



Universidad Internacional de La Rioja  
Facultad de Derecho

Máster Universitario en Derecho Penal Internacional y  
Transnacional

## Intervención delictiva de altos funcionarios de Estado en la comisión de Crímenes Internacionales.

Trabajo fin de estudio presentado por:	Gilberto Andrés Aguilera Romero
Tipo de trabajo:	Investigación teórico-jurídica
Línea de trabajo:	Autoría y Participación
Director/a:	Agustín Asier Tapia Gutiérrez
Fecha:	31 de Enero de 2023

## Resumen

El presente trabajo de investigación aborda un análisis del modelo normativista de intervención delictiva en relación con la atribución de responsabilidad penal a altos funcionarios estatales por la comisión de crímenes internacionales. Este modelo se sustenta en la configuración normativa de la sociedad y considera estos crímenes como violaciones de deberes especiales imputables exclusivamente a título de autoría. La investigación, utilizando un enfoque deductivo examina los modelos aplicados históricamente por los tribunales internacionales en la atribución de responsabilidad a altos funcionarios. Luego, se analizan los fundamentos teóricos del normativismo penal, respaldados por un estudio de caso de la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia. La conclusión destaca la compatibilidad del modelo normativista con el Estatuto de Roma y propone su implementación en la Corte Penal Internacional.

**Palabras clave:** Derecho penal internacional, Crímenes internacionales, modos de responsabilidad penal, accesoriedad, crimen de estado.

## Abstract

The present research delves into an analysis of the normativist model of criminal intervention in relation to attributing criminal responsibility to high-ranking state officials for the commission of international crimes. This model is based on the normative configuration of society and considers these crimes as violations of special duties imputable exclusively under the title of authorship. The research, using a deductive approach, examines models historically applied by international courts in attributing responsibility to high-ranking officials. Subsequently, the theoretical foundations of normative criminal law are analyzed, supported by a case study of the Special Jurisdiction for Peace in Colombia. The conclusion highlights the compatibility of the normativist model with the Rome Statute and proposes its implementation in the International Criminal Court.

**Keywords:** International criminal law, International crimes, modes of criminal liability, derivative liability, state crime.

## Índice de contenidos

1. Introducción .....	7
1.1. Justificación del tema elegido .....	8
1.2. Problema y finalidad del trabajo .....	8
1.3. Objetivos.....	9
1.3.1. Objetivo general .....	9
1.3.2. Objetivos específicos .....	9
2. Marco teórico y desarrollo.....	10
2.1 Responsabilidad de Altos funcionarios de Estado e intervención delictiva .....	10
2.1.1 Modelo unitario de autor y la conspiración en el Tribunal de Nuremberg .....	12
2.1.2 Modelo subjetivo: La Empresa Criminal Conjunta.....	15
2.1.3 Modo de responsabilidad omisiva de altos funcionarios de Estado .....	18
2.1.4 Corte Penal Internacional y Dominio del Hecho .....	22
2.2. La atribución de responsabilidad penal internacional a altos funcionarios a partir del normativismo penal.....	27
2.2.1. La atribución de responsabilidad penal al general Mario Montoya de la Sala de Reconocimiento de la jurisdicción Especial para la Paz .....	30
2.2.2 Perspectiva fáctica: Mario Montoya como partícipe de crímenes internacionales	33
2.2.3 Modelo normativo: Marío Montoya Autor en virtud de su posición de garante por competencia institucional.....	36
2.2.4 Criterios normativos para la atribución de autoría por competencia institucional.	39
2.3. Aplicación de la teoría normativista del Derecho Penal en el Estauto de Roma de la Corte Penal Internacional. ....	47
2.3.1 Principio de Accesoriedad y concepto unitario de Autor .....	50
2.3.2. Fuentes extrapenales de la Posición de Garante.....	52

2.3.3. Actus Reus en la perspectiva Normativista.....	58
2.3.4. Mens Rea imputación normativa del elemento subjetivo.....	60
3. Conclusiones.....	63
Referencias bibliográficas.....	65
Listado de abreviaturas .....	73

## Índice de figuras

Figura 1 “Macrocriminalidad estatal”. (Elaboración propia) .....	10
Figura 2 “Patrón de macrocriminalidad atribuido al General (r) Mario Montoya”. (Elaboración propia) .....	33
Figura 3. “Formas de intervención punible en el ECPI”. (Elaboración propia).....	48
Figura 4. “Propuesta del modelo normativista en el análisis del crimen internacional” (Elaboración propia) .....	57

## 1. Introducción

Este trabajo final de maestría tiene como objetivo principal analizar y presentar a la comunidad académica un novedoso modelo de intervención delictiva (WERLE 2011) en el ámbito del Derecho Penal Internacional para la atribución de responsabilidad a altos funcionarios del Estado por la comisión de crímenes atroces. El modelo, de origen alemán, es conocido como Normativista y fundamenta la imputación de responsabilidad penal en la configuración normativa de la sociedad, considerando estos crímenes como violaciones de deberes especiales atribuibles exclusivamente a título de autoría (JAKOBS 1998).

La elección de este tema se sustenta en la apremiante necesidad de abordar la complejidad intrínseca a los crímenes de Estado. En esta clase de macrocriminalidad, las instituciones encargadas de salvaguardar el bienestar de la población civil se corrompen desde los niveles más elevados del aparato burocrático, como los de Estado y generales, hasta el último eslabón que incluye a los ejecutores materiales de los crímenes, como soldados o agentes policiales.

En esta investigación, el lector encontrará un análisis teórico-jurídico de la intervención delictiva, empleando un enfoque deductivo en primer lugar analiza los modelos históricamente aplicados por tribunales internacionales para determinar la autoría de altos funcionarios estatales. Posteriormente, expone los fundamentos teóricos del normativismo penal, que acompaña con un estudio de caso proveniente de la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia.

El trabajo concluye evaluando el modelo normativista en términos de compatibilidad con el Estatuto de Roma y ofrece una propuesta para la implementación de este modelo en la Corte Penal Internacional que pretende enriquecer el panorama actual de las formas de intervención delictiva para asegurar la rendición de cuentas de altos funcionarios estatales que, aunque no participen directamente en la ejecución de los crímenes, desempeñan un papel crucial en la formulación de políticas que violan los derechos humanos e infringen el derecho internacional humanitario.

## 1.1. Justificación del tema elegido

Este trabajo final de máster se enfoca en el análisis de la intervención delictiva en el Derecho Penal Internacional, con el objetivo de identificar los presupuestos objetivos, subjetivos y normativos desarrollados para atribuir responsabilidad a título de autoría a aquellos funcionarios que a través del aparato estatal, cometen crímenes atroces (SCHABAS 2016), es decir, aquellos que afectan de manera grave al género humano y su dignidad como son los crímenes de lesa humanidad, crímenes de Guerra, genocidio y crimen de Agresión.

Lo distintivo de este trabajo radica en la novedad tanto de sus fuentes como del modelo normativo examinado. Además de explorar las formas de intervención desarrolladas por los tribunales penales internacionales tales como la empresa criminal conjunta, responsabilidad del superior, la autoría mediata por aparatos organizados de poder (WERLE 2011), se examina la propuesta proveniente del normativismo penal y su modelo de responsabilidad a partir de roles o competencias (REYES 2005).

En cuanto a su fuente, la investigación no se limita a la jurisprudencia y doctrina del Derecho Penal Internacional, sino que incluye una decisión emanada de la Jurisdicción Especial para la Paz. Este órgano judicial creado para aplicar justicia transicional en el contexto del conflicto armado colombiano, se ha convertido en un referente internacional en la aplicación de las normas del Derecho Penal Internacional que tiene como fuente de calificación jurídica.

Desde esta perspectiva, el trabajo aporta de manera significativa al entendimiento de los criterios jurídico penales que deben considerarse al responsabilizar a altos funcionarios por la comisión de crímenes internacionales. Con base en la afirmación de JAKOBS (2011), según la cual, los crímenes de estos individuos son considerados infracciones de un deber, el estudio sugiere que las figuras jurídicas tradicionales, como la coautoría o la utilización de un aparato de poder desvinculado del derecho, no son necesarias para enjuiciar su conducta.

## 1.2. Problema y finalidad del trabajo

La intervención delictiva de altos funcionarios estatales (jefes de Estado, de gobierno, generales o mandos militares) en el fenómeno de la criminalidad estatal o violencia de estado presenta una importante problemática para los tribunales internacionales encargados de atribuir responsabilidad. Estos no ejecutan de propia mano las violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH, por el contrario permanecen alejados sin ningún tipo de



contacto sobre los autores materiales que suelen ser las fuerzas militares o de policía de mas bajo rango en la cadena de mando estatal (AMBOS 2005).

El aporte de estos altos funcionarios al crimen de estado usualmente se limita a planear, ordenar o instigar el crimen, verbos que clásicamente se consideran una forma de responsabilidad accesoria (OLÁSULO 2013). Como bien lo indicó la Corte de Jerusalén en el caso de Eichmann, no puede permitirse que estos funcionarios estatales sean considerados meros partícipes o instigadores de la conducta criminal de sus subordinados ya que «el grado de responsabilidad aumenta cuanto más alejado se esté del hombre que con sus manos hace funcionar el instrumento fatal y más se acerque a los rangos más altos de la cadena de mando» (TJ ATTORNEY v. EICHMANN Párr. 107).

Bajo esta perspectiva, este trabajo final de master analiza los modelos de responsabilidad penal creados por los diversos tribunales a partir de criterios causales, subjetivos, objetivos y normativos. El trabajo profundiza en el nuevo modelo normativista que permite la atribución de responsabilidad a partir de la configuración de la sociedad materializada en las normas nacionales e internacionales que imponen un deber jurídico especial a estos funcionarios (VERA 2002).

### 1.3. Objetivos

#### 1.3.1. Objetivo general

Analizar el modelo normativista de intervención delictiva en el ámbito del Derecho Penal Internacional para determinar la responsabilidad penal de altos funcionarios de Estado por la comisión crímenes internacionales.

#### 1.3.2. Objetivos específicos

- Analizar los diferentes modelos de responsabilidad del Derecho Penal Internacional para la atribución de responsabilidad penal de altos funcionarios del estado en la comisión de crímenes internacionales.
- Estudiar el caso de atribución de responsabilidad al general Mario Montoya de la Sala de Reconocimiento de la jurisdicción Especial para la paz que imputó responsabilidad por crímenes internacionales a partir de la teoría normativista del Derecho Penal.
- Proponer los criterios para determinar la aplicación de la teoría normativista del Derecho Penal en la Corte Penal Internacional.

## 2. Marco teórico y desarrollo

### 2.1 Responsabilidad de Altos funcionarios de Estado e intervención delictiva

La imputación de responsabilidad penal por la comisión de conductas calificadas como crímenes internacionales, o *core crimes*, ha planteado un gran desafío para los tribunales internacionales, especialmente en lo que respecta a la denominada teoría de la intervención delictiva (AMBOS 2005). Esta área del Derecho Penal internacional se ocupa de estudiar los criterios mediante los cuales se puede considerar que una conducta criminal puede ser atribuida a un sujeto como propia y por tanto merecedor de una sanción penal.

Dentro de las conductas que históricamente han sido objeto de investigación, judicialización y castigo por parte de los tribunales internacionales, gran parte ha sido imputada a funcionarios estatales de alto rango, como jefes de Estado, jefes de Gobierno y líderes militares como generales y comandantes. Estos individuos que tienen a su mando las fuerzas militares del Estado no cometen directamente los crímenes. La acción criminal se lleva a cabo a través de políticas estatales concertadas con sectores del aparato público que, de acuerdo con sus funciones, logran la ejecución material o el ataque a la población civil por parte de miembros de las fuerzas armadas de rango inferior.

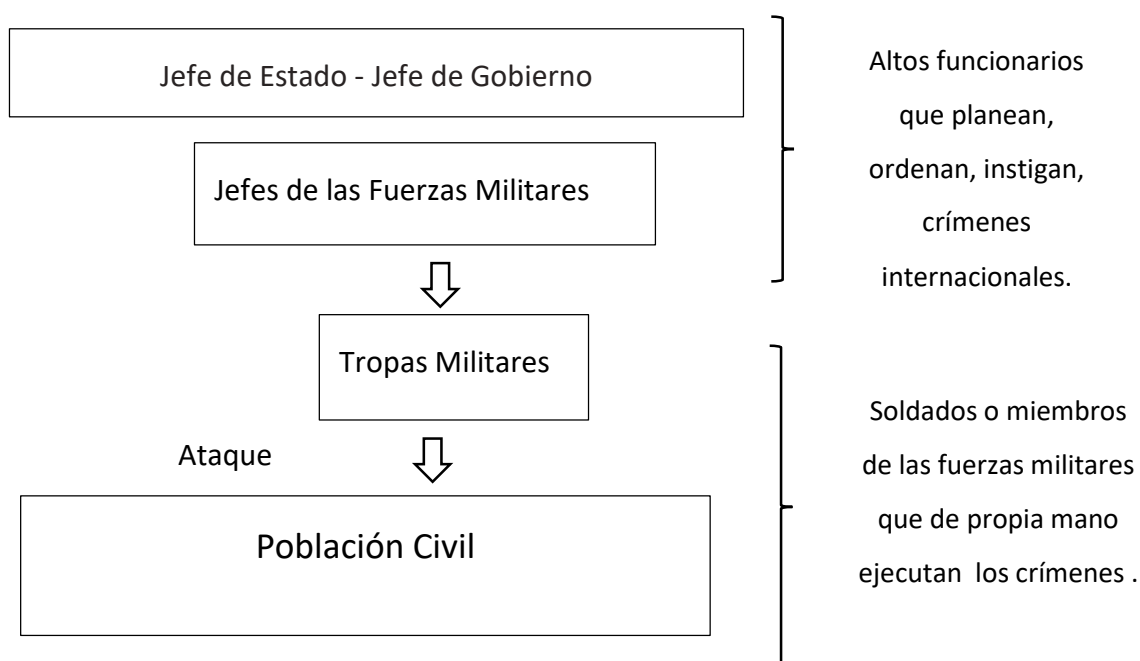


Figura 1 "Macrocriminalidad estatal". (Elaboración propia)

Este tipo de criminalidad estatal se encuadra estrictamente dentro de lo que se entiende como macrocriminalidad (JAGER 1989) o crímenes de sistema. Constituye una forma de violencia colectiva perpetrada por agentes del Estado dentro de una estructura o sistema burocrático, en la cual se llevan a cabo ataques a gran escala contra sus propios ciudadanos (AMBOS 2005). Estos ataques abarcan la comisión de crímenes de lesa humanidad, tales como exterminio, violencia sexual, tortura, desaparición forzada, entre otros; crímenes de guerra, como la dirección de ataques contra la población civil, homicidio intencional, tratos inhumanos, deportación, entre otros; e incluso el crimen de agresión y genocidio (arts. 6, 7 y 8 ECPI 1998).

En este contexto, el Derecho Penal Internacional está llamado a cumplir con su misión principal que consiste en la investigación y judicialización de los crímenes más graves, así como en la individualización de la responsabilidad de los máximos responsables dentro del marco de toda la violencia colectiva con el objetivo de imponer penas justas, prevenir la comisión de nuevos crímenes y lograr el reconocimiento y esclarecimiento de la verdad de los hechos (WERLE 2011).

Dado que las normas sobre intervención delictiva en los diversos estatutos de los principales tribunales internacionales de la historia han sido muy limitadas (exclusivamente consagran las formas de intervención tales como cometer, ordenar, colaborar sin desarrollar sus requisitos), su desarrollo obedece a la jurisprudencia internacional. De hecho, a partir de criterios objetivos, subjetivos y normativos, los diferentes tribunales han establecido modelos para atribuir el más alto grado de responsabilidad a los altos funcionarios estatales.

Como se demostrará a continuación, el Derecho Penal Internacional ha conocido tanto el modelos unitario, donde cualquier tipo de intervención es considerado una forma de autoría, como modelos diferenciadores o que adoptan el principio de accesoriedad, en virtud del cual se pueden distinguir entre autores y partícipes, aquellos responsables directamente de la conducta criminal y aquellos que coadyuvan a la acción criminal de otro.

En este último sistema, la problemática estriba en que los altos funcionarios que no aportan una contribución material al crimen —su intervención consiste en ordenar, planear, determinar, verbos que clásicamente han sido considerados como formas de participación en el crimen de otro— tendrían que ser considerados solo partícipes del hecho criminal cometido por sus subordinados.

Como destaca el profesor OLÁSOLO (2013), la imputación a título de partícipe de los altos funcionarios no refleja adecuadamente la función central de estos en los crímenes y puede llegar a ser un foco de impunidad, ya que en algunos sistemas se les puede atribuir una pena menor.

Esta forma de atribución afecta el derecho a la verdad y a la justicia de las víctimas, ya que no logra reflejar adecuadamente las responsabilidades ni es suficientemente adecuada para el esclarecimiento de los hechos.

En este sentido señaló el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia en el caso Tadic:

En estas circunstancias, considerar penalmente responsable como autor solo a la persona que realiza materialmente el acto delictivo ignoraría el papel de coautores de todos aquellos que de alguna manera posibilitaron físicamente que el autor realizara ese acto delictivo. Al mismo tiempo, dependiendo de las circunstancias, considerar a estos últimos responsables solo como cómplices e instigadores podría subestimar el grado de su responsabilidad penal (TPIY PROSECUTOR v. TADIC 1999, Núm. 192).

A continuación, se procederá a examinar cada uno de los modelos, analizando no solo su fundamentación jurídica, sino también los requisitos esenciales para su configuración en el ámbito de la criminalidad estatal. Este análisis nos permitirá comprender en detalle cómo estos modelos operan en la práctica, identificando sus fortalezas y limitaciones. Además se destacarán los precedentes jurisprudenciales que han contribuido a su desarrollo.

A medida que desentrañamos la complejidad de cada modelo, se revelarán aspectos cruciales para la atribución de responsabilidad a altos funcionarios estatales, proporcionando así una visión integral y contextualizada de la intervención delictiva en el marco del Derecho Penal Internacional.

### **2.1.1 Modelo unitario de autor y la conspiración en el Tribunal de Nuremberg**

El primer tribunal que abordó la problemática de la macrocriminalidad de Estado y consiguiente imputación de responsabilidad a los responsables de graves crímenes fue el Tribunal de Nuremberg creado por el Acuerdo de Londres de 1945. Este Tribunal valoró jurídico-penalmente los nefastos hechos constitutivos de crímenes contra la humanidad, contra la paz y crímenes de guerra en la que altos funcionarios del estado nazi Alemán

convirtieron la estructura estatal en un instrumento criminal que emprendió guerras de agresión contra varios estados y una empresa genocida en contra del pueblo judío y otros grupos como los gitanos, homosexuales, poblaciones eslavas y opositores políticos.

El Estatuto del Tribunal consagró las pautas para juzgar y castigar a los mayores criminales de guerra (Art. 6 ETMI/1945). En otras palabras, focalizó sus esfuerzos en los máximos responsables, aquellos que no llevaron a cabo directamente los crímenes, sino aquellos que planearon y ordenaron la comisión de crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y contra la paz. Los autores materiales, por otro lado, debían ser juzgados por los tribunales de los estados en donde se cometieron los crímenes.

Para este propósito, se dispuso la criminalización de «los líderes, organizadores, instigadores y cómplices que participen en la formulación o el desarrollo de un plan común o conspiración para cometer cualquiera de los anteriores crímenes serán responsables por todos los actos realizados por cualquier persona en desarrollo de ese plan» (Art. 6 ETMI/1945).

La estrategia jurídica utilizada por los fiscales liderados por Robert Jackson fue la aplicación del delito de conspiración, proveniente de la tradición jurídica del common law. Como señala CASSESE (2008), la conspiración es un delito grupal que consiste en el acuerdo de dos o más personas para cometer un delito; es una forma de criminalización de la mera asociación o actos previos a la ejecución, independientemente de si estos llegan a la consumación.

Con este delito, la fiscalía tenía la posibilidad de imputar responsabilidad a todos aquellos funcionarios que participaron únicamente en fases previas a la ejecución de los crímenes y que formaron parte de la ideología política nazi. Bajo estos presupuestos, la fiscalía acusó a altos funcionarios del régimen nazi de participar en una conspiración para cometer crímenes contra la paz, crímenes de guerra y contra la humanidad (TMI JUDGMENT NÚREMBERG, 1946).

Sin embargo, el tribunal de Nuremberg adoptó una interpretación restrictiva del estatuto en relación con este delito y consideró que esta no existía como crimen autónomo sino referido exclusivamente a los crímenes contra la paz. En ese sentido, el tribunal constató la existencia de un plan por parte de los acusados para la dominación del continente europeo y rechazó el argumento de la defensa que sostenía que los acusados eran solo instrumentos de Hitler. De esta forma, el tribunal utilizó el delito de conspiración cuando el acusado hubiere participado

en la planificación y preparación de la guerra de agresión. Para la configuración de la misma exigió que el sujeto hubiere participado en el plan criminal para hacer la guerra y no debía alejarse demasiado del momento de la decisión y de la acción criminal. Sobre esto señaló el tribunal:

Hitler no pudo hacer la guerra agresiva por sí mismo. Tuvo que tener la cooperación de hombres de estado, líderes militares, diplomáticos y hombres de negocio. Cuando ellos, con conocimiento de sus propósitos, le dieron su cooperación, se hicieron parte del plan que él había iniciado. No deben ser reputados inocentes porque Hitler los utilizó, si ellos sabían lo que estaban haciendo (TMI JUDGMENT NÚREMBERG, 1946).

En relación con los tres cargos restantes relativos a los crímenes contra la paz, crímenes de guerra y de lesa humanidad, no se adoptó un criterio distintivo en cuanto a la participación criminal. Cualquier intervención en la formulación del plan criminal, independientemente del tipo de contribución, ya sea como líder, instigador o cómplice, se consideró suficiente para fundamentar la responsabilidad por todos los actos realizados por cualquier persona; bastaba una conexión directa con los hechos (AMBOS 2005).

En relación con la denominada solución final o plan para llevar a cabo el genocidio contra la población judía, se atribuyó responsabilidad a título de autoría por crímenes de guerra y contra la humanidad a los diferentes tipos de aporte que, si bien no ejecutaron materialmente los delitos, su contribución fue fundamental para la ejecución de los mismos. Hermann Göring, después de Hitler, el hombre más destacado en el régimen nazi, fue condenado por ordenar a Himmler y Heydrich lograr una solución a la cuestión judía. A Von Ribbentrop, ministro de Asuntos Exteriores, se le consideró responsable por ordenar a los representantes diplomáticos alemanes acelerar el proceso de deportación de judíos, y el general de las SS Kaltenbrunner fue condenado porque bajo su dirección fueron asesinados dos millones de judíos.

La decisión adopta un concepto unitario de autor, donde todos los enjuiciados respondieron por el mismo título de autoría en la imputación (HERNÁNDEZ 2004) por alguno o algunos de los cuatro cargos presentados por la fiscalía: conspiración, crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. En cualquier caso, esta forma de imputación no impidió que en la determinación de la pena se hicieran distinciones de acuerdo a los cargos que lograron ser comprobados en cada caso. Por ejemplo, de los 24 acusados, 11 fueron

condenados a muerte, 3 recibieron cadena perpetua, 2 fueron condenados a veinte años, uno a quince años y uno a diez años.

Detrás de este modelo unitario de autor se encuentra una perspectiva más bien pragmática, en la que resuena la clásica teoría de la equivalencia de las condiciones, según la cual «todo aquel que interpone una condición para la producción del resultado es igualmente causal respecto al mismo, no pudiendo diferenciarse entre causa y condición o causas más importantes o relevantes que otras» (GARCÍA CONLLEDO 1991, p. 67).

En el plano de la autoría y participación, esto implica que si todo aporte al hecho criminal es condición o causa del mismo, no puede hacerse distinción sobre el aporte de los diversos intervinientes.

### 2.1.2 Modelo subjetivo: La Empresa Criminal Conjunta

En el contexto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY), y basándose en decisiones de juicios posteriores a la Segunda Guerra Mundial, se adoptó la doctrina conocida como *join criminal enterprise*, empresa criminal conjunta (en adelante con sus siglas en inglés JCE). Aunque no se hace referencia explícita a esta en el Estatuto del tribunal, se trata de una forma de responsabilidad principal por coautoría que adopta el principio de accesoriadad (distingue entre autor y partícipe), destinada a atribuir responsabilidad a aquellos participantes que, compartiendo un propósito común, se involucran en una actividad delictiva que luego es llevada a cabo ya sea de manera conjunta o por algunos miembros del grupo.

De acuerdo con el TPIY «cuando dos o más personas actúan juntas para promover un designio criminal común, los delitos perpetrados por cualquiera de ellas pueden entrañar la responsabilidad penal de todos los miembros del grupo» (*TPIY PROSECUTOR v. TADIC 1999, Párr. 195*).

Los elementos básicos que deben cumplirse para que opere esta forma de responsabilidad, según lo establecido jurisprudencialmente, son la pluralidad de personas, el plan o propósito común para la comisión de un crimen y la contribución al plan común. En cuanto a este último elemento, la diferenciación con otros tipos de participación accesoria, como la complicidad, no radica en el peso o importancia del aporte material, sino en la dimensión subjetiva del

comportamiento. Es decir, la consideración de autor se fundamenta en que comparta el propósito de la empresa criminal, incluso si su aporte material no es significativo desde un punto de vista cuantitativo. En este sentido, el tribunal señala:

El cómplice llevan a cabo actos específicamente dirigidos a ayudar, alentar o prestar apoyo moral a la perpetración de un determinado delito específico (asesinato, exterminio, violación, tortura, destrucción sin sentido de propiedad civil, etc.), y este apoyo tiene un impacto sustancial sobre la perpetración del delito. Por el contrario, en el caso en que se actúa en pos de un propósito o diseño común, basta que el participante realice actos que de alguna manera estén dirigidos a la promoción del plan o propósito común (TPIY PROSECUTOR v. TADIC 1999, Num. 229).

La responsabilidad por la participación en una JCE desplaza el elemento objetivo o de contribución material para considerar a un interviniente como autor y se centra en la participación en el plan común o propósito común (OHLIN 2020). Este énfasis en el elemento subjetivo se refleja en cada una de las tres formas de JCE aplicadas por el tribunal:

- La primera forma, denominada por ANTONIO CASSESE (2016, p.12) como «responsabilidad por un propósito intencional común» o variante básica, aborda casos en los que todos los miembros comparten la intención de cometer los crímenes. En otras palabras, fundamenta la responsabilidad de los intervinientes como coautores a partir del conocimiento o la intención del designio criminal.
- La segunda forma, referida a sistemas de maltrato como los campos de concentración o variante sistémica, requiere que el sujeto tenga un conocimiento personal del sistema de maltrato y la intención de promover el sistema para responder por los crímenes cometidos en el mismo (TPIY PROSECUTOR v. TADIC 1999, Num. 228).
- La tercera modalidad, denominada «responsabilidad penal incidental basada en la asunción previsible y voluntaria del riesgo» o variante extendida, implica la responsabilidad del acusado sobre crímenes que no formaban parte del designio común. Esta responsabilidad surge si aquel que no tenía la intención de cometer el delito «se encontraba en una posición en la que podía prever su comisión y voluntariamente asumió el riesgo» (CASSESE 2016, p. 15).



Cualquiera de las tres modalidades tiene como característica la posibilidad de imputar responsabilidad a miembros de la empresa criminal cuyo aporte material, aunque no esencial, está vinculado a la misma por la dimensión subjetiva: la intención, el conocimiento o el deber de previsibilidad.

El caso de Slobodan Milosevic representa uno de los hitos más significativos en relación con los crímenes de Estado. Milosevic, primer exjefe de Estado juzgado por un tribunal internacional, lideró la República Socialista de Serbia desde 1989 y, posteriormente, la República de Serbia hasta el año 2000. Su gobierno promovió un nacionalismo profundo con el objetivo de preservar la unidad del pueblo serbio en Yugoslavia y consolidar «la Gran Serbia», que incluía territorios habitados por serbios en Bosnia, Croacia y Kosovo.

El conflicto se intensificó en Bosnia Herzegovina y Croacia, especialmente después de que musulmanes y croatas, a través de un referéndum, se pronunciaran a favor de la independencia. En respuesta, los serbios sitiaron Bosnia, logrando un dominio territorial que les permitió ejecutar una política de limpieza étnica. Esta estrategia, se llevó a cabo en varias regiones, como Bihac, Gorazde, Sarajevo, Srebrenica, Tuzla y Zepa, repitiéndose más tarde en Kosovo contra la minoría albanesa (PRIETO 2005).

La Fiscalía del TPIY acusó a Milosevic mediante la doctrina de la Empresa Criminal Conjunta de cometer crímenes de guerra, lesa humanidad y genocidio contra musulmanes bosnios y croatas en Bosnia Herzegovina, Kosovo y Croacia. Aunque la Fiscalía no afirmó que Milosevic cometiera los crímenes físicamente, sostuvo que él formaba parte de una empresa criminal conjunta con altos mandos como Radovan Karadzic y el General Ratko Mladic.

La contribución de Milosevic a esta empresa criminal, según la Fiscalía, se reflejaba en su influencia sobre los dirigentes políticos, el apoyo financiero, logístico y político a las fuerzas militares, así como la manipulación de los medios de comunicación para difundir mensajes falsos y exagerados con la intención de generar miedo y odio.

Aunque el proceso quedó inconcluso debido a la muerte de Milosevic en 2006, rodeado de críticas sobre la legitimidad y el procedimiento del tribunal (SCHABAS 2016), la sentencia de condena de Radovan Karadzic en 2016 se pronunció sobre la participación de Milosevic en la empresa criminal conjunta. A pesar de no ser una sentencia absolutoria a Milosevic, el TPIY determinó, mediante diversas pruebas, que Milosevic no hizo parte de la empresa criminal

conjunta atribuida por la Fiscalía. Para esto señaló desavenencias con Karadzic y una intención opuesta a la obtención de más territorio por parte de los serbios de Bosnia (PROSECUTOR v. RADOVAN KARADZIC 2016 Párr. 3290). Además demostró las desavenencias o inconformidades entre los dos y las nobles intenciones de Milosevic de detener la guerra. Debido a que la JCE es un modo prevalentemente subjetivo bastó la prueba de estos elementos referidos al fuero interno de Milosevic para descartar su responsabilidad penal internacional, sin realizar un análisis de otros elementos objetivos o normativos.

### 2.1.3 Modo de responsabilidad omisiva de altos funcionarios de Estado

Otra de las modalidades de responsabilidad de gran relevancia para atribuir responsabilidad penal a altos funcionarios del estado se refiere a la responsabilidad por omisión. En este tipo de responsabilidad, el énfasis recae en los deberes legales incumplidos por el superior al mando de los ejecutores materiales. Uno de los casos emblemáticos de esta forma de responsabilidad es el denominado caso Yamashita.

Tomyuki Yamashita fue comandante general del ejército japonés en Filipinas. En el marco de la ocupación japonesa en Filipinas, durante la Segunda Guerra Mundial, estuvo a cargo de la conocida como la Batalla de Manila, en contra del ejército estadounidense al mando del general MacArthur. Durante la confrontación, las fuerzas japonesas cometieron graves crímenes contra la población civil en las provincias de Batangas y Luzon, donde cerca de 700.000 habitantes fueron torturados y asesinados (AMBOS 1999).

Ante una Comisión Militar de los Estados Unidos, el general fue juzgado entre el 8 de octubre y el 7 de diciembre de 1945 (COTE 2020). La acusación, tomando como referencia las normas de La Haya de 1907, endilgó a Yamashita el «omitir ilícitamente y faltar a su deber como comandante de controlar las operaciones de los miembros bajo su mando, permitiéndoles cometer atrocidades brutales y otros crímenes graves contra la población» (AMBOS 1990 p. 530).

La defensa cuestionó la falta de precisión de la acusación que no especificaba las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se habían incumplido los deberes. Además, alegó que Yamashita no tenía conocimiento de los crímenes ni control sobre las tropas debido a las condiciones de la guerra en las islas filipinas (COTE 2020). Finalmente, la Comisión

condenó a Yamashita a muerte por ahorcamiento, decisión que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y ejecutada el 23 de febrero de 1946.

A pesar de que el caso Yamashita ha sido objeto de fuertes críticas (AMBOS 1999), se erigió como un primer precedente que planteó un nuevo modo de responsabilidad, no ya por acciones concretas o planes criminales, sino por omisión de deberes. Es decir un modo predominantemente normativo, vinculado a la infracción de deberes provenientes del rol propio de los mandos militares.

El Derecho Penal Internacional ha conocido dos formas mediante las cuales altos funcionarios estatales pueden responder por omisión de sus deberes (CASSESE 2008): la omisión culpable (culpable omission) y la responsabilidad del superior o responsabilidad por el mando (superior responsibility). La omisión culpable se refiere a los casos en los que la omisión de deberes por parte de un sujeto puede dar lugar a una responsabilidad equiparable a la realización activa del crimen.

En la dogmática penal continental, este tipo de responsabilidad se conoce como delitos de comisión por omisión o impropios de omisión para diferenciarlos de los delitos de omisión pura, que normalmente se encuentran consagrados expresamente en una norma penal. Para que pueda haber lugar a este tipo de responsabilidad, de acuerdo con la doctrina, se requiere la constatación de una posición de garante o deber legal en cabeza de la persona que omite la acción esperada y de un resultado prohibido en todo caso evitable con la acción omitida (OLÁSULO 2013).

Si bien en ninguna normativa o estatuto internacional hay una referencia explícita a la posición de garante o posibilidad de la comisión por omisión de los crímenes, en la jurisprudencia del TPIY y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) se admite esta posibilidad. En la sentencia de Apelación del caso Tadic, el TPIY indicó la posibilidad de atribuir responsabilidad tanto por la perpetuación física realizada por el propio delincuente como por la omisión culpable de un acto ordenado por una norma de Derecho Penal (TPIY PROSECUTOR v. TADIC 1999).

Además, en el caso MRKSIC, se ha afirmado que la posición de garante o deber legal de actuar puede derivarse de las normas del derecho internacional humanitario (TPIY PROSECUTOR v. MRKSIC 2009). El TPIR resume en tres los requisitos para su aplicación:

- El acusado debe haber tenido un deber de actuar exigido por una norma de Derecho Penal.
- El acusado debe haber tenido la capacidad de actuar.
- El acusado haya fallado en actuar con la intención de producir un resultado criminal o con conocimiento (TPIR PROSECUTOR v. NTAGERURA ET AL. Parr. 659).

El otro tipo de responsabilidad omisiva es la conocida responsabilidad del superior o responsabilidad por el mando, un tipo de responsabilidad exclusiva del Derecho Penal Internacional y reconocida en el derecho internacional consuetudinario (AMBOS 1999) que busca sancionar el incumplimiento por parte del superior de supervisar adecuadamente a sus subordinados.

La naturaleza de este tipo de responsabilidad es discutida por parte de la doctrina. Algunos se refieren a ella como *sui generis*, *unique nature* (CASSESE 2013), o dentro de la categoría de los denominados delitos de omisión propia (OLÁSULO 2013) o incluso como una forma especial de intervención delictiva (WERLE 2011).

Los estatutos del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Ruanda y el Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona la definen señalando que los crímenes internacionales cometidos por un subordinado no liberan a su superior de su responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo había cometido, y que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido o para castigar a los autores (art. 7 ETPIY 1993; ETPR art. 6 1994; art. 6 ECESL 2000). Bajo esta normativa, se requerían jurisprudencialmente tres requisitos para su configuración: en primer lugar, la existencia de una relación superior-subordinado; en segundo lugar, que el superior sabía o tenía razones para saber que sus subordinados iban a cometer un crimen o lo habían cometido; y finalmente, que el superior incumpla las medidas necesarias y razonables para evitar la conducta punible de su subordinado o para castigarlo (TPIY PROSECUTOR v. ORIC 2008 párr. 18).

El Estatuto de Roma comprende una definición más extensa y prescribe la responsabilidad penal internacional por los crímenes cometidos por fuerzas bajo su mando o control efectivo en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre los mismos cuando hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo crímenes o se proponían cometerlos y no hubiere adoptado las medidas

necesarias y razonables a su alcance para prevenir, reprimirlos o denunciarlos ante las autoridades competentes (art. 28 ECPI 1998).

El artículo además distingue entre superiores militares y civiles; sobre estos últimos, el elemento subjetivo requiere que el superior “deliberadamente hubiese hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos” (art. 28 (b) (1) ECPI 1998). La Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI en el caso Bemba ha indicado que para la configuración en el caso de superiores militares se requiere constatar:

- La condición de comandante militar o una persona efectivamente actuando como tal.
- El mando y control efectivos, o autoridad y control sobre las fuerzas (subordinados) que cometieron uno o más crímenes previstos en el Estatuto.
- Que los crímenes cometidos por las fuerzas (subordinados) resulten del hecho de que el sospechoso no haya ejercido un control adecuado sobre ellos.
- Que el sospechoso sabía o, debido a las circunstancias del momento, debería haber sabido que las fuerzas (subordinados) estaban cometiendo o a punto de cometer uno o más de los delitos previstos en el Estatuto.
- Que el sospechoso no tomó las medidas necesarias y razonables dentro de su poder para prevenir o reprimir la comisión de dicho(s) delito(s) o no presentó el asunto a las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento (CPI BEMBA CONFIRMATION OF CHARGES 2009 párr. 407).

Se destaca que la inclusión del tercer requisito implica la constatación de un nexo referido a que los crímenes cometidos por los subordinados sean imputables por la violación de deberes de control del superior.

Este nexo únicamente se refiere al incumplimiento del deber de prevenir la comisión de crímenes y no del deber de sancionar. Esto implica que dentro de este modelo de responsabilidad subyacen dos fundamentos distintos. Un crimen de omisión propia cuando el superior no ha denunciado los crímenes, pues estrictamente no se le imputan los delitos de los subordinados, sino el incumplimiento del deber de denuncia; y un crimen de omisión impropia (WERLE 2011) o una intervención de carácter accesorio, cuando se incumple el deber de prevenir la comisión de crímenes (OLÁSULO 2013).

#### 2.1.4 Corte Penal Internacional y Dominio del Hecho

Dentro del contexto de la dogmática penal alemana surgieron teorías que enfatizaron los elementos objetivos o propusieron una combinación entre elementos subjetivos y objetivos para la determinación de un autor o partícipe. Entre ellas, se destaca la denominada objetivo-formal, que, dejando de lado la teoría de la causalidad, arguyó que la solución eficiente para diferenciar autor de partícipe debía encontrarse en el tipo penal. Según esta perspectiva, un autor sería aquel que ejecuta por sí mismo, de forma parcial o total, los elementos objetivos del tipo penal, mientras que los demás intervinientes serían considerados meros partícipes (SUÁREZ 2007).

Aunque los simpatizantes de esta corriente pretendieron defenderla haciendo énfasis en el respeto del principio de legalidad y seguridad jurídica al respetar la voluntad del legislador (SUÁREZ 2007), en la práctica jurídica del Derecho Penal Internacional fue rechazada.

La Corte Penal Internacional, en el caso Lubanga, indicó que esta comprensión de la autoría y la participación haría imposible la responsabilidad por la comisión por conducto de otro consagrada en el art. 25 (3) (a) (CPI LUBANGA DYILO JUDGMENT 2007). En efecto, si se considera autor únicamente al que realiza una de las conductas descritas literalmente en el tipo penal, en el caso que se utilice un instrumento para la realización de la conducta criminal, dejaría abiertas lagunas de impunidad. En la práctica, los altos funcionarios estatales que siempre operan a través del aparato estatal, siguiendo a la letra su planteamiento, tendrían que responder a título de cómplices.

Frente a esta problemática, la Corte Penal Internacional ha considerado que el artículo 25 del Estatuto diferencia entre autores y partícipes, es decir, ha acogido el principio de accesoriedad que distingue las varias formas de intervención consagradas en el citado artículo (autoría, complicidad, instigación, etc.). Como taxativamente no se consagran los criterios para distinguir un autor de un cómplice, ha señalado que el modelo más idóneo para la correcta comprensión de la autoría y participación es la teoría del dominio del hecho (CPI LUBANGA DYILO JUDGMENT 2007), en inglés «control over the crime», creada por el alemán Hans Welzel y perfeccionada por Claus Roxin.

Hans Welzel construyó la teoría del delito a partir de las denominadas estructuras lógico-objetivas. Para Welzel, una de las estructuras que debe respetar el legislador es la doctrina de la acción finalista. El hombre siempre se fija un propósito en su actuar. Para Welzel, autor será el dueño del hecho, el señor del hecho, es decir, quien lo ejecuta de manera finalista, sobre la base de su decisión de voluntad (WELZEL 1956). No será autor, sino partícipe, quien meramente auxilie o ayude al que tiene la decisión, el control e interrupción de la realización del hecho típico. Esta comprensión ha encontrado respaldo en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, precisamente por su poder explicativo en los delitos de dominio:

La noción que sustenta este enfoque es que los autores no están limitados sólo a aquellos que físicamente llevan a cabo uno de los elementos objetivos del crimen, sino que también a aquellos, que, a pesar de no estar presentes en la escena del crimen, controlan o dirigen su comisión, puesto que deciden si el crimen será cometido y cómo se ejecutará. De esta forma, este enfoque considera un elemento objetivo -consistente en las circunstancias fácticas apropiadas para ejercer el control sobre el crimen-, y un elemento subjetivo -consistente en el conocimiento de dichas circunstancias (CPI LUBANGA DYILO JUDGMENT 2007 Num. 330-331).

La versión adoptada por la Corte Penal Internacional de esta teoría es la del profesor alemán Claus Roxín, quien comprende que un sujeto es autor cuando tiene el dominio del hecho en varias manifestaciones: dominio de la acción, es decir, cuando el autor ejecuta por sí mismo los elementos del crimen; dominio de la voluntad (autoría mediata) de un instrumento para realizar materialmente los elementos objetivos del crimen; dominio funcional, en el que varios intervinientes en la conducta delictiva tienen el control de la conducta delictiva en razón de un plan común, aporte esencial y contribución en la fase ejecutiva de la conducta (coautoría), y, por supuesto, la autoría mediata en virtud de Aparato Organizado de Poder.

Por medio de esta última construcción dogmática, Roxín pretende solucionar la problemática de la atribución de responsabilidad a altos funcionarios estatales, los cuales, a partir de su teoría, no se les puede atribuir el dominio del hecho, ya que su participación se limita a dar la orden o instigar la comisión del delito, dejando la decisión de la comisión en sus subordinados que deciden autónomamente cómo realizarlos (OLÁSULO 2013). De esta forma, si el alto

funcionario no tiene el dominio de la acción ni el dominio funcional, tendría que ser considerado solo un partícipe.

Según ROXÍN, estos casos se resuelven recurriendo a una forma de autoría mediata en donde no se domina a un instrumento para la comisión material del delito sino mediante el dominio de la voluntad de sujetos responsables a través de un aparato organizado de poder (en adelante AOP) que, a diferencia de otro tipo de organizaciones, tienen un carácter jerarquizado con ejecutores reemplazables o fungibles y un funcionamiento casi automático. De acuerdo con Roxín «la organización así despliega una vida independiente de la identidad variable de sus miembros. Funciona "automáticamente", sin que importe la persona individual del ejecutor» (ROXÍN 2000, p. 272).

En la judicialización de altos funcionarios, la Corte Penal Internacional ha utilizado una combinación de coautoría por dominio funcional del hecho en el nivel superior y autoría mediata por la comisión de delitos a través del aparato de poder, es decir, una clase de coautoría mediata a través de un AOP.

La Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional (en adelante SCP) utilizó esta forma de autoría en la orden de arresto contra el entonces jefe de Estado de Libia, Muammar Gaddafi, su hijo Saif Gaddafi y el jefe de inteligencia militar Abdullah Al-Senussi, por su responsabilidad penal en la comisión de actos de asesinato y persecución de civiles con carácter de crímenes de lesa humanidad. Estos hechos ocurrieron a partir del 15 de febrero de 2011, principalmente en las ciudades de Trípoli, Benghazi y Misrata, donde se presentaron protestas por parte de la oposición que fueron reprimidas violentamente por las fuerzas de seguridad.

De acuerdo con lo establecido por la SCP, Gaddafi diseñó un plan para atacar a la población civil que protestaba. A este plan se adhirieron en cadena su hijo Saif Gaddafi y el jefe de inteligencia militar Abdullah Al-Senussi. La posición de altos funcionarios estatales les permitió activar el aparato estatal, compuesto por una estricta jerarquía militar y de carácter intercambiable en los escalones inferiores, quienes finalmente ejecutaron físicamente las órdenes de Muammar Gaddafi. En este sentido, señala la SCP:



existen efectivamente motivos razonables para creer que las órdenes de Muammar Gaddafi y Saif Al-Islam Gaddafi a cualquier rama del aparato del Estado activaron automáticamente la maquinaria estatal que conducía al cumplimiento de dichas órdenes por parte de cualquier autor directo reemplazable (SCP SOLICITUD DEL FISCAL 2011 párr. 75).

Los requisitos demandados jurisprudencialmente para este tipo de responsabilidad implican una combinación entre la coautoría fundamentada en el dominio funcional y en el dominio del aparato organizado poder.

- El sospechoso debe ser parte de un plan común o un acuerdo con una o más personas.
- El sospechoso y los otros co-perpetradores deben realizar contribuciones esenciales de manera coordinada que resulten en el cumplimiento de los elementos materiales del delito.
- El sospechoso debe tener control sobre la organización.
- La organización debe consistir en un aparato de poder organizado y jerarquizado.
- Debe garantizarse la ejecución de los delitos por el cumplimiento casi automático de las órdenes dictadas por el sospechoso.
- El sospechoso debe satisfacer los elementos subjetivos de los delitos.
- El sospechoso y los otros coautores deben ser mutuamente conscientes y aceptar que la implementación del plan común resultará en el cumplimiento de los elementos materiales de los delitos.
- El sospechoso debe ser consciente de las circunstancias de hecho que le permitan ejercer control conjunto sobre la comisión del delito a través de otra(s) persona(s) (CPI PROSECUTOR v. WILLIAM SAMOEI RUTO ET AL 2011 Párr. 40).

Como se puede observar, los requisitos necesarios implican una combinación de elementos subjetivos y objetivos. El aporte material tiene un gran peso; debe ser esencial y resultar en el cumplimiento de los elementos materiales del crimen, lo que lo diferencia completamente de la JCE, que, como examinamos anteriormente, prescinde de este requisito. En cualquier caso, no se requiere que el alto funcionario cometa físicamente el delito; su «esencialidad» permite

vincular a aquellos que controlan el aparato organizado de poder, siempre y cuando sean conscientes de esto y cumplan con los elementos subjetivos del crimen.

Es necesario destacar el poder explicativo de este modelo. Los altos funcionarios pueden ser auténticos coautores mediatos que mediante un plan común, se dividen funcionalmente para cometer los delitos a través del aparato estatal. La esencia de esta figura radica en poner el énfasis en los individuos que controlan el aparato y que utilizan ejecutores pertenecientes al poder estatal. Si bien estos últimos son responsables, la dinámica propia del aparato burocrático, altamente jerarquizado, los convierte en instrumentos fungibles o intercambiables. La «dinámica» del AOP estatal garantiza que las órdenes y políticas se ejecuten por las fuerzas de menor rango, independientemente de quiénes sean estas.

Hasta este punto, hemos examinado el estado actual de los modelos de responsabilidad aplicables a altos funcionarios estatales en el ámbito del Derecho Penal Internacional. Estas construcciones jurídicas, como se ha constatado, se han desarrollado tomando como base elementos subjetivos, objetivos y normativos con la finalidad de proporcionar herramientas efectivas a la justicia internacional para enjuiciar a los máximos responsables de crímenes internacionales. Sin embargo, es importante reconocer que estas estructuras no son estáticas y continúan evolucionando para abordar las complejidades emergentes del crimen internacional.

En el próximo capítulo, se estudiará un nuevo modelo que ha ganado relevancia en la doctrina: el Normativismo Penal. Este enfoque representa una perspectiva innovadora que se centra en la infracción de deberes especiales derivados de los roles establecidos por la configuración de la sociedad. Exploraremos detalladamente los fundamentos, alcances y aplicabilidad de este enfoque en la Corte Penal Internacional.

## 2.2. La atribución de responsabilidad penal internacional a altos funcionarios a partir del normativismo penal.

El normativismo penal es un sistema o teoría del Derecho Penal originario de Alemania, fue elaborado por el profesor Günther Jakobs y ha sido desarrollado por diversos académicos a nivel mundial, entre ellos, Sanchez Vera, Michael Pawlik, Cancio Meliá, Caro Jhon, Heiko Lesh, Perdomo Torres, Montealegre Lyneth, Yesid Reyes, entre otros. Esta teoría, que ha generado numerosos aportes en el ámbito de la dogmática penal y también fuertes críticas, ofrece una comprensión específica de la intervención delictiva de altos funcionarios del Estado por la infracción de deberes especiales, con importantes aportes al Derecho Penal Internacional.

Inspirado en la sociología de Niklas Luhmann y la filosofía ilustrada de Friedrich Hegel, Günther Jakobs estructura una nueva comprensión del Derecho Penal a partir de la resignificación de los conceptos de Sociedad, Persona y Riesgo.

Para LUHMANN (2002), la sociedad existe como un instrumento eficaz de reducción de la complejidad que posibilite la interacción (comunicación) entre personas. La razón por la cual el ser humano vive en sociedad consiste en la reducción del estado de mundo de cosas posibles a las que puede estar sometida su existencia. En un hipotético estado de naturaleza o de ausencia de normas sociales, el hombre estaría enfrentado a la realidad paralizante de relacionarse con el otro y esperar cualquier tipo de comportamiento, desde la violencia más temida hasta la simple indiferencia, esto es denominado contingencia (AMADO 1997).

El concepto de contingencia refleja la idea de que, en ausencia de normas sociales, la interacción entre individuos podría resultar impredecible y peligrosa. Este planteamiento fundamenta la necesidad de la sociedad como un sistema de normas que reduzca la contingencia y permita la convivencia pacífica y organizada. De esta manera, la sociedad, según LUHMANN (2002), se convierte en un mecanismo que posibilita la convivencia humana al establecer reglas y expectativas compartidas .

La función del sistema social es decantar o seleccionar de todas las interacciones posibles de comportamiento aquellas adecuadas para la configuración de la sociedad, posibilitando así los contactos sociales. La comunicación, en este contexto, se entiende como un espacio organizado en el cual cada individuo sabe qué se puede esperar de él y qué puede esperar de los demás (LUHMANN 1997).

Dentro del sistema social, el Derecho Penal tiene la labor de consolidar expectativas normativas de comportamiento (deber ser), cuya observancia sea relevante para mantener la configuración social, es decir, los estándares de comportamiento (MONTEALEGRE 2003). La forma de mantener la vigencia de una expectativa de comportamiento como socialmente válida y vinculante es a través de una pena impuesta por el Estado para su estabilización (JAKOBS 1996).

El concepto de persona también adquiere un nuevo significado. Más allá de la dimensión físico-biológica del ser humano, la persona es entendida como portadora de un rol y responsable de un determinado ámbito de competencia en el mundo social. Lo relevante para el sistema social es la comunicación, y esta se posibilita cuando se conoce lo que se puede esperar del otro en sociedad, no desde el plano intersubjetivo, sino normativo (JAKOBS 1999).

Según Jakobs, la fundamentación de la responsabilidad penal radica en los ámbitos de competencia que cada individuo tiene dentro del sistema social. Este enfoque implica un cambio significativo en la concepción de la responsabilidad penal, ya que se rompen las expectativas normativas cuando un individuo incumple los deberes asociados a su ámbito de competencia, es decir, su posición de garante. Es importante destacar que la posición de garante adquiere una relevancia fundamental y no se limita, como tradicionalmente se ha entendido en el Derecho Penal, al ámbito exclusivo de los delitos omisivos, sino que abarca cualquier tipo de delito (JAKOBS 2000).

Existen dos ámbitos de competencia cuya infracción conlleva responsabilidad penal: la competencia o posición de garante en virtud de una organización y la competencia o posición de garante institucional. Los deberes asociados al ámbito de competencia por organización, según JAKOBS (1997), representan una contrapartida a la libertad que el sistema otorga a cada individuo para configurar su existencia en sociedad. Estos deberes se resumen en la obligación negativa de no causar daño a los demás (*neminem laede*).

La competencia organizativa, según Jakobs, constituye el estatus general o mínimo de cualquier persona en sociedad. Cada individuo tiene la libertad de configurar su mundo (ejercer una profesión, adquirir bienes materiales, viajar, etc.) y gestionar fuentes de riesgo que debe asegurar dentro de los límites socialmente permitidos para no afectar otros ámbitos organizativos (deberes de relación) (JAKOBS 1998).

En el contexto de la intervención delictiva, el estatus de ciudadano o general está sujeto al principio de accesoriedad, lo que implica la posibilidad de participar conjuntamente en un mismo hecho delictivo. La violación de este ámbito del estatus general puede ocurrir en colaboración con otras personas, lo que da lugar a delitos de organización o dominio. En tales casos, y de acuerdo con la evaluación del carácter delictivo de cada comportamiento, es posible distinguir diversas formas de intervención en la organización de un riesgo, lo que permite diferenciar entre autores y partícipes (JAKOBS 2001).

La competencia en virtud de una institución se fundamenta no solo en la libre organización del individuo, sino en el deber positivo de edificación de un mundo en común para fomento y ayuda de un bien jurídico (VERA 2002). En estos delitos, el autor no organiza, sino que, en virtud de un estatus especial por su relación con un determinado bien jurídico, está obligado a garantizar su protección ante cualquier peligro, incluso no propiciado por la configuración negativa de su comportamiento.

Es en este contexto donde se encuentran los funcionarios del Estado. La relación social del Estado con sus ciudadanos en determinados ámbitos genera deberes positivos que implican un especial deber de cuidado con las personas a su cargo. Uno de estos ámbitos está relacionado con la seguridad interna y externa de sus ciudadanos. Esta relación de seguridad y cuidado es una parte de la configuración social considerada estructural en el funcionamiento del sistema: «El Estado se define a través de su deber de prestar seguridad en cuanto existe» (JAKOBS 1997, p. 1008).

La violación a los deberes positivos derivados de una institución es considerada un delito de infracción del deber; por tanto, el sujeto obligado siempre responde como autor, independientemente de su contribución al hecho, solamente el interviniente sin los deberes especiales (*extraneus*) puede ser considerado un partícipe. Jakobs toma de Claus Roxín la noción de delitos de infracción de deber, que creó considerando los deberes extrapenales exigidos por algunos tipos que convierten al sujeto, sin importar su aporte, en la figura central del hecho (ROXÍN 2000) y les da una nueva comprensión.

Que el deber en virtud de una institución será quebrantado sin importar el quantum o contribución material, y que responda como autor, es una consecuencia del tipo de relación con el bien jurídico. El garante institucional debe cuidar el bien jurídico, y tanto la contribución en forma de complicidad como de autoría quebrantan la expectativa normativa de su rol. Será

autor tanto el que solamente determina o es cómplice con su comportamiento como el que lo comete de propia mano. Opera lo que VERA (1995) denomina como «prohibición de minusvaloración del aporte».

El tercero de los elementos que tienen un significado relevante para imputar responsabilidad penal es el de Riesgo. Siguiendo a JAKOBS (1998), todo contacto social implica un riesgo para los diferentes bienes jurídicos de las personas, incluso cuando no hay intencionalidad de daños o violación de deberes de cuidado. El riesgo es inherente a la configuración de la sociedad, y por tanto, lo que se convierte en expectativa normativa en el derecho es que las personas administren los riesgos dentro de lo socialmente permitido. Toda causación de daños dentro de lo socialmente adecuado no puede atribuirse como responsabilidad penal (CARO 2008).

En otras palabras, lo que busca el Derecho Penal no es que los bienes jurídicos permanezcan immaculados. De hecho, la mayoría de ocasiones en las que actúa la potestad punitiva del estado, estos ya han sido vulnerados. El Derecho Penal debe buscar que los riesgos que tiene cada persona dentro de su rol sean correctamente administrados de acuerdo a las normas sociales, es decir, busca que la sociedad respete la vigencia de las normas sociales.

El normativismo sitúa en el centro de la responsabilidad penal al rol de la persona en sociedad y los riesgos que administra, con importantes repercusiones en la teoría de la autoría y participación. Para considerar a un sujeto como autor, se requiere analizar, en primer lugar, en el tipo objetivo a través de la denominada teoría de la imputación objetiva (JAKOBS 1998) verificar qué tipo de posición de garante tiene y si la conducta crea un riesgo jurídicamente desaprobado (a partir de institutos como el riesgo permitido, el principio de confianza, las acciones a propio riesgo y la prohibición de regreso), y si el mismo se ha concretado en las consecuencias antijurídicas (a partir de institutos como el fin de protección de la norma, disminución del riesgo). Posteriormente, se debe realizar la imputación subjetiva o aspecto interno, valorando el dolo y los elementos subjetivos especiales requeridos por el tipo penal JAKOBS (1998).

#### 2.2.1. La atribución de responsabilidad penal al general Mario Montoya de la Sala de Reconocimiento de la jurisdicción Especial para la Paz

Con base en la teoría normativista del Derecho Penal la Jurisdicción Especial para la Paz (en adelante JEP) imputó al General en retiro Mario Montoya Uribe, a título de autor, crímenes

de guerra de homicidio en persona protegida y desaparición forzada en concurso con crímenes de lesa humanidad de asesinato y desaparición forzada de personas tipificados en el Estatuto de Roma.

La JEP es un órgano encargado de administrar justicia transicional y garantizar los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición de las víctimas de la extinta guerrilla de las FARC-EP y del estado Colombiano en el marco del conflicto armado. La Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (en adelante SRVR, Sala de Reconocimiento o Sala) es la Sala de justicia encargada de identificar los casos más graves y representativos del conflicto armado así como de la investigación penal de los máximos responsables de los más graves delitos contra los Derechos Humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario por medio de mecanismo de selección y priorización.

La calificación jurídica que realiza la SRVR sobre los hechos cometidos por los actores armados en conflicto es distinta a la de cualquier juez o tribunal nacional. Por mandato constitucional tiene como fuentes de calificación el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el Derecho Penal Internacional.

Uno de los fenómenos macrocriminales analizados por la Sala de Reconocimiento es el de las «Muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado» (MIPCBC), denominado también falsos positivos. De acuerdo con las investigaciones adelantadas, durante el período comprendido entre los años 2002 y 2008 aproximadamente 6.402 personas fueron muertas ilegítimamente para ser presentadas como bajas en combate en todo el territorio Colombiano (SRVR AUTO 033 de 2021, Párr. 14).

En el macro del macrocaso 03 sobre «Asesinatos y desapariciones forzadas presentados como bajas en combate por agentes del Estado» la Sala de Reconocimiento profirió el Auto SUB D – 062. Esta decisión determinó los hechos y conductas ocurridos en el Oriente Antioqueño durante los años 2002 y 2003, atribuibles a miembros de la IV Brigada adscrita a la I División del Ejército Nacional de Colombia.

En este Auto se atribuye responsabilidad penal por la comisión de crímenes internacionales a nueve máximos responsables, entre ellos el general en retiro Marío Montoya Upegui, dos tenientes coroneles, cuatro subtenientes, un teniente y un soldado regular. A estos sujetos se

les atribuye la muerte de por lo menos a 130 personas entre el 13 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2003 (3 víctimas sobrevivientes).

De acuerdo con el Auto estos crímenes internacionales fueron cometidos por los integrantes de la fuerza pública debido a la presión por resultados ejercida por el General en retiro Mario Montoya, en el marco de la política de seguridad y defensa para alcanzar la victoria militar sobre las guerrillas del entonces jefe de Estado Álvaro Uribe. Bajo esta política se incorporó en las fuerzas militares una lógica de “recursos y resultados” y de conteo de cuerpos. Se fortaleció a la fuerza pública con recursos financieros, armamento y mejores condiciones laborales bajo la condición de conseguir resultados positivos en la lucha contra las guerrillas.

En este contexto el general en retiro Montoya realizó constantes instigaciones, intimidaciones, presiones psicológicas, lenguaje violento, así como otorgar incentivos para promover el derramamiento de sangre y el uso indiscriminado de la fuerza letal para que las personas bajo su mando alcanzaran bajas (muertes) en combate a toda costa.

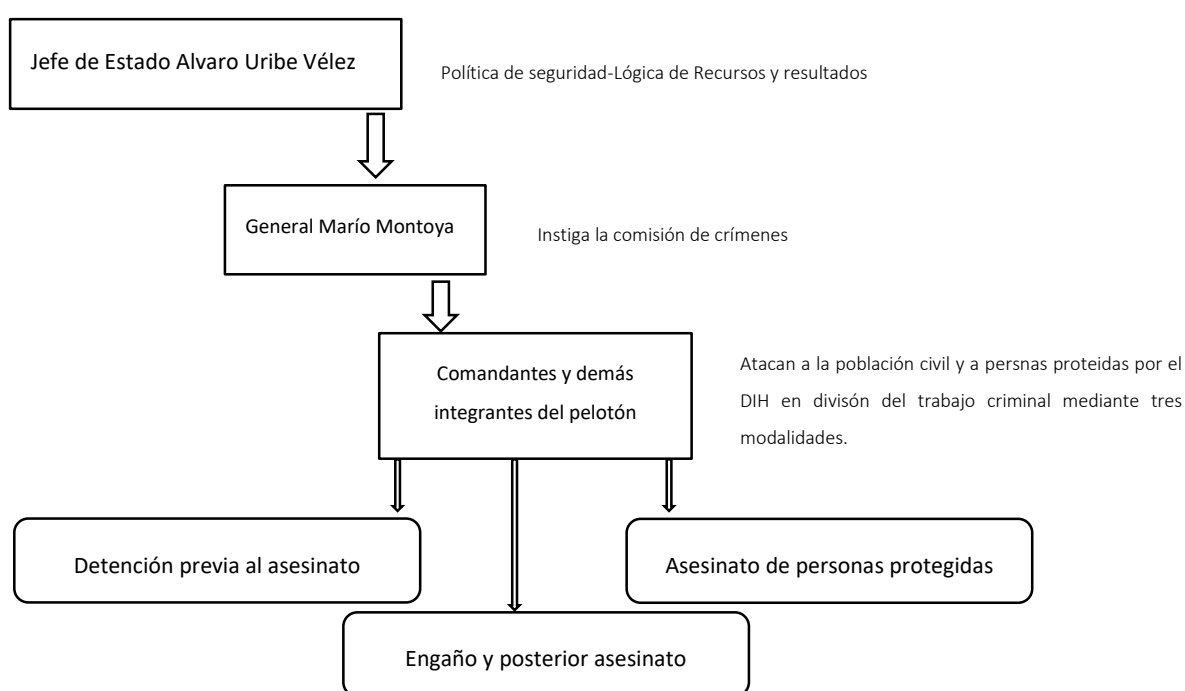
Los comandantes y demás integrantes del pelotón mediante tres modalidades ejecutaron de común acuerdo los crímenes: en primer lugar utilizaron la detención previa de civiles (estigmatizados como insurgentes) para posteriormente desaparecerlos, asesinarlos y reportarlos como bajas en combate (SRVR AUTO 062 de 2023).

En segundo lugar, los militares de la Brigada IV valiéndose de las circunstancias de vulnerabilidad económica, condición de habitante de calle y/o consumo problemático de drogas de sus víctimas, engañaron a sus víctimas ofreciéndoles trabajos con la finalidad de moverlos a la zona donde se encontraba el ejército y así acabar con sus vidas al para posteriormente presentarlas falsamente como bajas en combate. Finalmente una tercera modalidad consistió en el asesinato de personas protegidas, que bien participaban en hostilidades, estaban fuera de combate por estar heridas o capturadas durante operaciones militares.

De acuerdo con la Sala estos hechos se tipifican como crímenes de guerra de homicidio en persona protegida consagrado en el artículo 8(2)(c)(1) del ECPI, así como por desaparición forzada en concurso con crímenes de lesa humanidad de asesinato y desaparición forzada de personas, según el artículo 7(1)(a) y 7(1)(i) del mismo Estatuto (SRVR AUTO 062 de 2023).



El patrón de macrocriminalidad de asesinatos y desapariciones forzadas de civiles y personas puestas fuera de combate involucra la participación de la más alta autoridad estatal, es decir, el ex jefe de Estado, el general en retiro Montoya, y dos tenientes coroneles instigaron la comisión de crímenes internacionales, que posteriormente fueron ejecutados por comandantes y demás integrantes del pelotón. Cabe destacar que el Auto no aborda la responsabilidad del ex presidente Álvaro Uribe Vélez, ya que la jurisdicción no es competente para ello. Sin embargo, se analiza su política en el contexto del patrón macrocriminal establecido en el auto.



*Figura 2 “Patrón de macrocriminalidad atribuido al General (r) Mario Montoya”.  
(Elaboración propia)*

### 2.2.2 Perspectiva fáctica: Mario Montoya como partícipe de crímenes internacionales

La Sala de Reconocimiento consideró que, desde el punto de vista fáctico o material, la intervención criminal del General Mario Montoya en el patrón de macrocriminalidad sobre asesinatos y desapariciones cometidas por miembros de la Brigada IV corresponde al concepto de responsabilidad penal accesoria, enmarcada en la categoría de instigación o determinación. La instigación se considera una forma de intervención en la conducta criminal

de carácter accesorio, es decir, una manera de participar en la conducta criminal de otro, que abarca diversas formas de inducir o llevar a que un tercero cometa un crimen (OLÁSOLO 2013).

La instigación se llevó a cabo mediante la presión por resultados, con el objetivo de obtener bajas en combate por parte de su brigada. Esto se manifestó a través del uso de un lenguaje altamente violento, la instrucción de no reportar capturas ni retenciones, ya que se consideraban como resultados militares indeseados, y el encubrimiento de conductas criminales (SRVR AUTO 062 2023).

Ante la presión por resultados, la Sala confirmó que el General Montoya ejerció constantemente presión sobre los comandantes para que las unidades presentaran bajas o resultados a cualquier costo. Esta presión formaba parte de una directriz del gobierno nacional que el General Montoya aplicaba en su Brigada, como se ha destacado. Una de las versiones voluntarias de uno de los militares vinculados señaló:

Tan sencillo como que el Gobierno o el presidente, o en ese entonces el que estuviera le exigía a todas las Unidades resultados por el apoyo, lo del plan Colombia y tantos recursos que daban. Y si el General no mostraba resultados, él tenía que presionar a los comandantes de brigadas, de batallón. ¿Y el comandante de batallón a quién presionaba? A los comandantes de pelotón. ¿Y el comandante a quién presionaba? A los comandantes de escuadra (...) ¿Entonces a qué se generó eso? a la presión de los comandantes de Brigada, de División. Que ellos ahoritica lo dicen muy textualmente, “no, los hombres bajo mi mando son los que cometieron la falta”, pero no saben que los indujeron de tanta presión, de tanta, “denme resultados”. Ellos pedían era resultados. Sí doctora. (SRVR AUTO 062 2023 Párr. 327).

La presión se ejercía a través de programas radiales y manipulando la política de otorgar permisos y ascensos, condicionándolos al logro de altos resultados operacionales. Incluso, para forzar estos resultados, el General Montoya utilizó sus facultades de general para desvincular a aquellos que no cumplían con sus objetivos operacionales. Ante la Sala un compareciente afirmó: «él (Montoya) era uno de los que llegaba y decía, oiga mi subteniente, usted lleva tantos días, tantas horas, tantos minutos, tantos segundos sin dar resultados operacionales, usted es que entró en amnistía con la guerrilla o está haciendo acuerdos o que,

o me toca darle su sueldo a tal persona, o me va a tocar darlo de baja o usted no va a ascender, que no sé qué, no sé dónde» (SRVR AUTO 062 2023 Párr. 918).

Contraviniendo la doctrina militar, el general buscaba que sus instrucciones no solo llegaran a los comandantes de los batallones, sino que incluso procuró que sus programas radiales fueran escuchados por las tropas. Esto generó una competencia entre los batallones por conseguir bajas. El general impartía estas órdenes con un estilo que, según las versiones, infundía «miedo y temor» (SRVR AUTO 062 2023, Párr. 914). Además, fomentó la presión al supervisar compromisos o cuotas de bajas, bajo amenazas de represalias, desvinculación, escarnio público en sus programas, o el castigo de permanecer más tiempo en áreas complejas y alejadas del casco urbano (SRVR AUTO 062 2023).

En su relación con los subordinados, el general Montoya también empleó un lenguaje que incitaba a la violencia. Las palabras utilizadas para solicitar el éxito operacional de las tropas eran la consecución de «barriles, litros, chorros, ríos de sangre». En este contexto, uno de los militares manifestó: «Pues no nos hablaban directamente, pero en un lenguaje que uno entendía. Empezando por el comandante de la Brigada, pues en algunos programas; no sé, de pronto que es muy conocida la frase 'No quiero litros de sangre, sino carrotancados» (SRVR AUTO 062 2023, Párr. 931).

Por otro lado, toda esta presión y lenguaje violento para el aumento o consecución de bajas en combate se refería exclusivamente a personas muertas en combate. Aunque en el ejército nacional la palabra baja puede incluir otro tipo de resultados operacionales, como capturas, en este caso particular se ordenó excluir este tipo de éxito militar (SRVR AUTO 062 2023).

Finalmente, la Sala comprobó que Mario Montoya adoptó un comportamiento cuestionable que envió un mensaje perverso a las tropas: «era aceptable mentir cuando se tratara de mostrar resultados en la lucha contra los grupos subversivos y de encubrir una posible situación irregular » (SRVR AUTO 062 2023, Párr. 910).

Las circunstancias de este suceso ocurrieron en medio de una operación de las tropas del BAJES contra un vehículo que conducía un jefe paramilitar. Los soldados atacaron indiscriminadamente el vehículo e incluso lanzaron una granada al escuchar que aún se escuchaban quejidos. Desafortunadamente, en el platón de la camioneta venía un grupo de

jóvenes, incluyendo dos niñas de 13 y 16 años, civiles que, en el camino, les hicieron señas para que se detuvieran y las llevaran hasta la vereda.

En este caso, a pesar de que los militares que participaron en la operación informaron que se trató de un ataque de las autodefensas en el que resultaron 5 personas muertas, incluyendo dos niñas y civiles, el General Montoya informó a los medios de comunicación que las cinco personas abatidas pertenecían a las guerrillas de las FARC-EP.

La Sala valoró correctamente que, desde una perspectiva puramente factual, estos hechos corresponden a una instigación para la comisión de crímenes de lesa humanidad y de guerra. La instigación es una forma de participación accesoria y, por tanto, de menor reproche penal que la autoría. Consiste en motivar a una persona a cometer un delito, donde el imputado no realiza por sí mismo ninguno de los elementos objetivos del delito. La jurisprudencia del TPIY reconoce que la instigación puede ser tácita o explícita (OLÁSOLO 2013).

El Estatuto de Roma, en su artículo 25 (3) (b), aborda la instigación y comprende los verbos «ordenar», «proponer» o «inducir» la comisión de un crimen. Estos verbos pueden ser catalogados dentro de la autoría mediata cuando el que instiga u ordena tiene el dominio del hecho (AMBOS 2005).

En efecto, de los hechos no se desprende la existencia de un acuerdo criminal que pueda fundamentar una división funcional de un plan criminal entre el general y sus subordinados. Tampoco puede predicarse la existencia de un aparato organizado de poder liderado por Montoya, donde profiriera órdenes explícitas para ejecutar crímenes. Montoya no tenía el dominio o control sobre los hechos; su contribución al patrón macrocriminal se limitó a presionar a los miembros de la brigada IV para que cometieran diversos asesinatos y desapariciones de civiles, presentándolos en algunos casos como falsos combates en las modalidades ya explicadas.

### 2.2.3 Modelo normativo: Marío Montoya Autor en virtud de su posición de garante por competencia institucional.

La conducta del general Montoya, según el análisis anterior, se clasificaría como una forma de participación: la instigación. Sin embargo, la Sala de Reconocimiento realiza una evaluación normativa de los eventos fácticos ocurridos, teniendo en cuenta el contexto jurídico que

define los roles sociales. Concluye que el general Montoya es autor debido a su posición de garante institucional en virtud de su rol.

La Sala de Reconocimiento argumenta que al determinar la responsabilidad de funcionarios que forman parte de la fuerza pública del Estado, especialmente aquellos con una posición jerárquica que les permite influir en la actuación de un número considerable de agentes estatales, es necesario analizar la posición de garante que ostentan. Esto se basa en la especial relación de protección que tienen en relación con los bienes jurídicos de los ciudadanos y ciudadanas (SRVR AUTO 062 2023).

La problemática de la autoría y participación de estos altos funcionarios se aborda desde la comprensión normativa de la sociedad y, por lo tanto, de las competencias de una organización o institución. La Sala fundamenta esta postura en el artículo 25 del Código Penal colombiano, que expresamente consagra la posición de garante, y en una decisión previa de la Corte Constitucional (SU-1184 de 2001) que analiza el tema de la posición de garante (consagrada en el artículo 25 del código penal colombiano) en la comisión de delitos de lesa humanidad, y que adoptó el modelo nomativista:

El moderno derecho penal de orientación normativista, se caracteriza por el abandono de los criterios con base en los cuales la dogmática naturalista del siglo XIX - predominante hasta la década de 1980 en el siglo XX- edificó la teoría del delito: causalidad, evitabilidad y dolo. Actualmente, el juicio de imputación se fundamenta en la delimitación de ámbitos de competencia: sólo se responde por las conductas o resultados que debo desarrollar o evitar en virtud de los deberes que surgen de mi ámbito de responsabilidad y que se desprenden de los alcances de la posición de garante. Lo demás –salvo los deberes generales de solidaridad que sirven de sustento a la omisión de socorro- no le concierne al sujeto, no es de su incumbencia. (CC SU-1184 de 2001 Párr. 14)

En este contexto, la Sala sostuvo que la competencia institucional implica que estos funcionarios están sujetos tanto al deber negativo de no lesionar los bienes jurídicos de las personas que deben ser protegidas por la institución, como al deber de evitar que otras personas, incluyendo sus subordinados o terceros, ataquen esos mismos bienes. La Sala, citando al profesor Gunther Jakobs, expresa que en estos casos la responsabilidad no se atribuye con base en aspectos materiales como el dominio del hecho, sino en el

incumplimiento de estos deberes, dando lugar exclusivamente a la responsabilidad a título de autor. En este sentido, señala:

El garante institucional responde siempre como autor por el incumplimiento de los deberes que se desprenden de su ámbito de competencia, sin importar que desde el punto de vista fáctico su conducta haya sido activa u omisiva e independientemente de que haya cometido por sí mismo la conducta criminal, la haya instigado o haya contribuido a que otros la cometieran. (SRVR AUTO 062 2023 Num. 861).

Según la Sala, esta perspectiva normativa no implica que los elementos fácticos no sean relevantes; al contrario, estos deben ser analizados para determinar el incumplimiento de los deberes. Se requiere realizar una correcta caracterización fáctica que permita valorar con mayor precisión la relevancia jurídico-penal de las conductas y comprender las dinámicas del conflicto que ocasionaron el surgimiento de un patrón de macrocriminalidad (SRVR AUTO 062 de 2023).

La decisión se aparta claramente de la responsabilidad por el mando, la cual podría aplicarse a los superiores militares basándose en el artículo 28 del Estatuto de Roma y el artículo 24 del Acto Legislativo 01 de 2017 de la Constitución Política de Colombia, por los actos de sus subordinados. Este tipo de responsabilidad, aunque se fundamenta en el control efectivo del superior sobre sus subordinados para evitar la comisión de crímenes internacionales y, por tanto, en deberes especiales de su función militar, se limita a eventos de omisión o imprudencia en el cumplimiento de dichos deberes. En contraste, los deberes derivados de la competencia institucional de garante pueden incumplirse tanto por acción como por omisión.

Según la argumentación de la Sala, el alto funcionario puede incumplir sus deberes por omisión al no actuar ante situaciones de riesgo en las que los bienes jurídicos vinculados a ellos puedan resultar afectados, independientemente de si el ataque proviene de sus tropas o de un tercero. También puede hacerlo por acción al crear un riesgo que vulnera los bienes jurídicos objeto de su protección. La forma en que contribuya materialmente a la creación de este riesgo o afectación puede valorarse fácticamente como una instigación o determinación. Sin embargo, en la medida en que incumplen deberes institucionales, tal creación de un riesgo «se convierte en el fundamento fáctico para la imputación a título de autoría» (SRVR AUTO 062 2023, Párr. 863).

La valoración fáctica realizada por la Sala del comportamiento de Mario Montoya sitúa su contribución en una responsabilidad accesoria, como una instigación, resumiendo en este concepto diversas conductas activas (intimidación, órdenes ambiguas, presión) que generaron una influencia psicológica sobre sus subordinados para cometer crímenes internacionales. No obstante, interpreta el sentido normativo de estas conductas de acuerdo con el rol social del general. En este sentido, tales conductas son calificadas como de autoría, es decir, la realización de un hecho propio por el incumplimiento de un deber, y no solamente un aporte para la comisión de crímenes de sus subordinados, ya que tales contribuciones en sí mismas constituyen la violación de su deber de garante y, en todo caso, merecen un reproche jurídico penal intenso (num. 867).

Así, este enfoque normativo en lo relacionado con la competencia institucional implica un concepto unitario de autor que se desprende lógicamente de la violación de un deber. La atribución de responsabilidad a estos altos funcionarios miembros de la fuerza pública siempre será a título de autoría, incluso cuando, desde la realidad de los aportes, sean «en principio, accesorios o propios de quienes, desde el punto de vista del dominio del hecho, en estricto sentido serían cómplices o determinadores» (SRVR AUTO 062 2023, Párr. 876).

#### **2.2.4 Criterios normativos para la atribución de autoría por competencia institucional.**

La postura de la Sala implica resolver los problemas inherentes a la teoría de la intervención delictiva mediante la teoría de la imputación objetiva reformulada por el normativismo penal. Es crucial no confundir este término con responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpa. Según Jakobs (1998), la imputación objetiva resume su teoría jurídico-penal: «se imputan aquellas desviaciones respecto a las expectativas que se refieren al portador de un rol». La imputación objetiva establece los criterios para determinar las desviaciones o violaciones de deberes dentro del rol.

Además de constatar la posición de garante o rol del sujeto, se recurre a otro nivel de examen de la imputación objetiva, que consiste en la constatación de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado o la no eliminación de un riesgo existente para los bienes jurídicos a su cargo, y que se concrete en un resultado antijurídico. Solo después de este «filtro normativo» se procede a realizar la evaluación de la dimensión subjetiva requerida por el tipo penal (MELIÁ 2003).

De acuerdo con esto, los requisitos fundamentales para constatar la atribución a título de autor requieren:

- El compareciente debe ostentar una posición de garante institucional.
- El compareciente debe crear un riesgo jurídicamente desaprobado o no eliminar uno existente para los bienes jurídico a su cargo.
- Debe existir una relación del riesgo incrementado con las consecuencias antijurídicas producidas por el crimen.
- El constatarse la Intencionalidad y conocimiento (dolo) del compareciente tanto en la creación del riesgo jurídicamente desaprobado como en la producción de los crímenes.
- El compareciente debe tener los elementos subjetivos requeridos por el crimen internacional.

En cuanto al primer requisito, la Sala determinó que, en la fecha de los hechos que forman parte del patrón de macrocriminalidad, Mario Montoya ostentaba los cargos de Brigadier General y Mayor General del Ejército de Colombia. Además, ejercía como comandante de la brigada IV del Ejército Nacional, con jurisdicción en los territorios donde operaba el BAJES. Desde esta posición de alto funcionario oficial, la Sala considera que Montoya asumía una posición de garante por competencia institucional.

La fuente específica que respalda esta conclusión se encuentra en la Constitución Política de Colombia, que asigna a las fuerzas armadas la responsabilidad de defender la soberanía estatal (Artículo 209) y los derechos constitucionales de los ciudadanos, así como en el Derecho Internacional Humanitario (SRVR AUTO 062 de 2023).

En virtud de su rol institucional, a Mario Montoya se le encomendó una fuente de riesgo, es decir, el poder militar en un conflicto armado no internacional con características particulares en las cuales el enemigo no era fácil de identificar, y la población civil se encontraba en circunstancias de vulnerabilidad. En medio de este conflicto, las normas y principios del Derecho Internacional Humanitario, que forman parte del bloque de constitucionalidad del Estado colombiano, le obligaban a asumir una serie de deberes de protección hacia la población civil (SRVR AUTO 062 de 2023).

La Sala argumenta que de los principios de distinción (deber de diferenciar entre combatientes y no combatientes), proporcionalidad (los daños causados a la población incidentalmente no



pueden ser excesivos en relación con la ventaja militar), precaución (obligación de tomar todas las medidas para proteger a la población civil) y humanidad (los civiles y combatientes en poder del bando contrario deben ser tratados con dignidad), surgen las reglas fundamentales para evaluar el cumplimiento de sus deberes positivos como garante institucional:

- Prohibición de atacar directamente a civiles.
- Prohibición de llevar a cabo ataques indiscriminados, es decir, ataques que no permiten diferenciar entre combatientes y civiles.
- Deber de adelantar las operaciones militares con el cuidado debido, para preservar la vida de los civiles o reducir en todo caso a un mínimo el número de muertos y heridos entre la población civil.
- Prohibición de ordenar que no se dará cuartel o que no deben quedar supervivientes.
- Prohibición de atacar a una persona cuando se reconozca que está fuera de combate, por ejemplo, por haber sido herida o por expresar su intención de rendirse.
- Deber de recoger y asistir a los heridos (SRVR AUTO 062 2023 Párr. 910).

Mario Montoya tenía, en virtud de su rol social, deberes a su cargo como combatiente y, de acuerdo con el derecho internacional humanitario, un deber adicional en su calidad de comandante militar de supervisar el cumplimiento de estos por parte de las tropas a su cargo. El auto hace referencia al artículo 87 del Protocolo Adicional I a las Convenciones de Ginebra, que establece el deber de los comandantes militares de tomar medidas preventivas para evitar violaciones a dicho protocolo y a las convenciones mismas.

Por otro lado, también se resaltan los deberes derivados del ordenamiento nacional en relación con el tratamiento de individuos que posiblemente hayan cometido un crimen. Según la normativa colombiana, cuando un ciudadano es capturado en flagrancia, debe ser conducido ante la autoridad judicial para iniciar la respectiva investigación. Además, la Sala revisa los manuales militares vigentes en ese momento, concluyendo que los comandantes tienen el deber de velar por la disciplina personal del personal bajo su mando y de implementar órdenes claras o sin ambigüedades sobre el resultado que se pretende lograr (SRVR AUTO 062 de 2023).

La Sala constató que Mario Montoya también creó un riesgo jurídicamente desaprobado para las víctimas directas de los asesinatos y desapariciones forzadas. Este riesgo se originó a través de cuatro conductas concretas: su disposición a mentir sobre la producción de bajas o encubrir posibles extralimitaciones de sus subalternos, la presión por resultados, el constante uso de un lenguaje violento y la orden de no reportar capturas ni otro tipo de retenciones.

Estas conductas se convirtieron en una política de facto que violaba los deberes institucionales y las expectativas normativas asociadas a su papel como alto funcionario militar. Crearon las condiciones para el surgimiento del patrón de macrocriminalidad, que consistía en asesinatos y desapariciones forzadas de civiles y personas puestas fuera de combate para ser presentadas como bajas en combate por parte de la Brigada IV del Ejército Nacional.

La conducta de mentir sobre la calidad de las víctimas o su pertenencia a un grupo insurgente, como en el caso de las dos niñas civiles a quienes Mario Montoya presentó como miembros de las FARC-EP, tuvo un impacto crucial en la configuración del patrón de macrocriminalidad. Este comportamiento comunicó a la tropa una forma de conducta que sería aplicada por los miembros del batallón BAJES: mentir sobre la condición de combatientes de sus víctimas y crear combates ficticios para obtener bajas.

Asimismo, la presión psicológica ejercida (estímulos y amenazas) y el constante empleo de lenguaje violento, como la búsqueda de derramamiento de sangre en expresiones como «litros de sangre» o «carrotancados de sangre», evaluados a la luz de los deberes de garante sobre la población civil en medio de un conflicto armado y de acuerdo con los deberes institucionales para con los derechos de los ciudadanos, claramente violaron las expectativas normativas de su rol como comandante y general.

Estas expresiones, en un conflicto donde habitaban numerosos civiles (a menudo etiquetados como vinculados a las FARC-EP), normativamente hablando, sugieren que los homicidios no fueron solo obra de los ejecutores materiales, sino también del propio comandante. Lo mismo puede decirse de la valoración que Montoya hizo sobre las capturas como «problemas» y las muertes como «soluciones». Las expectativas normativas de su rol le imponían el cuidado de las normas del DIH relacionadas con el principio de distinción, y estas expectativas fueron gravemente defraudadas con estas expresiones.

La conducta esperada por la sociedad de un general que administra un riesgo, como la dirección de la fuerza militar de toda una brigada, no solo incluía el ataque a los grupos guerrilleros, sino también la protección de los civiles y el cumplimiento de las normas del Derecho Internacional Humanitario (DIH). Estos deberes positivos no fueron cumplidos; por el contrario, el riesgo no fue administrado de manera adecuada.

El tercer criterio, denominado por el normativismo penal «relación del riesgo», busca constatar si el riesgo jurídicamente desaprobado creado por un sujeto se concretó en un resultado antijurídico (REYES 2005). En este caso específico, busca examinar si el riesgo creado por Mario Montoya se concretó en el patrón macrocriminal de asesinatos y desapariciones de civiles para ser presentados como bajas en combate.

Para esta constatación, no se busca una relación meramente causal entre la conducta del general y los resultados antijurídicos, sino también una relación normativa. En este sentido, el auto utiliza el criterio de imputación objetiva denominado «fin de protección de la norma». Este criterio parte de la base de que las normas que regulan la administración de riesgos no buscan evitar todo tipo de resultados lesivos. Se requiere constatar si el resultado lesivo en el caso concreto es de aquellos que la norma pretende evitar (LÓPEZ 2000), para establecer la relación de riesgo.

En el caso particular, la Sala consideró que esta relación existe, ya que los crímenes cometidos por los miembros de la fuerza pública subordinados al General Montoya se encuentran entre la clase de crímenes que las normas quebrantadas por él pretendían evitar. Las normas del DIH y la legislación nacional tienen como finalidad la protección de los civiles en medio del conflicto armado no internacional. La infracción de estos deberes se concretó en el resultado antijurídico objeto de protección de estas normas: los asesinatos y las desapariciones forzadas (SRVR AUTO 062 de 2023).

Para el mismo análisis, el Auto utiliza la teoría de disminución del riesgo. Según esta teoría, para establecer si la relación de riesgo existe, se requiere realizar un juicio hipotético: Si Mario Montoya no hubiera quebrantado las expectativas normativas de su rol, ¿las probabilidades de que se configurara este patrón de macrocriminalidad dentro del batallón hubieran sido menores? La respuesta a esta pregunta es negativa; el Auto de la Sala de Reconocimiento

constató que los asesinatos y desapariciones corresponden a la política de facto implementada a través de la instigación del general.

Finalmente, se lleva a cabo el análisis de la dimensión subjetiva de la atribución de responsabilidad a título de autoría por la posición de garante institucional. Esto implica la constatación de la intencionalidad y conocimiento (dolo) tanto en la creación del riesgo jurídicamente desaprobado como en la producción de los crímenes.

Según la Sala, el general Mario Montoya realizó dolosamente los comportamientos que dieron lugar a la creación del patrón de macrocriminalidad (creación del riesgo). Su instigación mediante amenazas, encubrimiento, lenguaje violento y la orden de no entrega de capturas sino bajas se llevaron a cabo con pleno conocimiento y voluntad.

La Sala descarta la posibilidad de que el general pudiera tener, en el momento de los hechos, una percepción equivocada de la realidad fáctica al presionar e intimidar a sus subordinados o al referirse a «litros de sangre». Por el contrario, su amplia experiencia en la vida militar (33 años) y su conocimiento de las circunstancias del conflicto le proporcionan las bases suficientes para afirmar que el compareciente creó dolosamente el riesgo jurídicamente desaprobado.

En cuanto a la producción de los crímenes, la Sala considera que el estándar subjetivo requerido es el dolo eventual, es decir, que basta con la consciencia sobre el aumento del riesgo, unida a la ausencia de medidas para mitigarlo. La Sala de Reconocimiento respalda este estándar citando la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, que consideró que respecto a la responsabilidad por ordenar, se requiere realizar la conducta sabiendo que existe la probabilidad sustancial de que los crímenes se cometan (SRVR AUTO 062 de 2023).

Desde una perspectiva ex ante, era previsible o probable para el general que, debido a su actuación, se cometieran crímenes de lesa humanidad y de guerra, y sin embargo, llevó a cabo sus conductas y dejó la no producción librada al azar (dolo eventual). Esta apreciación se refuerza al relacionar las denuncias que en su momento se presentaron al mismo general Montoya sobre violaciones a los derechos humanos de tropas adscritas a su Brigada. De esta forma, no es razonable concluir que la comisión de estos crímenes por sus subordinados fuera

una posibilidad remota o poco factible. El general era consciente de ese riesgo y no tomó las medidas derivadas de su rol para mitigarlo.

De esta manera, la Sala de Reconocimiento imputa a título de autor por crímenes de lesa humanidad y de guerra al general Mario Montoya, basándose en el normativismo penal.

Un interrogante que surge de esta clara postura es si este modelo unitario excluye que la Sala pueda utilizar en decisiones futuras otros modelos, como el del dominio del hecho, que son compatibles con la distinción entre autor y partícipe.

Cabe destacar que lo planteado aquí, según JAKOBS (2011 p. 114), implica que «las figuras de la coautoría o de la utilización de un aparato de poder desvinculado del derecho no son necesarios para el enjuiciamiento» de altos funcionarios del Estado. La infracción del deber excluye la necesidad de incluir en el análisis la división del trabajo funcional o la utilización de estructuras para la comisión del crimen. Se requiere solamente examinar la violación de deberes especiales para fundamentar la autoría.

En efecto, en otras decisiones, la Sala de Reconocimiento ha atribuido responsabilidad utilizando modelos como la responsabilidad del superior, la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, la coautoría, entre otros. Ante este interrogante, es necesario resaltar la aclaración de voto realizada por el magistrado Oscar Parra Vera, quien sostiene que

(...) las teorías en torno a determinadas formas de intervención delictiva no deberían analizarse desde una visión demasiado rígida que no permita adaptarse a la realidad de lo que sucede en contextos de criminalidad de sistema donde los niveles de masividad son tan altos y donde las unidades militares y las jerarquías que intervienen revisten de complejidades importantes al momento de analizar la responsabilidad penal (SRVR ACLARACIÓN DEL VOTO AL AUTO 062 2023, p. 30).

Según el magistrado, la Sala podría utilizar otros modelos, como el del dominio del hecho, sin una posición dogmática oficial. Aunque esta posición es coherente con una comprensión dinámica e instrumental de la dogmática penal, también es cierto que la dogmática es un método científico del derecho, que busca la coherencia e interpretación segura y sistemática de la ley facilitando que las decisiones judiciales sean predecibles. Como señala ORDEIG (1990, p. 158) los límites y conceptos, claros y definidos permiten una aplicación segura y calculable del Derecho Penal que hace posible sustraerle de la arbitrariedad y de la improvisación.

«Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución».

De esta manera, los diversos modelos deben ser utilizados por la Sala con la conciencia de que los mismos no pueden ser elegidos arbitrariamente, sino en coherencia con las normas del Derecho Penal nacional e internacional que tiene a disposición para calificar las conductas criminales de su competencia.

En cualquier caso, este Auto establece un precedente significativo en el ámbito del Derecho Penal Internacional, especialmente en lo que respecta al análisis de la autoría y participación de altos funcionarios del Estado. Este caso específico pone de manifiesto la aplicación del normativismo penal y sus implicaciones en la imputación de responsabilidad. A continuación, se procederá a realizar una evaluación más detallada para determinar si el modelo normativista del Derecho Penal posee la coherencia teórica necesaria para ser empleado de manera efectiva por la Corte Penal Internacional en su misión de atribuir responsabilidad penal a altos funcionarios estatales por la comisión de crímenes internacionales.

### 2.3. Aplicación de la teoría normativista del Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

El artículo 27 del Estatuto de Roma confiere a la Corte Penal Internacional (CPI) la competencia para conocer de los crímenes cometidos por altos funcionarios del Estado, sin que el cargo oficial pueda ser un obstáculo para sus facultades jurisdiccionales, incluso en el caso de jefes de Estado o de Gobierno, o cualquier otro funcionario gubernamental (art. 27 (1) y (2) ECPI 1998).

En términos de competencia material, la CPI se encarga de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de crímenes que representen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad (preámbulo CPI 2008). Estos crímenes incluyen el genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión, siempre y cuando hayan sido cometidos en el territorio de un Estado que haya suscrito el Estatuto, que haya aceptado la jurisdicción de la CPI, o en su defecto, cuando el Consejo de Seguridad remita la situación de acuerdo con la Carta de San Francisco (art. 13 ECPI 2008).

Desde el inicio de su funcionamiento, la CPI ha asumido la responsabilidad de investigar, judicializar y sancionar a altos funcionarios estatales, actuando de manera complementaria a las facultades jurisdiccionales de los Estados cuando estos no estén dispuestos o no cuenten con las capacidades para hacerlo (art 17 (1) (a) ECPI 2008). Entre los casos notables se encuentran el jefe de Estado libio Muammar Gaddafi, el expresidente de Costa de Marfil Laurent Gbagbo, el expresidente de Sudán Omar Al-Bashir y el presidente de Rusia Vladimir Putin, todos ellos investigados por la comisión de crímenes internacionales.

A diferencia de otros tribunales internacionales, el Estatuto de la Corte Penal Internacional describe de manera detallada, en el artículo 25, las diversas formas de responsabilidad penal que pueden aplicarse a los intervinientes en una conducta macrocriminal. Estas se dividen en cuatro niveles que son interpretados por algunos autores como un conjunto sin ningún tipo de jerarquización y por otros como una pirámide donde la autoría tiene el grado más alto de reproche KLAMABERG (2017).

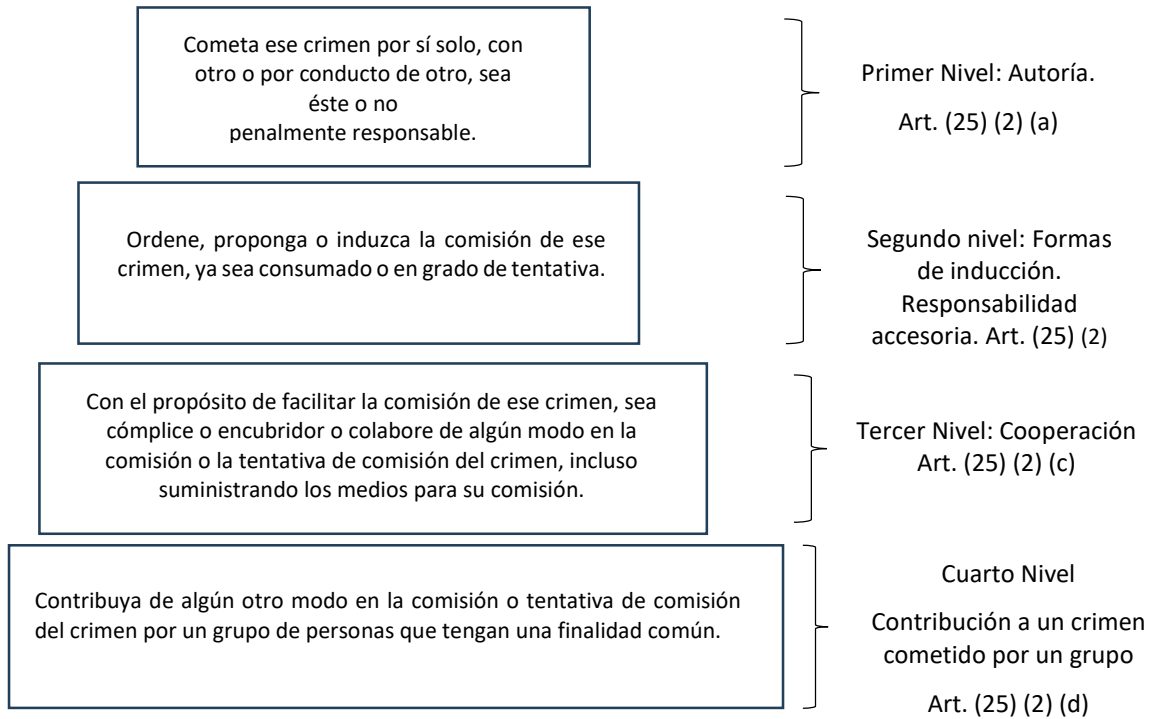


Figura 3. "Formas de intervención punible en el ECPI". (Elaboración propia)

WERLE (2011) tomando postura por una visión jerarquizada de la autoría y participación en el Estatuto, sostiene que la forma más elevada de responsabilidad es la intervención a título de autoría. En un segundo nivel se encuentran las distintas formas de inducción, seguidas en un tercer nivel por la tipificación de la cooperación o complicidad, y finalmente, en el cuarto nivel, se aborda la forma menos grave de participación en el crimen internacional: la contribución a un crimen cometido por un grupo.

La aplicación del modelo normativista en el Estatuto implicaría que, incluso cuando el aporte del alto funcionario pueda ser calificado en niveles inferiores de la intervención delictiva, como por ejemplo el tercer nivel de intervención al ser cómplice en un crimen internacional, operará el principio normativista de la prohibición de minusvaloración del aporte (SÁNCHEZ VERA 1995). Según este principio, constatada la posición de garante de carácter institucional y siempre que se cree un riesgo desaprobado que se concrete en un resultado antijurídico, no podrá calificarse al alto funcionario como cómplice, sino como autor independientemente del tipo de contribución (Supra 2.2). Bajo esta perspectiva, se atribuiría siempre el nivel máximo de reproche en las formas de intervención.



En contraste, en la atribución de responsabilidad, estos distintos niveles de intervención serían aplicables a aquellos autores de crímenes internacionales que no ostentan la calidad de funcionarios públicos, como líderes militares de movimientos rebeldes que, a través de un grupo armado al margen de la ley, cometen un crimen internacional de competencia de la Corte Penal Internacional.

Para determinar la idoneidad o compatibilidad del modelo normativista con las normas del artículo 25 del Estatuto de Roma, según la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, es necesario evaluar si este modelo se ajusta de manera sistemática a las disposiciones del Estatuto. En el caso KATANGA la CPI ha enfatizado que el Estatuto de Roma debe ser interpretado como un cuerpo coherente de leyes predecibles. Por lo tanto, al realizar cualquier interpretación del estatuto, el intérprete no se debe limitar a aplicar cualquier significado posible de las palabras del Estatuto, sino que debe descartar aquellas interpretaciones que generen un «corpus juris asistemático» entre las normas (CPI PROSECUTOR v. KATANGA 2008, párr. 482).

Bajo este criterio, además de considerar su uso por una gran cantidad de Estados, la CPI consideró coherente con el Estatuto adoptar la teoría del Dominio del Hecho y excluir otros modelos como el objetivo-formal o el modelo subjetivo de la empresa criminal conjunta. En el caso LUBANGA la Corte descartó la inclusión del modelo objetivo-formal en la interpretación del Estatuto, ya que, según este enfoque, solo aquellos individuos que cometen físicamente uno o más elementos de los crímenes podrían considerarse autores del crimen (Supra 2.1.4). Esta postura contradice el artículo 25(3)(a) del Estatuto, que contempla la "comisión a través de otra persona" (PROSECUTOR v. LUBANGA 2007).

La CPI optó por el Dominio del Hecho como modelo interpretativo, reconociendo que este encaja de manera más coherente con las disposiciones del Estatuto y garantiza la consistencia con el sistema legal establecido por la Corte. La exclusión de modelos que podrían generar contradicciones o interpretaciones asistemáticas destaca la importancia de mantener un enfoque sistemático y predecible en la interpretación del Estatuto de Roma.

A continuación, realizaremos un examen sobre la compatibilidad de la teoría normativista y su consideración de los crímenes cometidos por altos funcionarios como de infracción de deber. A partir de esto, se propondrá su aplicación al corpus iuris del Estatuto a través de la

inclusión de los elementos normativos de la posición de garante y la creación y realización de un riesgos en el análisis del *actus reus* y *mens rea* del crimen internacional.

### 2.3.1 Principio de Accesoriedad y concepto unitario de Autor

La primera objeción que surge de la aplicación de la perspectiva normativista se refiere al uso de un concepto unitario de autor. Según lo expuesto en el capítulo precedente, el incumplimiento de la posición de garante institucional implica la violación de un deber positivo que no tiene en consideración el *quantum material* del aporte, sino la posición cualificada del garante. En este sentido, el autor siempre responderá a título de autor; el garante institucional no puede ser partícipe ni coautor en la comisión del crimen, ya que su deber especial lo vincula de manera personal.

Clásicamente, el principio de accesoriedad, como se ha descrito, implica la posibilidad de distinguir entre responsabilidad penal principal y accesoría, es decir, a quién se le endilga un crimen como propio o por ayudar y colaborar en el crimen de un tercero. El Estatuto de Roma no contiene una norma que consagre taxativamente la accesoriedad. En el Caso KATANGA y LUBANGA, la CPI ha interpretado que en el Estatuto opera el principio de accesoriedad en la medida en que ha distinguido varios niveles de responsabilidad, donde se pueden diferenciar en la intervención del crimen a título de autor o partícipe bajo los criterios de la ya descrita teoría del dominio del hecho.

De esta forma, si la intervención delictiva de altos funcionarios no puede ser calificada en niveles inferiores a la autoría, como la inducción o la complicidad, esto tendría efectos desfavorables en cuanto a la punibilidad. Se estaría interpretando la norma en contra del acusado y restringiendo las formas de participación, sin ninguna norma que así lo establezca, vulnerando de esta manera el principio de legalidad.

En contra de esta posición, la misma CPI en salvamento de voto en el caso LUBANGA, el juez Fulford señaló que

(...)no existe una base adecuada para concluir que ordenar, solicitar o inducir a cometer un delito (artículo 25(3)(b)) es una forma de comisión menos grave que cometerlo 'a través de otra persona' (Artículo 25(3)(a) [...] Del mismo modo, no puedo aceptar que la tipificación de los encubridores (artículo 25(3)(c)) es mayor que la de quienes participan en un grupo (Artículo 25(3)(d)), particularmente porque muchos de

los crímenes más graves de la historia ocurrieron como el resultado de las acciones coordinadas de grupos de individuos, que conjuntamente persiguieron un objetivo común objetivo” (CPI PROSECUTOR V. LUBANGA 2012, párr. 8).

El análisis de las formas de intervención establecidas en el Estatuto de Roma revela la ausencia de una jerarquización punitiva específica entre las categorías de autor y cómplice. Contrariamente a una presunción de jerarquía, el Estatuto simplemente enumera las diferentes formas de participación. En el contexto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, tampoco se definía un nivel de gravedad entre autores y partícipes; este aspecto se dejaba al ámbito jurisprudencial, donde se consideraba un indicio del grado de responsabilidad penal en la determinación de la pena (WERLE 2011).

Esta carencia de una jerarquización cualitativa entre los niveles de responsabilidad del Estatuto implica que las diversas formas de intervención pueden superponerse en cada caso, sin excluirse mutuamente. El artículo 145(2)(c) de las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP), de la CPI al abordar la imposición de la pena, incluye «el grado de participación del condenado» como uno de los elementos a considerar, sin especificar una jerarquía o grado de pena respecto a una determinada forma de intervención criminal. La postura del juez Fulford resulta coherente con el Estatuto, que no contiene una norma que consagre taxativamente la accesoriedad, sino que simplemente enumera las formas de intervención.

SLIEDREGT (2015) critica la interpretación dada al artículo 25 en el caso LUBANGA y sostiene que la complicidad o instigación puede derivarse de la comisión sin implicar una responsabilidad menor. Los distintos niveles establecidos en el artículo 25 del Estatuto representan categorías sin distinciones punitivas inherentes. Esta interpretación se acerca al concepto unitario funcional de autor, que iguala todas las formas de intervención pero permite definir distintas figuras (SUÁREZ 2007).

Aunque la discusión sobre este tema no es pacífica, prima facie no se puede descartar completamente que un modelo unitario de autor sea incompatible con el Estatuto. La calificación normativa a título de autor de los crímenes cometidos por altos funcionarios de estado, sin considerar la materialidad del aporte, no afectaría el principio de legalidad o favorabilidad.

### 2.3.2. Fuentes extrapenales de la Posición de Garante

Uno de los puntos críticos que la doctrina internacional ha planteado contra la teoría normativista se centra en la llamada posición de garante institucional, argumentando que su aplicación podría violar el principio de legalidad al no estar expresamente establecida en el Estatuto. LASCANO (2022, p. 250) ha expresado su desacuerdo, considerando que subsumir los delitos de infracción de deberes especiales, como en el caso de crímenes de lesa humanidad cometidos por funcionarios estatales, sería una transgresión a la legalidad.

LASCANO (2022 p. 244) cita a PLANAS (2007) señalando que la fundamentación de los deberes especiales institucionales es confusa y no debería derivarse de la sociedad, sino que la vinculación de una persona al cuidado del bien jurídico debería surgir de la propia voluntad del individuo. Propone una interpretación más restrictiva, exigiendo que estos deberes especiales estén consagrados legalmente para generar responsabilidad penal por su infracción.

Esta crítica no encuentra respaldo en la jurisprudencia del Derecho Penal Internacional. Como se ha analizado en secciones anteriores (Supra 2.1.3), el uso de la posición de garante no es ajeno a este ámbito. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, por ejemplo, ha recurrido a esta posición en casos de crímenes omisivos.

Es así como en el caso del General Montoya, la Jurisdicción Especial para la Paz fundamentó su imputación de responsabilidad especial o institucional en las normas, tanto a nivel nacional como internacional, que imponen deberes especiales de cuidado a los mandos oficiales estatales. Este planteamiento sigue la comprensión normativista. En esta perspectiva, el rol especial o institucional no es arbitrario, sino que se origina en la configuración social establecida en las normas. Es un elemento normativo que toma en cuenta la posición oficial y la estrecha vinculación de estos funcionarios con los bienes jurídicos a su cargo. Cabe destacar que estos bienes han sido asumidos para su protección a través del consentimiento libre de la funcionario al asumir su cargo institucional.

JAKOBS (2014) y PERDOMO (2022) han realizado una interpretación normativa del Estatuto de Roma, especialmente en relación con el artículo 28 que aborda la responsabilidad del superior. Estos autores sostienen que los dos ámbitos de competencia, organizacional e

institucional, de los cuales se derivan los dos tipos de posiciones de garante, están claramente diferenciados en el Estatuto.

Destacan que el artículo no hace referencia únicamente a jefes militares y civiles en abstracto, sino específicamente a jefes militares y civiles de facto y de iure. Esta distinción refleja la separación entre ámbitos de competencia por organización (facto) o por institución (iure). Los altos mandos de facto tienen una responsabilidad que deriva de deberes negativos impuestos por las normas internacionales del derecho internacional humanitario, surgidos de su actuación peligrosa hacia la población civil en el contexto de un ataque o conflicto armado interno o internacional.

En contraste, los jefes militares y civiles de iure tienen una responsabilidad fundamentada en los deberes emanados de la organización estatal. El estado, organizado normativamente, tiene deberes potenciados, que van más allá de evitar daños a la población civil; también tiene la responsabilidad de ejercer una serie de deberes de cuidado y protección, superiores a los de cualquier banda criminal.

Esta diferenciación repercute en la responsabilidad penal. Por ejemplo, en un conflicto armado no internacional con la participación de grupos guerrilleros sigma y ómicron contra las fuerzas estatales, si el grupo sigma y las fuerzas del estado no llevan a cabo operaciones militares en respuesta a una masacre que está siendo perpetrada por el grupo ómicron contra la población civil, las fuerzas guerrilleras sigma no podrían ser enjuiciadas por crímenes internacionales, ya que no tienen deberes específicos respecto al poder de facto que ejercen. En cambio, si las fuerzas del estado no intervienen para detener o defender a la población en dicha masacre, puede responder como autor por sus deberes especiales.

Bajo esta perspectiva, se plantean dos formas independientes de atribución de responsabilidad: una derivada de la competencia institucional de los funcionarios estatales, donde rige un concepto unitario de autor, y otra derivada de la competencia organizacional o común, donde rige la accesoriadad y se aplica a altos funcionarios que no forman parte del estado, como grupos rebeldes o líderes de organizaciones criminales. JAKOBS destaca este enfoque al señalar:

El diferente fundamento no debería ser motivo de sorpresa, dado que en el caso de la superioridad exclusivamente fáctica se dan órdenes a una tropa per se peligrosa, en la

medida que no puede ser controlada por reglas jurídicas; mientras que, por el contrario, quien emite órdenes en el marco de una organización militar reconocida jurídicamente actúa, en el “caso normal” bajo tal control (JAKOBS 2004, p. 129).

Esta diferenciación tiene como ya hemos enunciado importantes repercusiones para la autoría y la participación criminal en la interpretación sistemática del Estatuto. En el caso de altos funcionarios no pertenecientes a las fuerzas del estado o de facto responden en virtud de la competencia organizativa pues no tiene un estatus jurídico especial sino operativo fundamentado en la libertad de organizar (PAWLIK 2023) . Su responsabilidad tiene como base de reproche la violación del deber negativo de no dañar otros ámbitos de organización en contraspetación de la libertad de organizar que le ha otorgado el estado. Este deber negativo puede ser vulnerado en común por varios sujetos, con división del trabajo criminal y dando lugar a accesoriadad, es decir, dentro de la valoración habrá lugar a diferenciar el aporte de algunos como autores y de otros como partícipes, de acuerdo con la valoración cuantitativa del aporte.

Por el contrario los delitos cometidos por los altos funcionarios estatales de iure debe calificarse de acuerdo a los delitos de infracción de deber, en donde no opera la participación. Facticamente puede existir una división del trabajo criminal sin embargo, sus deberes no son valorados por la forma como aportó en la ejecución del delito sino en el cumplimiento de deberes positivos que tenía a cargo. La única manera de atribuir responsabilidad como partícipe será de la persona que intervenga en el crimen y que no tenga la posición de garante institucional (extraneus) (VERA 2002).

### 3.3 Bases teóricas del Normativismo Penal y Dignidad humana

El último aspecto a examinar para determinar la coherencia sistemática del normativismo penal se refiere a las premisas teóricas que lo fundamentan. En este contexto, el profesor KAI AMBOS (2005) ha presentado una fuerte crítica al concepto de persona del normativismo penal, llegando a afirmar incluso su incompatibilidad con el Derecho Penal Internacional.

Según AMBOS, el Derecho Penal Internacional tiene su fundamento en la dignidad humana inviolable y es el «punto inmovible de todo sistema de derecho penal» (2005, p. 61). Según su perspectiva el normativismo presenta un grave problema al considerar a la persona solo como una parte del sistema o engranaje social, valorándola únicamente en función del rol que

desempeña. Esto implicaría que el ser humano queda limitado a reconocer o asumir como propio un ordenamiento que le ha sido dado, sin prestar atención a la calidad concreta de las normas, dejando espacio para que estas puedan ser contrarias a la dignidad humana.

La postura de Ambos implica la necesidad de que el Derecho Penal Internacional, al fundamentarse en la noción de «dignidad humana», cuente con un respaldo que trascienda las normativas jurídicas de los Estados individuales. Según esta perspectiva, la dignidad humana debería ser un principio prejurídico, es decir, anterior al derecho positivo de cada Estado, y funcionar como un límite esencial que evite arbitrariedades por parte de los Estados en el ámbito internacional. Esto implica que la protección de la dignidad humana no debería depender exclusivamente de las normas internas de cada Estado, sino que debería tener un fundamento más amplio y universal que sirva como referencia inquebrantable frente a posibles abusos o violaciones.

Contrariamente a lo señalado por Ambos, tanto Niklas Luhmann como Jakobs no niegan el valor y la relevancia de la dignidad humana y los derechos humanos. LUHMANN (2005) ha planteado que la comprensión funcional o sistémica del derecho y la sociedad es compatible con la protección de los derechos humanos edificados sobre el principio de dignidad humana, ya que estos son una herramienta clave para la evolución misma de la sociedad.

En el mismo sentido, Jakobs reconoce la importancia de las garantías fundamentales del individuo, pero sostiene que su exigibilidad no se encuentra en conceptos como el derecho natural o la dignidad humana. El Derecho Penal Internacional requiere una validez real, no postulada, y parte del respeto al principio de legalidad: «debe tratarse de una norma establecida en la comunicación con anterioridad al hecho» (JAKOBS 2005).

En este sentido, Jakobs sugiere que debe distinguirse claramente entre el mantenimiento de la vigencia de la norma y su creación. La sola postulación de la validez universal de los derechos humanos no es suficiente teóricamente hablando para asegurar su vigencia.

En un Estado donde las normas que penalizan las violaciones a los derechos humanos están vigentes, en caso de que ocurra una violación de derechos, el Estado asegura el mantenimiento de la vigencia de la norma mediante su efectiva sanción y brinda la suficiente seguridad para que la víctima pueda mantener sus expectativas normativas de que sus derechos deben ser respetados.

Por el contrario, en un hipotético Estado donde no hay normas previas que aseguren los derechos humanos, (en el caso extremo en que tampoco tenga competencia la CPI), el castigo que puede ejecutarse no se trata del mantenimiento de la vigencia de una norma, o de la vigencia universal de derechos, sino de su efectivo establecimiento o creación.

Los Estatutos o códigos penales y procedimentales que se establezcan con posterioridad a los hechos para sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos en ese Estado constituirán un nuevo derecho. En la mayoría de los casos, estas normas pueden ser menos garantistas, ya que no se asegura plenamente el principio de legalidad en todas sus expresiones y se introducen nuevos procedimientos penales.

Para JAKOBS, esta comprensión que distingue entre mantener un orden y crear un orden es más sincera que la ficción de la vigencia universal de los derechos humanos. Ante la falta de vigencia de la norma del estado en donde ocurrieron las violaciones, se retorna a un estado de naturaleza, en donde a partir de un nuevo derecho (enmarcado por el denominado derecho penal del enemigo) se pueden castigar a los individuos que han vulnerado los derechos universales (JAKOBS 2005).

La argumentación de JAKOBS no pretende deslegitimar los derechos humanos sino establecer una teoría distinta de su obligatoriedad. En lo fundamental, sus planteamientos no difieren de lo establecido en el Estatuto de Roma en su artículo 22 (1), que consagra como garantía criminal que nadie podrá ser penalmente responsable de conformidad con el Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte.

#### 3.4 Propuesta sistemática de aplicación en el Estatuto de Roma

La aplicación del normativismo penal al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ECPI) además de las consideraciones anteriores tiene como punto de partida la interpretación normativa del artículo 25 (2) del Estatuto, que establece el principio de la responsabilidad penal individual:

«Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto» (art. 25 (2) ECPI 1998).

De acuerdo con lo analizado en capítulos anteriores, el principio de responsabilidad individual por la comisión de crímenes internacionales no se ha interpretado exclusivamente desde una



perspectiva fáctica o material. La comisión implica la evaluación de elementos que han sido considerados por los distintos tribunales penales internacionales desde la causalidad (supra 2.1.1) hasta elementos subjetivos (Supra 2.1.2) el dominio del hecho (supra 2.1.4), incluyendo aspectos normativos relacionados con la posición de garante (Supra 2.1.3) y la creación y realización de riesgos con consecuencias jurídicas desaprobadas por el Estatuto (Supra 2.2.4).

Aunque el análisis de la comisión se basa en supuestos fácticos, es decir, la verificación causal o material de que una acción se ajusta a un crimen internacional, dicho análisis no puede limitarse a la materialidad de las intervenciones. Posteriormente, se requiere llevar a cabo una valoración normativa que permita atribuir jurídicamente esta imputación.

En otras palabras, la dimensión objetiva del injusto o Actus Reus del crimen internacional debe analizar una conducta que crea un riesgo jurídicamente desaprobado utilizando institutos de la imputación objetiva como el riesgo permitido, el principio de confianza, las acciones a propio riesgo y la prohibición de regreso. Posteriormente, debe valorar cómo estos se concretan en las consecuencias antijurídicas requeridas por el crimen, a través de institutos como el fin de protección de la norma y disminución del riesgo. Finalmente, la imputación subjetiva o aspecto interno debe evaluar el dolo, entendido como conocimiento del riesgo y su realización, y los elementos subjetivos especiales requeridos por el tipo penal.

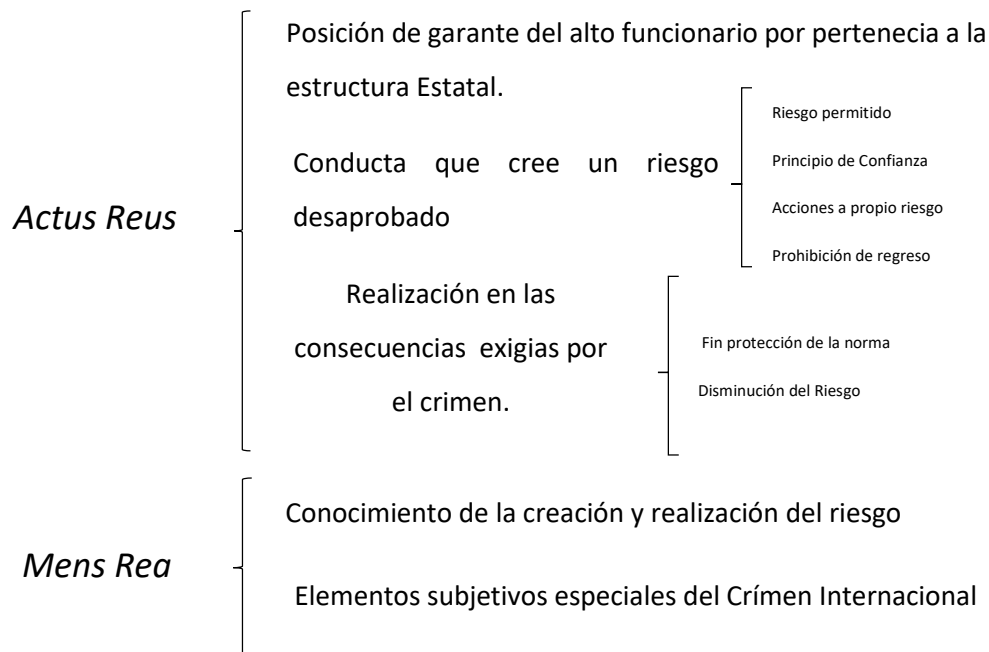


Figura 4. "Propuesta del modelo normativista en el análisis del crimen internacional"

(Elaboración propia)

### 2.3.3. Actus Reus en la perspectiva Normativista

La evaluación del Actus Reus en el Derecho Penal Internacional implica examinar las exigencias objetivas o externas del hecho delictivo para determinar su aplicabilidad o adecuación típica. Conforme a los elementos de los crímenes establecidos en el Estatuto, este proceso implica un juicio de adecuación del hecho delictivo considerando las demandas del crimen internacional en relación con la conducta, las consecuencias y las circunstancias particulares de cada crimen (WERLE 2011).

En el caso, por ejemplo, de los crímenes de lesa humanidad y de guerra, es necesario verificar el elemento contextual relacionado con el ataque a la población civil o la existencia de un conflicto armado, seguido de la determinación de los elementos específicos del crimen (asesinato, exterminio, etc.). Posteriormente, se debe considerar la forma de intervención delictiva según lo estipulado en el artículo 25 del Estatuto, es decir, si se puede atribuir como autor, inductor o cómplice del crimen internacional.

Esta evaluación o juicio de adecuación, siguiendo la interpretación normativa del artículo 25, no puede basarse únicamente en elementos fácticos; requiere la valoración de elementos normativos que se derivan de la configuración social consagrados en el DIH y las normas nacionales. La valoración implica, como se ha explicado, la verificación de la posición de garante y la constatación de que la conducta ha creado un riesgo desaprobado que se materializa en las consecuencias exigidas por el tipo. Este enfoque para analizar el Actus Reus permitirá una correcta atribución de responsabilidad. Constada la posición de garante de carácter institucional la atribución sólo podrá ser a título de autor, siempre se constate la creación y realización del riesgo y el mens rea del crimen.

Para determinar si se ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado y quién debe responder por las consecuencias del mismo, la teoría normativista ha desarrollado cuatro institutos que constituyen la imputación objetiva: el riesgo permitido, la prohibición de regreso, el principio de confianza y las acciones a propio riesgo. Entre estos, los más relevantes para la teoría de la intervención delictiva son los dos primeros, especialmente en relación con las denominadas acciones neutrales (PERDOMO 2022).

Como se destacó en el capítulo anterior, el instituto del riesgo permitido implica que no cualquier daño a los bienes jurídicos infringe las expectativas normativas, sino aquellos

considerados inaceptables por las normas internacionales y nacionales. La llamada prohibición de regreso aborda los casos en los que, a pesar de una aparente intervención delictiva en la comisión de un crimen por parte de un tercero, no se puede atribuir responsabilidad al interviniente si está dentro del riesgo permitido. JAKOBS (1998) define este tipo de contribuciones como prestaciones estereotipadas o neutrales, a las que la sociedad no puede renunciar sin paralizarse (CARO 2008).

Entonces, si un alto funcionario del Estado Beta vende armas al Estado Gama, que las utiliza para cometer crímenes internacionales, ¿puede considerarse que el alto funcionario ha participado en el crimen internacional cometido por su homólogo? ¿La venta de armas puede considerarse una conducta neutral o dentro del riesgo permitido? Según la prohibición de regreso, aunque pueda interpretarse fácticamente como un aporte delictivo del jefe de Estado Beta a Gama, no puede valorarse como una contribución a la conducta criminal, ya que se encuentra dentro de lo socialmente aceptado si la venta se realiza de acuerdo con las normas internacionales.

AMBOS (2005) está de acuerdo con esta solución dogmática, siempre y cuando la venta se realice con todos los procedimientos legales. Si a pesar de esto, las armas vendidas se utilizan para cometer crímenes internacionales, la responsabilidad se trasladaría a los órganos de control. Según la perspectiva de citado autor, la imputación de responsabilidad penal solo sería relevante si el vendedor hubiera engañado conscientemente a la comisión de control sobre la situación en el país receptor o hubiese actuado de manera fraudulenta con dicha comisión. Opera aquí de acuerdo con VERA (1995) una prohibición de sobrevaloración del aporte, a pesar de que causalmente se participe en el delito, no tendrá consecuencias penales por actuar conforme a la configuración normativa de la sociedad.

En el ámbito de la intervención delictiva en funcionarios estatales, los principios de confianza y acciones a propio riesgo tienen menor relevancia debido a los deberes especiales de cuidado hacia la población civil y los deberes de supervisión hacia sus subordinados que tienen a su cargo.

En efecto, el principio de confianza establece que aquel que cumple con los deberes de su rol puede legítimamente esperar que los demás se comporten de acuerdo con su rol, cumpliendo con las obligaciones a su cargo, y por tanto, se excluirá su responsabilidad frente a la conducta delictiva de otro (LÓPEZ, 2000). En el caso del Estado, que tiene una estructura altamente

jerarquizada y niveles elevados de vigilancia y obediencia entre sus miembros, el jefe de Estado tendrá que demostrar, de acuerdo con la responsabilidad del superior ya estudiada, que tomó las medidas necesarias y razonables para prevenir la comisión del crimen.

En cuanto a las acciones a propio riesgo, comprenden los casos en los que el titular de la posición de garante no responde por un resultado antijurídico cuando es competencia de la víctima (LÓPEZ, 2000). Sin embargo, son muy extraños los casos en que la comisión de un crimen internacional pueda atribuirse exclusivamente al incumplimiento de deberes por parte de la víctima. Los funcionarios estatales tienen deberes personalísimos para garantizar que la población civil no sea vulnerada, incluso en casos de autolesión o autopuesta en peligro.

En relación con la realización de los riesgos, como se señaló en el capítulo precedente, implica que en aquellos crímenes internacionales que exigen que la conducta descrita tenga unas consecuencias, no basta simplemente con la relación de causalidad entre la conducta y la consecuencia. Se requiere una relación a partir de criterios normativos que el normativismo penal ha denominado como relación o realización del riesgo (REYES, 2005).

Es decir, se requiere que la conducta riesgosa creada por el autor sea la que precisamente se realice en la consecuencia exigida por el crimen internacional. En el capítulo anterior (Supra 2.2.4) se presentaron dos de sus principales institutos: el fin de protección de la norma y el principio de disminución del riesgo.

#### 2.3.4. Mens Rea imputación normativa del elemento subjetivo.

Con relación a la dimensión subjetiva, el artículo 30 del Estatuto de Roma estipula cómo debe entenderse la atribución subjetiva, señalando que puede imputarse responsabilidad si los elementos que conforman el *actus reus* son realizados con intención y conocimiento de dichos elementos. La intención es exigida en relación con la conducta que eleva el riesgo permitido, es decir, el sujeto debe querer realizar la conducta riesgosa. En relación con los resultados o consecuencias antijurídicas, puede concurrir dicha intención o propósito o ser consciente de que se producirán en el curso normal de los acontecimientos.

La interpretación normativista implica optar por una preponderancia del elemento cognitivo sobre el volitivo (VERA 2005). Para el normativismo quien actúa siendo consciente del riesgo que crea y de sus circunstancias no puede defenderse señalando que no quiso realizar el crimen. Es para el normativismo de difícil comprobación la dimensión psicológica que

comprende el querer del sujeto (MUÑOZ 2024). El mens rea debe comprender una valoración normativa de la intencionalidad y el conocimiento, dando prevalencia a este último. Sobre esta perspectiva señala PERDOMO,

Siempre que se conocen los hechos constitutivos de la infracción penal, es decir, los riesgos creados, y a pesar de ellos, se actúa, se quiere su realización al menos en un sentido normativo, que es el único que puede resultar trascendente a los efectos de la imputación jurídico-penal subjetiva (2022, p.110).

Así por ejemplo supongamos que el jefe de Estado Delta ordena a sus subordinados instalar minas antipersona alrededor de un campo donde además de haber presencia de población civil se libran las operaciones militares contra el enemigo en medio de un conflicto armado internacional. La intención del jefe de Estado con la instalación de las minas es proteger un lugar estratégico que el enemigo quiere invadir, ordena incluso habitar el lugar con letreros de campo minado pues no quiere que nadie muera previendo investigaciones por la violación del DIH. Cuando la población civil pasa por el lugar mueren a causa de las minas.

Así este jefe de Estado Delta no haya deseado internamente o querido la realización del crimen internacional, es patente que el elemento volitivo considerado clásicamente como el querer pierde importancia. La imputación del crimen de asesinato por los 15 combatientes que caen en la MAP, implica que el jefe de Estado conocía del enorme riesgo de la instalación de las minas y su potencial eficacia para causar muertes, conocimiento que tiene consecuencias jurídicas debido a su rol o competencia institucional. No podrá alegar que no había intención en la producción de los resultados basta como señala el estatuto ser consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

Lo propio debe afirmarse cuando de las órdenes de un alto funcionario o jefe militar se deriven crímenes que en el transcurso normal de los acontecimientos era previsible su comisión, reitero, faltando incluso la intencionalidad de los mismos.

Esta perspectiva ha sido ratificada por la Corte Penal internacional (aunque en Bemba haya matizado su criterio) en el caso Katanga and Ngudjolo al imputarles crímenes de violación y esclavitud sexual ejecutados por las tropas a su mando aún cuando no hay prueba de un plan u orden que demuestre la intencionalidad de por parte de los acusados, solamente se comprobó su plan de acabar con Bogoro. De acuerdo con la CPI acusados, la Sala consideró

que existían motivos sustanciales para creer que, en el curso normal de los acontecimientos, la implementación del plan común inevitablemente ocurrirían violaciones o esclavitud sexual de mujeres civiles (CPI KATANGA AND NGUDOLO 2008 p. 550).

Finalmente la imputación subjetiva debe tener en cuenta aquellos elementos subjetivos especiales (*dolus specialis*) que exige cada el crimen internacional, así por ejemplo el crimen de genocidio requiere la intención de destruir total o parcialmente, valorados también normativamente.

### 3. Conclusiones

La atribución de responsabilidad de los altos funcionarios de Estado ha representado un desafío para la teoría de la intervención delictiva en el Derecho Penal Internacional. Cada uno de los modelos expuestos, y en particular el modelo normativista, revela un esfuerzo incansable por parte de los diferentes tribunales para alcanzar justicia sobre aquellos que, sin intervenir materialmente en el crimen internacional, se les debe considerar verdaderos autores de las atrocidades cometidas a través del aparato estatal. De este apasionante estudio se pueden extraer las siguientes conclusiones:

Primera.- La intervención delictiva de altos funcionarios estatales (jefes de Estado, de gobierno, generales o mandos militares) requiere de modelos que permitan dar respuesta a las particularidades de la macrocriminalidad estatal. La no intervención material no puede ser un obstáculo para que jurídicamente sean considerados autores de los crímenes internacionales cometidos a través del aparato estatal.

Segunda.- El desarrollo de los diferentes modelos de intervención delictiva obedece a una labor de la jurisprudencia internacional que, a partir de criterios objetivos, subjetivos y normativos, ha desarrollado las formas de intervención punible para atribuir el más alto grado de responsabilidad a los altos funcionarios estatales.

Tercera.- El normativismo penal realiza una valiosa propuesta para considerar como autores a los altos funcionarios del estado. En virtud de su competencia institucional, tienen deberes especiales en relación con la protección de la población civil. La violación de estos deberes es considerada un delito de infracción del deber; por tanto, el sujeto obligado siempre responde como autor, independientemente de su contribución al hecho.

Cuarta.- La imputación a título de autor realizada por la Sala de Reconocimiento de la JEP al general en retiro Mario Montoya por la comisión de crímenes internacionales, aún cuando su intervención en otros modelos pudiera ser la de un partícipe, pone de manifiesto que la aplicación del normativismo penal es una teoría con amplios rendimientos en el ámbito del Derecho Penal Internacional en lo que respecta a la intervención delictiva.

Quinta.- La teoría normativista no es incompatible sistemáticamente con el Estatuto de la Corte Penal Internacional. El Concepto unitario de autor no es ajeno a la interpretación del Estatuto. La exigibilidad de la posición de garante como competencia institucional derivada de

las normas internacionales también es un instrumento válido para atribuir responsabilidad penal internacional. El fundamento del normativismo penal parte de una comprensión normativa de la sociedad compatible con los derechos humanos.

Sexta.- La aplicación del normativismo penal en el Estatuto de Roma implica un análisis en el *actus reus* del crimen internacional sobre la posición de garante del funcionario y la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que se realice en consecuencias antijurídicas. Esta determinación se realiza a partir de los institutos de la imputación objetiva e implica un filtro antes de analizar el *mens rea* del crimen.



## Referencias bibliográficas

AMADO GARCIA, J. A. *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. 1ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.

AMBOS, K. (coord.) *La imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente*. Bogotá: Temis, 2009.

AMBOS, K. *La Parte General Del Derecho Penal Internacional. Bases para una Elaboración Dogmática*. Montevideo: Temis, 2005.

BENAVIDES VANEGAS, F. «*Formas de Imputación*». 75-105 En BENAVIDES VANEGAS, F. (Ed.) *Manual de Derecho Penal Internacional*. 1ª ed. Bogotá: Legis, 2017.

CADAVID LONDOÑO, Paula, *Coautoría En Aparatos Organizados de Poder de Carácter Delincuencial*. Bogotá: IBAÑEZ-Universidad de los Andes, 2013.

CARO JHON, J. A. «*Conductas neutrales no punibles en virtud de la prohibición de regreso*». 285-305. En MONTEALEGRE LYNETT, E. Y CARO JHON, J. A. (Eds.). *El sistema penal normativista*. 1ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

CASSESE, A. *Cassese's international criminal law*. 3ª ed. United Kingdom: Oxford University Press, 2008.

CASSESE, A. *Los límites apropiados de la responsabilidad penal individual bajo la doctrina de la empresa criminal común*. 1ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

COTE BARCO, G. E. «*El caso Bemba: ruptura o continuidad en el desarrollo de la responsabilidad del mando en el derecho penal internacional*». 69-122. En AMBOS K. / VELÁSQUEZ F. (Eds.). *El caso Bemba y la responsabilidad de mando*. 1ª ed. Valencia: tirant lo blanc, 2020.

- GRECO, L. *La teoría de la Imputación Objetiva una Introducción*. Perú: ZELA, 2021.
- GIL GIL, A. *Intervención Delictiva Y Derecho Penal Internacional Reglas De Atribución De La Responsabilidad En Crímenes Internacionales*. Madrid: Dikynson, 2013.
- GARCÍA CONLLEDO, M. D. *La autoría en Derecho Penal*. 1ª ed. Barcelona: PPU, 1991.
- HANS-JOACHIM, R. Causalidad e imputación objetiva. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- JAKOBS, G. «Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori», 105-114. En AMBOS, K. / MEINI I. (Ed.). *La Autoría Mediata El Caso Fujimori*. 1ª ed. Lima: Ara Editores, 2011.
- JAKOBS, G. *Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de Imputación*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., 1997.
- JAKOBS, G. *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*. 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- JAKOBS, G. *Acción y omisión en derecho penal*. 1ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.
- JAKOBS, G. *Sociedad, norma, persona en una teoría de un derecho penal funcional*. 1ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- JAKOBS, G. *Sobre la génesis de la obligación jurídica*. 1ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.
- JAKOBS, G. *Injerencia y dominio del hecho*. 1ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- JAKOBS, G. *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*. 1ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

JAKOBS, G. *El concepto jurídico penal de acción*. 1ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

JAKOBS, G. «Participación», 117-133. En BERNAL CUELLAR, J. (Comp). *XXXV Jornadas internacionales de derecho penal. Procesos de paz: derecho penal y justicia transicional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M. *Derecho penal del enemigo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

ORDEIG, G. E., *¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?*. En *Estudios de Derecho penal*. 3ª ed. Madrid, Tecnos, 1990.

JAGER H. *Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*. Frankfurt: Suhrkamp, 2009.

KLAMABERG, M. *Commentary on the law of the international criminal court*. Brussels: Torkel Opsahl Academic Epublisher, 2017.

KREF, C. *Estudios sobre la parte Especial del Derecho Internacional penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

LASCANO, C. J. «Imputación de autoría en delitos de lesa humanidad a los funcionarios públicos ubicados en los niveles superiores e intermedios de la estructura de poder», 237-251. En LASCANO, C. J. GARCÍA A. (eds.) *La relevancia de la dogmática en el derecho penal internacional*. Madrid: Marcial Pons, 2022.

LESH H. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

LÓPEZ DÍAZ, C. *Introducción a la imputación objetiva*. 1ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

LUHMANN, N. *Introducción a la teoría de sistemas*. México D.F.: Universidad Iberoamericana, 2002.

LUHMANN, N. *El derecho de la sociedad*. 2ª ed. Barcelona: Herder, 2005.

MELIÁ CANCIO, M. «*Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva*», 213-227. En MONTEALEGRE LYNETT (Coor.) *El Funcionalismo en derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

MONTEALEGRE LYNETT, E. «*Estudio introductorio a la obra de Günter Jakobs*», 21-36. En MONTEALEGRE LYNETT (Coor.) *El Funcionalismo en derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

MUÑOZ GARCÍA, M. A. *El conocimiento más allá de toda duda razonable del dolo en la intervención delictiva. Dogmática penal y estándares de prueba*. Bogotá: Ibañez-Pontificia Universidad Javerina, 2024.

ODRIOZOLA-GURRUTXAGA, M. *Autoría y participación en Derecho Penal Internacional: Los crímenes de atrocidad*. Granada: Comares, 2015.

OLÁSULO ALONSO, H. *Tratado de Autoría y Participación En Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo blanc, 2013.

OHLIN DAVID, J. *Los tres problemas conceptuales de la doctrina de la empresa criminal conjunta*. 3ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.

PAWLIK, M. *El injusto del ciudadano. Fundamentos de la teoría general del delito*. 1ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia-Atelier libros jurídicos, 2023.

PRIETO SANJUÁN, R. *TADIĆ. Internacionalización de conflictos internos y responsabilidad individual*. Bogotá: DIKE, 2005.

PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, *Modelo Normativista de Imputación En Macrocriminalidad y Crímenes Internacionales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2022.

RAMELLI, Alejandro, *Jurisprudencia Penal Internacional aplicable a Colombia*. Bogotá: GIZ. 2011.

REYES ALVARADO, Y. *Imputación Objetiva*. 3ª ed. Bogotá: Temis, 2005.

ROXÍN, C. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000.

SLIEDREGT, E. V. «*Perpetration and Participation in Article 25(3) of the Statute of the International Criminal Court*», *The Law and Practice of the International Criminal Court*. 2015 510-536.

SUÁREZ SANCHEZ, A. *Autoría*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

SCHABAS WILLIAM, A. *International Criminal Law*. 1ª ed. Cambridge University Press, 2016.

VERA GÓMEZ TRELLES, J. S. *Delito de Infracción de deber y participación delictiva*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2002.

VERA GÓMEZ TRELLES, J. S. *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

VERA GÓMEZ TRELLES, J.S. «*Nuevas tendencias normativistas en el concepto y la prueba del dolo*». En *derecho Penal y Criminología*. 2005, vol. 26, num. 79, 77–98.

VILLANUEVA GARRIDO, G. *La imputación objetiva*. En la jurisprudencia nacional. Bogotá: Ediciones nueva jurídica, 2010.

WELZEL, H. *Derecho penal parte general*. Buenos aires: Roque Depalma, 1956.

WERLE, G. *Tratado De Derecho Penal Internacional*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanc, 2011.

### **Jurisprudencia referenciada**

Sentencia Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, en el juicio a los mayores criminales de guerra alemanes de 1 de Octubre de 1946.

Sentencia del Tribunal de Distrito de Jerusalén, Eichmann v. State of Israel, Criminal case nº 40/61, 1961.

Apelación. Tribunal Penal Internacional Para La Ex-Yugoslavia, Cámara de Apelaciones, Prosecutor v. Duško Tadić, IT-94-1-A. Apelación, 15 de julio de 1999.

Sentencia del Tribunal Penal Internacional Para La Ex-Yugoslavia, Cámara de Apelaciones Prosecutor v. Mrksic, IT-95-13/1-A, 5 de mayo de 2009.

Apelación. Tribunal Penal Internacional Para La Ex-Yugoslavia, Cámara de Apelaciones Prosecutor v. Oric, ICTY-03-68-A, 3 de julio de 2008.

Sentencia del Tribunal Penal Internacional Para La Ex-Yugoslavia, Cámara de Primera Instancia. Prosecutor v. Radovan Karadžić, IT-95-5/18-T, 24 de marzo de 2016.

Sentencia del Tribunal Penal Internacional Para Ruanda, Sala III, PROSECUTOR v. NTAGERURA ET AL, ICTR-99-46-T, 25 de febrero de 2004.

Decisión de confirmación de cargos. Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009.

Solicitud del Fiscal de conformidad con el artículo 58 en cuanto a Muammar Mo-Hamed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y Ab-Dullah Alsenussi, Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, ICC-01/11-12, 27 de junio de 2011.

Decisión Sobre La Solicitud Del Fiscal De Citación A Comparecer Para William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey Y Joshua Arap Sang Caso Ruto, Kosgey Y Sang, Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, ICC- 01/09-01/11-01, 8 de marzo de 2011.

Opinión separada Juez Adrian Fulford, Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia I. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. ICC-01/04-01/06-2842, 14 de marzo de 2012.

Decisión de confirmación de cargos. Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, The Prosecutor v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui. ICC-01/04-01/07-717, 30 de septiembre de 2008.

Decisión de confirmación de cargos. Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-803, 29 de enero de 2007.

Auto de la Sala de Reconocimiento, Jurisdicción Especial para la Paz, SRVR AUTO 033 del 12 de febrero de 2021.

Auto de la Sala de Reconocimiento, Jurisdicción Especial para la Paz, SRVR AUTO 062 del 30 de agosto de 2023.

Aclaración de voto del magistrado Óscar Parra Vera al AUTO 062 de 2023, 13 de septiembre de 2023.

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, SU-1184 de 2001, expediente: T-282730, del 13 de noviembre de 2001.

### **Legislación citada**

Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, Londres, 8 de agosto de 1945. En: SANCHEZ EDUARDO Y SANCHEZ RAÚL, *Código de Derecho Penal Internacional*. 2ª edición. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2013.

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Resolución 827 del 25 de mayo de 1993 del Consejo de Seguridad. En: SANCHEZ E. Y SANCHEZ R. *Código de Derecho Penal Internacional*. 2ª edición. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2013.

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Resolución 955 del 8 de noviembre de 1994 del Consejo de Seguridad. En: SANCHEZ E. Y SANCHEZ R. *Código de Derecho Penal Internacional*. 2ª edición. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2013.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En: SANCHEZ E. Y SANCHEZ R. *Código de Derecho Penal Internacional*. 2ª edición. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2013.

Reglas de procedimiento y prueba (incluye las resoluciones ICC-ASP/10/Res. 1 y ICC-ASP/11/Res. 2). En: SANCHEZ E. Y SANCHEZ R. *Código de Derecho Penal Internacional*. 2ª edición. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2013.



## Listado de abreviaturas

CPI: Corte Penal Internacional

TMI: Tribunal Militar Internacional de Núremberg

TPIY: Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

TPIR: Tribunal Penal Internacional para Ruanda

JEP: Jurisdicción Especial para la Paz

SRVR: Sala de Reconocimiento, de verdad, y de determinación de los hechos y las conductas

JCE: Empresa Criminal Conjunta