un caso de división del trabajo, podría hablarse de una complicidad o de una coautoría puesto que en ambas hipótesis estamos frente a un sujeto que realiza un aporte a la comisión del delito²¹. La decisión que se adopte es importante, porque –según la opinión dominante– si es un autor respecto de él debe realizarse un juicio de imputación objetiva, pero si es un cómplice bastaría con establecer que colaboró en una conducta típica y antijurídica desplegada por los autores. La situación se complica cuando los partidarios de la teoría del dominio del hecho distinguen entre coautores y cómplices dependiendo de la importancia de los aportes que realicen a la ejecución del delito (que era la propuesta de los defensores de la teoría objetivo

18 Cfr. Claus Roxin. *Derecho penal – parte general*. Trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. (Madrid: Civitas, 2014), Tomo II, §26/1, 204.

19 Es lo que se denomina la accesoriadad limitada; cfr. Roxin. *Derecho penal*, Tomo II, §26/4, 204 y 205.

20 Esa parece ser también la posición de la JEP en la decisión comentada, puesto que allí se afirma que “el garante institucional responde siempre como autor por el incumplimiento de los deberes que se desprenden de su ámbito de competencia (...)” (cfr. numeral 861 de la decisión), con lo cual da a entender que para ser cómplice no hace falta incumplir deberes de conducta derivados de posiciones de garantía.

21 A quienes les parezca que este es un claro ejemplo de coautoría que descarta toda posibilidad de considerar una complicidad, pueden modificar el ejemplo por uno con mayor nivel de complejidad, cambiando el vigilante por una persona que durante el robo permanece en las afueras de la entidad bancaria para avisar a sus compañeros sobre la eventual presencia de la policía.

material²²), porque según esta postura, la necesidad de llevar a cabo un análisis de imputación objetiva depende de la magnitud del aporte del interviniente; si es importante procede, pero si es de poca entidad se debe prescindir de él. Este no parece un buen criterio porque relaja respecto del cómplice las condiciones para calificar de injusta su conducta (basta con acreditar una colaboración dolosa) frente a las que se exigen para un autor (creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que se realiza en el resultado).

La dificultad de distinguir entre coautores y cómplices lleva a que en la práctica la imputación objetiva se aplique básicamente a los casos en los que solo existe un autor, no solo porque nunca se utiliza respecto de los cómplices, sino porque en relación con los coautores sería difícil determinar si los aportes de cada interviniente pueden constituir en sí mismos un riesgo jurídicamente desaprobado. Por ejemplo: ¿fabricar un duplicado de la llave que abre la puerta del banco para que otras personas puedan entrar y apoderarse del dinero de la caja de seguridad supone creación de un riesgo jurídicamente desaprobado? Ese es en el fondo el problema que hay detrás de todo el debate sobre las denominadas acciones neutrales: cómo determinar cuándo una conducta que termina siendo tenida en cuenta para la comisión de un delito es impune, y cuándo debe ser considerada punible. La cuestión es aún más compleja, porque admite soluciones diferenciales para coautores y cómplices, ya que mientras respecto de aquellos se resolvería mediante la imputación objetiva, en el caso de estos bastaría con demostrar que prestaron una colaboración dolosa para que respondieran penalmente por su aporte a la comisión del delito. Pero, para complicar aún más la cuestión, si el juicio de imputación objetiva solo aplica a los autores, ¿cómo puede ser previo a la calificación que se hace de los intervinientes entre coautores y cómplices (que son las categorías que aquí nos interesan)?

Solo si se optara por defender una concepción unitaria normativa de la autoría y la participación –lo cual no se hace en la decisión comentada– se podría afirmar que las posiciones de garantía sí guardan una estrecha relación con esas figuras, pero no para diferenciarlas; por el contrario, lo que desde esta perspectiva se sostiene es que en el ámbito de la imputación objetiva no se distingue entre autores y partícipes y que respecto de todos quienes intervienen en un delito debe analizarse si crean con su conducta un riesgo jurídicamente desaprobado que se realiza en el resultado. En caso de intervención de varias personas en la comisión del delito, esta teoría

22 Sobre esta crítica al dominio funcional del hecho como forma de distinguir entre coautores y cómplices, cfr. Heiko Lesch. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995), 58.

alude a la existencia de una acción global respecto de la cual se predicarían tanto el juicio de imputación objetiva como el principio de accesoriedad²³. Por consiguiente, desde esta perspectiva tampoco es correcta la contraposición que la decisión comentada plantea entre la teoría del dominio del hecho y la figura de las posiciones de garantía, en la medida en que si bien la concepción unitaria normativa de la autoría y la participación se apoya en la existencia de las posiciones de garantía como fundamento del deber de conducta, al utilizarlas tanto para los autores como para los cómplices elimina del injusto la diferencia entre esas dos categorías.

3. ¿Qué significa crear las condiciones para que otro cometa un delito?

Al referirse a los comandantes de las unidades militares en las que se investiga la comisión de los denominados falsos positivos, en la decisión comentada se afirma que ellos “*contribuyeron a generar las condiciones propicias*, no solo para que los ejecutores materiales decidieran perpetrar los crímenes aquí determinados, sino también para que esta práctica criminal se arraigara, especialmente entre las tropas del BAJES”²⁴.

La forma en que está redactada esta frase deja la sensación de que lo que se les reprocha a esos comandantes es su contribución para generar unas condiciones propicias a partir de las cuales otras personas tomaron la decisión de delinquir. Visto de esa manera parecería que la conducta de aquellos no consistió en acordar con los ejecutores materiales la comisión de los delitos que finalmente se perpetraron, sino que se redujo a ayudar a que se dieran unas condiciones que de manera autónoma fueron aprovechadas por otros para decidir la comisión de los crímenes. Si a eso se hubiera limitado su actuación, debería afirmarse que su conducta fue a lo sumo imprudente al no percatarse de que las condiciones que estaban ayudando a generar podían ser aprovechadas por alguien para delinquir, pero en ningún caso habrían convenido dolosamente tomar parte en esos delitos. Dado que la participación imprudente en delitos dolosos es impune, esta argumentación conduciría a la ausencia de responsabilidad de los referidos comandantes por los “falsos positivos” objeto de investigación, al tratarse de una hipótesis de lo que algún sector de la

23 Para detalles sobre cómo funcionaría la imputación objetiva en las acciones globales, cfr. Yesid Reyes Alvarado, “Intervención delictiva e imputación objetiva”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LX (2007): 108 a 114.

24 Cfr. JEP, Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas, Auto SUB D – Subcaso Antioquia – 062, numeral 854.

doctrina conoce con el nombre de prohibición de regreso²⁵.

Cuando Roxin se refiere a esta figura (en su antigua presentación de interrupción del nexo causal) señala que ella proscribe “el regreso (retorno) a las condiciones que precedieron temporalmente a un delito doloso”, pero advierte que no abarca ni la inducción ni la cooperación²⁶. Esta precisión se explica porque esas dos hipótesis suponen el despliegue de conductas dolosas; quien induce a otro a cometer un delito no se limita a desarrollar un comportamiento neutro o imprudente, sino que dolosamente procura persuadir a alguien de que lo perpetre; la cooperación para ejecutar un crimen (a título de coautoría o de complicidad) también requiere un acuerdo de voluntades en ese sentido, no bastando la culpa. En definitiva, ni la inducción ni la cooperación resultan abarcadas por la prohibición de regreso, porque mientras aquellas dos figuras dan lugar a responsabilidad penal, esta última conduce a la impunidad. Por eso resulta extraño que en el mismo párrafo en el que la Sala hace la aludida referencia a la prohibición de regreso, y a continuación de ella, agregue que los comandantes “instigaron o indujeron a los ejecutores materiales” a perpetrar los delitos, en las condiciones que se examinarán en el siguiente apartado. En la medida en que las figuras de la prohibición de regreso y la instigación son contradictorias -como se acaba de precisar-, habría sido preferible que en la decisión comentada se hubiera prescindido de hacer referencia a la primera de ellas, cuya mención no hace nada distinto de poner en tela de juicio la responsabilidad penal de las personas a las que allí se alude.

La circunstancia de que la JEP asuma que la actuación de los comandantes militares no fue imprudente sino dolosa en el sentido de que su propósito habría sido el de estimular a sus subordinados para que se privilegiara la muerte de los insurgentes frente a su mera aprehensión, tampoco permite calificar esa conducta como propia de un autor, puesto que esta última condición requiere que la persona tome parte en la fase ejecutiva del delito, no bastando con que despliegue actos preparativos²⁷. La ejecución del delito no debe entenderse en el estricto sentido

25 Cfr. Reinhard Frank. *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*. 18ª ed. (Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr, 1931), 14; Karl Engisch. *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*. (Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr, 1931); 82; Diego Manuel Luzón Peña, “Concurrencia de culpas y autoría o participación en los delitos imprudentes”, en *Derecho penal de la circulación* (Barcelona: Bosch, 1985), 79 y 80; Diego Manuel Luzón Peña, “Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales”, en *Derecho penal de la circulación* (Barcelona: Bosch, 1985), 92, 102.

26 Roxin. *Derecho*, Tomo I, §11/24, 355.

27 “En el centro del acontecer relevante para la consideración penal se encuentra el hecho, tal como

de desarrollar la conducta recogida en el verbo rector (como planteaba la teoría objetivo formal), sino como aporte a los actos que hacen parte de la fase ejecutiva del delito²⁸. Dado que quien se limita a estimular la perpetración de un crimen solo puede ser castigado por él a partir del momento en que alguno de los intervinientes en el delito dé comienzo a su ejecución (un autor), queda claro que quien en desarrollo de un plan criminal común se limita a crear condiciones previas al delito mediante el despliegue de actos preparatorios, solo puede ser considerado partícipe de él.

4. Los comandantes militares como inductores

Respecto de los comandantes cuyas conductas se investigan en relación con los denominados “falsos positivos”, en la decisión comentada se afirma que se “trata de personas que, mediante la articulación de órdenes más bien genéricas o incluso implícitas y medidas de diversa naturaleza, instigaron o indujeron a los ejecutores materiales, a pesar de no tener siempre contacto directo con ellos y encontrarse, por regla general, relativamente alejados del lugar de la perpetración”²⁹. Hecha esta primera precisión, la Sala se ocupa de los ejecutores materiales para señalar que respecto de ellos su responsabilidad se determina con base en la “noción de coautoría material impropia o coperpetración”³⁰. A continuación se precisa que “en ambos casos” (la decisión alude a los instigadores y a los ejecutores materiales) “la responsabilidad penal se da a título de autoría”³¹.

Esta forma de abordar la responsabilidad de quienes en esos dos planos tomaron

el legislador lo ha descrito en los distintos tipos. Por tanto, la figura central del suceso de la acción, en el sentido antes explicado, no puede serlo alguien que no haya tomado parte en la realización de este hecho, sino que sólo haya ayudado a crear las condiciones previas al delito. Más bien éste se ve desplazado forzosamente a la periferia del suceso”; Claus Roxin. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. (Madrid: Marcial Pons, 2000), §28, II, 1, 325.

28 “La fenomenología de la codelinuencia muestra que en la realización colectiva de un hecho no siempre los actos literalmente ejecutivos constituyen la parte más difícil o insustituible y que, en cambio, el éxito del plan depende de todos quienes asumen una función importante en el seno del mismo. Lo acertado es, pues, considerar coautores **no solo a los que ejecutan en sentido formal los elementos del tipo, sino a todos quienes aportan una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva**”. Santiago Mir Puig Santiago. *Derecho Penal – parte general*. 10ª ed. (Barcelona: Reppertor, 2016), §15/13, 406.

29 Cfr. JEP, Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas, Auto SUB D – Subcaso Antioquia – 062, numeral 854.

30 Cfr. *Ibidem*, numeral 885.

31 Cfr. *Ibidem*, numeral 855.

parte en las conductas punibles conocidas con el nombre de “falsos positivos” (como diseñadores del plan criminal y como sus ejecutores), plantea los siguientes tres problemas jurídicos que merecen especial consideración: a. ¿El inductor tiene la condición de autor (intelectual)? b. ¿Qué relación existe entre el inductor y el autor? c. ¿Pueden ser coautores quienes no han convenido realizar un delito de manera conjunta?

a. ¿El inductor tiene la condición de autor (intelectual)?

En 1825 Wächter, censuraba que los penalistas no le prestaran suficiente atención a las diferentes intenciones que acompañaban las actuaciones del autor y de quien solo pretende apoyarlo; a su juicio, mientras el primero de ellos quiere ejecutar directamente el delito y por eso es autor, el segundo solo desea apoyar un delito ajeno y por eso sería un mero ayudante o cooperador³². A partir de este postulado general, Wächter distinguía entre autores físicos e intelectuales³³, sobre el supuesto de que ambos entendían tomar parte en un delito propio, a diferencia de los meros colaboradores (que también dividía en físicos e intelectuales³⁴) que actuaban con la convicción de estar ayudando a otro en la comisión de un delito.

Desde que el Tribunal del Imperio Alemán acogió esta postura en enero de 1881, fue seguida durante largo tiempo por la doctrina; en esa oportunidad se analizaba la situación de dos personas que habían intervenido en un acto de violación de una mujer en el que solo una de ellas había yacido con la víctima. En la decisión se dijo que la diferencia entre la complicidad y la coautoría radicaba en que mientras el cómplice se relaciona con la conducta entendiéndola como propia de un tercero al que él le está brindando su ayuda, el coautor tiene la intención de realizar el acto como propio³⁵. Esta postura teórica, conocida con el nombre de teoría subjetiva o teoría del dolo³⁶, no solo tuvo una amplia difusión en Alemania gracias al respaldo de la jurisprudencia y de voces autorizadas como la de von Buri³⁷, sino que también fue

32 Cfr. Carl Georg Wächter. *Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts*. (Stuttgart: Metzler'schen Buchhandlung, 1825), erster Theil, 147.

33 Cfr. Wächter. *Lehrbuch*, 148.

34 Cfr. Wächter. *Lehrbuch*, 151.

35 Cfr. RGSt 3, 182.

36 Sobre estas denominaciones cfr. Roxin. *Autoría*, §9 I, 71 y ss.

37 Según Von Buri, en el plano de la causalidad nada permite diferenciar entre el autor y el cómplice; la única diferencia, según él, radica en el aspecto subjetivo puesto que el cómplice reconoce la voluntad del autor como determinante para el éxito de la acción; el cómplice solo puede querer en la

parcialmente acogida durante un tiempo por la literatura especializada en Colombia³⁸.

Esta forma de diferenciar entre autores y partícipes ha perdido vigencia en Alemania (y carece de aceptación en España³⁹) debido a que con frecuencia conduce a resultados insatisfactorios⁴⁰, como ocurrió en el conocido caso de la bañera juzgado por el Tribunal Superior del Imperio alemán en 1940, en el que una madre soltera –para ocultar su deshonra– pidió a su hermana que ahogara a su hijo recién nacido, a lo cual ella accedió. Dado que quien quería deshacerse del menor era su progenitora, la teoría subjetiva conducía a tenerla a ella como autora del homicidio⁴¹ (aunque materialmente no intervino en la ejecución del delito), mientras relegaba a la hermana al mero papel de cómplice pese a que había sido ella quien con sus propias manos había sumergido al pequeño en la bañera hasta ocasionarle la muerte⁴². Esta postura fue abandonada por la Corte Suprema de Justicia alemana en 1956 a partir de un caso similar en el que se juzgaba a un sujeto que –a petición de una mujer que vivía en discordia con su marido– lo había asesinado propinándole reiterados golpes en la cabeza con un hacha. En esta oportunidad, y a diferencia de lo que había hecho en el mencionado caso de la bañera, la Corte Suprema condenó al hombre como autor del asesinato⁴³.

medida en que al autor quiera, lo cual es incompatible con llevar a cabo la acción principal en busca de sus propios intereses; cfr. Maximilian Von Buri. *Abhandlungen aus dem Strafrecht - Beilageheft zum Gerichtssaal. Band XXIX*. (Stuttgart: Verlag von Ferdinand Enke, 1878), 137 y 138.

- 38 Alfonso Reyes, por ejemplo, no solo reconocía la categoría de “autor intelectual” al lado de la de “autor material” (cfr. Alfonso Reyes. *Tipicidad*. 6ª ed. (Bogotá: Temis, 1997), 170 y 171). Sino que se refería a la complicidad como una forma de intervención en un hecho “ajeno” (cfr. Reyes. *Tipicidad*, 181). Sin embargo, Alfonso Reyes no aplicaba de manera pura la teoría subjetiva, sino que la combinaba con la teoría objetivo formal (cfr. Reyes. *Tipicidad*, 175).
- 39 En España es una tesis que no ha tenido especial relevancia: “Ni el concepto extensivo de autor ni su consecuencia la teoría subjetiva de la participación, han sido apenas defendidos para nuestro Derecho, ni resultan adecuados en modo alguno al criterio que inspira las distinciones legales de los artículos 28 y 29 CP”; cfr. Mir. *Derecho*, §14/15, 380.
- 40 “Ahora bien, la necesidad de una distinción puramente subjetiva de autoría y participación encierra inconvenientes político-criminales. Ha conducido a la jurisprudencia alemana, que la acoge, a resultados criticados por la doctrina. Así, los Tribunales alemanes han castigado como meros partícipes a sujetos que han realizado por sí mismos todos los elementos del tipo, mientras que han considerado autores a quienes no han tenido intervención material en el hecho”; cfr. Mir. *Derecho*, §14/13, 380.
- 41 Así lo decidió el Tribunal Supremo al calificar a la madre como autora mediata, revocando la decisión de instancia en la que se había condenado a la madre como partícipe y a la hermana como instigadora.
- 42 Cfr. RGSt 74, 85.
- 43 La Corte señaló que, aun cuando él no tenía interés personal en la muerte del señor G (la víctima), su

En Colombia la figura del inductor recibe legalmente la denominación de “determinador” y está expresamente calificada por el legislador como una forma de participación⁴⁴, lo cual impide la utilización de la antigua teoría subjetiva como forma de diferenciar entre autores y partícipes, y excluye toda posibilidad de asignarle al inductor la condición de autor (aun con el apelativo de “intelectual”), como de manera equivocada ha hecho la Jurisdicción Especial para la Paz en la decisión que aquí se comenta.

Llama la atención que en esta oportunidad la JEP siga a Jakobs en su planteamiento general sobre las posiciones de garantía institucionales, mientras que al ocuparse específicamente del tratamiento que debe darse a los comandantes militares que habrían determinado la ejecución de los denominados “falsos positivos”, los reconozca como inductores pero los califique como autores⁴⁵. En este último aspecto su planteamiento se separa del de Jakobs, quien si bien critica la solución que a través de los aparatos de poder organizados brinda la teoría del dominio del hecho a estos casos y considera que la vía correcta de resolverlos es a través de la inducción⁴⁶, mantiene la tesis de que el inductor es un partícipe y no un autor⁴⁷.

No deja de ser curioso que la doctrina ampliamente mayoritaria (seguida en eso por buena parte de los legisladores) defienda el castigo del instigador con la misma pena del autor, pese a considerarlo como un partícipe. Si bien la teoría del dominio del hecho podría haber sido extendida de tal manera que comprendiera la inducción como una manifestación del dominio de la voluntad, lo cierto es que ello no ha ocurrido, pese a lo cual sus defensores siguen sosteniendo la necesidad de aplicarle la misma sanción que al autor. Aparte de la ya comentada teoría subjetiva, la única

intención criminal era innegable, y contribuyó al delito de una manera particularmente importante, lo que lo convierte en coautor del mismo junto con la señora G (esposa de la víctima); cfr. BGHSt 8, 393.

44 Cfr. artículo 30 de la Ley 599 de 2000.

45 “Se trata de conductas antijurídicas que, desde el punto de vista fáctico, se pueden describir como *inducción o instigación*, a través de órdenes (genéricas o específicas) y de la implementación de distintas clases de medidas, pero que, desde el punto de vista jurídico o normativo, dada la posición de garante de quienes las ejecutaron, permiten tratar a estos últimos como autores” (cfr. numeral 864).

46 “Conforme a la concepción aquí mantenida, la coautoría, en los supuestos normales, no presenta problemas; en los demás casos queda la inducción. La construcción de la autoría mediata es nociva, porque, en los hechos de la época del régimen nacional-socialista, encubre la vinculación organizativa de todos los intervinientes, ni mucho menos siempre forzada, hasta convertirla en un hacer común. Solo mediante la conjunción de quien imparte la orden y quien la ejecuta se puede interpretar un hecho singular del ejecutor como aportación a una unidad que abarque diversas acciones ejecutivas”; Jakobs. *Derecho*, §21/103, 784.

47 Cfr. Jakobs. *Derecho*, §22/21 y ss., 804 y ss.

que permitiría justificar esa equiparación punitiva es la teoría unitaria normativa que prescinde de distinguir en el ámbito del injusto entre la autoría y la participación, lo que podría llevar a castigar con la misma pena al autor y al instigador cuando al momento de definir el *quantum* punitivo se considere que el aporte de este último fue especialmente significativo para la comisión del delito.

b. Relaciones entre el inductor y los ejecutores

La calificación de los comandantes militares como autores intelectuales de los llamados falsos positivos, y de los ejecutores de esas conductas como coautores parece compatible con la teoría subjetiva a la que se hizo referencia en el apartado anterior. Lo que disuena en la decisión comentada es la precisión que se hace respecto de estos últimos en el sentido de considerarlos como “coautores impropios”.

Esta categoría, utilizada en Colombia por alguna parte de la doctrina y de manera recurrente por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, fue propuesta por Alfonso Reyes como una forma de corregir la teoría objetivo formal, conforme a la cual solo es autor quien desarrolla la conducta contenida en el verbo rector. Para poder abarcar los casos de ejecución del delito con división del trabajo Reyes propuso referirse a ellos con la denominación de “coautoría impropia”, reservando el nombre de “coautoría propia” para aquellos delitos en los que la actuación de cada uno de los autores encaja en el verbo rector (por ejemplo, dos personas disparan simultáneamente contra la víctima, produciéndole ambas heridas de naturaleza mortal)⁴⁸.

Tal como lo precisan Kai Ambos y Álvaro Gómez al referirse a la concepción de Reyes sobre este aspecto⁴⁹, “[c]oautor (impropio) es al igual que en Maurach, el que realiza un hecho punible en conjunto con otros” (aunque Maurach edifica su postura sobre la teoría del dominio de hecho⁵⁰), “cooperando, comunitariamente y

48 “Hay coautoría *impropia* cuando un mismo hecho punible es realizado comunitariamente y con división de trabajo por varias personas que lo asumen como suyo; Maurach habla en este caso de ‘cooperar querido, consciente y con división de trabajo, de varios autores para la consecución de un resultado típico’; tal ocurriría cuando Pedro, Juan y Diego deciden robar un almacén y lo hacen de tal manera que el primero distrae al vigilante, el segundo rompe las cerraduras de las puertas y el tercero se apodera de la mercancía con la que huyen en un vehículo manejado por cualquiera de ellos”; cfr. Reyes. *Tipicidad*, 175.

49 Cfr. Kai Ambos, Álvaro Gómez, “La coautoría impropia”, en *Libro homenaje a Alfonso Reyes Echandía* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Universidad de Los Andes, Universidad de Ibagué, 2022), 691 y ss.

50 “Sin embargo, la discrepancia tácita entre las dos formulaciones se encuentra en el aspecto objetivo de la coautoría, es decir, en el criterio de definición y delimitación de los aportes materiales de los

con división de trabajo, para la configuración de un resultado típico. Pero, a diferencia de von Liszt y Maurach, que evitan las fórmulas meramente subjetivas, Reyes opta por anclar la diferenciación valorativa de los aportes a la voluntad del partícipe que asume el hecho como propio, en clara referencia a la teoría del ánimo⁵¹.

En efecto, en el planteamiento de Maurach quienes a partir de la división del trabajo criminal desarrollan acciones orientadas al mismo resultado responden como coautores (no utiliza la expresión “impropios”), pero no porque consideren el hecho como suyo (en el sentido de la teoría subjetiva), sino porque conservan el dominio del hecho entendido como “el doloso tener en las manos el curso del suceso típico”⁵²; a esta forma de entender la diferencia entre autores y partícipes se refería Maurach con la denominación de teoría objetivo material⁵³.

La figura de la coautoría impropia, como correctivo de la teoría objetivo formal no resulta compatible con la tesis subjetiva, en la que la diferencia entre el autor y el partícipe no ocurre en el plano objetivo (desde el punto de vista causal los aportes de uno y otro tienen el mismo valor en cuanto a la producción del resultado), sino que depende únicamente de si la persona entiende que toma parte en un delito propio (autor) o en uno ajeno (cómplice). Cuando en la decisión comentada se hace referencia a los comandantes militares como autores intelectuales para distinguirlos de quienes –inducidos por aquellos– ejecutaron los delitos en condición de autores, se está asumiendo la teoría subjetiva, lo que en este caso supone la presencia de tres niveles de coautoría: un primero que agrupa a todos los autores intelectuales (entre sí son coautores), un segundo que reúne a todos los autores materiales (entre si también son coautores), y un tercero que engloba a todos los autores intelectuales y a todos los autores materiales (que, en conjunto, son coautores).

Por eso no resulta apropiada la mezcla que hace la JEP en este caso entre las teorías subjetiva y objetivo formal; si su punto de partida es edificar la distinción entre autores y partícipes a partir de si ellos perciben su aporte como parte de un delito propio o ajeno, resulta irrelevante hacer referencia a una figura que –como la del autor impropio– solo tiene sentido como una forma de ampliar el campo de acción de la teoría objetivo formal a quienes por división del trabajo despliegan

coautores. Maurach aplica la teoría del dominio del hecho como eje de distinción entre autoría y participación...”; cfr. Ambos y Gómez, “Coautoría”, 698.

51 Cfr. Ambos y Gómez, “Coautoría”, 701.

52 Cfr. Reinhart Maurach, *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Juan Córdoba Roda (Barcelona: Ariel, 1962), Tomo II, § 49, II, C, 2, 343.

53 Cfr. Maurach. *Tratado*, § 49, II, C, 2, 341 y ss.

conductas que en sí mismas no corresponden a la contenida en el verbo rector del respectivo tipo penal.

c. ¿Pueden ser coautores quienes no han convenido realizar de manera conjunta un delito?

Una de las características de las teorías que se ocupan de distinguir entre autores y partícipes es la de que siempre tienen en cuenta un aspecto subjetivo que vincula a quienes toman parte en la comisión de un delito⁵⁴, independientemente de si se trata de las tesis objetivas, de las subjetivas o de la del dominio del hecho⁵⁵. El contenido de ese acuerdo de voluntades varía un poco dependiendo de la teoría que se acoja y de los intervinientes cuya relación se analiza, pero en general suele admitirse tanto el expreso como el tácito⁵⁶ y desde el punto de vista temporal se acepta que puede preceder a la ejecución del delito o producirse durante ella⁵⁷. En el caso al que se contrae este análisis, la JEP afirma que los comandantes militares son inductores, entendidos como autores intelectuales, y que quienes materialmente ejecutaron los llamados falsos positivos son autores, en la modalidad de autores propios.

Esta curiosa mezcla conceptual plantea dos tipos diferentes de relaciones en el plano subjetivo: una es la que vincula a los coautores (asumiendo, como hace la JEP, que el inductor es un autor intelectual), y otra la que une al inductor (entendido ahora como partícipe) con el autor.

i. El acuerdo de voluntades entre coautores

El nexos que desde el punto de vista subjetivo conecta a los coautores se concreta

54 Con razón señala Mir Puig que para que pueda darse la imputación recíproca que caracteriza la coautoría “es preciso el *mutuo acuerdo*, que convierte en partes de un plan global unitario las distintas contribuciones”; Mir. *Derecho*, §15/2, 404.

55 “El acuerdo de voluntades de los intervinientes con respecto a la ejecución del hecho y la realización de sus consecuencias es, también para la postura aquí mantenida, requisito indispensable de la coautoría”; Roxin. *Autoría*, §27, IV, 1, 316.

56 Sobre el acuerdo tácito, Mir Puig precisa que “[e]l caso límite es el de que el sujeto sepa que otro u otros están realizando un delito y contribuye a él por propia iniciativa. Si los demás advierten y aceptan, siquiera tácitamente, su intervención, no hay duda de que existe coautoría –aunque no lleguen a conocerse—. No bastará, en cambio, que el sujeto sepa que contribuye, si los otros no lo saben o no lo admiten”; Mir. *Derecho*, §15/16, 407.

57 “Normalmente existirá un *acuerdo precedente y expreso*, en virtud del cual los coautores se repartirán los papeles. Pero basta que el acuerdo se produzca *durante* la ejecución (*coautoría sucesiva...*”; Mir. *Derecho*, §15/16, 407.

en la existencia de un acuerdo de voluntades entre ellos respecto de la comisión del delito. La coautoría significa división de funciones para el desarrollo de la conducta delictiva de manera similar a como se divide el trabajo en las labores lícitas para ser más eficientes en el desarrollo de actividades. Pero eso supone conocer el plan y saber para qué sirve cada actuación individual⁵⁸ o, lo que es lo mismo, hace falta que exista un contacto entre los sujetos que los lleve a ponerse de acuerdo sobre el plan global (la comisión de él o los crímenes) y sobre la forma en que cada uno de ellos hará su aporte en la fase ejecutiva del delito. Esa no parece haber sido la actuación de los comandantes militares en el caso analizado, puesto que la JEP los acusa de “haber instigado a los ejecutores materiales a la comisión de crímenes a través de órdenes genéricas o implícitas”⁵⁹.

La demostración del acuerdo de voluntades que caracteriza a los coautores no se deriva de su sola calificación como líderes de una organización criminal o jefes de bandas delincuenciales⁶⁰. Para calificarlos de coautores la JEP debería haber indicado en qué circunstancias se produjeron los contactos entre los comandantes militares y cada uno de los ejecutores de las conductas punibles, indicando en qué consistió el reparto de funciones durante la fase ejecutiva, si es que se trató de un caso de acuerdo expreso de voluntades. Si, por el contrario, la JEP asume que lo que existió fue un acuerdo tácito de voluntades entre los comandantes militares y los ejecutores, entonces debería haber señalado en qué consistió la aquiescencia de estos últimos, indicando en qué momento los comandantes militares tuvieron conocimiento de esa actitud de sus subordinados y, sobre todo, demostrando que en relación con cada uno de los ejecutores los comandantes militares estuvieron de acuerdo en aceptar su colaboración en la ejecución de los denominados “falsos positivos”.

La lectura de la decisión da a entender que los hechos no ocurrieron de esa manera. Lo que parece haber sucedido es que los comandantes militares, al privilegiar como resultados operativos las bajas de insurgentes sobre su aprehensión, habrían

58 “Como, de acuerdo con los principios desarrollados *supra*, los coautores son interdependientes alternativamente, tienen necesariamente que estar de acuerdo para poder obrar conjuntamente. Y viceversa: si la aportación al hecho de un interviniente ha contribuido a un resultado, sin estar de acuerdo con los demás, no puede ser coautor; le tiene que haber faltado entonces el conocimiento de la relación. Mutua, requisito para el ejercicio de la coautoría efectiva”; Roxin. *Autoría*, §27, IV, 1, 316.

59 Cfr. párrafo 854 de la decisión.

60 “Nuestra postura, con arreglo a la cual la coautoría requiere una intervención en la ejecución, entraña la consecuencia de que, desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho, el cabecilla de una banda de ladrones o el jefe de unos gánsteres no puede ser coautor si su actividad se limita a planear los delitos, dejando a los demás la ejecución”; Roxin. *Autoría*, §28, IV, 330.

persuadido a sus subalternos de la necesidad de presentarles el mayor número de muertos posible para que su labor fuera bien valorada, independientemente de si las víctimas pertenecían realmente o no a la subversión; eso llevó a que fueran presentados como resultados positivos (bien valorados) de la fuerza pública, algunas muertes de quienes en realidad no pertenecían a grupos armados al margen de la ley (de ahí surge la denominación de “falsos positivos”).

De acuerdo con las consideraciones precedentes, la inexistencia de un acuerdo de voluntades (expreso o tácito, previo o concomitante) entre los comandantes militares y los ejecutores de las conductas delictivas excluye la posibilidad de considerar a aquellos como coautores. Tanto la ausencia de ese vínculo subjetivo, como el hecho de que no hayan intervenido en la fase ejecutiva de los delitos investigados impide tener a los comandantes militares como coautores junto con quienes materialmente produjeron la muerte de las víctimas, aun cuando recurriendo a la antigua teoría subjetiva la JEP los haya calificado como autores intelectuales.

ii. El acuerdo de voluntades entre inductor y autor

Al igual que ocurre con la coautoría, en la inducción (y también en la complicidad) la doctrina ampliamente mayoritaria está de acuerdo en señalar que requiere de un elemento subjetivo que vincule al inductor con el autor. Dado que el primero de ellos no toma parte en la ejecución material del delito —que está a cargo del autor— el nexo del inductor con el resultado antijurídico está mediado por el autor, quien debe actuar movido por el inductor. Para las concepciones ontológicas de la teoría del delito⁶¹, en las que la relación causal sigue teniendo un papel predominante, la responsabilidad del inductor requiere que él esté causalmente conectado con el autor, quien a su vez está atado de la misma manera al resultado producido. La diferencia entre ellos radica en que el nexo del autor con el resultado es predominantemente objetivo (lo causa materialmente, con dolo), mientras el vínculo del inductor es de naturaleza subjetiva y consiste en causar en el autor la resolución criminal⁶².

Esa conexión causal entre el inductor y el autor es de naturaleza psicológica (un vestigio de las antiguas teorías causalistas del delito) y consiste en que aquel haga nacer en este la decisión de perpetrar el delito, lo cual pone de presente que la

61 Sobre la distinción entre teorías del delito naturalistas y normativas, cfr. Yesid Reyes Alvarado, “Fundamentos teóricos de la imputación objetiva”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, XLV (1992): 936.

62 “El inductor debe *causar* la resolución criminal en otra persona. Ello significa que su actuación debe ser *conditio sine qua non* de la resolución delictiva del autor”; Mir. *Derecho*, §15/53, 417 y 418.

actividad del inductor se reduce a desplegar un influjo psicológico sobre el autor para persuadirlo de cometer un crimen⁶³. Esa influencia del inductor sobre el autor puede ocurrir de diversas maneras (por ejemplo, un consejo o una provocación⁶⁴), siempre que sean aptas para hacer nacer en el autor la resolución delictiva⁶⁵. Este requisito es indispensable, puesto que si el autor ya está decidido a ejecutar la conducta punible⁶⁶, la intervención del inductor solo podría llegar a ser sancionada a título de tentativa o de complicidad⁶⁷.

La necesidad de un vínculo causal subjetivo entre inductor y autor se traduce en la existencia de un contacto entre esos dos sujetos, lo que supone algún grado de conocimiento y trato entre ellos. Para el caso de los denominados “falsos positivos” esto significa que los militares de alto rango que habrían concebido la idea criminal deberían haberse comunicado con quienes estarían a cargo de ejecutar los delitos para persuadirlos de su comisión. De la lectura de la decisión comentada no se desprende la existencia de esos vínculos; por el contrario, lo que parece estar claro es que los comandantes militares no solo no tuvieron ninguna relación directa con los autores, sino que ni siquiera conocían sus identidades. En esas condiciones, no puede afirmarse válidamente que está demostrado que los comandantes militares hicieron nacer en cada uno de los autores la resolución criminal que los llevó a cometer los delitos por los que se los investiga.

Para superar la dificultad teórica de establecer una causalidad subjetiva entre dos extremos tan alejados de la cadena causal como un comandante militar de alto rango y un soldado que en una apartada región se encarga de la ejecución de un

63 “La causación de la resolución de delinquir debe tener lugar mediante un *influjo psíquico* (SSTS 26 mayo 76, 15 dic.78): Significa que no constituye inducción, sino en su caso cooperación, la causación de la resolución por el procedimiento de facilitarle objetivamente la comisión del hecho”; Mir. *Derecho*, §15/57, 418.

64 Mir. *Derecho*, §15/59, 419.

65 “Los medios de la inducción pueden ser cualesquiera, sólo con tal de que hagan valer su carácter de provocación o incitación. Un simple pedir o reclamar, persuadir, instigar, captar o comprometer (a cambio de contraprestación) o amenazar (por debajo del dintel del §35 [estado de necesidad] son las formas más corrientes. Pero también hay posibilidades más sutiles de inducción”; Roxin. *Derecho*, tomo II, ed. cit., §26/80, pág. 233.

66 “No es inductor el que incide sobre alguien que estaba ya previamente decidido a cometer el hecho (sujeto éste al que se conoce con la expresión «*omni modo facturus*»); Mir. *Derecho*, §15/54, 418.

67 “Si alguien provoca a otro a cometer el hecho sin saber que éste ya está decidido a cometerlo, sólo concurrirá una inducción intentada, que es punible si se dan los presupuestos del «301 (o sea, solo en caso de peligro grave); y además puede plantearse una complicidad o cooperación psíquica (nm. 197 ss.) si la incitación refuerza la motivación del autor”; Roxin. *Derecho*, Tomo II, §26/65, 228.

delito, algunos han planteado la posibilidad de hablar de una inducción en cadena⁶⁸, que permitiría demostrar la causalidad psíquica entre cada eslabón, hasta conectar al inductor con el ejecutor material. En una organización militar, por ejemplo, se podría decir que un general induce a un coronel, que a su vez convence a un mayor quien persuade a un soldado de cometer el crimen; a través de esta figura se pretende dar por demostrado el vínculo subjetivo entre inductor y autor, con la mediación de una pluralidad de intervinientes (¿a su vez, inductores?).

En puridad de términos esta construcción teórica desvirtúa la esencia de la figura, por cuanto los inductores de los primeros eslabones de la cadena no actuarían sobre los autores sino sobre otros inductores. Pero aun cuando fuera factible aceptar su existencia en esas condiciones, la inducción en cadena enfrenta un segundo y más complejo obstáculo, que tiene que ver con la persona de quien proviene la resolución delictiva. La inducción se caracteriza porque la decisión de cometer el delito la toma el autor, quien en todo caso puede resistirse a la influencia psicológica del inductor. Por el contrario, en hipótesis como las de los denominados "falsos positivos" la resolución de cometer el delito la adopta alguien con poder en la parte superior de una organización⁶⁹, quien se limita a transmitirla a un nivel inferior encargado de su ejecución. Esa diferencia estructural hace que desde el punto de vista teórico no sea clara la utilización de la figura del inductor para solucionar este tipo de casos.

Por último, la inducción en cadena tampoco parece viable frente a la redacción del artículo 30 del Código Penal colombiano que define al inductor como aquel que determina a otro a realizar la conducta antijurídica. La construcción gramatical de esta norma indica que la acción del inductor debe recaer directamente sobre quien realizará la conducta delictiva (el autor), y no sobre otra persona que, a su vez actuaría como inductor de un tercero. Por consiguiente, aun cuando teóricamente fuera concebible una inducción en cadena, en Colombia conduciría a la impunidad de quienes (como los comandantes militares en el caso analizado) no hubieran determinado directamente a los ejecutores materiales de la conducta⁷⁰.

68 Diego Corredor, "La determinación", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 75 (2004): 166. En España, cfr. STS 400/2017, de 1 de junio.

69 Sobre esta diferencia entre la inducción y los aparatos de poder organizados, cfr. Roxin. *Derecho*, Tomo II, §25/107, pág. 112.

70 La figura de la inducción en cadena tiene mucha oposición en España, donde el Código Penal exige que la inducción sea "directa", lo que parece requerir -adicionalmente- la presencia de un autor determinado (cfr. Mir. *Derecho*, ed. cit., §15/62, pág. 419). "El inductor del inductor sólo induce «directamente» a una inducción, no al delito ejecutado; pero esta inducción a la inducción, no cabe en el art. 28, a), que exige que se induzca a «ejecutar» un hecho principal (no de participación), cosa

La circunstancia de que en estos supuestos de hecho sea el superior al comienzo de la cadena casual el que toma la decisión de que se ejecute un delito descarta la posibilidad de fundamentar la responsabilidad de aquel en la inducción, y parece recomendar la opción de edificarla sobre el modelo de la autoría mediata. El inconveniente de esta solución es que esta figura se caracteriza por hacer responsable a quien toma la determinación de cometer el delito y utiliza a alguien más para perpetrarlo, pero por la forma en que ello ocurre (a través de coacción o de error) libera de responsabilidad al ejecutor. En el caso de los llamados “falsos positivos” eso llevaría a que los comandantes militares fueran condenados como autores mediatos pero, a su vez, a que quienes mataron a las víctimas fueran absueltos por esas conductas al haber actuado como simples instrumentos.

Esta dificultad fue en buena parte lo que condujo a Roxin a crear la figura de los aparatos de poder organizados, como una variante de la autoría mediata en la que el ejecutor de los delitos responde penalmente por ellos⁷¹ sin que sea necesario un contacto entre él y el autor mediato,⁷² en la que el ejecutor es solo una pieza sustituible de la organización criminal⁷³ y, finalmente, en la que la responsabilidad de quien toma la decisión de cometer el delito es superior a la de quien lo lleva a cabo materialmente⁷⁴. Al obviar los problemas que se desprenden de la inducción en cadena⁷⁵ y de la concepción original de la autoría mediata, la doctrina acogió rápidamente esta solución que, en todo caso, no está exenta de críticas⁷⁶.

La autoría mediata en aparatos de poder organizados nació como una forma de resolver casos como los denominados “falsos positivos”, en los que la figura de la inducción no resultaba aplicable salvo en la cuestionada modalidad “en cadena”, y la

que del mismo artículo se deriva que no hace el inductor”; Mir. *Derecho*, §15/62, 419.

71 Cfr. Roxin. *Autoría*, §24 III, 273.

72 Cfr. Roxin. *Autoría*, §24 III, 272.

73 Cfr. Roxin. *Autoría*, §24 III, 272.

74 Cfr. Roxin. *Autoría*, §24 IV, 274.

75 “Los comandantes que manejan las palancas de mando del aparato son pese a todo autores mediatos, porque, al contrario que en la inducción, la realización del hecho no depende de la decisión del autor inmediato. Dado que la autoría inmediata del ejecutor y la mediata del sujeto de atrás se basan en requisitos o condiciones distintas -una en el carácter de propia mano de su actuación, la otra en el control o manejo del aparato-, pueden lógicamente y teleológicamente coexistir perfectamente, contra lo que sostiene una opinión extendida”; Roxin. *Derecho*, tomo II, §25/107, 112.

76 Yesid Reyes Alvarado, “La teoría del dominio del hecho: el fin de un ciclo”, en *¿Autonomía y accesoriadad?*, ed. Andrés Falcone (Madrid – Barcelona – Buenos Aires – Sao Paulo: Marcial Pons, 2021), 55 y 56.

tradicional estructura de la autoría mediata conducía al insostenible resultado de la impunidad de los ejecutores materiales de los delitos. En teoría es factible prescindir de ella, siempre que se recurra a una fórmula que permita resolver estos supuestos de hecho respetando la normatividad vigente; la extraña mezcla que hace la JEP en la decisión comentada, entre autoría intelectual y coautoría impropia, matizada con referencias al dominio funcional del hecho no parece la vía más adecuada para conseguirlo.

5. Conclusiones

El que la teoría del dominio del hecho siga siendo mayoritariamente aceptada, no obliga a su aplicación; por el contrario, son cada vez más frecuentes las dudas que surgen sobre su capacidad de rendimiento y un importante sector de la doctrina se inclina por recurrir a concepciones unitarias normativas que supriman en el injusto la diferencia entre autores y partícipes. Por consiguiente, no tiene nada de reprochable que en la decisión comentada se prescinda de la teoría del dominio del hecho y se plantee una forma distinta de fijar la responsabilidad penal en los denominados "falsos positivos". Lo que no resulta correcto es mezclar argumentos orientados a legitimar la intervención del derecho penal (como en la propuesta que hace Jakobs a partir de las posiciones de garantía), con tesis diseñadas para diferenciar entre dos categorías que —como la autoría y la participación— están desarrolladas sobre el supuesto de que quienes reciben esos calificativos ya han intervenido en una conducta reprochable desde el punto de vista del injusto⁷⁷.

Si bien es verdad que Jakobs también sugiere recurrir a la inducción para solucionar los casos que Roxin resuelve a través de los aparatos de poder organizados, lo hace sobre el supuesto de que el inductor es un partícipe y el ejecutor un autor. La JEP, por el contrario, se inclina por aplicar en estos supuestos la inducción y califica al inductor como autor (intelectual) siguiendo los postulados de la teoría subjetiva, pero señala a los ejecutores materiales como "coautores impropios" en una clara alusión a los correctivos que algún sector de la doctrina ideó para superar los problemas que la teoría objetivo formal tenía frente a los casos de delitos ejecutados por una pluralidad de personas mediante división del trabajo. La manera

77 Aun cuando, como ya se indicó, el tema no es tan claro en la doctrina mayoritaria, que si bien trata la participación como una manifestación especial del delito, deja para ese momento la decisión sobre si la conducta desplegada por el cómplice se puede considerar penalmente relevante en la medida en que haya contribuido dolosamente en un hecho típicamente antijurídico.

como se mezclan estas dos teorías en la decisión comentada termina por difuminar los vínculos entre los comandantes militares y los ejecutores de los denominados “falsos positivos”, dificultando la labor de fijar la responsabilidad penal de aquellos.

En casos como estos la JEP tiene la posibilidad de acudir directamente a las normas que contienen la figura y los requisitos de la responsabilidad por mando⁷⁸, sin tener que ahondar en su fundamentación teórica con base en las teorías desarrolladas en el derecho penal ordinario. También puede optar por aplicar la teoría del dominio del hecho en aparatos de poder organizados, en el entendido de que todos quienes tomaron parte en los denominados “falsos positivos” hacían parte de una organización cuyos integrantes sabían lo que estaban haciendo y entendían obrar al margen de la ley. Incluso podría intentar alguna interpretación del artículo 30 del Código Penal colombiano para defender la tesis de que ese “otro” sobre el que actúa el inductor no tiene que ser un autor sino que puede ser otro inductor, en forma tal que pueda sostener la validez de una inducción en cadena. Podría incluso intentar una compatibilización de las teorías unitarias normativas con la legislación penal colombiana, entendiendo las categorías de autor y partícipe como referidas exclusivamente al ámbito de la punibilidad.

Sin embargo, en este caso la JEP renunció a esas alternativas teóricas para intentar crear una nueva forma de fundamentación de la responsabilidad de los comandantes militares, que la condujo a una mezcla inconveniente de teorías que se ocupan de la legitimidad de la intervención del derecho penal (a través de las posiciones de garantía), con otras que no solamente se refieren a la distinción entre autor y partícipe sino que además son incompatibles entre sí, como la subjetiva y la objetivo formal.

Bibliografía

Ambos, Kai, y Álvaro Gómez Castro. “La coautoría impropia”. En *Libro homenaje a Alfonso Reyes Echandía*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Universidad de Los Andes, Universidad de Ibagué, 2022.

BGHSt 8, 393.

Corredor, Diego. “La determinación”. *Revista de Derecho Penal y Criminología* 25, n.º75 (2004): 159-70.

Engisch, Karl. *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*. Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr, 1931.

78 Cfr. artículo transitorio 24 del Acto Legislativo 01 de 2017.

- Georg Wächter, Carl. *Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts*. Stuttgart: Metzler'schen Buchhandlung, 1825, erster Theil.
- Jakobs, Günther. "Beteiligung". En *Lampe Festschrift*. Berlin: Duncker & Humblot, 2003.
- Jakobs, Günther. *Der strafrechtliche Handlungsbegriff, Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg*. München: C.H. Beck, 1992.
- Jakobs, Günther. *Derecho penal*. Traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- Jurisdicción Especial Para la Paz. Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas. Auto SUB D – Subcaso Antioquia – 062, decisión del 30 de agosto de 2023.
- Lesch, Heiko. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.
- Luzón-Peña, Diego Manuel. "Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales". En *Derecho penal de la circulación*. Barcelona: Bosch, 1985.
- Luzón-Peña, Diego Manuel. "Concurrencia de culpas y autoría o participación en los delitos imprudentes". En *Derecho penal de la circulación*. Barcelona: Bosch, 1985.
- Maurach, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Traducido por Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962, Tomo II.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal – parte general*. 10ª ed. Barcelona: Reppertor, 2016.
- Reinhard, Frank. *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*. 18ª ed. Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr, 1931.
- Reyes-Alvarado, Yesid. "La teoría del dominio del hecho: el fin de un ciclo". En *¿Autonomía y accesoriadad?* Editado por Andrés Falcone. Marcial Pons: Madrid – Barcelona – Buenos Aires – Sao Paulo, 2021.
- Reyes-Alvarado, Yesid. "Fundamentos teóricos de la imputación objetiva". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales XLV* (1992): 933-968.
- Reyes-Alvarado, Yesid. "Intervención delictiva e imputación objetiva". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, LX* (2007): 97-117.
- Reyes-Echandía, Alfonso, *Tipicidad*. 6ª ed. Bogotá: Temis, 1997.
- RGSt 3, 182.
- RGSt 74, 85.

Roxin, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000.

Roxin, Claus. *Derecho penal – parte general*. Traducido por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, Tomo I.

Roxin, Claus. *Derecho penal – parte general*. Traducido por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, Tomo II

STS 400/2017, de 1 de junio.

Von Buri, Maximilian. *Abhandlungen aus dem Strafrecht - Beilageheft zum Gerichtssaal, Band XXIX*. Stuttgart: Verlag von Ferdinand Enke, 1878.