

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Magistrado ponente

SP1432-2014

Radicado No. 40214.

Aprobado acta No. 40.

Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014).

V I S T O S

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor de MIGUEL ÁNGEL SERRANO OSSA, alias “Megateo”, contra la sentencia de segundo grado proferida por la Sala Penal de Descongestión del Tribunal de Antioquia el 22 de mayo de 2012, mediante la cual confirmó el fallo emitido por el Juzgado Primero Penal Adjunto del Circuito Especializado de Antioquia el 22 de noviembre de 2010, condenando, entre otros, al mencionado procesado a las penas principales de 40 años de prisión y multa de 2000 s.m.l.m.v., y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 20 años, como autor responsable de los delitos de homicidio agravado, desaparición forzada y concierto para delinquir agravado.

H E C H O S

Fueron reseñados así en la sentencia impugnada:

“A mediados del mes de marzo de 2004, Miguel Ángel Serrano Ossa, alias Megateo, segundo al mando del grupo de autodefensas, bloque bananero, recibió una llamada telefónica de Hevert Velosa, alias hh, entre otros, primero al mando, quien le dijo que le enviara veinte de sus hombres, escogidos por Henry Rodrigo Gómez, alias Darío, a fin de cumplir la orden de Vicente Castaño Gil, alias profesor Yarumo.

Una vez en el lugar, Hevert Velosa enteró a Henry Rodrigo del verdadero motivo de su presencia en el lugar, esto es, darle muerte a Carlos Castaño Gil, porque los estaba traicionando con las autoridades, lo cual debía ser un secreto.

El día 16 de abril de 2004, aproximadamente a la 1:40 de la tarde, llegó Carlos Castaño Gil, con sus escoltas, más o menos veinte personas, a la tienda denominada Rancho al Hombro, ubicada en la vereda Guadual Medio, jurisdicción de Arboletes, Antioquia, y se conectó a internet con su computador portátil. Intempestivamente se escuchó una ráfaga de disparos, los cuales fueron respondidos por los guardaespaldas de Carlos Castaño y el combate duró aproximadamente media hora.

Según testigos presenciales, Elías de Jesús Moreno Álvarez, alias culión, y Wilmar Mercado Bassa, alias cenizo, aprehendieron al señor Carlos y se lo entregaron a Jesús Ignacio Roldan Pérez, alias mono leche, quien le disparó y le quitó la vida, porque esa era la orden de su hermano Vicente Castaño Gil.

El cuerpo del señor Carlos fue enterrado en una fosa, y tiempo después fue hallado, al cual se le practicó el análisis respectivo, que determinó su identidad. Luego se encontró otra fosa, señalada por los participantes en los hechos, pero los restos óseos eran muy pequeños y no pudo definirse a qué cuerpos pertenecían.

Inicialmente se tuvo noticia de los hechos, por declaración que hiciera el sobreviviente Bladimir López Lázaro, alias la vaca, guarda espalda de Carlos Castaño.”

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

A la investigación por tales hechos, iniciada por la Fiscalía Once Especializada de la Unidad Nacional contra el Terrorismo, fueron vinculados Robinsón Antonio Monterrosa Jiménez, Pedro Antonio Muñoz Gómez, Bladimir Martínez Palomeque, Fernando Oquendo Estrada, MIGUEL ÁNGEL SERRANO OSSA conocido con el alias de “Magateo”, Ismael Ruiz Romero, Juan de Dios Usuga David, Chenier Darley Manco Duarte y Edison Humberto Celis Ospina.

Perfeccionada en lo posible la instrucción y decretado su fenecimiento, por resolución del 13 de agosto de 2007, la Fiscalía Once Especializada de la Unidad Nacional contra el Terrorismo acusó, entre otros, al procesado MIGUEL ÁNGEL SERRANO OSSA como presunto coautor de los delitos de concierto para delinquir agravado, homicidio agravado y desaparición forzada, decisión confirmada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá en resolución del 19 de marzo de 2008.

De la etapa del juicio conoció inicialmente el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, despacho que luego de evacuar la audiencia preparatoria pasó el proceso a su Juez Adjunto, quien evacuó la audiencia pública y dictó sentencia de primera instancia el 22 de noviembre de 2010, en la que condenó, entre otros, a SERRANO OSSA a las penas arriba señaladas como coautor de los delitos por los cuales se le acusó.

El fallo fue apelado por algunos de los defensores, entre ellos, el de MIGUEL ÁNGEL SERRANO OSSA, dando lugar al de segunda instancia que es objeto del recurso extraordinario de casación, en el cual se confirmó íntegramente la condena impuesta al mencionado.

Contra el fallo de segunda instancia, el defensor de SERRANO OSSA interpuso recurso de casación y dentro de la oportunidad debida allegó la demanda respectiva, que fue

admitida por la Corte en auto del 13 de diciembre de 2012.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA

Un solo cargo postula el defensor de MIGUEL ÁNGEL SERRANO OSSA, al amparo de la causal primera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, alegando la violación indirecta del artículo 29, inciso 2º, de la Ley 599 de 2000, por errores en la apreciación de la prueba, que también afectó el artículo 29 de la Carta Política.

En orden a fundamentar su tesis, el demandante transcribe los argumentos que esgrimió el Tribunal para confirmar la condena contra su representado, señalando que de acuerdo con ellos no se demostró la autoría de alias Megateo en la ejecución material del homicidio de Carlos Castaño y la desaparición de sus escoltas, ni la contribución objetiva en la consecución del resultado común, en cuanto al dominio funcional del hecho, la división del trabajo, el acuerdo expreso o tácito y el aporte significativo.

Advierte que para que exista coautoría impropia, es necesario que los intervinientes concurren efectivamente a la realización del hecho y que el dominio de la producción repose en los autores concurrentes, pues lo contrario conduce a revivir la responsabilidad objetiva.

Señala que por el sólo hecho de que MIGUEL ÁNGEL SERRANO OSSA fuera el segundo al mando del Bloque Bananero de las AUC, no puede transmitírsele la responsabilidad de otros miembros de la organización que admitieron haber dado muerte a Carlos Castaño Gil, pues no existe prueba que demuestre el control que el procesado pudiera tener sobre el accionar de los homicidas.

El procesado, agrega, se limitó a remitir veinte (20) hombres para prestar seguridad en Ralito, por órdenes de H.H., al punto que sólo hasta días previos o el mismo 16 de abril de 2004, se tuvo conocimiento sobre el objetivo real de la misión -dar muerte a

Carlos Castaño-, en la cual ninguna intervención tuvo su defendido, como lo explica sin dubitaciones Jhon Jairo Beltrán Pérez, alias “El Moña”. Incluso alias Darío, quien comandó a los veinte hombres escogidos, sólo fue enterado del verdadero propósito cuando arribó al sitio la Quince, sin que obre prueba de que le comunicó el plan homicida a SERRANO OSSA.

Agrega que Jhon Jairo Beltrán Pérez aclaró que en la operación para dar muerte a Carlos Castaño, además de los 20 hombres del bloque Bananero, confluyeron hombres de otros bloques, entre ellos, del Calima, Minero, Centauros y de Don Berma, además de que fue alias “Monoleche”, quien sin pertenecer al bloque Bananero, comandó el operativo, en línea directa bajo órdenes de Vicente Castaño.

Por lo tanto, dice, la operación que culminó con la muerte de Carlos Castaño no puede considerarse como una acción exclusiva del Bloque Bananero, sino como una acción “exógena” al mismo, independientemente de la concurrencia de su Comandante alias H.H. y de los veinte hombres escogidos.

Advierte que se trató de una acción atípica al interior de las AUC, y no de la ejecución de delitos indeterminados contra la población civil, sino el singular de dar muerte a Carlos Castaño Gil, en su condición de Comandante de las AUC.

Por ello, afirma, esa circunstancia de orden jerárquico lleva a sostener que la orden de matar a Carlos Castaño no se guardó al interior de la cúpula del Bloque Bananero, sino que esta fue compartida únicamente por Vicente Castaño, Monoleche y Móvil Cinco, quienes no pertenecían al Bloque en cuestión, por lo que su defendido no pudo conocer de la misma.

En esas condiciones, insiste, la línea o cadena de mando “no es instrumento de gobierno o autoridad monolítico”, es decir, que este aspecto de la jerarquía organizacional, aun tratándose de una organización criminal como las AUC, no puede obedecer a un simple

señalamiento nominal de organigrama cuando se trata de establecer responsabilidad en materia penal, en tanto la base probatoria del fallador se centra en el hecho, no discutido, de que alias Megateo es responsable del delito de concierto para delinquir con fines de organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, pero aparte de su condición de subcomandante del bloque Bananero, no se logró establecer con prueba útil y pertinente, los actos idóneos del mismo encaminados a causar la muerte de Carlos Castaño, porque no existía una cadena de mando entre él y los hombres que ejecutaron el homicidio.

Según el defensor, si bien no puede desconocerse que la muerte de Carlos Castaño obedeció a un plan previamente elaborado, no se demostró el aporte de su defendido a dicho plan, sin que la escogencia y remisión de los 20 hombres que participaron pueda tener relevancia en ese accionar, porque los hombres se remitieron con el fin de prestar seguridad en la zona de Ralito.

Destaca cómo el mismo Hevert Veloza García, alias H.H., narró que los veinte hombres del Bloque Bananero no sabían a qué iban, a excepción de alias Darío, quien se enteró el mismo día del accionar, una vez se presentó ante H.H. y los “combatientes” escogidos por Monoleche.

Insiste en que ningún testigo declaró haber escuchado o constarle que MIGUEL ÁNGEL SERRANO OSSA participó en la planeación del crimen, de donde no existe prueba sobre un aporte doloso del mismo.

Los restantes procesados, sometidos al trámite de sentencia anticipada, aceptaron sin discusión que se enteraron de la misión a la que se dirigían “días o momentos previos a la consumación del hecho”, y que fueron dirigidos por alias Monoleche, acatando órdenes de Vicente Castaño Gil.

Pero si se aceptara que alias Megateo es coautor intelectual del crimen sólo por el hecho

de haber convocado de tiempo atrás a veinte de sus hombres en maniobra connatural a su actividad paramilitar y de cotidiano acaecer, nadie ha señalado que esa convocatoria tenía el fin expreso de acabar con la vida de Carlos Castaño, de donde no se puede derivar conclusión distinta a que el rol de su defendido fue totalmente ajeno al actuar de un grupo de sus subalternos, quienes a pesar de ser miembros del Bloque Bananero no actuaron bajo consenso, con interdependencia, con conocimiento recíproco o acuerdo común, bajo la dirección o mando de su defendido.

Destaca que el testimonio de Hevert Veloza, narrando la total ausencia de SERRANO OSSA en la operación que produjo la muerte de Carlos Castaño, es apoyado por una veintena de declarantes, tanto de los atacantes como de las víctimas, entre ellos los alias La Vaca y El Tigre, narrando unos que nunca recibieron órdenes de Magateo destinadas a dar muerte a Castaño, y otros, que nunca lo vieron en el operativo.

Si en la operación confluyeron hombres de diferentes bloques, sólo podían ser aglutinados bajo un mismo mando, por un poder superior, como era el de Vicente Castaño Gil, Comandante General de las AUC y no por el exiguo mando de Megateo, de tal manera que su conducta mal puede adecuarse a la coautoría impropia, pues el fin propuesto por los partícipes, esto es, la muerte de Carlos Castaño Gil, no encuentra asidero en el rol específico que cumplió Megateo de colocar veinte hombres para la seguridad de Ralito.

Por lo tanto, dice, el Tribunal incurrió en error de hecho en la apreciación de la prueba al distorsionar su sentido, “al no cumplir con su obligación de establecer el efecto probatorio derivado exclusivamente de lo probado”.

Finalmente, dice acudir a la Corte para demandar la efectiva aplicación de las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación procesal, específicamente por la indebida aplicación del artículo 29, inciso 2o., porque no se cumplió con la obligación

de establecer, de acuerdo a lo probado, la responsabilidad de su defendido, esto es, el acuerdo común, la división del trabajo y la importancia del aporte.

Concluye que cuando se acude al único argumento de la condición de segundo al mando del Bloque Bananero que ostentaba alias Megateo, para endilgarle responsabilidad en los hechos investigados, parece aplicar la teoría de la autoría mediata por estructuras organizadas de poder, pero establecido está que los “hombres de atrás” eran Vicente Castaño, Alias Monoleche, y alias H.H., y no alias Megateo. Además, está claro que el Tribunal acudió al concepto de coautoría impropia para atribuir responsabilidad a su defendido, posición en la cual tergiversó la prueba.

Pide, en consecuencia, que se case la sentencia y en su lugar se absuelva a MIGUEL ÁNGEL SERRANO OSSA, alias Megateo, de los cargos de homicidio en la persona de Carlos Castaño Gil y la desaparición forzada de José Eudigen Estrada Pérez y los alias Fátima, Richar, El Nuevo, Bateman, Cucaracho y Dumar.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal advierte que los argumentos expresados por el censor para sustentar su reproche no permiten entrever que al analizar la prueba los funcionarios de instancia hayan tergiversado o desdibujado su contenido para ponerlo a decir aquello que objetivamente no se desprende de la misma, como tampoco que en su apreciación se desconocieron leyes de la ciencia, postulados de la lógica o reglas de la experiencia.

Considera que a partir de la óptica particular que le ofrece la apreciación de la prueba, el defensor se ocupa de exponer las razones por las cuales no es factible atribuir responsabilidad al procesado SERRANO OSSA, en cuanto no existió un acuerdo o compromiso entre éste y los dirigentes de las autodefensas que dieron la orden de perpetración y, en consecuencia, que su conducta estuvo dirigida simplemente a

suministrar veinte hombres para prestar seguridad en la zona de Ralito, descartando de esta forma la existencia de acuerdo previo entre ellos.

Sin embargo, para el Delegado, los elementos de juicio relacionados por el letrado en su escrito fueron examinados en su real dimensión, sólo que no les otorgó el alcance o connotación que se reclama, sin que resulte viable en consecuencia aducir la configuración de un error de hecho por falso juicio de identidad respecto de los mismos.

Pero además, ninguna razón le asiste al libelista porque el Código Penal vigente para la época de los hechos, al definir la coautoría, toma parte por un concepto funcional fundamentado en una concepción personal del injusto típico, lo cual permite considerar como coautor a aquella persona que realiza una parte necesaria de la ejecución del plan general, aunque no sea un acto típico en sentido estricto, pero debiendo participar, en todo caso, de la idéntica resolución delictiva, “mediando un acuerdo común”, con la advertencia que deben realizar los actos ejecutivos que le correspondan funcionalmente.

En este caso, agrega, la participación del procesado SERRANO OSSA no puede limitarse simplemente a la escogencia de los veinte hombres a su cargo para prestar vigilancia en Ralito, pues su vinculación a la organización criminal, en calidad de segundo comandante del “Bloque Bananero”, indica que tenía una posición de garante del efectivo cumplimiento de todas y cada una de las actividades delictivas a ejecutar por parte de las autodefensas, pues asumió voluntariamente la decisión de cometer delitos indiscriminados, entre ellos, quitarle la vida a Carlos Castaño.

Por lo tanto, su coordinación con los otros delincuentes para facilitar la ejecución de los delitos fue esencial y primordial, al punto que no es cierto que la supresión mental de su conducta no afecte la ejecución del delito, ya que no puede admitirse que los ejecutores eran mecánicamente intercambiables con un sentido de criterio de

fungibilidad.

Para el Delegado no puede perderse de vista que el delito se cometió por una organización criminal, siendo factible hablar de la teoría del dominio de la voluntad en virtud de estructuras de aparatos organizados de poder, caracterizados por la jerarquía de mando, que funcionan sin que sea decisiva la persona individual de quien ejecuta el hecho punible.

Por lo tanto, contrario a lo que alega el demandante, considera que del acusado es predicable la autoría mediata debido a su vínculo finalístico con los objetivos de quienes directamente dieron la orden y ejecutaron el hecho criminal y su realización comunitaria, con evidente desarrollo de una estructura delictiva vertical. Es decir, que participó en el criminal designio y actuó con conocimiento y voluntad para la producción del resultado comúnmente querido.

Los aquí procesados no se limitaron a emitir determinadas órdenes a los ejecutores materiales, sino que también participaron activamente en la realización de los comportamientos punibles mediante la ejecución de actividades que si bien no son iguales, si son equivalentes, no obstante lo complejo de los presupuestos fácticos que dieron lugar a la puesta en funcionamiento de la empresa criminal.

Culmina solicitando que no se case la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Razón asiste al Procurador Delegado cuando parte de señalar que los argumentos expresados por el censor no acreditan que al analizar la prueba el fallador haya tergiversado o desdibujado su contenido para ponerlo a decir aquello que objetivamente no se desprende de la misma, pues basta repasar los fundamentos de la sentencia para concluir que en ella se acogen totalmente las postulaciones que deriva el censor de los

elementos de juicio que menciona, centrándose la discrepancia en una discusión jurídica sobre los efectos que se dan a la acreditada intervención que tuvo el procesado MIGUEL ÁNGEL SERRANO OSSA, alias Megateo, en los hechos que desencadenaron en la muerte de Carlos Castaño Gil y la desaparición de varios miembros de su escolta personal.

En efecto, en la sentencia impugnada el Tribunal declara probados los siguientes hechos que fundamentan la atribución de responsabilidad a MIGUEL ÁNGEL SERRANO OSSA, en su condición de coautor de los delitos de homicidio agravado, concierto para delinquir con fines de paramilitarismo y desaparición forzada:

(i) El procesado SERRANO OSSA integraba las AUC, ejerciendo el rol de Segundo Comandante del Bloque Bananero, y como tal recibía órdenes de Hevert Veloza García, alias H.H. o Mono Veloza, primer Comandante del bloque, quien a su vez cumplía órdenes de Vicente Castaño Gil, hermano de Carlos Castaño Gil, máximos jefes de la AUC.

(ii) Vicente Castaño ordenó a Hevert Veloza García que acelerara la muerte de su hermano Carlos Castaño.

(iii) En marzo de 2004, Veloza García ordenó a SERRANO OSSA que escogiera veinte (20) de sus mejores hombres, aduciendo que se requerían para ejercer labores de seguridad en la zona de Ralito.

(iv) SERRANO OSSA o alias “Megateo”, transmitió la orden a su subalterno Henry Rodríguez Gómez, alias Darío, a quien entonces le encargó de escoger los veinte hombres “más aguerridos y expertos en el gatillo”, de los 120 que comandaba en el bloque. Los escogidos cumplieron sin indagar ni cuestionar los deseos de sus Comandantes, esto es, matar a Carlos Castaño y sus escoltas, cuyos cuerpos no se han recuperado.

(v) Es cierto que Hevert Veloza, como Comandante superior del Bloque Bananero, dijo

en sus declaraciones que el procesado SERRANO OSSA nunca fue enterado del propósito para el cual se le ordenó escoger veinte de sus mejores hombres, y que de la muerte de Carlos Castaño sólo se le enteró al día siguiente de su ocurrencia.

(vi) Pese a ello, el procesado SERRANO OSSA es coautor de los delitos ejecutados porque era el segundo al mando del Bloque Bananero, cuya finalidad no era de simple vigilancia, sino que se conformaron para cometer delitos indiscriminadamente, de manera libre, voluntaria y consciente, entre ellos, la ejecución de homicidios, incluso masivamente, sin justa causa, como es de público conocimiento.

(vii) Fue precisamente en razón de la importancia que tenía el procesado MIGUEL ÁNGEL dentro de la organización criminal, que su superior Hevert Veloza le delegó la escogencia de los veinte mejores hombres para el combate, aporte que resulta de vital trascendencia para el propósito buscado, pues se sabía que Carlos Castaño contaba con una escolta bien preparada.

(viii) El propósito criminal no tenía por qué comunicarse al segundo al mando, porque la organización funciona jerárquicamente. De tal manera que cuando el procesado envió veinte de sus mejores hombres, lo hizo para lo que a bien tuviera su superior, incluso matar a Carlos Castaño, porque el propósito de agremiación -cometer delitos- es conocido por todos, luego debe responder por las consecuencias que se presentaron.

Así las cosas, surge evidente, como ya se anunció, que el Tribunal no tergiversó la prueba al concluir cual fue la participación del procesado SERRANO OSSA en los hechos, pues después de advertir su rol como Segundo Comandante del Bloque Bananero, bajo la comandancia superior de Hevert Veloza García, alias H.H., reconoce que éste último le ordenó escoger veinte de sus mejores hombres sin comunicarle el verdadero motivo de su requerimiento, a lo cual accedió delegando en alias Darío la conducción

de los escogidos hasta el lugar donde finalmente se cumplió el cometido trazado por los máximos jefes de las AUC –entre los cuales no se encontraba SERRANO OSSA-, a saber, dar muerte al también cabecilla de la organización armada, Carlos Castaño Gil, operación en la cual se desapareció a varios miembros de su escolta personal.

Entonces, lo alegado coincide con lo que se declaró probado en el fallo, por lo que ningún fundamento tiene el reclamo del censor cuando esgrime la tergiversación de la prueba.

Otra cosa es que sobre ese supuesto fáctico, debidamente acreditado, el fallador haya derivado responsabilidad al procesado SERRANO OSSA en el homicidio y las desapariciones forzadas, bajo las condiciones arriba mencionadas, las cuales discute el censor al considerar que (i) no puede atribuirse coautoría impropia porque su defendido nunca conoció el verdadero propósito de la convocatoria de veinte de sus mejores hombres, siendo, por tanto, completamente ajeno al actuar de sus subalternos, quienes no ejecutaron el hecho con interdependencia, conocimiento recíproco, acuerdo común o bajo la dirección o mando de su defendido; (ii) tampoco se acreditó división de trabajo e importancia del aporte; y (iii) no es posible aplicar la tesis de la autoría mediata por estructuras organizadas de poder, pues los “hombres de atrás” en el caso juzgado serían Vicente Castaño y los Alias Monoleche y H.H., pero nunca alias Megateo.

La discusión planteada pone de relieve el problema jurídico que genera la delimitación de las figuras de autoría, coautoría y otras formas de participación, cuando de la imputación de responsabilidad a miembros de organizaciones criminales jerarquizadas se trata.

El tema ha suscitado interminables debates dogmáticos, generando la elaboración de diversas propuestas que buscan hacer frente a estas formas de delincuencia en las que la nota característica es el distanciamiento que existe entre los integrantes de la cúpula de la organización respecto de aquellos que ejecutan personalmente las acciones

delictivas, a pesar de lo cual la capacidad de decisión y ejecución de las órdenes de los dirigentes se encuentra garantizada.

El punto también ha sido tratado por la Sala en distintas oportunidades, siendo pertinente destacar el estudio efectuado en el fallo de casación CSJ SP, 8 de agosto de 2007, Rad. 25.974, ocasión en la cual, partiendo del contenido de los artículos 29 y 30, inciso 2º, del Código Penal, se tocan los conceptos de autor material, autor mediato y las categorías de participación en el delito conocidas como coautoría material propia e impropia.

Frente a estas últimas, destaca la Sala que la primera se presenta cuando varios individuos mediante acuerdo previo o concomitante realizan la conducta, pero todos actualizan el verbo rector definido en el tipo. La segunda tiene lugar cuando entre las personas que concurren a la comisión del delito media división de trabajo, figura que también se conoce como “empresa criminal”, donde todos realizan una parte del delito, independientemente de su trascendencia individual, pues lo que cuenta es el aporte a la empresa y la obtención del objetivo buscado.

Igualmente, se asume la diferencia entre la determinación y la autoría mediata, para señalar que:

En aquella (determinación) se establece una relación persona a persona a partir de una orden, consejo, acuerdo de voluntades, mandato o coacción superable entre el determinador y el determinado (autor material), dado que ambos conocen de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad del comportamiento realizado, pero sólo éste tiene dominio del hecho, motivo por el cual, también ambos responden penalmente de la conducta hasta la fase en que se haya cometido.

Por su parte, en la figura de la autoría mediata, entre autor mediato (también denominado “el hombre de atrás” o el que “mueve los hilos”) y ejecutor instrumental, se establece

una relación persona a “persona objetivada” o cosa, pues se soporta en una coacción ajena insuperable, en una inducción en error o en el aprovechamiento de un error, de manera que sólo el autor mediato conoce de la tipicidad, ilicitud y culpabilidad del comportamiento, en tanto, que el ejecutor instrumental obra – salvo cuando se trata de inimputables¹– bajo una causal de exclusión de responsabilidad, motivo por el cual, mientras el autor mediato responde penalmente, el ejecutor instrumental, en principio, no es responsable.

En el mismo antecedente, sin aplicarla, se refiere la Corte a la teoría del profesor alemán Claus Roxin, quien incluye una tipología adicional dentro de la figura de la autoría mediata, relativa a la condición de quien actuando como jefe de un aparato organizado de poder, imparte una orden, pues sabe que alguien de la organización –sin saber quién– la ejecutará, de modo que “el hombre de atrás” no necesita recurrir ni a la coacción ni a la inducción en error o al aprovechamiento de error ajeno (hipótesis tradicionales de la autoría mediata), puesto que, además, tiene certeza de que si el ejecutor designado no cumple con su tarea, otro la realizará, es decir, que el autor inmediato resulta fungible y, por tanto, su propósito será cumplido.

En tal planteamiento, agregó la Corte, dada la fungibilidad del autor material, el “hombre de atrás” desconoce quién será el que finalmente ejecute la orden impartida, pero es evidente que tiene el dominio del hecho, en cuanto le asiste certeza en que por el control que tiene del aparato organizado, su voluntad se cumplirá, motivo por el cual se trata de un autor mediato.

Esta posición dogmática permite predicar responsabilidad tanto de quien ha ejecutado el hecho personalmente, como de quien no lo ha hecho pero se encuentra vinculado al mismo en virtud de su pertenencia, con cierto poder de mando, al aparato organizado de poder.

Ahora bien, la asunción de esta tesis para el caso colombiano no ha sido pacífica, ni puede constituir una regla general, pues en la mayoría de los casos la jurisprudencia de la Sala ha considerado que quienes imparten las órdenes dentro de una de tales organizaciones criminales tienen la condición de coautores materiales impropios por división de trabajo², y no, de autores mediatos como lo postula el profesor Roxin.

Ilustrativa de esta posición resulta la sentencia de casación CSJ SP, 7 de marzo de 2007, Rad. 23815, donde se analizó la responsabilidad de quienes participaron en la voladura del oleoducto cercano a Machuca, en la cual se afirma que:

Se predica la coautoría, cuando plurales personas son gregarias por voluntad propia de la misma causa al margen de la ley, comparten conscientemente los fines ilícitos propuestos y están de acuerdo con los medios delictivos para lograrlos, de modo que cooperan poniendo todo de su parte para alcanzar esos cometidos, realizando cada uno las tareas que le corresponden, coordinadas por quienes desempeñen a su vez el rol de liderazgo.

En tales circunstancias, quienes así actúan, coparticipan criminalmente en calidad de coautores, aunque no todos concurren por sí mismos a la realización material de los delitos específicos; y son coautores, porque de todos ellos puede predicarse que dominan el hecho colectivo y gobiernan su propia voluntad, en la medida justa del trabajo que les correspondiere efectuar, siguiendo la división del trabajo planificada de antemano o acordada desde la ideación criminal.

En el presente caso, donde subversivos del ELN, de distintas jerarquías, sumaron sus voluntades libres para dinamitar el oleoducto cercano a Machuca, en cumplimiento de las políticas de ataque terrorista a la infraestructura petrolera, compartidas por todos ellos, es evidente que los directivos de esa organización criminal no actuaron como

determinadores de los ejecutores materiales, sino en calidad de coautores, porque no es cierto, al menos las pruebas no lo indican así, que dichos directivos hubiesen hecho nacer la idea criminal en los milicianos rasos y menos que dominaran la voluntad de éstos; pues, por el contrario, lo que se verifica razonablemente es que los guerrilleros del ELN implicados en la destrucción de la tubería desplegaron la conducta que les correspondía, con acuerdo previo, por convicción propia, por compartir las 'políticas' del grupo armado ilegal, directrices que conocían y a las cuales habían adherido con antelación, en un proceso paulatino de reclutamiento, diseño de estrategias, entrenamientos, aprendizaje de doctrinas y estandarización de modos de actuar.

Mediando, como en el presente asunto, ideologías compartidas, voluntades concurrentes e intervención con aportes concretos según la división preacordada del trabajo criminal, se afirma que todos son coautores globalmente de la conducta delictiva realizada y responsables por sus consecuencias. No es, como suele entenderse, que cada uno sea autor sólo de la parte que le corresponde en la división del trabajo; ya que en este género de manifestaciones del crimen organizado se gesta un conocimiento común y una voluntad que también es común y por ello, el delito que recaiga en ese marco de acción, pertenece a todos como a sus autores.

Quizá, un entendimiento equivocado de esa temática, llevó al Tribunal Superior a concluir erróneamente que los integrantes del Comando Central del ELN son responsables únicamente por trazar 'políticas' de ataques terroristas a la infraestructura petrolera, pero no así de las voladuras concretas de los oleoductos, que, serían atribuibles sólo a sus ejecutores. Y tal conclusión es incorrecta, porque parte de suponer que los directivos del grupo armado ilegal se limitan a trazar líneas de pensamiento político, como si ignorase que tales directrices también son de acción delictiva; y que para su materialización consiguen recursos, los administran, los adjudican a los planes operativos concretos y asignan prioridades a las gestiones de

ataque al 'enemigo' o simplemente para el adoctrinamiento o la supervivencia cotidiana del grupo.

De otra parte, cuando existe división del trabajo criminal, para predicarse la coautoría impropia, no se requiere – como piensa el Tribunal Superior – que hasta los más mínimos detalles de las tareas que a cada uno corresponden, deban ser previamente determinados con la aquiescencia de todos.

Un 'experto' en instalar artefactos explosivos no necesita recibir instrucciones minuciosas. Es más, él puede seleccionar el tiempo, modo y la ubicación que estime adecuados y no por ello desarticula el vínculo de coautoría con los restantes partícipes que aportaron su gestión para lograr el delito común. En ello consiste precisamente la división del trabajo según la habilidad o especialidad de cada quien, todo para lograr una finalidad ilícita compartida; ya que, si así no fuera, indistintamente cualquiera acudiría a realizar las diversas acciones, caso en el cual la intervención plural podría no ser necesaria.

No obstante ese criterio reiterado, enfrentada la Corte al proceso de justicia y paz regulado en la Ley 975 de 2005 y al tipo de criminalidad que allí se debate, vio la necesidad de admitir posiciones doctrinales foráneas que permitieran la imputación de responsabilidad por cadena de mando, como se reconoce en la sentencia CSJ SP, 2 de septiembre de 2009, Rad. 29.221, donde se afirma que la figura de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, es aplicable en materia transicional, explicándose las razones de ello.

Así se refirió la Corte en su momento:

"(...) para el caso colombiano esta teoría de "la concurrencia de personas en el delito y los aparatos organizados de poder", "autoría mediata en aparatos organizados de poder con instrumento fungible pero responsable" o "autor tras el autor", la doctrina

más atendible la viabilizó:

En primer lugar, para garantizar la prevención general como función de la pena, pues la sociedad reprochará en mayor medida a los autores y no a los partícipes de las conductas punibles; segundo, porque al reprochar socialmente a la organización delictiva y a las diversas formas de participación que en ella se presenten, se desestimula la delincuencia y el dirigente se torna visible ante la sociedad; tercero, porque las diferentes formas de responsabilidad se justifican en razón al principio de proporcionalidad y a la función de retribución justa que significa reconocer el principio de accesoriedad, porque no es posible reprocharle a una persona su calidad de partícipe bien como instigador, determinador, cómplice o interviniente, sin haber reconocido previamente la identidad del autor; y, en cuarto lugar, porque en aras de garantizar el derecho a la verdad, sólo es posible establecer las cadenas de mando bajo las cuales opera una organización delictiva, su estructura y su funcionamiento si se sabe quiénes conforman la cúpula, los mandos medios y los miembros rasos de esos aparatos o grupos organizados al margen de la ley. Además, de contera, se garantiza el derecho a la no repetición y se podrá aplicar a los miembros rasos, muy seguramente, el principio de oportunidad condicionado, siempre y cuando sus conductas delictivas no estén dentro del marco de los delitos de lesa humanidad o contra el DIH y colaboren efectivamente, en el desmantelamiento de dichos grupos.

La aplicación de la tesis se constata igualmente en el asunto de justicia y paz cursado bajo el radicado No. 38.250, donde expresamente se dijo que la responsabilidad del postulado en ese caso, como Comandante del Frente 'William Rivas', grupo organizado de las A.U.C., debía predicarse bajo la figura de autor mediato a través de aparatos organizados de poder con instrumento fungible, pero responsable, y no como responsabilidad del superior, dado que los crímenes cometidos por los integrantes del grupo ilegal se realizaron según las instrucciones y precisiones de la comandancia, esto es, por orden expresa del postulado vinculado al asunto o de los

máximos dirigentes de las Autodefensas Unidas de Colombia (ver CSJ AP, 26 de septiembre de 2012, Rad. 38.250).

Avanzando en la consolidación de la postura, la Corte extendió la aplicación de la tesis de la autoría mediata con autor material responsable a casos contra aforados constitucionales por sus vínculos con grupos armados al margen de la ley (conocidos en el medio como parapolítica y farcpolítica), citando al efecto el proceso de única instancia radicado bajo el No. 38.805, en cuya sentencia (CSJ SP, 23 de febrero de 2010, Rad. 38.805), se hicieron las siguientes afirmaciones sobre la intervención del procesado en los hechos juzgados:

... ya ha tenido ocasión de referirlo la Corte³, el aforado estaba en la cúpula de una estructura criminal integrada por un número plural de personas articuladas de manera jerárquica, quienes mediante división de tareas y concurrencia de aportes -los cuales pueden consistir en órdenes en secuencia y descendentes-, realizaron conductas punibles, fenómeno que es factible comprenderlo a través de la metáfora de la Cadena⁴.

Esa solución frente al fenómeno de la intervención de múltiples sujetos en la acción criminal se aproxima a las respuestas brindadas por la Corte en otros asuntos conocidos con anterioridad⁵ y resulta cercana a expresiones recientes de la doctrina⁶ y la jurisprudencia⁷ foráneas aplicadas a fenómenos similares.

La Sala ha precisado que cuando se trata de delitos cometidos por grupos paramilitares la responsabilidad se determinará de acuerdo con la prueba y podrá declararse,

“... a título de autor⁸ o de partícipe⁹ según las particularidades de cada caso¹⁰, supuestos que en todo caso no impiden la imputación del concierto para delinquir y los delitos ejecutados en desarrollo de lo acordado.”

En la doctrina nacional se ha discutido la denominación jurídica que deben recibir las

personas que participan de una organización criminal, como es el caso de las mafias de los narcotraficantes y los aparatos de poder organizados y dirigidos por paramilitares y organizaciones guerrilleras.

Los comentaristas proclaman que dichos individuos estrictamente no son coautores ni inductores y proponen que su responsabilidad se edifique a partir de la autoría mediata, teniéndose como fundamento de dicha responsabilidad el control o influencia que sobre la organización criminal ejercieron los superiores, de modo que los ejecutores son piezas anónimas y fungibles que realizan directamente la acción punible sin que siquiera conozcan a los jefes que ordenan el crimen.

No obstante, como en la autoría mediata se entiende que el ejecutor material es un mero instrumento y tal conceptualización no se corresponde con la que debería aplicarse tratándose de aparatos de poder organizados, se aboga por la aplicación de aquélla con instrumento responsable.

En esa dirección, el debate doctrinal y los desarrollos de la jurisprudencia foránea, unidos a la mejor solución político-criminal del problema jurídico, llevan a la Corte a variar su jurisprudencia en punto a que la autoría mediata sólo se presenta,

“... cuando una persona, sin pacto tácito o expreso, utiliza a otra como simple instrumento para que realice el hecho objetivamente típico. El fenómeno ocurre, entonces, cuando el ‘hombre de atrás’ es el único responsable, porque el instrumentalizado no realiza conducta, o despliega conducta que no es típica, u obra en concurrencia de una causal de no responsabilidad -excluyente de antijuridicidad o de subjetividad- o es inimputable”¹¹.

Ciertamente, cuando se está ante el fenómeno delincencial derivado de estructuras o aparatos de poder organizados¹², los delitos ejecutados son imputables tanto a sus dirigentes -gestores, patrocinadores, comandantes- a título de autores mediatos, a sus

coordinadores en cuanto dominan la función encargada -comandantes, jefes de grupo- a título de coautores; y a los directos ejecutores o subordinados -soldados, tropa, patrulleros, guerrilleros o milicianos-, pues toda la cadena actúa con verdadero conocimiento y dominio del hecho y mal podrían ser amparados algunos de ellos con una posición conceptual que conlleve la impunidad.

Finalmente, cabe citar la aplicación de la tesis de la autoría mediata en el caso donde se juzgó el homicidio de Alfredo Correa De Andreis, en el cual se comprobó que el procesado tenía nexos con el Bloque Norte de las Autodefensas y que como Director del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, puso la institución oficial a disposición de un aparato militar ilegal -AUC-.

Allí se reiteró que cuando se está ante el fenómeno delincriminal derivado de estructuras o aparatos de poder organizados, los delitos ejecutados son imputables tanto a sus dirigentes -gestores, patrocinadores, comandantes- a título de autores mediatos, a sus coordinadores en cuanto dominan la función encargada -comandantes, jefes de grupo- a título de coautores; y a los directos ejecutores o subordinados -soldados, tropa, patrulleros, guerrilleros o milicianos-, en calidad de autores materiales, pues toda la cadena actúa con verdadero conocimiento y dominio del hecho y mal podrían salir favorecidos algunos de ellos con una posición conceptual que comporte la impunidad.

Solución al caso concreto.

De todo lo expuesto, en punto del caso objeto de estudio, observa la Sala que al fundamentar la atribución de responsabilidad al procesado MIGUEL ÁNGEL SERRANO OSSA, alias Megateo, en la muerte de Carlos Castaño y la desaparición de varios miembros de su escolta personal, el Tribunal incurre en un error de fundamentación jurídica al combinar elementos configurativos de la participación por coautoría impropia con otros

que conforman la autoría mediata según la tesis roxiniana, cuando los hechos probados sólo se acomodan a una de las formas que estructuran la intervención en el delito.

En efecto, véase cómo al construir los elementos de la responsabilidad de SERRANO OSSA, parte el Tribunal de reconocer que el mismo no conoció, antes de la ejecución de los delitos, el propósito real para el cual se le ordenó escoger veinte de los más aguerridos hombres bajo su mando, ya que de la muerte de Carlos Castaño sólo se enteró después de su ocurrencia.

Partiendo de ese reconocimiento, que no admite discusión probatoria según lo analizado con antelación, el Tribunal, acudiendo al rol que ejercía el procesado como segundo al mando del Bloque Bananero, cuya finalidad, dijo, no era la simple vigilancia sino la ejecución indiscriminada de delitos, entre ellos, homicidios, considera que el aporte hecho por el mismo, esto es, la escogencia de los veinte hombres, fue trascendente para el propósito buscado -dar muerte a Carlos Castaño-, argumentos que ubican el comportamiento dentro de la figura de la coparticipación criminal por coautoría impropia.

Ello, porque en la lógica del Tribunal bastaba que el procesado hiciera parte del grupo armado y compartiera conscientemente sus ideales y fines ilícitos, para encajar su actuación como un aporte relevante en la ejecución de un delito que si bien no planificó y ni siquiera conoció, se acomodaba a las actividades cotidianas de la empresa criminal.

Empero, el Tribunal construyó el elemento subjetivo, consustancial al delito, a partir del artificio jurídico de extractar de la teoría de la responsabilidad por línea de mando en aparato organizado de poder, uno que dijo factor inmanente a ella, referido a que no era necesario comunicar al procesado el propósito criminal de la cúpula paramilitar, dado que su ubicación jerárquica al interior del grupo conducía a que se cumplieran las órdenes sin el conocimiento del propósito específico, en razón a que la organización cometía

delitos de este tipo.

Sin embargo, el Tribunal pasó por alto que la circunstancia referida no corresponde a un elemento propio de la teoría en cuestión.

En efecto, como en precedencia se detalló, la tesis roxiniana de autoría mediata con responsabilidad del ejecutor material requiere, como elemento fundamental, de la expedición de órdenes específicas que van descendiendo jerárquicamente en la línea de mando y por ello vinculan a quien la profirió, al que la transmitió y a aquel que efectivamente la ejecutó, en el entendido, desde luego, que este último responde como autor material directo, dado que la tesis ha sido construida para vincular a los mandos altos y medios, que así se determinan penalmente como autores mediatos, los primeros en la pirámide, y coautores, los gestores.

Ello, siempre y cuando todos conozcan y compartan el cometido inserto en la orden primigenia, esto es, a título de ejemplo, que el comandante ordene el crimen, los gestores reciban la orden y la transmitan a los ejecutores, proporcionando los medios para su materialización.

Entonces, en el caso concreto, el Tribunal no podía acudir a la teoría examinada bajo la tesis de que la ubicación jerárquica conduce inexorablemente a conocer y querer lo ordenado por el superior, simplemente porque lo transmitido por este es ajeno a lo que efectivamente sucedió.

En el caso concreto, el dolo atribuible al procesado por los delitos que se le enrostran, no proviene directamente de su vinculación con la línea de mando o el respeto a la jerarquía que comporta lo ordenado por sus superiores, sino por ocasión del ideario propio del grupo criminal y la evaluación que necesariamente debió hacer él respecto al hecho puntual de que se le pidió escoger a sus mejores hombres -vale decir, los más aguerridos, con mejor experiencia en el combate y mayor capacidad de

ejecución de delitos- para cumplir una misión en interés del grupo.

Acorde con ello, si se tiene claro que la organización de manera general y reiterada se ocupaba de ejecutar conductas delictuosas tales como homicidios, desapariciones, desplazamientos, etc., y si además él como mando medio de aquella seleccionó un grupo de hombres para cumplir una misión trascendente, no cabe duda que, cuando menos, el acusado SERRANO OSSA pudo advertir posible la materialización de conductas de esta naturaleza y, en particular, de cualquier tipo de homicidio y desaparición forzada.

Es que, destinados los hombres, se repite, el grupo selecto, a la misión particular de vigilancia o control, no puede ser ajeno a sus comandantes que en tránsito de ello -no en vano portan armas y se encuentran dispuestos a usarlas en variadas eventualidades-, efectivamente lleven a cabo delitos propios no solo del ideario del grupo sino de las particularidades que la misión comporte.

Entonces, si no se discute que dentro del accionar del grupo, era factible advertir la posibilidad de cometer delitos, entre ellos homicidios y desapariciones forzadas, lo aquí examinado apenas constituye corroboración de esa posibilidad, sin que importe, para efectos de la adscripción penal dolosa, quién en particular operó como víctima.

Como lo sostiene el Tribunal, pero en aplicación estricta de la tesis de la coautoría impropia, el procesado desarrollo una actividad trascendente para un resultado final que necesariamente ha de adscribirse a su conocimiento y voluntad, así estos no operen de manera directa, o mejor expresa en el hecho específico ejecutado por el grupo.

En consecuencia, el yerro de fundamentación dogmática advertido en la decisión, resulta completamente intrascendente, pues, en aplicación estricta del instituto de la coautoría impropia se llega a la misma conclusión, vale decir, que el procesado es responsable de las conductas que se le atribuyen, a título de dolo, pues, en la orden que

dio para que los hombres escogidos se dirigieran al lugar donde se ejecutaron los delitos de homicidio y desaparición forzada, fundamental para la materialización de este resultado, van insertos los presupuestos de conocimiento y voluntad anejos a este.

Por lo tanto, no prospera la censura.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

NO CASAR la sentencia impugnada.

Contra esta decisión no procede recurso alguno

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

I m p e d i d o

EYDER PATIÑO CABRERA

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 En estos casos, dijo la sala, el ejecutor sí responde, pues al inimputable se le pueden imponer medidas de seguridad.

2 Partidario de esta tesis es el profesor Günther Jakobs.

3 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación de 2 de septiembre de 2009, radicación 29221.

4 Ibídem.

5 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias de casación de 7 de marzo de 2007, radicación 23825 (Caso de la Masacre de Machuca); y de 12 de septiembre de 2007, radicación 24448 (Masacre de La Gabarra).

6 Héctor Olásolo, «Reflexiones sobre la doctrina de la empresa criminal común en derecho penal internacional», Barcelona, Indret -Revista para el Análisis del Derecho, Universidad Pompeu Fabra, julio de 2009 (...) Véase también, Silvana Bacigalupo Saggese, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Barcelona, Editorial Bosch, 1998, p. 35 y ss.

7 Véase sentencia contra Alberto Fujimori (...) (Corte Suprema de la República de Perú, Sala Penal Especial, expediente N° AV 19-2001, sentencia de 7 de abril de 2009, hechos de Barrios Altos, La Cantuta y sótanos SIE). Los anteriores fundamentos fueron confirmados en el fallo de segunda instancia (Ver Corte Suprema de la República de Perú, Sala Primera Penal Transitoria, expediente N° AV 19-01-2009, sentencia de

30 de diciembre de 2009).

8 En el proceso adelantado contra los miembros de las Juntas Militares que gobernaron a Argentina (1976-1983), el fiscal Trassera y la Cámara Federal imputaron autoría mediata con instrumento fungible pero responsable (Teoría de Roxin y Bacigalupo), pero la Corte Suprema de la Nación condenó por coautoría (Teoría de Jakobs). En Chile, se aplicó la primera teoría contra los militares y los Directores de la DINA, y contra Pinochet el encausamiento fue por comisión por omisión al tener calidad de garante. Y en Perú, se aplicó por primera vez la propuesta de Roxin en la causa adelantada contra la cúpula de Sendero Luminoso por los hechos de la masacre de Lucanamarca y más adelante -como ya se anotó- en la sentencia dictada contra el expresidente Alberto Fujimori.

9 En la doctrina desarrollada por Gimbernát se considera que en los crímenes cometidos por una banda serán inductores quienes dan las órdenes, autores los ejecutores del hecho y cómplices los que transmiten el mandato.

10 Fernando Velásquez Velásquez, «La concurrencia de personas en el delito y los aparatos organizados de poder. A propósito de los crímenes realizados por las estructuras criminales de los paramilitares colombianos», fotocopias, sin fecha, p. 35. Es posible que respecto de los miembros de la autoridad se edifique responsabilidad penal a partir de la denominada omisión impropia, como ocurrió en las masacres de Tibú (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación de 14 de noviembre de 2007, radicación 28017) y Mapiripán (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación de 26 de abril de 2007, radicación 25889 y Corte Constitucional, sentencia SU-1184/01), oportunidades en las que se consideró que los miembros de la Fuerza Pública tenían posición de garante respecto de los bienes jurídicos de la población civil y, con ello, responsabilidad penal en la modalidad de comisión por omisión.

11 Por ejemplo, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de única

instancia de 29 de septiembre de 2003, radicación 19734, reiterada en auto de única instancia de 10 de junio de 2008, radicación 29268.

12 También referenciada como “dominio del hecho a través de aparatos organizados de poder”, “autoría a través del poder de mando” y “autoría por dominio de la organización”, entre otros.