



Hoja No. 1. Directiva No.  0001 *“Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano”*

Directiva No. - 0001

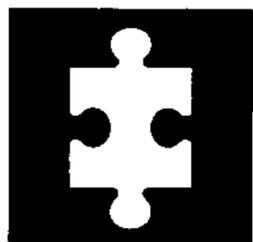
“Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano”

I. CONTENIDO¹

La presente directiva tiene la finalidad de desarrollar los criterios generales de imputación que sirven para la determinación de la responsabilidad penal de los miembros dirigentes de un grupo armado insurgente. De este modo se expondrá, para comenzar, el sistema de doble imputación desarrollado por la doctrina penal para el caso especial de la macro-criminalidad, contexto en el cual se suelen cometer graves violaciones a los derechos humanos. Seguidamente se presentará el esquema concreto de imputación objetiva aplicable para el caso especial de estudio para finalizar con una breve mención a los aspectos generales del tipo subjetivo, especialmente, de la conducta dolosa.

El sistema de imputación aquí propuesto se refiere exclusivamente a los delitos cometidos a manos de los miembros de un grupo insurgente. Por esta razón, se dejará a un lado todo lo referente a la responsabilidad de los militares por los delitos que se realicen en el ejercicio de sus funciones, dado que este sistema de responsabilidad penal responde a otra forma de fundamentación, a saber, la infracción de las normas penales en virtud de una posición de garante institucional.

¹ Con fundamento en los lineamientos del Fiscal General de la Nación, esta directiva fue proyectada por la dra. Nathalia Bautista, asesora externa de la Entidad.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

Hoja No. 2. Directiva No.  **0001** "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

II. FUNDAMENTOS

El objetivo de la presente directiva es brindar las herramientas necesarias para determinar la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano. A continuación, expondremos los fundamentos jurídicos y jurisprudenciales que nos permitieron adoptar las anteriores las decisiones.

A. Determinación de la responsabilidad individual por medio del sistema de doble imputación

1. Necesidad de adopción del sistema de doble imputación en contextos de macro-criminalidad

La Fiscalía General de la Nación, consciente de la complejidad que implica la investigación y la determinación de la responsabilidad penal de los miembros de un grupo armado insurgente, ha decidido adoptar un modelo desarrollado por la doctrina penal extranjera que facilita esta difícil labor y que encuentra el soporte normativo suficiente para darle aplicación en el sistema penal nacional. Se trata concretamente de un *sistema de doble imputación*, dado a conocer especialmente por la doctrina del derecho penal internacional¹. Este sistema de doble imputación, esbozado por primera vez en 1998 por el autor alemán MARXEN², busca superar en el contexto especial de

¹ Ambos, Kai. Internationales Strafrecht, Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe, München 2014, § 7, Nota al margen 10 y ss.

² Cfr. Marxen, Klaus. Beteiligung am schweren systematischen Unrecht. Bemerkungen zu einer völkerstrafrechtlichen Straftatlehre, en: Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse, Lüderssen (Hrsg.), Tomo III, Baden- Baden 1998, p. 220 y ss.; el trabajo de MARXEN ha sido fuente de inspiración para varios autores del derecho penal internacional que han tratado



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

Hoja No. 3. Directiva No.  0001 "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

la macro-criminalidad los inconvenientes que se presentan cuando se intenta definir el sentido penal de la conducta sin atender al contexto particular en la que se desenvuelve, esto es, partiendo de la realización aislada o individual del tipo, tal como lo plantean los modelos clásicos de imputación penal³. En el contexto de la macro-criminalidad el examen de responsabilidad individual debe partir, por el contrario, del *análisis del contexto* en el que se ejecutan las conductas de cada uno de los intervinientes y que está determinado por el funcionamiento propio de la organización en cuestión.

Así, el significado de la conducta o aporte individual del miembro de la organización se determina atendiendo concretamente a la *competencia* que tiene cada interviniente dentro de la misma. De este modo, se habla, en primer lugar, de la interpretación del sentido normativo del "*hecho total*" y, en segundo lugar, de la consideración del "aporte individual" o "particular" del sujeto en concreto respecto del hecho total. Así, por ejemplo, en el nivel de imputación al colectivo, debe entenderse que la comisión de un secuestro, un desplazamiento forzado o un homicidio corresponde al "hecho total" que le es imputable a la organización. El hecho total es igualmente imputable a cada uno de los miembros de la organización que participó para llevar a cabo su ejecución. Esta última perspectiva del análisis corresponde al nivel individual de imputación atendiendo al aporte particular al hecho.

particularmente el problema de la determinación de la responsabilidad individual (penal) y grado de participación delictiva. Dentro de este grupo de autores se pueden mencionar a *Werle*, Gerhard. Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht, en: ZStW 109 (1997), p. 807 y ss.; *el mismo*, Völkerstrafrecht und geltendes deutsches Strafrecht, en: JZ 2000, p. 755 y ss.; *el mismo/Burghardt*, Boris. Täterschaft und Teilnahme im Statut des Internationalen Strafgerichtshofs, en: Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, Heger et. al. (Editor), München 2014, p. 851 y ss., *Vogel*, Joachim. Individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht. Zugleich ein Beitrag zu den Regelungsmodellen der Beteiligung, en: ZStW 114 (2002), p. 403 y ss. y *Ambos*, Internationales Strafrecht, Cit., § 7, Nota al margen 10 y ss.

³ *Marxen*, Beteiligung, Cit., p. 220 y ss.



Hoja No. 4. Directiva No. 0001 "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

En este sentido se entiende que la comisión de los delitos en el caso especial de la macro-criminalidad se caracteriza por la concurrencia de numerosos aportes individuales⁴. El funcionamiento de este tipo de organizaciones conduce, concretamente, a la comisión sistemática de ciertos tipos penales. Por esta razón, el examen de responsabilidad penal debe abarcar un nivel superior al del análisis de la conducta individualmente considerada⁵. Según esto, lo relevante es reconocer que, si bien se trata de determinar la responsabilidad individual, el sentido del *actuar del colectivo* es en últimas aquello que define el sentido del *actuar individual*. Luego el acto del colectivo debe serle en principio imputado al miembro de la organización individualmente considerado.

Este sistema de doble imputación es el modelo más adecuado para la determinación de la responsabilidad penal en el ámbito particular de los delitos del Derecho penal internacional⁶. Ello obedece a que este tipo de delitos contiene un así llamado "elemento de contexto". Esto quiere decir exactamente que la forma especial de comisión en contexto de las diversas conductas parte de los tipos penales es aquello que define su sentido normativo⁷. Así, por ejemplo, el delito de genocidio no se puede definir por la consideración aislada de un homicidio o la simple suma de varios homicidios. Lo que define el sentido normativo de este tipo penal es la interpretación de la comisión de un homicidio como parte de un plan que busca eliminar cierto grupo de personas por su pertenencia a una nación, etnia, raza

⁴ *Marxen, Beteiligung*, Cit., p. 234 y ss.

⁵ En este sentido *Marxen, Beteiligung*, Cit., p. 220 y ss. (228); *Ambos, Internationales Strafrecht*, Cit., § 7, Nota al margen 10 y ss.; ver al respecto también *Vogel, Individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht*, ZStW 114 (2002), Cit., p. 403 y ss.

⁶ *Marxen, Beteiligung*, Cit., p. 220 y ss.; así también *Ambos, Internationales Strafrecht*, Cit., § 7, Nota al margen 10 y ss.

⁷ Ver al respecto *Vogel, Individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht*, ZStW 114 (2002), Cit., p. 420 y ss.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

Hoja No. 5. Directiva No. E - 0001 "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

o religión⁸. De llegarse a cometer una serie de homicidios con una intención genocida, el sentido normativo de la "terminación de la vida" deberá entenderse como parte de un programa genocida. El "homicidio" deberá interpretarse entonces como "genocidio".

Siendo así, la doctrina entiende que el derecho penal de la guerra y los delitos de lesa humanidad se dan en el contexto de una "violencia sistemática organizada" y la "gravedad del hecho total" es lo que define finalmente la calificación jurídica de la conducta⁹. De este modo, se entiende que el hecho total se refiere concretamente al "ataque sistemático contra la población civil" y, el hecho particular, a todo aporte individualmente considerado que se suma con otros para dar el significado global¹⁰. Para la teoría de la intervención delictiva se trataría del problema de la unión de varias ejecuciones en una "ejecución global", esto es, la ejecución de las conductas delictivas conforme a un programa, donde el vínculo de cada ejecución se establece a partir de su significado para el contexto, v. gr., *objetivamente*¹¹.

⁸ Así conforme al Art. 6 del Estatuto de Roma. En la legislación penal colombiana se adiciona, no obstante, la pertenencia de la víctima a un grupo político, según el artículo 101, C.P.; la referencia a la necesidad de interpretar objetivamente la semántica del tipo de genocidio aquí planteada no niega en ningún momento la importancia de considerar el elemento subjetivo de la "intención genocida". Lo que se quiere decir es que el fin especial de destruir un grupo social determinado *se expresa* en el actuar del colectivo. Los tipos penales que se definen por sus ingredientes subjetivos, o bien, sus elementos intencionales, son siempre objeto de interpretación. Luego el contexto del actuar es lo que permite interpretar normativamente el sentido de la conducta.

⁹ Werle, *Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht*, ZStW 109 (1997), Cit., p. 818.

¹⁰ Cfr. Werle, *Völkerstrafrecht und geltendes deutsches Strafrecht*, JZ 2000, Cit., p. 757; *el mismo*, *Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht*, ZStW 109 (1997), p. 818.

¹¹ Jakobs, *Teoría de la intervención*, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, U. Externado de Colombia, Bogotá (en publicación), III.B.4: "(...) la cuestión de si el homicidio de cien personas judías en un campo de concentración es 'solamente' un homicidio de cien personas o es una intervención en destrucciones de millones de ellas conforme a un programa es algo no se puede deducir únicamente a partir del acontecer exterior del hecho, y debería resultar evidente que la 'decisión común de cometer el hecho', invocada una y otra vez, no hace justicia a la problemática, pues de este modo desplaza la problemática a lo privado. Así, el § 7 apdo. 1 núm. 1 VStGB se orienta acertadamente a que un homicidio tenga lugar 'en el marco de un ataque extenso o sistemático contra la población civil', esto es, que tenga lugar objetivamente en este contexto y no, por ejemplo, con la intención de adaptarse o algo semejante (...)".



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

Hoja No. 6. Directiva No. - **0001** "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

La literatura del derecho penal¹² ha reconocido finalmente que este sistema especial de atribución de responsabilidad penal es aplicable en todo tipo de contextos de macro-criminalidad. De este modo, este modelo de imputación serviría para cualquier tipo de delito que se cometa en este contexto especial de delincuencia organizada. Un ejemplo claro se encuentra en el caso de la criminalidad empresarial, la administración pública o el simple funcionamiento de bandas criminales¹³. La comprensión de la responsabilidad penal a partir de este modelo de doble imputación permite, en conclusión, concretar el modo de participación delictiva en el contexto propio del actuar por medio de un colectivo. Con este modelo quedará igualmente en evidencia que la metodología de investigación en contexto es la más adecuada para descifrar los programas o patrones del actuar del colectivo.

2. Abandono del modelo clásico de imputación conforme al criterio del dominio del hecho

Si bien, al igual que el modelo de los así llamados "aparatos organizados de poder" planteado por ROXIN en 1963¹⁴, el sistema de imputación que aquí se propone busca explicar la posibilidad de fundamentación de la autoría de los dirigentes de este tipo de organizaciones por los hechos cometidos a manos de sus miembros. Debe quedar claro que existen diferencias fundamentales entre ambos sistemas.

¹² Marxen, *Beteiligung*, Cit., p. 234 y ss.

¹³ Marxen, *Beteiligung*, Cit., p. 234.

¹⁴ Cfr. Roxin, Claus. *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, en: Goldtdammers' Archiv für Strafrecht, Hamburg 1963, p. 193 y ss; *el mismo*, *Strafrecht AT*, Vol. II, München 2003, § 25, C., nota al margen 105 y ss.; *el mismo*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlin 2008, p. 242 y ss.



Hoja No. 7. Directiva No. 0001 "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

La teoría del dominio del hecho mediante el aparato organizado de poder plantea básicamente la posibilidad de reconocer como autor mediato a quien es responsable por la toma de decisiones políticas de la organización¹⁵. El criterio de fundamentación de la autoría en este caso especial corresponde al "dominio del hecho" del "autor de atrás" a través del "dominio de la voluntad" del "autor de delante" mediante el aparato organizado de poder¹⁶. De este modo, se entiende que el autor de atrás tiene el "dominio" sobre el hecho a pesar de que el autor de delante sea plenamente responsable¹⁷. El dominio del hecho se da gracias a la existencia misma del aparato organizado de poder. En este sentido, no importa quién ejecuta la orden de comisión de un hecho punible. El aparato organizado de poder dispone de una repartición de competencias cuya existencia garantiza que se lleve a cabo el programa delictivo. La ejecución del hecho punible implica, por ende, la *fungibilidad* del personal¹⁸.

En el último tiempo, el autor de esta teoría ha señalado, junto a los criterios de la fungibilidad y la desvinculación al derecho por parte del apartado organizado de poder, otro criterio para la fundamentación de la autoría mediata por dominio del hecho, a saber, la "predisposición al hecho" del autor de delante¹⁹. Conforme a este criterio, quien hace parte del aparato organizado de poder y realiza el último acto para la consumación del tipo, a diferencia de un autor que opera de forma individual, actúa bajo la influencia de toda la organización, hecho que, si bien no excluye su

¹⁵ Roxin, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, Cit. , p. 198 y ss.

¹⁶ Ver Roxin, Strafrecht AT, Vol. II, Cit., § 25, C., p. 105 y ss.

¹⁷ Roxin, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, Cit. , p. 200.

¹⁸ Cfr. Roxin, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, Cit. , p. 200 y s. (200).

¹⁹ Roxin, Claus. Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit, en: Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, Hoyer et. al. (Editor), Heidelberg 2006, p. 387 y ss. (397 y ss.); *el mismo*, Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft, en: ZStrR, Vol. 125, Bern 2007, p. 1 y ss. (15 y ss.); ver al respecto Rotsch, Thomas. De Eichmann hasta Fujimori, en: El caso Fujimori. La autoría mediata, Ambos/Meini (Editores), Lima 2010, p. 39.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

Hoja No. 8. Directiva No. 0001 "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

responsabilidad individual, hace que esté más "predispuesto" a la comisión del hecho²⁰. Dicha influencia consiste en la suma de factores que hacen que la orden de ejecución del hecho, la cual proviene de un mayor rango de jerarquía, se cumpla con mayor disposición por los miembros de la organización²¹.

El criterio del dominio del hecho en aparatos organizados de poder ha sido aplicado tanto por los tribunales en Alemania para el caso especial de la criminalidad en organizaciones empresariales, como por los tribunales de diversos sistemas penales en el mundo, tal como se observa en las decisiones de 1985 y 1986 emitidas por la Corte Suprema de Argentina en el caso referido a los delitos cometidos por la Junta Militar²², igualmente en el caso Fujimori fallado por la Corte Suprema de Perú el 7 de abril de 2009, así como en algunas decisiones de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional²³.

Pese a la acogida mundial de la teoría de los aparatos organizados de poder, existe una fuerte discusión sobre su viabilidad en el marco de la dogmática del derecho penal. Dentro de las diversas críticas que se han planteado, se hará referencia sólo a aquellas que tratan

²⁰ *Roxin*, Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit, Cit., p. 397 y s.; ver al respecto *Rotsch*, De Eichmann hasta Fujimori, Cit., p. 39; *Schroeder*, Friedrich-Christian. Disposición al hecho versus fungibilidad, en: El caso Fujimori. La autoría mediata, Ambos/Meini (Editores), Cit., p. 115 y ss.

²¹ *Roxin*, Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit, Cit., p. 398.

²² Ver al respecto *Rotsch*, De Eichmann hasta Fujimori, Cit., p. 38 y s.

²³ Así, por ejemplo, en el caso de la imputación a los líderes que estuvieron detrás de la comisión de crímenes internacionales en la República Democrática del Congo. Justamente en la Decisión de Confirmación de Cargos contra *Lubanga*, la C.P.I. señaló que: "la más típica manifestación del concepto de control sobre el crimen, es decir, la comisión de un crimen por medio de otra persona, está expresamente manifestada en el artículo 25(3)(a) del Estatuto. Además, el empleo de la frase "sin importar si la otra persona es penalmente responsable" en el artículo 25(3)(a) del Estatuto, milita en favor de la conclusión de que esta provisión extiende la comisión del crimen no solo por medio de un agente inocente (que es, por medio de otra persona que no es penalmente responsable), sino que también a otras personas que si son plenamente responsables". C.P.I., Confirmación de Cargos *Lubanga*, 20 de septiembre de 2006, párr. 339.



Hoja No. 10. Directiva No. E 0001 "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

En segundo lugar, la teoría del dominio del hecho desconoce por completo la necesidad de legitimar la imputación de la ejecución del hecho partiendo de la fundamentación de la posición de garante del "autor de atrás". El criterio del dominio del hecho da cuenta sólo de la posibilidad de dirigir en un sentido fáctico la ejecución de la conducta, bien sea a manos propias, o ajenas. De este modo sugiere definir el sentido de la intervención delictiva desconociendo el significado normativo de la conducta en un nivel más amplio. Así, por ejemplo, en los casos de comisiones de delitos graves a manos de dirigentes estatales se ha llegado a reconocer su autoría apoyándose sobre la idea de un dominio del hecho, no obstante su vínculo con la norma sólo puede explicarse a partir de su relación institucional.

Este ha sido el caso del expresidente Alberto Fujimori Fujimori, cuya intervención en los hechos del así llamado "Caso Colina" fue calificada erradamente en sentencia del 7 de abril de 2009 de la C.S.J. de Perú como un delito de organización conjunta con los ejecutores de los hechos atroces. El fundamento de la intervención delictiva del entonces Presidente Fujimori procede más bien de su posición como dirigente de una nación, esto es, como garante en un sentido positivo de la protección de los ciudadanos²⁷. Como alto mando del cuerpo militar de un Estado, tiene el Presidente el deber institucional de proteger y – además – de no lesionar a los ciudadanos. Luego la particularidad de su intervención delictiva sólo puede explicarse a partir del sentido normativo de este deber positivo²⁸.

²⁷ En este sentido *Jakobs*, Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori, Cit., p. 11 y ss.; *Caro John*, La autoría delictiva del expresidente Alberto Fujimori Fujimori, Cit., p. 31 y ss.

²⁸ Sobre esta forma especial de fundamentación de la intervención delictiva ver *Sánchez-Vera*, Javier. *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Berlin 1999, especialmente p. 147 y ss.



Hoja No. 11. Directiva No.  0001 "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

Por lo anterior, el abandono del modelo clásico de los aparatos organizados de poder obedece a estas dos razones dogmáticas fundamentales. El modelo que aquí se plantea establece unos criterios que permiten abarcar la interpretación del sentido de la conducta, de tal forma que no se desconozcan los conceptos básicos de las categorías de la intervención delictiva y se abarque, además, el significado de la misma atendiendo a las formas propias de fundamentación de la responsabilidad penal de un ordenamiento liberal – en concreto: a partir del reconocimiento de unos deberes negativos de no lesionar a los demás y de los deberes institucionales de protección de otros, como se expondrá más adelante.

3. Método de doble imputación

a. Relación funcional entre la conducta individual y el hecho total

Conforme al modelo de doble imputación aquí planteado, debe tenerse en cuenta que la pertenencia a la organización criminal no determina *per se* la existencia de responsabilidad penal individual. Por el contrario, para cada caso será imprescindible establecer la relación funcional entre el aporte – o bien: la conducta – individual y el actuar del colectivo, esto es, el hecho total²⁹. En este orden de ideas, se entiende que la realización del tipo penal en cuestión le será imputable al miembro de la organización criminal, si su ejecución hace en efecto parte del ámbito de responsabilidad o competencia del sujeto miembro de la organización en concreto. Por consiguiente, el sistema de doble imputación busca determinar la

²⁹ Marxen, *Beteiligung*, Cit., p. 232; *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, § 7, Nota al margen 11 y s. Ambos entiende que en estos dos niveles de imputación – esto es: conforme al actuar colectivo y el actuar individual – se integran tanto un sistema individualista, como sistémico de imputación.



Hoja No. 12. Directiva No.  0001 "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

“participación en todo un programa”, lo cual es posible demostrando precisamente la existencia de una “relación de imputación” de la conducta individual con la comisión del hecho total³⁰.

El sistema de doble imputación propuesto implica, en resumen, la consideración de los siguientes elementos que constituyen la relación de imputación³¹:

- i) El **comportamiento concreto** del sujeto en particular,
- ii) el **contexto criminal supraindividual**, como lo son, por ejemplo, el grupo criminal, el programa criminal, el complot criminal;
- iii) el **resultado delictivo**, por ejemplo: el homicidio, la lesión corporal, la privación de la libertad de una persona.

Aplicado al grupo de casos emblemáticos del conflicto armado interno colombiano, se podría mencionar como ejemplo la situación del dirigente de un grupo insurgente quien tiene bajo su competencia la decisión sobre la implementación de un programa que incluye la comisión de conductas tipificadas en el Código Penal por parte los miembros de su organización, como es el caso del secuestro. De llegarse a ejecutar tal programa a través de los miembros de la organización, se tendría que, si bien, el dirigente no es quien – en un sentido naturalista – priva efectivamente la libertad de otro o mantiene la custodia de su cautiverio, el hecho comprendido en su totalidad – esto es: la suma de todas las

³⁰ Marxen, Beteiligung, Cit., p. 232.

³¹ Marxen, Beteiligung, Cit., p. 231 y s.



Hoja No. 13. Directiva No. **0001** "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

conductas particulares que intervienen para realizar el tipo penal del secuestro – le es objetivamente imputable, puesto que la coordinación sobre el programa macro-criminal hace parte del ámbito de su competencia. La realización del tipo a manos de otros, por ende, *obra suya*, le es objetivamente imputable³².

Por consiguiente, es tarea del ente investigador identificar en cada caso la conducta del miembro de la organización delictiva, cuyo significado normativo respecto de la ejecución del tipo penal en cuestión – esto es: del hecho comprendido en su totalidad – denota una relación funcional con el mismo. En concreto: Es necesario demostrar que la realización del hecho total le es atribuible al *ámbito de competencia* propio del miembro de la organización criminal.

b. Relevancia del aporte al hecho según el grado de responsabilidad al interior del grupo insurgente

Conforme al esquema de doble imputación aquí planteado, la individualización de la responsabilidad penal se determina atendiendo al (1) grado de responsabilidad al interior de la organización del sujeto en cuestión y (2) su aporte al hecho total³³. Por consiguiente, lo usual es que en el contexto de la macro-criminalidad los dirigentes de las organizaciones se encuentren – en un sentido naturalista – alejados de la ejecución de la conducta del hecho punible y los que ejecutan el hecho sean en realidad quienes no tienen un poder mayor de decisión sobre el programa mismo del

³² Así conforme a las reglas propias de la participación aplicables a este caso *Jakobs, Participación*, en: XXXV Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Proceso de paz y justicia transicional, Bogotá 2014, 119 y s., 127 y ss.

³³ *Ambos*, Internationales Strafrecht, Cit., § 7, Nota al margen 11.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

Hoja No. 14. Directiva No. **0001** "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

colectivo³⁴. Por lo tanto, es necesario abandonar todo pensamiento de corte naturalista y comprender que el llamado "autor de atrás", esto es, el dirigente de la organización, así no ejecute de propia mano las conductas descritas en el tipo, es igualmente responsable de ello en tanto haga parte del programa del funcionamiento propio del colectivo. En este sentido, se entiende que la perspectiva correcta para la comprensión de la responsabilidad individual en el ámbito de la macro-criminalidad debe partir de quienes tienen una competencia general sobre las decisiones de lo que el colectivo debe hacer o dejar de hacer, esto es, de quienes se hacen responsables por el *todo*³⁵.

B. Imputación objetiva en el marco de los delitos cometidos por grupos insurgentes

El sistema de doble imputación debe entenderse como un modelo de responsabilidad penal que surge a partir de la necesidad de interpretar la *semántica* de la conducta particular dentro del *contexto de interacción* en el que se desenvuelve. En efecto, no es el aporte individual aquello que define el sentido normativo de la conducta, sino su significado para la comisión del hecho total. La *interpretación de contexto* en el marco de los delitos que pueda llegar a cometer un grupo insurgente constituye el esquema objetivo de interpretación a partir del cual es posible descifrar el sentido normativo de cada una de las conductas en cuestión. En efecto y como se mencionó, gracias a la comprensión de la conducta particular en el contexto es posible determinar la calificación del tipo penal realizado (por ejemplo, que cierto número de homicidios

³⁴ Ver al respecto *Vogel*, Individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht, ZStW 114 (2002), Cit., p. 406 y ss. (407); *Werle/Burghardt*, Täterschaft und Teilnahme, Cit., p. 863.

³⁵ Ver al respecto *Vogel*, Individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht, ZStW 114 (2002), Cit., p. 406 y ss., especialmente en su referencia al sistema normativo de imputación al colectivo del sistema japonés (407 y ss.) y sistémico (409 y s.).



Hoja No. 15. Directiva No.  0001 "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

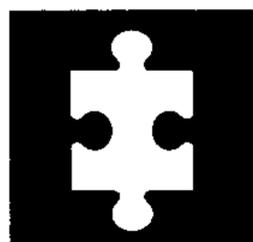
correspondan realmente a un caso de genocidio). Igualmente, el sistema de doble imputación establece criterios para establecer el tipo de intervención delictiva (autoría, complicidad, determinación) a través de la comprensión de la posición o competencia que ejerce cada miembro dentro de la organización y respecto del hecho total ejecutado, abriendo así la posibilidad de reconocer a los dirigentes como responsables por el actuar de *todo* el colectivo, esto es, como *autores*³⁶. De este modo, se entiende que este modelo de imputación abandona una comprensión meramente naturalista del delito.

Por consiguiente, todo juicio de imputación deberá entenderse como un acto de atribución de índole normativa, pues los hechos *por sí solos* no pueden decir nada acerca la imputación jurídica del resultado. De este modo, la estructura del juicio de imputación objetiva sirve, de un lado, como base para el análisis del tipo de intervención delictiva, donde nuevamente, deberá integrarse el elemento de contexto como esquema objetivo de interpretación. El juicio de imputación objetiva legitima, de otro, el modelo de doble imputación aquí planteado.

A continuación se expondrá la necesidad de adoptar el esquema propio de la imputación objetiva para determinar tanto la tipicidad objetiva, así como el esquema normativo de interpretación que determinará el carácter delictivo de la conducta en su sentido subjetivo (tipo subjetivo), antijurídico y culpable. Igualmente se hará una exposición de los criterios básicos de imputación aplicables en el caso de estudio.

1. Causalidad e imputación objetiva

³⁶Jakobs, Participación, Cit., p. 119 y s., 127 y ss.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

Hoja No. 16. Directiva No. 2 - 0001 "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

La superación del dogma de la causalidad y la comprensión normativa de la moderna teoría del delito

El desarrollo de la teoría del delito de los últimos tiempos es el resultado de numerosos intentos de superación del concepto causal de acción que determinó por completo todo el sistema del delito desde finales del siglo XIX. De este modo, la doctrina del derecho penal se estructuró siguiendo una forma de comprensión naturalista, mecánica del mundo³⁷. Por consiguiente, se estimó que la tarea principal del derecho penal consistía nada menos que en reaccionar frente a toda forma de "causación" de una "lesión a los bienes jurídicos"³⁸. El hecho de la "lesión" se confundía con el mero hecho de la causalidad³⁹.

La consecuencia principal de esta radical forma de comprender el fenómeno del delito es la admisión de la *prohibición* de toda clase de "afectación causal a un bien jurídico". Dicho en otras palabras: Si la tipicidad de la conducta consiste en la mera causación del resultado descrito en el tipo, todas aquellas formas de lesión meramente causales del bien jurídico deben necesariamente considerarse *de antemano* como prohibidas, esto es, *típicas* en un sentido penal. Esta consecuencia del pensamiento naturalista en el derecho penal se ha denominado como el "dogma de la protección de los bienes jurídicos"⁴⁰. Las críticas a esta concepción del delito se dieron a partir de distintas teorías del derecho penal. Una crítica

³⁷ Voßgätter genannt Niermann, Isabel. Soziale Handlungslehren, Frankfurt am Main 2004, p. 20.

³⁸ Voßgätter genannt Niermann, Soziale Handlungslehren, Cit., p. 21; Schroeder, Friedrich-Christian. Der Blitz als Mordinstrument. Ein Streifzug durch 150 Jahre Strafrechtswissenschaft, Anhang: Die Genesis der Lehre von der objektiven Zurechnung, Berlin 2009, p. 42 f.

³⁹ Voßgätter genannt Niermann, Soziale Handlungslehren, Cit., p. 21; ver también Welzel, Hans. Estudios sobre el sistema del derecho penal, en: Estudios de derecho penal, Buenos Aires, 2002, p. 15 y ss. (48 y ss.) - versión original en alemán: Studien zum System des Strafrechts (1939), en: Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, Berlin 1975, p. 120 y ss. (140).

⁴⁰ Lesch, Heiko Harmut. Der Verbrechensbegriff: Grundlinien einer funktionalen Revision, Berlin 1999, p. 184 y ss.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

Hoja No. 17. Directiva No.  0001 "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

explica el problema de la necesidad de imputarle al autor un sinnúmero de posibilidades de configuración de la cadena de nexos causales. Pues, siguiendo a la fórmula de la *conditio sine qua non*, todas aquellas condiciones que concurren para la producción del resultado tienen el mismo valor, son equivalentes, y, por consiguiente, deben considerarse de suyo relevantes para la imputación jurídica del resultado⁴¹. El concepto causal de acción planteó así un *regressus ad infinitum*. Desde otro punto de vista, se objetó la admisión de la prohibición de todo tipo de conductas que causalmente afectaran a los bienes jurídicos, pues ello planteaba sin más la paralización de las formas más esenciales de interacción social: por ejemplo, la conducción de vehículos, la práctica de la medicina o el funcionamiento de las industrias. De este modo, se reconoció desde muy temprano la necesidad de delimitar el vasto concepto causal de acción y de reinterpretarlo en un sentido más bien normativo, concretamente, atendiendo a la necesidad de tolerar ciertas conductas conforme a las necesidades sociales⁴². Es así como se llega a concebir en la teoría del derecho penal el término del "riesgo permitido".

La así propuesta superación del concepto causal de acción encuentra asimismo un fundamento en la constitución de todo ordenamiento estructurado sobre el reconocimiento de las *libertades individuales*. Pues, la prohibición de toda forma esencial de interacción social que implique el riesgo de afectación de un bien jurídico no es más que

⁴¹ Ver al respecto, por ejemplo, *Frisch*, Wolfgang. Comportamiento típico e imputación del resultado, Barcelona 2004, p. 24 y ss. – versión original en alemán: *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg 1988, p. 10.

⁴² La necesidad de admitir un grado de tolerancia de ciertas conductas a pesar de la posibilidad de lesión de ciertos bienes jurídicos se observa en los mismos autores clásicos. Así por ejemplo, v. *Bar*, *Die Lehre vom Kausalzusammenhang im Recht, besonders im Strafrecht*, Leipzig 1871, p. 14; *Binding*, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*, IV, Utrecht 1965, p. 432 y ss., especialmente en el marco del delito imprudente; a partir de la necesidad de la dimensión social de la acción se crearon además las llamadas "teorías sociales de la acción". Ver especialmente la evolución en *Vofgätter genannt Niermann*, *Soziale Handlungslehren*, Cit., p. 53 y ss.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

Hoja No. 18. Directiva No.  0001 "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

una desproporcionada restricción de la *libertad de acción* de los ciudadanos⁴³. El marco de la prohibición de la conducta en un ordenamiento jurídico basado sobre las libertades individuales de los ciudadanos debe, por lo tanto, crear espacios libres de acción, así ello conlleve el *riesgo* de causar resultados descritos en los tipos penales. HANS WELZEL entendió así en su concepto de la "adecuación social" que los bienes jurídicos no podían ser concebidos como piezas intocables de museo⁴⁴. El derecho penal no puede intervenir en *cada* caso de lesión causal a un bien jurídico, sino, más bien, centrarse en la interpretación del sentido de la conducta del autor conforme el sentido normativo de la configuración de la sociedad⁴⁵.

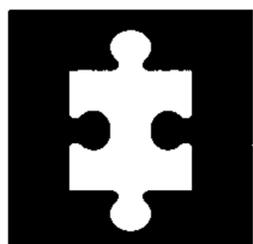
La crítica al dogma causal de la acción implica, en conclusión, la crítica a la comprensión de la tipicidad de la conducta como una mera causación de la lesión de un bien jurídico. Esto conduce necesariamente a centrar la atención en la interpretación no de la causación del resultado descrito en el tipo penal en cuestión, sino en el *sentido normativo de la conducta del autor*. WELZEL, en su estudio de la adecuación social, propuso así un giro fundamental en la perspectiva para la comprensión del delito: Lo determinante es la interpretación del sentido de la conducta a través de un esquema desarrollado a partir de la configuración normativa de la sociedad⁴⁶.

⁴³ Cfr. *Vofgätter genannt Niermann*, *Soziale Handlungslehren*, Cit., p. 21 y s.

⁴⁴ *Welzel*, *Estudios sobre el sistema del derecho penal*, Cit., p. 47 y ss. – versión original en alemán: *Studien*, p. 140.

⁴⁵ Ver en los aportes de Welzel y la interpretación del mismo elaborada por Cancio Meliá *Welzel*, *Estudios*, Cit., p. 48 y ss., (49 y s.); *Cancio Meliá*, *Manuel. Finale Handlungslehre und objektive Zurechnung*, in: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 4/1995, p. 177 y ss. (190 y ss.); *el mismo*, *Los orígenes de la teoría de la adecuación social*, Bogotá 1998, especialmente p. 55 y ss.; ver también los desarrollos más recientes de la teoría normativa del derecho penal de *Jakobs*, Günther. *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt am Main 2012, p. 17; *el mismo*, *Imputación. Fundamentos y determinación de la conducta no permitida*, en: *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*, Ambos/Böhm (Editores), Bogotá 2012, p. 13 y ss.

⁴⁶ Así especialmente conforme a la interpretación de *Cancio Meliá*, *Finale Handlungslehre und objektive Zurechnung*, Cit., p. 185 ss.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

Hoja No. 19. Directiva No. **0001** "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

Lo anterior es el punto de partida de la moderna concepción del delito, la cual busca superar los rezagos del naturalismo valiéndose de la aplicación de criterios de índole normativa para definir todo el sentido del delito.

Esta forma de ver el delito es propia de la teoría de la "conducta típica"⁴⁷, como también de la llamada "teoría de la conducta prohibida"⁴⁸. La comprensión del tipo abarca así la necesidad de establecer espacios libres de interacción para respetar el ejercicio de las libertades individuales concedidas constitucionalmente, así la primera⁴⁹, o bien, de atender los criterios fundamentales de interpretación de la conducta propios de un ordenamiento liberal moderno, así la segunda⁵⁰. Sea cual fuere su forma de comprensión, lo característico de esta tendencia de la teoría del derecho penal actual radica en la identificación de criterios de índole normativa para la interpretación de la conducta del autor. La tarea del derecho penal consiste, para concluir, en la determinación de la *semántica de la conducta*, esto es, en la aplicación de esquemas objetivos de interpretación a través de los cuales sea posible determinar el *sentido normativo* de la conducta del autor.

2. Normativismo en el ordenamiento jurídico penal colombiano

La necesidad de superar el dogma de la causalidad y determinar el juicio de imputación como un juicio de valoración de índole

⁴⁷ Frisch, Comportamiento típico, Cit., p. 84 y ss., – versión original en alemán: Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, Cit., p. 75, 76 ss.

⁴⁸ Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, Cit., p. 13 s.

⁴⁹ Frisch, Comportamiento típico, Cit., p. 84 y ss. (86 y ss.). – versión original en alemán: Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, p. 75 ss.

⁵⁰ Así, todo el sentido de la imputación o teoría de la conducta prohibida en Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, Cit., p. 13 ss., 26 ss.; *el mismo*, Imputación. Fundamentos y determinación de la conducta no permitida, Cit., p. 19 y ss.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

Hoja No. 20. Directiva No.  **0001** "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

normativo ha sido reiteradamente reconocida en nuestro ordenamiento jurídico⁵¹. Conforme a ello, se entiende que la imputación es un juicio de valoración que difiere del examen propio de la causalidad. La determinación del sentido penal de la conducta debe, por lo tanto, surgir de la aplicación de un esquema normativo de interpretación.

Este esquema normativo de interpretación del sentido de la conducta penal corresponde, en el marco de la tipicidad, a la llamada teoría de la imputación objetiva, o, si se quiere, a la teoría que busca determinar el marco de *prohibición* o *permisión* de una conducta atendiendo a ciertos criterios que manifiestan asimismo las estructuras básicas de nuestro ordenamiento. Las dos funciones básicas del juicio de imputación objetiva consisten en: (1) atribuir el resultado atendiendo a la necesidad de un juicio de valoración de índole normativa⁵², y (2) comprender la conducta como un exceso del ejercicio de la libertad individual, esto es, del *riesgo normativamente tolerado*.

⁵¹ Ver su primera fase de aplicación en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, C.S. J., Sala de Casación Penal, Sentencia del 20 de mayo de 2003, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón; C.S.J., Sala de Casación Penal, Sentencia del 6 de Diciembre del 2004, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón; C.S.J., Sala de Casación Penal, Sentencias del 20 de Abril y 27 de Julio de 2006, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón; igualmente su aplicación en los fallos en años más recientes, por ejemplo, C.S.J., Sala de Casación Penal, Sentencia del 11 de abril de 2012, M.P. José Leonidas Bustos Martínez; C.S.J., Sala de Casación Penal, Sentencia del 26 de junio de 2013, M.P. José Leonidas Bustos Martínez; C.S.J., Sala de Casación Penal, Sentencia del 27 de noviembre de 2013, M.P. María del Rosario González Muñoz; C.S.J., Sala de Casación Penal, Sentencia del 9 de abril de 2014, M. P. Gustavo Enrique Malo Fernández; asimismo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, Sentencia SU- 1184 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, especialmente en el tema del Estado como garante y la aplicación de la teoría de la imputación objetiva en nuestro ordenamiento; *Perdomo Torres*, Jorge. El Estado como garante. Algunas consideraciones a propósito de la sentencia SU- 1184 de 2001, Corte Constitucional de Colombia, en: *Anuario de Derecho Constitucional*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2003 p. 239 y ss.; ver también en la doctrina nacional a *Reyes Alvarado*, Yesid. *Imputación Objetiva*, Bogotá 2005.

⁵² *Reyes Alvarado*, Theoretische Grundlagen der objektiven Zurechnung, en: *ZStW* 105, 1993, p. 114.



Hoja No. 21. Directiva No.  0001 "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

El concepto del "riesgo permitido" constituye el eje central del juicio de imputación. El riesgo permitido no es más que el reconocimiento de un *marco de tolerancia normativa* respecto de aquellas conductas que conllevan la posibilidad de vulneración de un bien jurídico tutelado, cuya permisión es, no obstante, necesaria, en tanto que forman parte esencial del funcionamiento de una sociedad liberal⁵³. Si se define entonces la *conducta típica* atendiendo al sentido normativo de un ordenamiento basado sobre el reconocimiento de un catálogo de libertades individuales, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, es decir, de un "riesgo no permitido", no es más que un *exceso en el ejercicio de la libertad* que le ha sido reconocida al ciudadano. Por el contrario, una conducta se encontrará dentro del marco del "riesgo permitido", cuando no se exceda de un espacio libre de acción determinable en el contexto⁵⁴. Ejemplo: Si bien la conducción de un automóvil implica el riesgo para la integridad personal, vida y bienes ajenos de las personas, el carácter riesgoso no puede determinar *per se* la permisión o prohibición de la conducta de quien – en un sentido naturalista – "lesiona", "mata" o "daña". Sólo un exceso del riesgo jurídicamente tolerado en el tráfico automotor podrá determinar la tipicidad de la conducta de "lesionar", "matar", "dañar un bien ajeno":

⁵³ Ver al respecto, por ejemplo, *Jakobs*, Günther. El delito imprudente, en: Estudios de Derecho Penal, Madrid, p. 172, 173; *Reyes Alvarado*, Imputación Objetiva, Cit., 89 y ss.; *Feijóo Sánchez*, Bernardo. Resultado lesivo e imprudencia - Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del fin de protección de la norma de cuidado, Bogotá 2003, p. 289 y ss.; entendido como parte de un "principio de tolerancia" *Kaufmann*, Arthur. Filosofía del derecho, Bogotá 1999, p. 511 y ss., y como parte de así llamada "sociedad de riesgo" especialmente *Mendoza Buergo*, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid 2001.

⁵⁴ El derecho penal protege en este sentido "los mecanismos que permiten mantener la identidad de una sociedad, es decir, las expectativas fundamentales para su constitución". *Montealegre Lynett/Perdomo Torres*. Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs, Bogotá 2006, p.42 ss. Por lo tanto, el carácter ilícito de la conducta no se puede definir a partir de su comprensión como objeto de la experiencia, sino más bien, atendiendo al "sentido delictivo" que pueda llegar a adquirir en un contexto social y normativo determinado.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

Hoja No. 22. Directiva No.  0001 "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

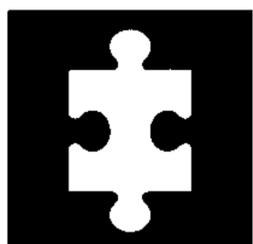
De lo anterior, se desprende, en resumen, que la moderna concepción del delito encuentra aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano, pues admite expresamente⁵⁵ la necesidad de aplicar juicios de valoración de índole normativa para la interpretación del sentido delictivo de la conducta. Asimismo, los casos que afectan la responsabilidad penal de los actores miembros de un grupo armado al margen de la ley deben tratarse como un problema de la responsabilidad por el ejercicio de la libertad que les ha sido reconocida como ciudadanos del Estado colombiano.

3. Esquema del juicio de imputación objetiva

El juicio de imputación objetiva para el caso especial de la responsabilidad penal de los miembros de un grupo armado al margen de la ley deberá considerar (1) el modelo de doble imputación planteado – en concreto: la adopción del contexto delictivo como esquema objetivo de interpretación de la conducta individual –, y, (2) todos los elementos que permiten fundamentar la atribución de la realización del tipo en un sentido objetivo, estos son: la determinación de la (a) la posición de garante y (b) el juicio propio de imputación objetiva, a saber, (i) la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y, (ii) la realización del riesgo en el resultado. En este punto se desarrollarán los elementos propios del juicio de tipicidad objetiva, teniendo siempre presente el modelo básico de doble imputación.

a. Posición de garante

⁵⁵ Así en el artículo 9 C.P.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

Hoja No. 23. Directiva No. **0001** "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

i. Sobre la necesidad de la fundamentación de la posición de garante para la imputación de todo tipo de conducta delictiva

El punto de partida del esquema objetivo de interpretación de la conducta conforme a esta moderna comprensión del delito radica en el reconocimiento de la *posición de garante* del actor. De este modo se asegura una correcta interpretación del sentido normativo de la conducta, puesto que evita la imputación desproporcionada de los hechos. En efecto, el método de fundamentación de la imputación que se propone intenta siempre respetar las formas básicas de atribución de responsabilidad penal conforme a la estructura propia de nuestro ordenamiento liberal y moderno. En otras palabras: *Sólo a través del reconocimiento de la posición de garante es posible legitimar la imputación y evitar así la extensión de la responsabilidad penal a supuestos de hecho que exceden el marco propio de las competencias concebidas en nuestro ordenamiento jurídico*. En un ordenamiento liberal no todo le compete a todos⁵⁶. El sólo hecho de la cercanía del actor en cuestión con el acontecer del delito no define *per se* su sentido delictivo. Presenciar o tener conocimiento de la comisión de un delito – por ejemplo: de un homicidio, de un secuestro, etc. – por parte de otro no es suficiente *por sí mismo* para la atribución de la responsabilidad penal⁵⁷.

El concepto de la posición de garante cobra especial importancia para el caso de la *omisión*. Los desarrollos de la doctrina han demostrado la necesidad de fundamentar un *deber de evitar* un

⁵⁶ En este sentido *Jakobs*, Günther. La imputación objetiva en derecho penal, Bogotá 1998, p. 25.

⁵⁷ Argumento que es determinante para la teoría objetiva de la prohibición de regreso *Lesch*, Strafbare Beteiligung durch „berufstypisches“ Verhalten?, JA 2001, p. 989 ss.; *el mismo*, Beihilfe durch „rollenadäquates Verhalten“, en: Festschrift für Wolf Schiller zum 65. Geburtstag, Baden Baden 2014, p. 464 y ss.; *Caro John*, José Antonio. Das erlaube Kausieren verbotener Taten – Regressverbot, Baden – Baden 2007, p. 55 ff.



Hoja No. 24. Directiva No.  0001 "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

resultado delictivo del cual tiene conocimiento. No obstante, teniendo en cuenta que una misma conducta puede ser descrita tanto como acción, como omisión⁵⁸, admitir la aplicación de la posición de garante sólo para los casos que tradicionalmente suelen describirse como "omisiones", llevaría a definir la imputación sobre la base de una distinción meramente descriptiva, más no normativa. De este modo, en el grupo de casos que usualmente se describen como "acciones" el autor podría responder sin la respectiva legitimación de la imputación, esto es, por los *meros conocimientos*, o bien, por la *sola causalidad*. Existe una prohibición de regreso. Ejemplo: El deudor que cumple con su prestación monetaria con quien evidentemente no paga sus obligaciones fiscales, no se hace partícipe por un delito de evasión de impuestos⁵⁹, tampoco se hace, en principio, partícipe de todas las conductas delictivas que puedan resultar después de la venta de destornilladores, tijeras, martillos, hachas, etc⁶⁰.

Por consiguiente, con el fin de respetar la pretensión de atribuir un juicio de índole normativa la responsabilidad penal, como se mencionó anteriormente, esto es, de la necesidad de aplicar un esquema objetivo-normativo de interpretación, es imprescindible—tanto en la "acción" como en la "omisión"—partir de la fundamentación de la posición de garante en cuestión, pues sólo así se garantiza una recta atribución de la responsabilidad y se evita una "imputación" basada solamente en el *factum* de los conocimientos, o de la causalidad.

⁵⁸ *Perdomo Torres*, Jorge Fernando. El delito de comisión por omisión en el Nuevo Código Penal colombiano, Bogotá 2001, p. 14 s.

⁵⁹ *Roxin*, Claus. Strafrecht Allgemeiner Teil, Tomo II, München 2003, §26, Nota al margen 224.

⁶⁰ *Roxin*, Claus. Strafrecht Allgemeiner Teil, Tomo I, München 2006, § 24 A, Nota al margen 26.



Hoja No. 25. Directiva No. **E - 0001** "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

ii. Competencia institucional y competencia organizacional

Teniendo en cuenta lo recientemente expuesto, todo análisis de la responsabilidad penal debe iniciar por la identificación de alguna de las dos formas de competencia aplicables, las cuales son a su vez parte de la estructura fundamental de nuestro ordenamiento jurídico⁶¹: (1) la *competencia por organización*, o bien, la responsabilidad por las consecuencias lesivas que se ocasionen en el ejercicio de la libertad, y (2) la *competencia institucional*, esto es, la responsabilidad de mantener la existencia de las instituciones que configuran la identidad normativa de la sociedad⁶².

El sentido propio de la posición de garante consiste, por su parte, en identificar la naturaleza del *deber jurídico* que se desprende de cada forma básica de competencia. En términos generales, se puede decir que se trata del deber de evitar el resultado delictivo, teniendo en cuenta, nuevamente, que las conductas son susceptibles de ser *descritas* tanto como acciones como omisiones, y que, por consiguiente, lo correcto es definir la conducta del garante en el sentido del cumplimiento o incumplimiento de un *deber de evitar el resultado delictivo*⁶³.

61 Sobre el concepto de la posición de garante y su aplicación en el ámbito del derecho penal colombiano ver *Perdomo Torres*, El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano, Cit., p. 24 y ss.

62 *Jakobs*, Günther. La competencia por organización en el delito omisivo, Bogotá 1994, Cit., p. 11 a 29; *Perdomo Torres*, Estado como garante. Algunas consideraciones a propósito de la sentencia SU- 1184 de 2001, Corte Constitucional de Colombia, Cit., p. 244.

63 CSJ, Sala de Casación Penal, Sentencia del 27 de julio de 2006, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón: "En *sentido restringido*, viola la *posición de garante* quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido (...) En *sentido amplio*, es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que vulnera la *posición de garante* quien se comporta en contra de aquello que se espera de ella, porque defrauda las expectativas".



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

Hoja No. 26. Directiva No. **0001** "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

Atendiendo entonces al sentido propio de nuestro ordenamiento constitucional, la primera forma de fundamentación de la posición de garante, la llamada *competencia por organización*, corresponde al reconocimiento esencial de las *libertades individuales* de los ciudadanos y de la responsabilidad por el ejercicio de las mismas. De este modo, se tiene que el deber que surge como contrapartida del reconocimiento del ejercicio de toda libertad individual es un *deber de evitar que se ocasionen daños a los demás*, lo cual se traduce en el mandato de "no dañar" – *neminem laedere* –⁶⁴. De aquí se desprende que todo aquél que cree un peligro para los terceros en el ejercicio de su libertad es garante de evitar un resultado lesivo⁶⁵. Este es el caso, por ejemplo, de quien tiene bajo su responsabilidad la administración de una *fuentes de peligro* (un arma, una sustancia tóxica, un perro, un automóvil, una fábrica, etc.), o de quien *asume voluntariamente el cuidado de una persona*, o de quien ha *exteriorizado ya el peligro*⁶⁶.

De este deber jurídico de evitar la causación de un daño a los demás se desprenden, asimismo, dos tipos de deberes especiales⁶⁷: a) un *deber de seguridad primario* de no exteriorizar el peligro más allá de la esfera de dominio del garante (o también conocido como el "deber de seguridad del tráfico") y, b) un *deber de salvamento*, o, *deber de seguridad secundario* que exige retomar el control sobre el peligro, una vez este ha salido del ámbito del dominio del garante.

⁶⁴ *Jakobs*, Günther. La imputación penal de la acción y omisión, en: *Moderna Dogmática Penal*, México 2006, p. 171 y ss.; sobre la naturaleza de este deber negativo ver *Perdomo Torres*, Jorge Fernando. El concepto de deber jurídico, en: *El Funcionalismo en Derecho Penal*, Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs, Tomo I, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2003, p. 248, 249, ver en esa misma obra el escrito de *Sánchez-Vera*, Delito de infracción de deber, p. 273 a 275.

⁶⁵ Cfr. CSJ, Sala de Casación Penal, Sentencia del 27 de julio de 2006, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

⁶⁶ Así según lo dispuesto en el Art. 25 del Código penal.

⁶⁷ *Perdomo Torres*, El concepto de deber jurídico, Cit., p. 248; *Jakobs*, Günther. La competencia por organización en el delito omisivo, Bogotá 2000, p. 11 ss.; *el mismo*, La imputación penal de la acción y de la omisión, Cit., p. 173.



Hoja No. 27. Directiva No. 0001 "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

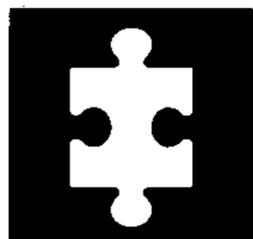
La posición de garante en virtud de la competencia institucional consiste, en cambio, en el reconocimiento de un *estatus especial*, donde la persona tiene el *deber especial* de configurar un mundo en común con los demás, lo cual significa que, en caso de existir un peligro de lesión de aquello se encuentra bajo su cuidado, se debe intervenir para evitar que se realice⁶⁸. En este caso, se trata de evitar que un peligro vulnere aquello que se debe proteger en el ámbito de responsabilidad propio, sin importar si se ha o no creado por sí mismo la situación peligrosa. Por ejemplo: el deber del padre de ayudar a su hijo enfermo o víctima de un ataque inminente. La posición de garante en virtud de una institución se reconoce en las *instituciones sociales* de la familia (relación paterno-filial), del Estado respecto de los particulares, en las comunidades estrechas de vida y en virtud de una confianza especial⁶⁹.

iii. La posición de garante del dirigente de un grupo insurgente

Recordando el sistema de doble imputación aquí planteado, se tiene que la determinación de la relevancia penal de la conducta de los dirigentes de un grupo insurgente debe darse atendiendo al sentido de su posición de líderes de una estructura político-armada, en la cual la orientación de la conducta de todos sus miembros – en concreto: el reparto de roles y jerarquías – se encuentra ya definida. El sentido penal de la conducta de un dirigente respecto de su

⁶⁸ Perdomo Torres, El concepto de deber jurídico, Cit., p. 248; Jakobs, La competencia por organización en el delito omisivo, Cit., p. 10; Sánchez -Vera, Delito de infracción de deber, Cit., p. 276.

⁶⁹ Ver Corte Constitucional, SU 1184 de 2001. M.P. Montealegre Lynett; Perdomo Torres, El Estado como garante, Cit., p. 244; sobre la confianza especial ver *el mismo*, Posición de garante en virtud de confianza legítima especial, Bogotá 2008.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

Hoja No. 28. Directiva No.  **0001** "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

posición de líder de este tipo de organizaciones armadas no puede, por consiguiente, determinarse de manera meramente individual. Es imprescindible considerar el alcance del ámbito de su competencia dentro de la organización.

Siendo así, la naturaleza propia de la posición de garante de un dirigente de un grupo insurgente corresponde a la competencia que surge por el reconocimiento de la responsabilidad por el ejercicio de las libertades individuales, esto es, *una competencia por organización*. Pues como ciudadanos del Estado colombiano, los dirigentes de un grupo insurgente son titulares de las libertades individuales y, como tales, deben asumir la responsabilidad por un exceso en el ejercicio de las mismas: **Quien se organice peligrosamente tiene el deber jurídico de evitar la causación de un daño para los demás**⁷⁰.

En efecto, todo ciudadano del Estado colombiano es libre en la administración del ámbito de libertad propio y debe hacerse, por tanto, responsable por todos aquellos excesos en el marco del ejercicio de esta libertad. Quien, por ejemplo, conduce un vehículo en la calle, debe atender las normas aplicables para evitar la causación de un accidente, o, quien tiene bajo su custodia a un perro, debe cumplir con las normas aplicables para evitar que se salga del ámbito de su dominio y lesione a otro, el médico cirujano debe velar por el cumplimiento de ciertas normas de higiene por parte de su personal para evitar, por ejemplo, infectar al paciente con el bisturí, etc. **Así como cada persona tiene siempre la obligación de actuar con cuidado para evitar exteriorizar peligros que afecten los derechos de los demás**⁷¹, los miembros de un grupo insurgente tienen igualmente una responsabilidad,

⁷⁰ Así *Jakobs*, Participación, Cit., p. 128 ss.

⁷¹ *Perdomo Torres*, Jorge Fernando. La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión, Bogotá 2001, p. 111.



Hoja No. 29. Directiva No. 0001 "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

v. gr., un deber de evitar la causación de daños a los demás⁷². En su calidad de destinatarios de las normas penales, les está prohibido excederse del ámbito de lo jurídicamente tolerable y vulnerar así un bien tutelado. Y todo exceso del ejercicio de esa libertad constituye el fundamento de imputación de su responsabilidad.

Igualmente, se advierte que el deber de evitar la causación de un daño como consecuencia del ejercicio de la libertad se aplica aún cuando se trate de una actividad que es *per se* ilícita. Pues aún ahí se mantiene el vínculo normativo del actor con la norma fundamental de "no dañar". **Quien delinque tiene el deber de suspender sus actividades ilícitas, de no exteriorizar los peligros potenciales propios de la naturaleza de su actividad o, de asegurarlos, una vez se hayan exteriorizado⁷³.** El mero carácter ilícito de las actividades propias de su organización no los libera de su vínculo normativo. Por el contrario, reconocer su posición de garante derivada de un exceso en el uso de la libertad que les ha sido concebida legítima la posibilidad de imputación de todo el peligro que esa misma actividad ilícita represente para los demás. En otras palabras: El reconocimiento de la posición de garante permite imputarle al dirigente de un grupo insurgente la comisión de las conductas penales que ejecuten sus miembros en el marco de la ejecución de su programa político.

En ese sentido, se reconoce sencillamente la fundamentación de una **posición de garante por injerencia**, o bien, por la creación de una "situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente"⁷⁴. Esta modalidad de posición de garante indica,

⁷² *Jakobs*, Participación, Cit., p. 127 y ss.

⁷³ *Jakobs*, Participación, Cit., p. 129 "El aparato de poder ajeno a la legalidad no solo no debe emplearse, sino que, sobre todo, ha de manejarse con seguridad cada vez que se pone en marcha".

⁷⁴ Así conforme al Art. 25, núm. 4. C.P.; en este sentido *Perdomo Torres*, Jorge Fernando. Criterios de autoría y participación en procesos de justicia transicional, Conferencia dictada en



Hoja No. 30. Directiva No. 1 - 0001 "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

en concreto, que si bien el peligro ya ha sido exteriorizado, es posible que pueda concretarse en una lesión futura. Por lo tanto, es deber del garante, *v. gr.*, del creador de esa situación (antijurídica) de peligro, cumplir con los deberes de salvamento pertinentes para evitar que se sigan lesionando los bienes jurídicos ajenos.

b. Juicio de imputación en sentido estricto

Una vez confirmado que el acontecer lesivo hace efectivamente parte del ámbito de competencia del actor, esto es, que él se ha hecho garante de la evitación del mismo, debe procederse con la determinación de la creación del riesgo jurídicamente desaprobado, así como con el examen de realización de los riesgos. Es decir, no es suficiente con establecer que existe una posición de garante. Es igualmente necesario establecer el alcance de los deberes que de ella se desprenden. El juicio de imputación objetiva permite, por lo tanto, concretar el marco de todo aquello que le es imputable al garante.

i. Elementos del juicio de imputación

El juicio de imputación objetiva consiste en determinar si existe la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y si ese riesgo creado contrariando una norma se ha realizado en el resultado⁷⁵. Así, por ejemplo, el conductor de un automóvil es garante del buen

las XXXV Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia, 25 de septiembre de 2013, quien también determina la posición de los dirigentes de un grupo insurgente como un problema de injerencia; sobre la posición de garante por injerencia ver *el mismo*, La responsabilidad por injerencia en la moderna dogmática penal, en: Estudios penales a partir de libertad y solidaridad, Bogotá 2009, p. 33 y ss.

⁷⁵ Ver al respecto *Reyes Alvarado*, Imputación objetiva, Cit., p. 203 y ss.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

Hoja No. 32. Directiva No. 0001 "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

social con el objetivo de fijar el marco de tolerancia⁷⁷. Así por ejemplo, las normas de tránsito, la *lex artis* en el ámbito médico, así como todos los riesgos cuya permisión se haya consolidado, bien sea como producto de una ponderación de intereses⁷⁸, o de manera histórica⁷⁹.

Otra forma de permisión se manifiesta en la institución de la *prohibición de regreso*⁸⁰. Como se expuso, conforme a este principio, no es posible imputar las conductas delictivas de los demás – esto es: fundamentar su intervención delictiva en hechos ajenos – si el actor se mantiene dentro del ámbito de lo socialmente adecuado. Así, la sola venta de cuchillos, tijeras, martillos, etc. no representa per se el exceso del riesgo socialmente tolerado, pues de lo contrario, se estaría prohibiendo de antemano prácticamente todo tipo de forma de contacto social que pueda llegar a ser usado arbitrariamente para la comisión de un delito. Nuevamente: el conocimiento de los hechos o el aporte causal a los mismos no define *per se* el carácter delictivo de la conducta del autor.

Asimismo, se encuentra un tercer criterio general de imputación, el *principio de confianza*. Este criterio regula el marco de libertad de acción del actor cuando ya se ha hecho efectivamente garante de la compensación de conductas defectuosas ajenas⁸¹. Este es el típico caso de la relación del médico con el personal, el conductor respecto

⁷⁷ Ver al respecto, por ejemplo, *Reyes Alvarado*, Imputación Objetiva, Cit., p. 94 y ss. *Jakobs*, La imputación objetiva en derecho penal, Cit., p. 45 y ss.

⁷⁸ *Reyes Alvarado*, Imputación Objetiva, Cit., p. 97.

⁷⁹ *Jakobs*, La imputación objetiva en derecho penal, Cit., p. 49 y ss.

⁸⁰ *Jakobs*, La imputación objetiva en derecho penal, Cit., p.73 y ss.; *Caro John*, Das erlaubte Kausieren verbotener Taten – Regressverbot, Cit., especialmente p. 55 y ss. (92 y ss.).

⁸¹ *Jakobs*, La imputación objetiva especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del "riesgo permitido", la "prohibición de regreso" y el "principio de confianza", Cit, p. 18 y ss.; *Stratenwerth*, Günter. Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht, en: Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, Bockelmann et. al. (Editor), Göttingen 1961, p. 383 y ss.; *el mismo*, Derecho Penal Parte General I, Navarra 2005, § 15, nota al margen 65 y ss.



Hoja No. 31. Directiva No. 0001 "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

estado de su vehículo y del respeto de la vida e integridad personal de los demás participantes del tráfico. De llegarse a ocasionar – en un sentido meramente naturalista – un accidente en el marco de esta actividad, el juicio de imputación objetiva permitirá determinar hasta qué punto estaba obligado a cumplir con esos deberes de cuidado, esto es, si se ha excedido del riesgo jurídicamente tolerado, y si el resultado lesivo correspondía efectivamente al riesgo que surgió por el incumplimiento de la norma de cuidado.

De este modo, se distinguen dos fases de imputación:

i) La creación del riesgo jurídicamente desaprobado

La primera fase de análisis de imputación objetiva corresponde, como se mencionó, a la creación del riesgo jurídicamente desaprobado. Esto consiste en determinar si la conducta ha excedido el marco de lo jurídicamente tolerado. Para ello, deberá establecerse en cada ámbito de interacción social cuáles eran las normas de cuidado aplicables y si efectivamente se presentó un exceso. En este estadio concurren los criterios generales de imputación (riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso y acción a propio riesgo)⁷⁶.

La forma más básica para la determinación de la creación del riesgo jurídicamente desaprobado es el *riesgo permitido*. La doctrina recomienda recurrir a las normas jurídicas y reglas de cuidado que determinan los espacios de libre acción de cada ámbito de la vida

⁷⁶ *Jakobs*, System der strafrechtlichen Zurechnung, Cit., p. 28 – 32; ver también *el mismo*, La imputación objetiva especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del "riesgo permitido", la "prohibición de regreso" y el "principio de confianza", en: Estudios de Derecho Penal, Madrid 1997, p. 209 y ss.



Hoja No. 33. Directiva No. 0001 "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

de otros participantes del tráfico, de los padres respecto de la delegación del deber de cuidado a una niñera, del tenedor de armas respecto de la entrega de la fuente de peligro a un tercero, etc. En estos casos se estimará, conforme al contexto de interacción, cuándo debe el garante activar su deber secundario de compensación de conductas defectuosas ajenas y responder efectivamente por el actuar del otro, esto es, desconfiar en su buen comportamiento, o, por el contrario, cuándo le era permitido confiar en que cada uno cumpliría con lo debido en el marco de su competencia⁸².

Finalmente, se encuentra el criterio general de imputación de las *acciones a propio riesgo*, las cuales delimitan la permisión de aquél que actúa frente al titular del bien jurídico, quien se hace por su parte objetivamente imputable por el acontecer que le es así mismo lesivo⁸³. Este es el típico caso de la imputación a la víctima, como quien debe asumir el riesgo de lesión propia en la asunción de actividades peligrosas con otros, o, de la incumbencia que tiene la víctima de una lesión por un disparo, por ejemplo, de acudir regularmente a controles médicos para sanar su herida. Todo aquello que sea parte del ámbito de la organización de la víctima, no le será imputable al otro actor que concurre en la creación de los riesgos.

ii) La realización del riesgo en el resultado

⁸²Stratenwerth, Günter. Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht, Cit., p. 390 y ss.

⁸³ Jakobs, La imputación objetiva especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del "riesgo permitido", la "prohibición de regreso" y el "principio de confianza", Cit., p. 220 y ss.; Reyes Alvarado, Imputación Objetiva, Cit., p. 174 y ss.; Cancio Meliá, Manuel. Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal, Bogotá - Barcelona 2001, especialmente 323 y ss.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

Hoja No. 34. Directiva No.  **0001** "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

Al finalizar el análisis para la determinación del marco de tolerancia de la conducta en el caso concreto (perspectiva *ex ante*), es imprescindible establecer si el riesgo que se deriva de ese exceso es el mismo que se ha concretado en el resultado (perspectiva *ex post*)⁸⁴. Si se estima que el riesgo que se ha realizado en el resultado no tiene relación con el riesgo que se ha creado contrario a derecho, no procederá la imputación. Pues el sentido de la imputación consiste precisamente en establecer una racionalidad, esto es, en legitimar la imputación de aquello por lo cual realmente se ha hecho responsable por la infracción de la norma de permisión (exceso del riesgo permitido)⁸⁵. De lo contrario, se estaría imputando el resultado por el sólo hecho de cometer una infracción al derecho, esto es, aplicando el antiguo principio del *versari in re illicita*⁸⁶. Así, por ejemplo, no hay realización del riesgo de muerte ocasionado por un disparo, si la víctima, después del ataque, es trasladada al hospital, donde muere a causa de un incendio.

ii. Identificación de los riesgos jurídicamente desaprobados propios de un grupo insurgente y concreciones particulares de la posición de garante de sus dirigentes

Una vez expuesta la forma más básica de fundamentación de la posición de garante del dirigente de una organización armada al margen de la ley (competencia organizacional) y de los aspectos generales sobre la composición del juicio estricto de imputación, se procederá con la identificación de los riesgos propios que conlleva la creación y coordinación de un grupo de esta índole. De este

⁸⁴ Reyes Alvarado, Imputación objetiva, p. 211 y ss.

⁸⁵ Ver al respecto Jakobs, La imputación objetiva en derecho penal, Cit., p. 103 y ss.; Reyes Alvarado, Imputación objetiva, p. 203 y ss.

⁸⁶ Ver al respecto Rudolphi, Hans Joachim. Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Nom in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre, in: JuS 1969, p. 549 y ss.



Hoja No. 35. Directiva No. ~~0001~~ **0001** "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

modo, se podrán hacer más concreciones respecto de otras formas más específicas de la posición de garante aquí planteada y de las formas de crear riesgos jurídicamente desaprobados en el marco del normal funcionamiento de este tipo de organizaciones. Así se podrá concretar con mayor rigor el juicio de imputación en el caso concreto.

El caso particular de los dirigentes de un grupo insurgente se caracteriza por la responsabilidad de coordinar un programa que se ejecuta en manos de sus miembros y puede implicar la comisión de conductas penales⁸⁷. Recordando lo anteriormente expuesto, se tiene que el sentido de su posición de garante está determinado por la misma prohibición del peligro que implica para los demás poner en funcionamiento una organización armada como tal⁸⁸. De esta manera y atendiendo a lo desarrollado en el modelo de doble imputación, todo riesgo jurídicamente desaprobado que se produzca en el marco de las actividades propias de la naturaleza de la organización, le es *en principio* imputable a cada miembro de su cuerpo directivo, pues cada uno asume la responsabilidad por el funcionamiento de dicha organización como un *todo*.

La identificación de los riesgos imputables a la competencia de los dirigentes de un grupo insurgente dependerá, por supuesto, del *contenido* de los *lineamientos* o *políticas de funcionamiento* de la misma y, sobre todo, de la identificación de un cierto programa. Es decir, es imprescindible determinar tanto los riesgos para los bienes jurídicos que se desprenden del mismo fin o programa de la organización, como aquellos que puedan surgir en el marco de las actividades esenciales para el funcionamiento de la organización como tal, como se puede apreciar en el siguiente bosquejo:

⁸⁷ Ver al respecto *Jakobs*, Participación, Cit., p. 127 y ss.

⁸⁸ Así *Jakobs*, Participación, en: XXXV Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Proceso de paz y justicia transicional, Cit., p. 128 ss.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

Hoja No. 36. Directiva No.  - **0001** "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

i) La fundación y coordinación de un grupo armado insurgente como riesgo jurídicamente desaprobado

La asunción de la dirección general de un grupo armado insurgente legítima ya la imputación de la ejecución de los tipos penales a manos de sus miembros, siempre que ello pueda ser considerado parte de su programa político-armado⁸⁹. En este sentido, se entiende que **tanto la fundación, como la asunción de la dirección de este tipo de grupos armados es una creación de un riesgo jurídicamente desaprobado**, en tanto que incumple la prohibición de intervenir en conductas delictivas ajenas, así como las disposiciones especiales que buscan en abstracto evitar precisamente el peligro para los bienes jurídicos que representa estructurar una organización armada por fuera del monopolio sobre uso de la fuerza que solamente le compete al Estado⁹⁰. Para ser más precisos: El diseño y la coordinación de un grupo armado insurgente representa ya un exceso de la permisión socialmente tolerada del actuar con los demás. La relación con quienes ejecutan el tipo – en concreto: el tipo de división del trabajo – es *vinculante* y, por tanto, capaz de fundamentar la intervención delictiva, *no hay prohibición de regreso*⁹¹. En conclusión, quien funda un grupo armado insurgente o quien entra a hacer parte de la dirección de un grupo como tal ya existente, se hace garante de los riesgos y resultados lesivos que el funcionamiento de esta máquina de guerra pueda llegar a generar.

⁸⁹ *Jakobs*, Teoría de la intervención, Cit., III. B. 2.

⁹⁰ Así, conforme a la prohibición de "asociarse para delinquir" – Art. 340 C.P. – en concordancia con el "entrenamiento de otros para la realización de actividades delictivas" – Art. 341 C.P. –.

⁹¹ Ver al respecto *Jakobs*, Teoría de la intervención, III. B. 5.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

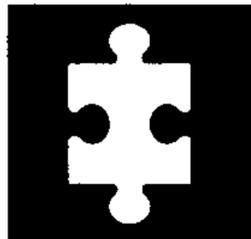
Hoja No. 37. Directiva No.  **0001** "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

ii) Creación de una situación de peligro por la ejecución del programa político-armado como fuente de creación de otros riesgos jurídicamente desaprobados

Atendiendo al sentido de la posición de garante de los dirigentes de un grupo insurgente ya expuesto, se tiene que la puesta en marcha de este tipo de organizaciones activa el *deber de evitar la comisión* de cada uno de los delitos que hacen parte del programa político-armado previsto. Este es un *deber de aseguramiento secundario* de un peligro ya exteriorizado⁹². Así, por ejemplo, quien ordene o tenga bajo su competencia la coordinación general de la ejecución de cierto número de secuestros, o el minado de ciertas regiones del país, o dinamitar un oleoducto, deberá hacer todo lo posible para evitar que se produzcan dichos resultados prohibidos por la legislación penal y, además, de todos los daños a terceros que van más allá de la protección prevista por esos tipos, cuyo acaecimiento, no obstante, les son conexos.

En otras palabras: El dirigente de un grupo insurgente cuyo programa político-armado con tintes delictivos se lleva efectivamente a cabo, se hace también garante de todos los riesgos inmersos de la situación de peligro que ha creado (posición de garante por injerencia). En el caso del secuestro, por ejemplo, la creación del riesgo jurídicamente desaprobado consiste en la restricción ilegítima del derecho de la libertad del secuestrado, situación que hace al captor además garante de todos los riesgos que esa privación de la libertad implique para la salud y vida del

⁹² Cfr. *Jakobs*, Participación, en: XXXV Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Proceso de paz y justicia transicional, Cit., p. 129: "El aparato de poder ajeno a la legalidad no solo no debe emplearse, sino que, sobre todo, ha de manejarse con seguridad cada vez que se pone en marcha".



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

Hoja No. 38. Directiva No.  **0001** *“Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano”*

capturado. De este modo, el captor se haría, por ejemplo, responsable por las lesiones resultantes de picaduras de mosquitos en la selva, de la disminución del estado de salud de un secuestrado que padece de ciertas enfermedades y requiere asistencia médica especializada, o de la lesión o muerte del secuestrado en los traslados que se realicen de su lugar de cautiverio, como puede suceder en su transporte en embarcaciones en los ríos de la selva. El riesgo propio del tipo de secuestro incluye no sólo la afectación directa del mantenimiento en cautiverio de la víctima, sino también del peligro para su integridad personal y vida que implica el emprendimiento de todas las acciones de rescate por parte de terceros, o de escape por parte de la víctima.

Igualmente, quien dinamita un oleoducto se hará responsable de la creación de todos los riesgos conexos a ese peligro, como lo es, el daño que se le pueda ocasionar al medio ambiente o a las poblaciones aledañas, tal como sucedió en el caso de la masacre del corregimiento de Machuca en Antioquia del 18 de octubre de 1998⁹³. En este caso, un frente del ELN detonó una carga explosiva sobre el oleoducto Cuisiana-Coveñas, haciendo que el petróleo se derramara en el río Pocuné. El combustible se prendió en llamas y el fuego se propagó por todo el corregimiento de Machuca, ocasionando la lesión de 30 y muerte de unas 74 personas a causa de las quemaduras.

Del mismo modo, se puede pensar en el caso de la práctica del minado. Además del riesgo que implica para la vida e integridad personal de las personas que puedan llegar a activar una mina, ello representa igualmente el impedimento de habitar regularmente

⁹³ Caso fallado por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Antioquia, Proceso No. 580 UNDH (2002 – 0096), 24 de mayo de 2004, en segunda instancia por el Tribunal de Antioquia, Sala Penal, en fallo del 19 de noviembre de 2004 y en casación por la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, 7 de marzo de 2007, M.P. Javier Zapata Ortiz.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

Hoja No. 39. Directiva No.  0001 "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

ciertos espacios geográficos, ocasionando el desplazamiento forzado de la población civil.

En este punto, es importante tener también en cuenta que la generación de una situación de peligro o de necesidad activa *las acciones de salvamento por parte de terceros* quienes por diversas formas están comprometidos a cumplir, bien sea, en virtud de *deberes de protección* frente a las víctimas (así, por ejemplo, los garantes en virtud de instituciones estatales como los militares o la policía, o también de la institución de la familia, como los padres respecto de sus hijos o la relación entre cónyuges, igualmente quienes de forma privada asumen voluntariamente este deber de protección, como el cuerpo de bomberos, etc.), o, de los *deberes de solidaridad* de los demás ciudadanos para socorrerlas⁹⁴. **Quien crea la situación de peligro es, por consiguiente, responsable de la posibilidad de que los rescatistas fallen⁹⁵.**

Por lo tanto, aquellos errores de los rescatistas que no se exceden del ejercicio racional de sus roles en el ámbito de interacción concreto ("soldado en operación de rescate", "bombero apagando las llamas", "ciudadano socorriendo una víctima", "médico socorrista atendiendo a un herido"), le serán igualmente imputables al creador de la situación de peligro. No obstante, aquellos errores que se excedan del ejercicio normal de sus roles, v. gr., las conductas drásticas o excesivamente imprudentes, no podrán serles imputadas al creador de la situación de peligro, pues rige un *principio de confianza* en que los rescatistas cumplirán con un mínimo de cuidado⁹⁶.

⁹⁴ Así, conforme al sentido del Art 131 C.P.

⁹⁵ Ver al respecto *Jakobs*, Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, Madrid 1995, p. 399, nota al margen 34, nota al pie 51 c.

⁹⁶ Ver al respecto *Jakobs*, Derecho Penal Parte General, Cit., p. 255 y s., nota al margen 55, c) c').



Hoja No. 40. Directiva No.  0001 "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

iii) Responsabilidad por el manejo de fuentes de peligro en el mantenimiento del grupo insurgente

El mantenimiento de una organización armada conlleva igualmente la posibilidad de realización de los riesgos de la *tenencia y manejo de fuentes de peligro*⁹⁷. Este es, en primer lugar, el caso de la manipulación y custodia de *objetos peligrosos*, como lo son las armas, explosivos, medios de transporte, etc. En segundo lugar, debe considerarse también la asunción de una *responsabilidad por el manejo de personas*⁹⁸. Quien tiene bajo su mando la orientación de la conducta de muchas personas, se hace responsable por los daños que ellas ocasionen a otros en la ejecución de las actividades propias de la organización.

De este modo, los dirigentes de un grupo insurgente deberán asegurar el peligro que significa que su personal manipule *fuentes de peligros drásticos*. A partir del sentido de su posición de garante se desprende el deber de tomar todas las medidas necesarias para no ocasionar daños a terceros en la tenencia y custodia de dichos objetos peligrosos. No obstante, dado que se trata de un grupo armado ilícitamente, el sólo hecho de tener dichos objetos altamente peligrosos sin los controles de peligro abstracto previstos por el ordenamiento jurídico, llevaría a pensar que existe un permanente incumplimiento de las normas de cuidado aplicables. Para ser más precisos: El hecho de que esas fuentes de peligro estén en manos no calificadas según los estándares de seguridad establecidos constituye por sí una creación del riesgo jurídicamente desaprobado. Por consiguiente, el dirigente tiene un deber de *asegurar constantemente* que el otro se comportará correctamente, algo que

⁹⁷ Art. 25, núm. 1 C.P.; *Jakobs*, Derecho Penal Parte General, Cit., p. 973, nota al margen 30.

⁹⁸ Art. 25, núm. 1 C.P.; ver al respecto *Jakobs*, Derecho Penal Parte General, Cit., p. 976, nota al margen 32 y ss.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

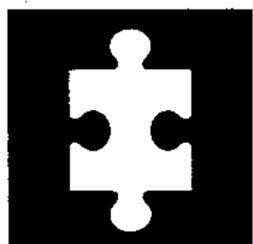
Hoja No. 41. Directiva No. 0001 "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

sería casi un imposible en una organización armada grande y altamente diferenciada. El marco del principio de confianza en este caso estaría bastante restringido.

Lo anterior llevar a concluir que todas los daños que surjan por los *errores en la manipulación y custodia de los objetos peligrosos* le son en principio imputables al dirigente del grupo armado. La exclusión de la imputación objetiva sería sólo posible si se demostrase en el caso concreto que el dirigente cumplió por sí mismo los controles pertinentes de aseguramiento válidos para tal actividad. Pues sólo así podría alegar la protección de sus expectativas de un mínimo de comportamiento adecuado por parte del otro (*principio de confianza*). Ejemplo: Si cierto grupo de militantes demuestra tener la experiencia en la tenencia y manipulación de armas y se llega a producir un homicidio por infringir una norma propia del *cuidado mínimo* en la manipulación del arma por parte de alguno de ellos, no podrá serle imputada la muerte al dirigente.

Ahora bien, el hecho de armar masivamente a sus militantes implica el riesgo general de contar con errores de ellos en la manipulación de las armas y explosivos. Es más, existe la posibilidad de que el grupo insurgente marche por su cuenta, de forma autónoma, tal que *ciertas prácticas delictivas* asociadas o fomentadas por el poder que representa la tenencia de las armas se generalicen en los militantes. Este es un riesgo conexo al riesgo de armar ilícitamente a un grupo de personas, de lo contrario la prohibición de entrenar a un grupo de personas para realizar actividades ilícitas⁹⁹ no tendría sentido alguno. Por lo tanto, la ejecución de esas prácticas delictivas conexas al uso de las armas y a la pertenencia a un grupo

⁹⁹ Art. 341 C.P.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

Hoja No. 42. Directiva No.



0001

“Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano”

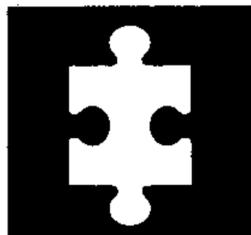
ilícitamente armado con poder suficiente dentro de la población civil, le sería igualmente imputable al dirigente de la organización.

iii. Concreción de la realización de los riesgos creados por un grupo insurgente

El juicio de imputación objetiva deberá concluir con la verificación de la realización del riesgo, el cual se ha creado con la conducta contraria a derecho, en el respectivo resultado delictivo descrito en el tipo (“muerte”, “lesión”, “daño en bien ajeno”, “desplazamiento forzado”, etc.). Aquí, es necesario tener nuevamente en cuenta que el sólo hecho de la creación antijurídica de un riesgo no define per se el juicio de imputación objetiva. Teniendo en cuenta los tipos de riesgos arriba enumerados para el caso particular del funcionamiento de un grupo armado insurgente, se procederá con el análisis de realización del riesgo para cada caso, atendiendo a las reglas generales de esta fase de la imputación.

En la primera forma de riesgo jurídicamente desaprobado identificada, esta es, el **riesgo de fundar o dirigir un grupo ilícitamente armado**, se deberá constatar que el resultado delictivo corresponde directamente con el programa político-armado que buscaba ejecutar la organización. Así, por ejemplo, que el secuestro de cierta persona en efecto haga parte de ese proyecto, o que el atentado contra un oleoducto corresponda al plan general aprobado por los dirigentes de la organización. O que la muerte de cierta persona corresponda a la orden de ejecución dada, más no a aspectos de salud propios de la víctima (riesgo general de la vida).

En segundo lugar, en el caso de la creación de **riesgos conexos a la ejecución del programa de insurgencia**, deberá demostrarse que el resultado lesivo se realizó en efecto como parte del riesgo creado



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

Hoja No. 43. Directiva No.  ... **0001** "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

por la ejecución de dicho programa político-armado. Así, por ejemplo, en el caso anteriormente mencionado de la masacre del corregimiento de Machuca en Antioquia, debió verificarse que las personas fallecieron por el incendio que le sucedió a la explosión del oleoducto realizada por el frente del ELN, más no por lesiones que se generaron por otras razones, o por un descuido de la víctima o la intervención de terceros en la generación de la situación de peligro. Lo mismo ocurre para el caso del desplazamiento forzado como consecuencia necesaria del minado. En este caso deberá demostrarse que el desplazamiento de los habitantes de cierta población era un riesgo conexo al minado de la misma – en concreto: el medio que obligó a abandonar el territorio –, más no, por ejemplo, el resultado de la decisión autónoma de la comunidad de desplazarse a otra región.

En tercer lugar, deberá demostrarse para el caso de la creación de **los riesgos propios al manejo de las fuentes de peligro** en el marco del funcionamiento del grupo armado insurgente que las lesiones o muerte de otras personas obedecen precisamente a la lesión con los objetos peligrosos que se usan dentro de la organización en el marco de su funcionamiento, más no por asuntos privados. Igualmente, que las afectaciones a otros bienes jurídicos hagan efectivamente parte de la práctica de formas delictivas que se fomentan por el poder de la tenencia de las armas.

C. Autoría como forma de participación delictiva de los dirigentes de un grupo insurgente

Independientemente de la posibilidad de ejecución directa de las conductas delictivas que hacen parte del normal funcionamiento de un grupo armado insurgente, debe tenerse en cuenta que el hecho de constatar que alguien ha asumido la dirección de una organización de esta índole no determina *de suyo* la responsabilidad por la



Hoja No. 44. Directiva No.  - 0001 "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

negación de la norma penal por parte de un militante subordinado. Si se atiende al sentido mismo de la participación delictiva, es necesario demostrar que *la ejecución* del tipo penal en cuestión – por ejemplo, “secuestro”, “homicidio”, “desplazamiento forzado” – a manos del subordinado pueda serle imputada como un *todo* al director de la organización delictiva. Y ello será posible sólo cuando la misma *semántica* del contexto de interacción, esto es, de la forma misma de *división del trabajo vinculante* entre los intervinientes, lo indique¹⁰⁰.

Teniendo en cuenta nuevamente el sistema de doble imputación anteriormente planteado, lo correcto es afirmar que la conducta del director de un grupo armado insurgente adquiere relevancia penal por las conductas delictivas de los subalternos, siempre que su posición de director de la organización esté asociada directamente con la comisión del tipo penal en concreto. Es decir, es necesario que exista una *relación funcional* de su competencia como dirigente respecto del comportamiento del colectivo, así como de su aporte particular respecto de la comisión del hecho delictivo, si se quiere, hecho total¹⁰¹.

Esta unidad funcional entre el sentido delictivo de la conducta del director y el sentido delictivo del ejecutor se encuentra además enmarcada por el programa delictivo y funcionamiento mismo de este tipo de organizaciones. Es decir, el director es *autor* de la comisión de un delito por parte de otro – en otras palabras: se hace responsable por el *todo* de la ejecución en manos ajena como obra

¹⁰⁰ *Jakobs*, Günther. *Beteiligung*, en: *Festschrift für Lampe*, Berlin 2003, p. 565 s.; *el mismo*, *Participación*, en: XXXV Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Proceso de paz y justicia transicional, Cit., p. 120; *el mismo*, *Teoría de la intervención*, III. B. 2 y 5.

¹⁰¹ *Marxen*, *Beteiligung*, Cit., p. 232; *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, Cit., § 7, Nota al margen 11 y s. *Ambos* entiende que en estos dos niveles de imputación – esto es: conforme al actuar colectivo y el actuar individual – se integran tanto un sistema individualista, como sistémico de imputación.



Hoja No. 45. Directiva No.  0001 “Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano”

propia –, en tanto que la conducta de su subalterno sea propia de aquello cuya dirección ha asumido, esto es, en tanto que la comisión del delito sea expresión de la obra misma de todos los que concurren en el manejo del funcionamiento de la organización¹⁰².

D. Análisis del tipo subjetivo, especialmente de la conducta dolosa de los dirigentes de un grupo insurgente

El examen de la tipicidad de la conducta debe igualmente contener un análisis de la modalidad del tipo subjetivo, esto es, de la determinación de la ejecución de la conducta a título de culpa o dolo. Para el caso de la atribución de la responsabilidad de los dirigentes de un grupo armado insurgente se considerará en esta ocasión la modalidad de la conducta dolosa respecto de las conductas delictivas que puedan cometer los subalternos en el marco del funcionamiento de dicha organización. Siendo así, se entenderá como dolo los conocimientos y la voluntad de realización que tenga el autor acerca del acontecer delictivo¹⁰³. Siguiendo el marco objetivo de interpretación de la conducta anteriormente expuesto para el caso especial de los dirigentes de un grupo armado insurgente, el objeto del conocimiento y la voluntad corresponde concretamente a las políticas generales de funcionamiento de dicha organización y su relación con la infracción de ciertas normas penales a manos de sus militantes. Es decir, la fundación o intervención como miembro directivo de una organización armada de esta índole *presupone* ya un conocimiento – si se quiere: un “deber saber” – acerca de todos los riesgos que implica llevar a cabo su programa político-armado, en

¹⁰² *Jakobs*, Beteiligung, Cit, p. 569.

¹⁰³ Así según lo previsto en el Art. 22 C.P.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

0001

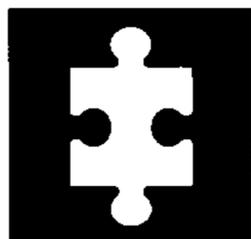
Hoja No. 46. Directiva No. _____ “Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano”

concreto: la posibilidad de infringir ciertas normas penales¹⁰⁴. Por ejemplo: que la comisión de homicidios, lesiones personales o el mismo desplazamiento forzado, es un riesgo propio de la ejecución de la política de minado para contrarrestar el avance del Ejército en cierta región del país, o que el enfrentamiento armado contra el Ejército conlleva el acaecimiento de daños colaterales a la población civil, etc. No basta, por lo tanto, argumentar la “carencia” del conocimiento sobre aspectos que se presumen del conocimiento propio de un dirigente de este tipo de organizaciones para descartar la existencia del dolo. La indiferencia en este caso es una forma misma de expresión de la conducta que se le debe equiparar al dolo¹⁰⁵.

Ahora bien, a partir de las políticas generales de funcionamiento de la organización es posible igualmente determinar la modalidad misma del dolo. De este modo, serán imputables a título de dolo directo todas aquellas conductas delictivas que sean fin propio de la implantación de cierta política. Por ejemplo: Dinamitar un oleoducto representa ya la comisión de un delito de daños a título de *dolo directo*. Dependiendo del lugar de la comisión de los hechos también un daño al medio ambiente. Asimismo, dependiendo de la generación necesaria de las consecuencias de la conducta que persigue la ejecución de un delito, podrían establecerse los grados mismos del dolo. Ejemplo: Si se establece como política general la implementación de minas antipersonales en ciertas partes del territorio nacional habitadas por civiles para

¹⁰⁴ Ver al respecto *Ragués i Vallés*, Ramón. El dolo y su prueba en el proceso penal, Bogotá 2002, especialmente p. 323 y ss., 345 y ss., 357 y ss.; ver también *Sánchez-Vera Gómez Trelles*, Javier. Nuevas tendencias normativas en el concepto y la prueba del dolo, en: Revista de Derecho Penal y Criminología, Universidad Externado de Colombia, Vol. 26, Núm. 79 (2005), p. 99 y ss.

¹⁰⁵ *Jakobs*, Günther. Vorsatzbegriff, en: Rechtswissenschaft, Juli 2010, p. 308.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

Hoja No. 47. Directiva No. **0001** "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

contrarrestar las acciones del Ejército, el desplazamiento forzado de la población civil sería imputable al dirigente de la organización como dolo de segundo grado. Pues la pérdida de la habitabilidad de dicho territorio es una consecuencia necesaria de la política de minado.

La responsabilidad dolosa es, sin embargo, extensible también para los casos del *dolo eventual*. Así, si en el marco de la ejecución de una política propia de un grupo armado insurgente se considera la posibilidad de comisión de conductas delictivas, deberán serles imputadas al director de la organización a título de *dolo eventual*. Esto ocurría, por ejemplo, en el caso de la puesta de una bomba en un oleoducto cuando exista la posibilidad de que algún civil transite por el lugar y llegue ser lesionado o herido de muerte. Lo mismo sucedería con las personas que resulten heridas por la explosión de una mina antipersonal, como se describió en el ejemplo anteriormente mencionado. Para concluir, debe entenderse que el alcance del dolo se determina a partir de la comprensión misma de las finalidades propias del grupo armado insurgente y del conocimiento que se espera a partir de la competencia concreta de sus miembros.

III. CONCLUSIONES

Con base en los anteriores argumentos, se puede concluir lo siguiente:

1. El sistema de imputación de las graves violaciones a los derechos humanos por parte de un grupo armado insurgente debe darse a



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

Hoja No. 48. Directiva No.  **0001** "Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano"

partir de la interpretación individual de la conducta en el contexto propio de la macro-criminalidad. En este sentido, el sistema de imputación debe abarcar un análisis macro que está determinado por el actuar del colectivo y la relación funcional entre el aporte individual con el programa político-armado del mismo.

2. El grado de responsabilidad al interior del grupo armado insurgente indicará el grado de participación delictiva en la comisión del hecho punible en cuestión. Los dirigentes de un grupo armado insurgente responderán por las decisiones acerca de la implementación del programa político-armado.
3. La responsabilidad de los dirigentes de un grupo armado insurgente por los delitos cometidos por sus combatientes se fundamenta en la posición de garante que surge a partir de la creación del riesgo de lesión a los demás por la fundación y funcionamiento de una organización armada ilegal.
4. La creación y realización de los riesgos jurídicamente desaprobados propios del funcionamiento de este tipo de organizaciones les son objetivamente imputables a sus dirigentes.
5. El dirigente de un grupo armado insurgente responderá a título de autoría por los hechos que cometa un combatiente, siempre que ello haga parte del programa cuya implementación hace parte del ámbito de competencia de la dirección.

Comuníquese y cúmplase,

Dada en Bogotá, a los

27 MAR. 2016

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Despacho del Fiscal General de la Nación
Diagonal 22 B No. 52 01 Bloque C, piso 5