

**Equipo No. 15**

**ESCRITO DE LA OFICINA DE LA FISCALÍA**

**CONCURSO CPI SIMULACIÓN JUDICIAL ANTE LA CORTE PENAL  
INTERNACIONAL**

**VI EDICIÓN.**

**AÑO 2018**

**OFICINA DE LA FISCALÍA**

**SALA DE PRIMERA INSTANCIA XI**

**CASO: ICC-03/14-01/16**

***SITUACIÓN EN LA REPÚBLICA DE CAMPOMARINO***

***EN EL CASO DE LA FISCAL c. ALFREDO SUPREMO***

**Documento público**

**Decisión sobre la posible sujeción a cambios de la tipificación jurídica de los hechos.**

## TABLA DE CONTENIDO

<b><i>I. Establecimiento de los hechos</i></b>	<b>5</b>
<b>II. Cuestiones jurídicas por abordar.</b>	<b>7</b>
<b>III. Argumentos escritos.</b>	<b>7</b>
<b>A. Competencia de la Sala de Primera Instancia frente a la emisión de la notificación de la norma 55 (2) del Reglamento Interno de la Corte.</b>	<b>7</b>
<b>B. Inclusión adicional del cargo de crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos consagrado en el artículo 7(1)(k) del ER.</b>	<b>14</b>
<b>C. Notificación relativa a la posible responsabilidad del Sr. Supremo en calidad de superior jerárquico conforme al artículo 28 del ER</b>	<b>22</b>
<b>IV. Petitorio</b>	<b>31</b>
<b>V. Bibliografía</b>	<b>32</b>

## I. Lista de abreviaturas

Abreviatura	Significado
CPI	Corte Penal Internacional
ER	Estatuto de Roma
RIcCPI	Reglamento Interno de la Corte Penal Internacional
CIDDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
RPP	Reglas de Procedimiento y Prueba
CdLH	Crimen de Lesa Humanidad
SCP	Sala de Cuestiones Preliminares
SPI	Sala de Primera Instancia
ONU	Organización de Naciones Unidas
SdA	Sala de apelaciones
RA	Respuesta aclaratoria
HC	Hechos del Caso
PDCP	Pacto de Derechos Civiles y Políticos
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos

## *I. Establecimiento de los hechos*

La República de Campomarino fue colonia del Estado Europeo del Reino de Maza, hoy en día limita al sur con la República de Asir. Cuenta con una conformación estatal en la que el presidente es el Jefe de Gobierno y Comandante de las Fuerzas Armadas, a su vez éste cuenta con un vicepresidente y su respectivo gabinete ministerial; la rama legislativa tiene una conformación bicameral, y la rama judicial se constituye por altas cortes y tribunales inferiores. Campomarino ratificó en el 2005 el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

La población originaria del Reino de Maza es mayoría en cuanto a porcentaje poblacional. Seguidos por varias minorías étnicas que han ido en aumento a partir de un fenómeno migratorio proveniente de las repúblicas limítrofes, en especial por la situación sociopolítica de la República de Asir, que ha llevado a la etnia Sámala a refugiarse a partir del año 2010 en Campomarino, hecho que generó un descontento generalizado dentro de la población de origen mazino, pues se consideró que el tejido social y cultural se viera afectado por tener refugiados de una cultura y religión diferente.

El 6 de febrero de 2013, el actual Presidente Carlos Alfredo Supremo, emitió el decreto 76 de 2013, mediante el cual se prohíbe el ingreso de refugiados sámalos al país, además de militarizar los puestos de migración. Posteriormente, los ministros de defensa y de interior, los señores Daniel Pérez Lota y Juan Carlos Leal respectivamente, proponen un plan de detención a los refugiados sámalos, sugerencia que el presidente no objetó. Cabe resaltar que dichas tareas fueron ejecutadas bajo el mando del presidente pese a que él delegó las mismas en cabeza de los mencionados ministros.

Desde esa fecha cualquier refugiado de procedencia Sámala que transitara por cualquier puesto fronterizo era arrestado sin que se le pusiera en conocimiento el cargo o el acceso a un abogado.

La condición de detención de los refugiados era totalmente inhumana, pues dichas personas no fueron alimentadas ni hidratadas durante largos períodos de tiempo, por lo anterior su salud se vio disminuida, tanto así que hubo que hospitalizar a más de 500 personas y por lo menos 7 mujeres que estaban en cinta perdieron su embarazo; al cuestionar dichas medidas por lo menos el 25% de los detenidos fueron golpeados. Estas conductas se consignan en informes que, aunque no llegaban a manos del Presidente Supremo, sí arribaban a manos de sus ministros. De igual forma, los sucesos que estaban ocurriendo fueron objeto de

publicación por prensa nacional e internacional. Entre el 6 de febrero al 9 de abril de 2013 aproximadamente 8000 refugiados fueron afectados por las medidas establecidas en el decreto 76 de 2013.

Organizaciones de derechos humanos se movilizaron e interpusieron *habeas corpus* y reclamaron la inconstitucionalidad del decreto. Horas antes de que la Corte analizará dicho asunto, el Presidente Supremo expide el Decreto 92 de 2013 mediante el cual dejaba sin efecto el nombramiento de los jueces de dicho tribunal. Los jueces destituidos solicitaron medidas cautelares ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y fueron reintegrados a sus funciones. Por medio del fallo el 27 de febrero de 2017, se declaró inconstitucional el Decreto 76 de 2013 y se ordenó la liberación de todos los refugiados.

Debido a que el Sr. Supremo contaba con un fuero constitucional, las Cortes campomarineses no pudieron enjuiciarlo, por ende, organizaciones de derechos humanos y grupos de víctimas enviaron comunicaciones a la Fiscalía de la CPI para que se estudiará la situación. El 8 de septiembre de 2014, la Fiscalía de la CPI solicitó autorización para iniciar una investigación en la República de Campomarino, y la situación fue asignada a la Sala de Cuestiones Preliminares IX la cual, el 1 de Abril de 2016, emitió una orden de detención contra el Sr. Carlos Alfredo Supremo por el crimen de Lesa humanidad de “encarcelación u otra privación grave de la libertad física en privación de normas fundamentales de derecho internacional” artículo 7(1) (e) del ER en calidad de coautor (art. 25(3)(a) del ER) alternativamente de superior jerárquico civil o militar (art. 28 del ER).

La Sala de Cuestiones preliminares IX emitió la decisión de confirmación de cargos el 2 de Junio de 2017, por la cual remitió al Sr. Supremo por el crimen de lesa humanidad (artículo 7(1)(e) de ER) en calidad de coautor (artículo 25(3)(a) del ER). El expediente fue transmitido a la Sala de Primera Instancia XI la cual inició las diligencias de preparación de juicio. En una audiencia convocada a estos efectos, la Fiscalía y la Representación de las víctimas solicitaron a la Sala que procediera a emitir la notificación prevista en la norma 55 (2) del Reglamento de la CPI.

La Fiscalía con el fin de que pudiera modificarse la tipificación jurídica de los hechos a fin de recoger la posible responsabilidad del Sr. Supremo a título de superior civil o militar conforme al artículo 28 del ER y, la Representación legal de las víctimas con el fin de incluir un cargo adicional de crímenes de lesa humanidad de “otros actos inhumanos de carácter

similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física” previsto en el artículo 7(1)(k) del ER.

## **II. Cuestiones jurídicas por abordar.**

La SPI XI ha llamado a debatir ciertas cuestiones relativas a las peticiones de notificación conforme a la norma 55(2) del RIdCPI. De acuerdo con el artículo 42 ER, esta la Fiscalía presentará sus observaciones sobre:

1. La facultad de la SPI frente a la emisión de la notificación de la norma 55 (2) del RIdCPI en el estadio procesal en que nos encontramos.
2. Inclusión adicional del cargo de crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos consagrado en el artículo 7(1)(k) del ECPI.
3. Notificación relativa a la posible responsabilidad del Sr. Supremo en calidad de Superior Jerárquico conforme el artículo 30 del ECPI.

## **III. Argumentos escritos.**

### **A. Competencia de la Sala de Primera Instancia frente a la emisión de la notificación de la norma 55 (2) del Reglamento Interno de la Corte.**

En este acápite la Fiscalía solicita a la SPI XI que emita la notificación del artículo 55(2) del RIdCPI, para que se lleve a cabo el cambio de adecuación típica con base en que las siguientes razones: (i) la interpretación sistemática de las normas que regulan el funcionamiento procesal de la Corte Penal Internacional permiten la emisión de dicha notificación en el actual estadio procesal y; (ii) la modificación de los cargos coadyuva a una mayor respuesta en justicia de conformidad con la jurisprudencia de esta Corte en relación con el modo de responsabilidad del dirigente militar consagrado en el artículo 28(a) ER.

#### ***1. Interconexión en las funciones de las Salas conforme al ER.***

La Fiscalía encuentra oportuno la emisión de la notificación del artículo 55(2) del RIdCPI por parte de la SPI a pesar de, que aparentemente, según el artículo 57 ER la competencia para la tipificación jurídica de los hechos le corresponde a la SCP. Pese ello, la Oficina de la

Fiscalía considera que la solución a este problema jurídico reside en un análisis de interpretación hermenéutico de las normas en mención.

Lo anterior se desprende en primer lugar del análisis exegético del artículo 55(2) RIdCPI; segundo, la posibilidad de que la SPI pueda ejercer funciones de la SCP y; tercero, en virtud de que la SPI pueda asumir funciones de SCP sería intrascendente la suspensión del proceso o la devolución a una etapa preliminar a juicio.

Iniciando por el análisis exegético de la norma, el artículo 55(2) RIdCPI reza: “*Si en cualquier momento durante el juicio la Sala considera que la tipificación jurídica de los hechos puede estar sujeta a cambios, la Sala deberá notificar dicha posibilidad a los participantes [...]*”. Tomando la definición del Diccionario de la Lengua Española de la palabra *deber*, derivada de la palabra *deberá* consignada en el artículo, se entiende que el deber es “Estar obligado a algo por la ley divina, natural o positiva.”<sup>1</sup> Corolario de ello, la SPI se encuentra obligada por la ley positiva, en este caso el artículo 55(2) RIdCPI para emitir la notificación que establece el mismo.

Si bien el artículo 61(1) ER dota de competencia a la SCP para realizar la confirmación de cargos al mencionar que “*[...] la Sala de Cuestiones Preliminares celebrará una audiencia para confirmar los cargos sobre la base de los cuales el Fiscal tiene la intención de pedir el procesamiento. La audiencia se celebrará en presencia del Fiscal y del imputado, así como de su defensor.*”, la aplicación de este artículo debe estar en coherencia sistemáticamente con las demás disposiciones normativas aplicables.

Esta regulación debe ser interpretada a la luz de los artículos 61(11) y 64(6) (a) ER pues estos facultan a la SPI para ejercer funciones propias de la SCP cuando “*[...] sean pertinentes y apropiadas en ese procedimiento.*” Pese a ello, surge un nuevo dilema, ya que las normas citadas con precedencia remiten a los artículos 61(9) y 64(4) ER. Esto es problemático debido a que el primer artículo, el 61(9), expresamente señala que la modificación de los cargos le corresponde al Fiscal ante la SCP, mientras que el segundo artículo, el 64(4), advierte que la SPI puede remitir asuntos a la SCP en aras de la imparcialidad y eficacia de

---

<sup>1</sup> Diccionario de la Lengua Española, 2017. Disponible en < <http://dle.rae.es/?id=Bu2rLyz> > [Consulta: 23.03.2018].



sus actuaciones respectivamente lo cual visiblemente estaría en contra de la interpretación que hace la Fiscalía.<sup>2</sup>

Empero, dicho problema no obsta para que la SPI emita la notificación del artículo 55(2) RIdCPI pues la jurisprudencia de la CPI ha aclarado este aspecto al decir que: (i) los artículos 61(9) ER y 55(2) RIdCPI no son excluyentes ya que cada uno se refiere a autoridades distintas, el primero a las facultades del fiscal, y el segundo a las facultades de la SPI; (ii) el fin del artículo 55(2) RIdCPI es sortear los vacíos de responsabilidad en aras de la no impunidad, propósito que es totalmente plausible conforme al ER<sup>3</sup>; (iii) el cambio de tipificación jurídica de los hechos no altera los derechos del acusado ya que éste sigue en capacidad de ejercer las atribuciones conferidas por el artículo 67 ER, como por ejemplo, defenderse haciendo uso de los alegatos de conclusión<sup>4</sup>, y de las demás señaladas en el artículo 55(2) RIdCPI numeral 3 literales a y b; (iv) con la emisión de la notificación, además de garantizar los derechos mencionados, se reafirma el principio de publicidad regulado en el artículo 64(7)ER.

De igual manera, en pronunciamientos como la corrección de la confirmación de cargos del caso Benda y Jerbo<sup>5</sup> y, en la decisión en la que se notifica la aplicación del artículo 55 (2) RIdCPI en el caso Gbagbo y Goudé<sup>6</sup>, se reafirma, respectivamente, que la Sala está investida de plenas facultades para emitir la notificación en cuestión, que ello se realiza con el fin de

---

<sup>2</sup> CPI, SdA, Fiscalía c. Lubanga, ICC-01/04-01/06 OA 15 OA 16, Sentencia relativa a las apelaciones del Sr. Lubanga Dyilo y el Fiscal contra la decisión de la Sala de Primera Instancia I de 14 de julio de 2009 titulada “Decisión por la cual se notifica a las partes y los participantes que la tipificación jurídica de los hechos puede estar sujeta a cambios de conformidad con el numeral 2 de la norma 55 del Reglamento de la Corte”, 08/12/09, Párr. 77.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> CPI, SPI I, Fiscalía c. Gbagbo y Ble Goudé, ICC-02/11-01/15, Decisión que notifica de conformidad con el artículo 55(2) de la Corte, 19/08/15, Párr. 16.

<sup>5</sup> CPI, SCP I, Fiscalía c. Benda y Jerbo, ICC-02/05-03/09, Corrección sobre la Decisión de confirmación de cargos, 07/03/11, Párr. 35.

<sup>6</sup> CPI, SPI I, Fiscalía c. Gbagbo y Ble Goudé, ICC-02/11-01/15, Decisión que notifica de conformidad con el artículo 55(2) de la Corte, 19/08/15, Párr. 11.

garantizar un juicio justo y expedito, con miras a hacer una tipificación legal adecuada de los hechos.<sup>7</sup>

Pese a que la regla 127 RPP, señala que se debe hacer una suspensión del proceso cuando exista una discrepancia en los hechos a confirmar en sede de SCP, antes de que se inicie la etapa de juicio y se remita a la SPI, con el fin de que la Fiscalía presente una nueva formulación, adición o aclaración, dicha suspensión se obvió, lo cual no es una circunstancia que impida la emisión de la notificación de la norma 55(2)RIIdCPI en sede de SPI, puesto que sería innecesario, injustificado y dilatorio que se reverse la modificación de cargos a instancias de la SCP cuando, como ya se mencionó, la SPI puede suplir esa facultad en atención a la pertinencia de la actuación.

Añádase que la misma jurisprudencia de la CPI indica que el cambio de tipificación jurídica de los hechos que se hace mediante la emisión de la notificación del artículo 55(2) RIIdCPI no es por sí solo un factor que dilate el juicio.<sup>8</sup> Es decir, comportaría continuidad mientras que no se devuelva el trámite a instancias de la SCP. En el mismo sentido, en caso de que se remita el expediente hacia la SCP habría un flagrante atentado al principio de celeridad procesal consagrado en artículo 64(2) y 64(3)(a) ER, pues se afectarían los derechos tanto del acusado como los de las víctimas; los del acusado en tanto que el juicio se atrasaría injustificadamente y los de las víctimas debido a que no se concretaría una efectiva y expedita administración de justicia.

Finalmente, se hace menester señalar que con la expedición de la notificación tampoco habría violación de las garantías procesales del acusado en las etapas del juicio hasta ahora surtidas, debido a que en ningún momento se evidencia que con esta decisión se afecte el núcleo esencial de los derechos propios en un proceso penal.

---

<sup>7</sup> CPI, SCP III, Fiscalía c. Bemba, ICC-01/05-01/08, Decisión de confirmación de cargos, 15/06/09, Párr. 203

<sup>8</sup> CPI, SdA, Fiscalía c. Lubnaga, ICC-01/04-01/06 OA 15 OA 16, Sentencia relativa a las apelaciones del Sr. Lubanga Dyilo y el Fiscal contra la decisión de la Sala de Primera Instancia I de 14 de julio de 2009 titulada “Decisión por la cual se notifica a las partes y los participantes que la tipificación jurídica de los hechos puede estar sujeta a cambios de conformidad con el numeral 2 de la norma 55 del Reglamento de la Corte”, 08/12/09, Párr. 86.

Dichas garantías se traducen en el respeto del debido proceso, entendido como aquellas “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial.”<sup>9</sup> El cual no se violenta, ya que toda actuación de la Sala, además de velar por el juicio justo, se ajustó siempre a derecho por medio de la garantía del derecho a la defensa, el principio de publicidad o los otros derechos que ostenta el acusado, pues con la notificación se deja entrever la transparencia del juicio y el carácter garantista de éste en tanto da a conocer al acusado la forma de responsabilidad por la cual será juzgado, incluso antes de que se den inicio las actuaciones propias de un juicio.

Para concluir esta primera cuestión, es ostensible que la SPI XI tiene plenas facultades para emitir la notificación puesto que: primero, así lo deja claro la interpretación exegética que se hace la norma 55(2) RIdCPI; segundo, la relación de las normas que regulan las funciones de las salas permite que la SPI ejecute funciones de la SCP por cuanto las mismas no son excluyentes, pretenden llenar lagunas frente la responsabilidad del acusado y no vulneran sus derechos; tercero, tanto la interpretación exegética, como la relación de remisión de las normas propias de cada sala tienen como fin la realización de un juicio justo y con apego a los derechos de cada una de las partes intervinientes; cuarto, se da cumplimiento al principio de publicidad que le permite al acusado y su defensa tener pleno conocimiento respecto de las circunstancias que rodean el caso, por lo que; quinto, la suspensión o la devolución del proceso a etapas precedentes sería dilatorio y sin utilidad práctica.

## ***2. La notificación y su relación con la respuesta en justicia.***

La la emisión de la notificación por parte de la SPI es procedente debido a que el efecto de que se cambie el modo de responsabilidad de coautoría por omisión del artículo 25(3)(a) ER a responsabilidad del dirigente militar del artículo 28(a) ER derivaría en una mayor respuesta en justicia para las víctimas y el procesado, ya que resulta ser la interpretación jurídica adecuada en respeto por el ER.

Para efectos de esclarecer la necesidad de una adecuada respuesta en justicia, la Fiscalía explicará el elemento de intencionalidad estándar del ER; subsiguientemente se explicará el

---

<sup>9</sup> Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC9/87, Párr. 28.

elemento de la cláusula de reserva y; finalmente, se ilustrarán las razones por las cuales esta reacción de la justicia inevitablemente se relaciona con un efecto punitivo correlativo.

Es pertinente aclarar que la responsabilidad penal de cualquier persona que se enfrenta a un juzgamiento en la CPI se rige bajo el elemento de intencionalidad del artículo 30ER<sup>10</sup>. Dicho elemento se compone de dos subcategorías, a saber: la intención, que es el propósito de incurrir en la conducta o causar sus consecuencias y, el conocimiento que según el mismo artículo consiste en “*la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos.*”

Pese a que el artículo 30ER es una norma general, la doctrina trata los eventos en los cuales el elemento de intencionalidad no es el único parámetro para declarar responsabilidad penal, es decir, cuando el artículo 30(1) ER menciona “*Salvo disposición en contrario*” se estaría consagrando una excepción en donde se “*permite tener en cuenta otros criterios sobre el requerimiento subjetivo*”<sup>11</sup>; esta excepción se denomina **cláusula de reserva**.<sup>12</sup>

La cláusula de reserva cobra importancia bajo el entendido de que la Fiscalía, siguiendo lo mentado en el HC 25, solicita a la SPI por medio de la emisión de la notificación del artículo 55(2) RIdCPI que se tipifiquen los hechos conforme al modo de responsabilidad del dirigente militar del artículo 28(a) ER. Cuando este artículo reza “*hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos [...]*” la cláusula de reserva aparece, pues este elemento de intencionalidad no es el contenido en el artículo 30ER, es uno excepcional propio de este tipo de responsabilidad.

---

<sup>10</sup> Merenda, I, “Criterios de imputación subjetiva del ilícito en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, [En línea], *InDret. Nuevo Foro Penal*, Vol. 6, 2010. Disponible en <<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/1878>> [Consulta: 22.03.2018].

<sup>11</sup> Ambos, K., La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1999, vol. 52, no 1, p. 581.

<sup>12</sup> Merenda, I, “Criterios de imputación subjetiva del ilícito en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, [En línea], *InDret. Nuevo Foro Penal*, Vol. 6, 2010. Disponible en <<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/1878>> [Consulta: 22.03.2018].

Analizando este elemento de intencionalidad especial del artículo 28(a) ER, es notorio que este tipo de responsabilidad hace referencia a una forma de imprudencia que sanciona la falta de percepción de un riesgo que debió ser advertido por el dirigente militar,<sup>13</sup> por tanto, éste no puede excusarse en su propia negligencia para exonerarse de responsabilidad. El Sr. Supremo, en tanto autoridad jerárquica frente a sus fuerzas, tenía el deber de conocer e informarse sobre las actuaciones y actividades que se llevaran a cabo bajo el territorio regido por su autoridad, ya sea a través de la exigencia de informes o sistemas de comunicación, o bien porque existía información a su alcance que así lo permitía.<sup>14</sup> Asimismo, el Presidente campomarínense estaba obligado a atender las acciones u omisiones de sus ministros a pesar de la delegación de funciones.<sup>15</sup>

Aunado a lo anterior, es necesario que la SPI al momento de proferir el fallo en el que se responda adecuadamente en justicia considere aspectos como la gravedad de los crímenes cometidos por los subordinados, la gravedad de la inejecución de las medidas que tenía a cargo el dirigente militar<sup>16</sup>, la dimensión discriminatoria del ataque<sup>17</sup>, la condición de indefensión de las víctimas al momento de la comisión del crimen<sup>18</sup>, además de tener en cuenta los criterios establecidos en los artículos 74 y 76 del ER y la regla 145 de las RRP como lo son la magnitud del daño causado, la índole de la conducta ilícita los medios empleados para perpetrar el crimen, entre otros.

En vista de lo expuesto, es indiscutible que una adecuada respuesta en justicia conlleva como consecuencia un efecto en la punibilidad, lo que a su vez redundará en cumplimiento de lo dispuesto por el preámbulo del ER, más específicamente la administración de justicia en el

---

<sup>13</sup>Kiss, A, “La responsabilidad penal del superior ante la Corte Penal Internacional” [En línea], InDret. Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik. Disponible en < [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2016\\_1\\_978.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2016_1_978.pdf)> [Consulta: 22.03.18]

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> RA 13.

<sup>16</sup> CPI, TC III, Fiscalía c. Bemba, ICC-01/05-01/08, Juzgamiento de conformidad con el artículo 76 del Estatuto, 21/06/16, Párr. 15.

<sup>17</sup> CPI, TC II, Fiscalía c. Katanga, ICC-01/04-01/07, Juzgamiento de conformidad con el artículo 76 del Estatuto, 23/05/14, Párrs. 53-54.

<sup>18</sup> CPI, TC I, Fiscalía c. Lubanga, ICC-01/04-01/06, Juzgamiento de conformidad con el artículo 76 del Estatuto, 10/07/12, Párrs. 77-78.

sentido de que la sanción a imponer se ajustaría mucho más a la gravedad de los actos cometidos por el Sr. supremo y, subsecuentemente, a la no impunidad<sup>19</sup> por la comisión de crímenes internacionales.

No solo el preámbulo del ER es importante para el fin mencionado, el principio de proporcionalidad<sup>20</sup>, la política criminal de la Fiscalía,<sup>21</sup> e instrumentos internacionales como los Principios de Cooperación Internacional en la identificación, Detención, Extradición y Castigo de los culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad,<sup>22</sup> que de conformidad con el artículo 21(3)ER resultan sumamente relevantes y deben seguirse, y que deben corresponder al daño y castigo que se debe dar al acusado penalmente responsable, por ende la Fiscalía considera que la pena debe ser insigne.

En conclusión, la SPI debe emitir la notificación del artículo 55(2) RIdCPI pues, la normatividad del ER que regula las funciones de las salas lo permite, igualmente, a través de una pena ejemplar se configura una mejor respuesta en justicia de acuerdo con los fines de la política criminal y del sistema de la CPI en atención al preámbulo del ER.

#### **B. Inclusión adicional del cargo de crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos consagrado en el artículo 7(1)(k) del ER.**

La Fiscalía solicita que no se incluya el cargo consagrado en el artículo 7(1)(k)ER toda vez que: primero excede los hechos y las circunstancias descritos en los cargos, además la solicitud de inclusión del cargo es hecha por una parte que carece de legitimación para hacerlo y, segundo el crimen imputado hasta el momento, es decir, la encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional consagrado en el artículo 7(1)(e)ER abarca a cabalidad las circunstancias acaecidas dentro de lo que se investiga en el proceso.

##### ***1. Exceso de la decisión de confirmación de cargos:***

---

<sup>19</sup> ER, Preámbulo, Párrs. 4-5.

<sup>20</sup> CPI, TC I, Fiscalía c. Lubanga, ICC-01/04-01/06, Juzgamiento de conformidad con el artículo 76 del Estatuto, 10/07/12, Párr. 36.

<sup>21</sup> Oficina del Fiscal, Policy Paper on Preliminary Examinations, noviembre de 2013.

<sup>22</sup> ONU, Asamblea General, Resolución 3074 (XXVIII), 14 /12/50.

En aras de sustentar su posición, la Fiscalía analizará las principales normas que rigen la etapa de confirmación de cargos, seguidamente relacionará esta normatividad con lo dispuesto en el artículo 74 ER que concierne a los requisitos por medio de los cuales la CPI debe dictar sus fallos y con posterioridad examinará las funciones de los vinculados en el proceso, a saber, la SCP y la SPI, las víctimas y la Fiscalía con el fin de hacer énfasis en que la única legitimada para endilgar cargos es la última.

Entonces, el aspecto normativo de la confirmación de cargos es imperativo. En el caso del Sr. supremo esta etapa procesal se surtió en audiencia pública<sup>23</sup> en donde se imputaron cargos conforme a los requisitos formales y sustanciales del artículo 52RIdCPI. En virtud de tal, la decisión de confirmación de cargos adoptada no fue recurrida, por lo que se encuentra en firme. En ese sentido, la SPI no puede entender que los hechos que apenas fueron mencionados en SCP son cargos formalmente imputados, pues esto sería desproporcionado para efectos de un juicio.

También es importante recalcar, con base en la jurisprudencia, que la norma 55(2) RIdCPI únicamente es aplicable si se usa para la tipificación de los hechos ya considerados por la SCP en la decisión de confirmación de los cargos. En eventos como el presente, en el cual la Representación de víctimas no la usa para tipificar los hechos, sino que la utiliza con miras a la inclusión de un cargo, su uso es incorrecto e improcedente.<sup>24</sup>

Por otra parte, es evidente que, con base en la audiencia de confirmación de cargos que solicita el Fiscal según lo indicado por el artículo 61 ER, la Fiscalía pide el enjuiciamiento de la persona procesada; enjuiciamiento que inevitablemente ha de concluir con una sentencia que no puede dejar de observar los presupuestos de todo fallo contenidos en el artículo 74 ER.

Las condiciones para la expedición de un fallo, conforme al artículo 74 ER, atañen a que la sentencia de primera instancia únicamente se ceñirá a los cargos endilgados en la

---

<sup>23</sup> HC 22.

<sup>24</sup> CPI, SdA, Fiscalía c. Lubnaga, ICC-01/04-01/06 OA 15 OA 16, Sentencia relativa a las apelaciones del Sr. Lubanga Dyilo y el Fiscal contra la decisión de la Sala de Primera Instancia I de 14 de julio de 2009 titulada “Decisión por la cual se notifica a las partes y los participantes que la tipificación jurídica de los hechos puede estar sujeta a cambios de conformidad con el numeral 2 de la norma 55 del Reglamento de la Corte”, 08/12/09, Párr. 97.

confirmación de cargos o a las enmiendas que se hagan a estos por parte de la Fiscalía. Partiendo de ese punto, la pretensión de la Representación de víctimas es improcedente debido a que la conducta del artículo 7(1)(k) no se encuentra expresamente imputada en la decisión de confirmación de cargos, la eventual sentencia que dicte la SPI no podría pronunciarse respecto del nuevo cargo, pues se halla imposibilitada por mandato directo del artículo 74(2) ER ya que toda sentencia debe reflejar la relación entre lo imputado y lo juzgado; de tenerse en cuenta otra posición la SPI estaría violando el debido proceso en tanto se estaría extralimitando en sus funciones.

Conforme a lo anterior, se concluye que fruto del carácter obligatorio de la decisión de confirmación de cargos, la SPI no puede entender como cargo imputado en contra del acusado hechos que no fueron debatidos en la audiencia que llevó a esa decisión. Igualmente, la SPI no puede dar trámite a la solicitud de la Representación legal de víctimas ya que incurriría en un desconocimiento del precedente jurisprudencial al dar uso incorrecto e indebido a la notificación del artículo 55(2) RIdCPI que, a su vez, tendría como consecuencia que la SPI no se pueda pronunciar de fondo frente al cargo.

Además de que la conducta que se pretende incluir excede los cargos y hechos confirmados<sup>25</sup>, se hace hincapié en la inexistencia de norma alguna conforme a los artículos 56, 57 y 64 del ER que faculte a la SCP o a la SPI para incorporar de oficio o a petición de parte distinta a la Fiscalía una de las conductas comprendidas en los artículos 6 a 8 del ER.

Es importante recalcar que según el artículo 42 del ER la Fiscalía es la entidad que tiene a cargo la acción penal bajo la jurisdicción de la CPI. De esta manera es la facultada para: investigar los hechos que podrían ser competencia de la Corte según el artículo 54(1) ER, como también para imputar cargos a instancias de un proceso en la audiencia de confirmación de cargos a la luz del artículo 61(1)(3) ER. De aceptar la tesis contraria, brindar la posibilidad de que la Representación de víctimas a través de una petición, o la SPI de oficio incluya un cargo, sería atentatorio de la división de roles que garantizan la imparcialidad del juicio.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> HC 22.

<sup>26</sup> CPI, SdA, Fiscalía c. Lubnaga, ICC-01/04-01/06 OA 15 OA 16, Sentencia relativa a las apelaciones del Sr. Lubanga Dyilo y el Fiscal contra la decisión de la Sala de Primera Instancia I de 14 de julio de 2009, 08/12/09, Párr. 94.



Añádase que la Representación de víctimas, si bien tiene facultades para participar dentro del juicio formulando observaciones u opiniones así como se indica principalmente en el artículo 68(3)ER, esta facultad, según el artículo 86 RIdCPI y la regla 89RPP, debe seguir un conducto regular en aras de que sea considerada como válida, es decir, tiene que ser presentada ante el Secretario quien la remitirá la sala competente previo traslado a la Fiscalía y a la defensa para que éstas se pronuncien sobre el pronunciamiento hecho por las víctimas.

A modo de conclusión, es notorio que la solicitud que pretende incluir el cargo no fue hecha con observancia del procedimiento que la Representación de víctimas debe surtir para formular sus observaciones, además es relevante destacar que esta misma parte, no es la legitimada por la normatividad de la CPI de solicitar inclusión de cargos, pues la única investida de esa facultad es la Fiscalía, si se hiciera lo contrario, la Representación de víctimas estaría usurpando funciones propias del ente acusador. En virtud de lo dicho, la solicitud de inclusión de la conducta normada en el artículo 7(1)(k) como cargo, debe ser desestimada.

Lo anterior, no quiere decir que se desconozca las facultades y derechos internacionalmente reconocidos a las víctimas en el proceso, pero esta protección reforzada no puede redundar en una violación de las normas procesales que materializan el adecuado acceso a la administración de justicia, más aun cuando dicha solicitud nunca fue presentada a la Fiscalía para su estudio y eventual formulación en sede judicial.

## ***2. El crimen imputado abarca todos los hechos.***

Es oportuno exponer los argumentos por los cuales la Fiscalía afirma que el cargo imputado hasta el momento, el contenido en el artículo 7(1)(e) ER, es decir, el de encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional comprende todos los hechos investigados dentro del presente proceso. Con el objetivo de desarrollar este postulado, el artículo 21(1)(a) ER señala que los elementos de los crímenes son una fuente aplicable para la interpretación judicial de la CPI.

Partiendo de lo mencionado, estos elementos mencionan que en primera instancia debe haber una encarcelación u otra privación grave de la libertad. En ese mismo sentido, la jurisprudencia del TPIY como precedente en derecho penal internacional ha definido encarcelación como toda aquella privación arbitraria de la libertad sin la garantía del debido

proceso y que dicha haya sido parte de un ataque sistemático y generalizado contra una población civil.<sup>27</sup>

Tomando como base dichas acepciones de encarcelación y privación de la libertad, si se contraponen posteriormente con los HC 12 y 13, es incuestionable que las circunstancias de aprehensión de los refugiados Sámalos encuadran perfectamente con estas definiciones pues su arresto fue fruto de la violación del debido proceso y obstó el ejercicio de su libertad.

Pese a lo mentado, dicha privación aún no es suficiente para configurar el crimen imputado en los cargos, los elementos de los crímenes exigen, como segundo elemento de la conducta estipulada en el artículo 7(1) (e) que la privación de la libertad sea “*en violación de normas fundamentales de derecho internacional.*” Este aspecto es de tan alta trascendencia que el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria -dependencia del Consejo de Derechos humanos de la Asamblea General de la ONU- fijó los parámetros para conocer cuando se cumplía con este segundo requisito.

Los cuales son: “i) cuando es evidentemente imposible invocar base legal alguna que justifique la privación de la libertad; (ii) cuando la privación de libertad resulta del ejercicio de derechos o libertades proclamados en los artículos 7, 13, 14, 18, 19, 20 y 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y además, respecto de los Estados Partes, en los artículos 12, 18, 19, 21, 22, 25, 26 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y (iii) cuando la inobservancia, total o parcial, de las normas internacionales relativas al derecho a un juicio imparcial, establecidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los instrumentos internacionales pertinentes aceptados por los Estados afectados, es de una gravedad tal que confiere a la privación de libertad carácter arbitrario.”<sup>28</sup>

Es visible que cada una de las tres reglas mencionadas apunta hacia el respeto que debe de tener un Estado respecto de las garantías judiciales que la ley otorga a las personas, por ende, tienen el fin de evitar que el sujeto sea sustraído de esas garantías y se violen sus derechos. En vista de eso cada regla es perfectamente aplicable al caso ya que permite demostrar que

---

<sup>27</sup> TPIY, SPI, Fiscalía c. Kordic y Cerkez, IT-95-14/2-T, Juzgamiento, 26/02/01, Párr. 302.

<sup>28</sup> ONU, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, “fact sheet No.26” p. 4.

la situación a la que fueron sometidos los refugiados es una privación de la libertad arbitraria e irrespetuosa de las normas fundamentales de derecho internacional.

La primera regla encaja con el caso en tanto el arresto de los refugiados fue sin la indicación de los motivos por los cuales se llevó a cabo<sup>29</sup>. La segunda igualmente se adecúa a la situación de migración Sánala porque es el Estado de Campomarino como consecuencia de la expedición del Decreto 76 de 2013, quien efectivamente conculcó el derecho a la libre circulación contenido en el artículo 12(3) PDCP, por lo tanto la retención de los refugiados no correspondió a la preservación de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, todo lo contrario, las medidas adoptadas fueron incompatibles con estos fines y con los demás del PDCP . Aunado a lo anterior, se vulneró el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 26PDCP y 7 de la DUDH pues, discriminó por el hecho de su procedencia étnica el trato de los refugiados de cara a la ley.

De igual forma, la tercera regla tiene cabida en el caso ya que la aplicación del decreto 76/13 transgredió manifiestamente disposiciones del PDCP y la DUDH que se concretaron en violaciones de normas fundamentales de derecho internacional, estas violaciones se produjeron específicamente en contra del artículo 1 de la DUDH en el que se señala que todo ser humano es libre e igual ante la ley, el artículo 2 del PDCP en el cual los Estados suscritos se comprometen a garantizar los derechos del mismo sin distinción de las personas titulares de esos derechos, el artículo 8 de la DUDH en el que se garantiza el debido proceso y, por último los artículos 9 del PDCP y de la DUDH en los que ninguna persona puede ser privada de su libertad arbitrariamente.

Frente al tercer requisito, es decir, la conciencia del autor frente a circunstancias de hechos que determinaban la gravedad de la conducta, éste se deja entrever desde el aspecto externo del comportamiento del Sr. Supremo; el Decreto 76/13 por el cual se impedía el ingreso al país de refugiados Sámalos<sup>30</sup> fue el que finalmente causó los daños ocurridos en las víctimas y, por otro lado, el Decreto 92/13<sup>31</sup> por el cual se dejaba sin efecto el nombramiento de los

---

<sup>29</sup> HC 15.

<sup>30</sup> HC 11.

<sup>31</sup> HC 15.

magistrados de la Alta Corte, el acusado tuvo como propósito evitar que se conocieran las solicitudes de *Habeas Corpus* presentadas por organizaciones nacionales e internacionales a favor de la libertad de los refugiados aún a sabiendas que dichas solicitudes eran la garantía del derecho a la libertad consagrado en el artículo 7 de la CADH y demás instrumentos internacionales.

Respecto de los elementos de sistematicidad y generalidad como el cuarto requisito enunciado en los elementos de los crímenes para la conducta del artículo 7(1)(e) ER, estos también se cumplen como se comprobará a continuación.

La sistematicidad se refiere a “*la naturaleza organizada de los ataques de violencia y la improbabilidad de la ocurrencia aleatoria de estos.*”<sup>32</sup> esta característica de los ataques incuestionablemente se encuentra dentro del término en el cual los refugiados Sámalos se encontraron encarcelados, es decir, entre el 6 de febrero de 2013 hasta el 10 de abril del mismo año, en tanto los ataques en contra de su libertad, fueron organizados por el gobierno campomarinese, sus soldados, policía civil y demás funcionarios de los centros de detención<sup>33</sup>.

Por otro lado, el elemento de generalidad es considerado por la jurisprudencia como “la naturaleza a gran escala del ataque, que debe ser masivo, frecuente, llevado a cabo colectivamente con considerable seriedad y dirigido contra una multiplicidad de víctimas.”<sup>34</sup> Esta generalidad también se hace presente en el mismo período de tiempo, ya que el ataque en contra de la libertad de los refugiados se produjo en contra de una gran cantidad de personas aproximadamente 8000 según indica el HC 15, además que se desarrolló sin interrupción entre el lapso señalado y contra una multiplicidad de víctimas.

---

<sup>32</sup> CPI, SCP III, Situación en la República de Costa de Marfil, “Corrección a la “Decisión de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Costa de Marfil”” 15/11/11, párr. 54; TPIR, SPI I, Fiscalía c. Akayesu, ICTR-96-4-T, Juzgamiento, 02/09/98, Párr, 580.

<sup>33</sup> HC 12; RA 5.

<sup>34</sup> CPI, SCP III, Situación en la República de Costa de Marfil, Corrección a la Decisión de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Costa de Marfil, 15/11/11, Párr. 53; TPIY, SdA, Fiscalía c. Blaskic, IT-95-14-A, Juzgamiento, 29/07/04, Párr, 101.

En consideración al conocimiento e intención de del Sr. Supremo respecto de los crímenes, dichos elementos se concretaron desde el momento en el cual el Sr. Supremo “hubiere sabido o hubiere debido saber” las acciones criminales de sus fuerzas. Cómo se desarrollará posteriormente, él tenía un conocimiento actual de los sucesos constitutivos del crimen, pues, a partir de las pruebas exigidas por la jurisprudencia - directas o circunstanciales- se probará que era notorio que tenía información a su alcance que le permitía prevenir, reprimir o poner en conocimiento de las autoridades dichos sucesos.

También es de suma importancia para la Fiscalía agregar a lo precedente que el crimen que la Representación legal de víctimas pretende sea agregado por la SPI, el regulado en el artículo 7(1)(k) ER -Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física- no es necesario por ser considerado como residual dentro de los CdLH, como ya lo ha mencionado esta Corte en otras oportunidades<sup>35</sup>.

La inclusión del cargo únicamente se justificaría bajo el entendido de que las acciones desplegadas contra la población Sámala no se enmarcaran dentro las otras conductas constitutivas del CdLH pero si guardaren una estrecha relación con el CdLH regulado en artículo 7 ER, sin embargo, esta situación no se presenta, pues, como ya se mencionó, el crimen imputado abarca en su totalidad los hechos que ocurrieron dentro del ámbito de la privación de la libertad de los refugiados, pues a partir de la sustracción de las garantías judiciales a la que se sometió la población Sámala ellos se vieron en la imposibilidad de tutelar los derechos que les estaban siendo vulnerados.

En conclusión, el crimen imputado abarca los hechos materia de investigación y llena los requerimientos de los elementos de los crímenes tanto es así que la definición conforme a la jurisprudencia penal internacional se cumple, la infracción a las normas fundamentales de derecho internacional es palmaria bajo los supuestos establecido por el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, el conocimiento del autor de las circunstancias que caracterizaban la gravedad de la conducta se probaron por su conducta exterior en relación con los hechos del caso expuestos con anterioridad.

---

<sup>35</sup> CPI, SCP II, Fiscalía c. Kenyatta y Hussein, ICC-01/09-02/11, Decisión de confirmación de cargos, 23/01/12, Párr. 269.

Igualmente, los elementos de sistematicidad y generalidad perfectamente son perceptibles puesto que es notorio que la política de encarcelación no fue al azar, sino dirigida por el Estado campomarinese, además se llevó a cabo masivamente en contra de una población diferenciada. Asimismo, ocurre con los elementos subjetivos requeridos ya que el dirigente militar tenía un conocimiento actual de los sucesos constitutivos de la investigación. En cambio, el crimen que se pretende agregar no engloba todos los hechos que se investigan además de que, por su carácter subsidiario<sup>36</sup> no debería ser imputado. En vista de lo anterior la Fiscalía solicita no se incluya el crimen del artículo 7(1)(k) ER solicitado por la Representación de víctimas.

### **C. Notificación relativa a la posible responsabilidad del Sr. Supremo en calidad de superior jerárquico conforme al artículo 28 del ER**

La Fiscalía solicita a la SPI emita la notificación del artículo 55(2) RIdCPI en la que se tenga como modo de responsabilidad la consagrada en el artículo 28(a) ER, a saber, responsabilidad por el dirigente militar. El ente acusador sostiene: primero, los hechos no podrían ser constitutivos de una coautoría por omisión y segundo, los hechos son constitutivos de la responsabilidad por el dirigente militar consagrada en el artículo 28(a)ER.

#### ***1. Ausencia de fundamento en la imputación de la coautoría***

En virtud de lo previsto, la Fiscalía afirma que la imputación bajo la coautoría del artículo 25(3)(a) ER no es adecuada, ya sea porque sus elementos constitutivos no se encuadran dentro de los hechos y, por ende, debe haber lugar a la imputación bajo otro título de responsabilidad o, porque la reprochabilidad de los actos cometidos por el acusado amerita una mayor punibilidad y ese fin se alcanza por medio de la responsabilidad por el dirigente militar que la Fiscalía pretende endilgar.

Con asidero en ello, la Fiscalía procederá a enunciar cada uno de los elementos objetivos y subjetivos de la coautoría del artículo 25(3)(a) ER, luego hará un análisis de ellos con miras a determinar las razones por las cuales no se presentan en el caso contra el Sr. Supremo.

---

<sup>36</sup> Cfr. BASSIOUNI, M. Cherif. 2011. Crimes against humanity: historical evolution and contemporary application. Nueva York, Cambridge University Press, p. 411.

Posteriormente procederá con la interpretación jurídica que se debe hacer del artículo 25(3)(a) ER conforme a las garantías procesales del artículo 22 ER.

Para que haya coautoría del artículo 25(3)(a) ER, deben existir los requisitos sin los cuales no existe co-dominio funcional del hecho<sup>37</sup>, o elementos objetivos, es decir, que el imputado sea parte de un acuerdo o plan común con dos o más personas y, que todos los coautores realicen una contribución esencial de cara a la materialización del plan o acuerdo común.<sup>38</sup>

El acuerdo común, el primer elemento objetivo, si bien no debe demostrar que estaba dirigido directamente a la comisión de un crimen, por lo menos si debe de tener un elemento de criminalidad<sup>39</sup>, este elemento de criminalidad se puede dar en dos eventos diferentes, el primero en que los coautores han decidido implementar el plan respecto de una meta no criminal pero han de cometer el crimen si ciertas condiciones se presentan y el segundo, en que los coautores son conscientes que la implementación del plan (aun cuando no tiene un propósito criminal) podría resultar en la comisión de un crimen y aun así deciden hacerlo.<sup>40</sup>

La contribución esencial se refiere a cada uno de los aportes sustanciales que deben realizar los coautores con miras la realización del plan común, estos aportes adquieren su carácter de esencial en tanto su no realización conlleva la frustración del crimen<sup>41</sup>, asimismo, cabe

---

<sup>37</sup> CPI, SCP I, Fiscalía c. Garda, ICC-02/05-02/09, Decisión de confirmación de cargos, 08/02/10, Párr. 160.

<sup>38</sup> CPI, SPI I, Fiscalía c. Lubanga, ICC-01/04-01/06, Juzgamiento de conformidad con el artículo 74 del Estatuto, 14/03/12, Párr, 924.

<sup>39</sup> Idem.

<sup>40</sup> CPI, SCP I, Fiscalía c. Lubanga, ICC-02/05-02/09, Decisión de confirmación de cargos, 29/06/07, Párr. 344.

<sup>41</sup> CPI, SPI I, Fiscalía c. Lubanga, ICC-01/04-01/06, Juzgamiento de conformidad con el artículo 74 del Estatuto, 14/03/12, Párr. 925.

resaltar que estos aportes no sólo se circunscriben a la etapa del *iter criminis* de ejecución, también pueden ocurrir en la fase de preparación<sup>42</sup>.

Frente al caso en concreto, el primer elemento objetivo, es claro que no existe el plan común, en ningún momento el Sr. Supremo se concertó con los Ministros Lota y Leal con respecto a la creación de un plan, en el mismo sentido, el elemento de criminalidad no está presente toda vez que nunca se acordó que se cometiera un crimen si se presentaban ciertas condiciones o se implementó un plan a pesar de que se iba a concretar en la comisión de un crimen.

Por otro lado, a cerca del segundo elemento, la aportación de una contribución esencial, hay que resaltar que el plan común según la argumentación precedente no existía, por ende, no se puede contribuir a algo inexistente, ni en la etapa de preparación y/o ejecución, ni mucho menos llegar a frustrar el crimen.

En relación con los aspectos subjetivos, la jurisprudencia ha dicho: primero, que el sospechoso deba cumplir con los elementos subjetivos del crimen en cuestión. Este primer elemento subjetivo es crucial para analizar los restantes, pues si no existe no habría lugar a los otros dos. Con base en ese postulado, hay que recordar que el elemento de intencionalidad del artículo 30ER recoge las formas de dolo que se aceptan para el juzgamiento en sistema de CPI, estas son, dolo directo de primer grado o dolo indirecto de segundo grado.<sup>43</sup>

Teniendo en cuenta dicho presupuesto y uniéndolo con la inexistencia del elemento de criminalidad expuesto con anterioridad resultaría evidente que, a pesar que el Sr. Supremo

---

<sup>42</sup> CPI, PTC I, Fiscalía c.Katanga y Ngudjolo Chui, ICC-01/04-01/07, Decisión de confirmación de cargos, 30/09/08, Párr. 526.

<sup>43</sup> Idem.



tenía conocimiento de la situación de los refugiados, habría ausencia de la intención requerida para la coautoría y por lo tanto no existirían ni el segundo ni el tercer elemento de ese modo de responsabilidad, a saber, el sospechoso y los otros coautores deben ser conscientes y mutuamente aceptar que la implementación del plan resultaría en la causación de los elementos objetivos del crimen y, el sospechoso debe conocer las circunstancias de hecho que le permiten controlar conjuntamente el crimen.<sup>44</sup>

Igualmente, la Fiscalía entiende que el título de imputación mediante el cual se desea achacar responsabilidad al Sr. Supremo no existe, pues como se puede vislumbrar por la redacción de la norma 25(3)(a) la actividad del coautor es una conducta activa, no omisiva como se quiere hacer ver. Este punto es reafirmado si es relacionado con los conceptos de plan común y contribución esencial, ya que estos únicamente se configuran bajo el entendido de que los coautores activamente, no omisivamente, ejecuten el plan conforme a contribuciones sus respectivas contribuciones esenciales.

En el evento en el que continúe el proceso a través de esta forma de responsabilidad, habría una vulneración manifiesta al principio de legalidad y de prohibición de analogía desfavorable consagrados en el artículo 22ER pues se juzgaría con base a una ley que no existe y en perjuicio del acusado.<sup>45</sup>

En conclusión, los elementos objetivos que contiene la jurisprudencia de la coautoría, a saber, la pertenencia al plan común y la contribución esencial para la realización de éste, no se pueden dar por sentados como ya se evidenció puesto que no hay asidero para afirmar su existencia. De igual forma con los elementos subjetivos ya que, a pesar que el mandatario

---

<sup>44</sup> CPI, SCP I. Fiscalía c. Banda y Jerbo. ICC -02/05-03/09, Corrección sobre la “Decisión de confirmación de cargos”, 07/03/11, Párr. 150; CPI, SCP I. Fiscalía c. Lubanga, ICC-02/05-02/09, Decisión de confirmación de cargos, 29/07/07, Párrs. 349-367.

<sup>45</sup> CPI, SCP I. Fiscalía c. Katanga, ICC-01/04-01/07, Juzgamiento de conformidad con el artículo 74 del Estatuto, 07/03/14, Párr. 51-52.

tenía conocimiento, no tenía la intención requerida para la coautoría. Aunado a ello, la forma de responsabilidad por la que se quiere juzgar el sospechoso no existe expresamente en el ER, de continuar con las etapas subsiguientes del proceso habría una violación ostensible al principio de legalidad y prohibición de analogía desfavorable de que nos habla el artículo 22 ER.

### **La responsabilidad penal por el dirigente militar: artículo 28(a) ER.**

En atención a lo dispuesto anteriormente, es decir, la inviabilidad de la imputación penal a través de la coautoría del artículo 25(3)(a) ER, la cuestión se centra en determinar cuál es el modo de responsabilidad a endilgar y es por ello que la Fiscalía asevera que el modo de imputación adecuado es aquel descrito en el artículo 28(a) ER, a saber, la responsabilidad por el dirigente militar.

Con miras a dilucidar la afirmación hecha por la Fiscalía, la misma se propone realizar una aproximación a los elementos objetivos y subjetivos de la responsabilidad por el dirigente militar de cara a los hechos del caso, de esta manera se expondrán las razones fácticas y jurídicas por las cuales la SPI debe adoptar la posición que indica que el modo de imputación debe ser el contenido en el artículo 28(a) ER.

La CPI en su jurisprudencia ha dicho que los elementos objetivos de la responsabilidad por el dirigente militar son: “a) El sospechoso debe ser un comandante militar o una persona que efectivamente actúa como tal [en este caso un dirigente militar]; (b) El sospechoso debe tener un comando y control efectivos, o una autoridad y control efectivos sobre las fuerzas (subordinados) que cometieron uno o más de los crímenes establecidos en los artículos 6 a 8 del Estatuto; (c) Los crímenes cometidos por las fuerzas (subordinados) se debieron a que el sospechoso no ejerció el control apropiado sobre ellos; [...] (e) El sospechoso no tomó las medidas necesarias y razonables dentro de su poder para prevenir o reprimir la comisión de

tales crímenes o no sometió el asunto a las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento.”<sup>46</sup>

Entonces, en lo que respecta a la condición de dirigente del acusado, la Fiscalía entiende que es un dirigente militar, sin embargo, con miras a determinar con precisión la posición jerárquica del procesado se debe diferenciar la fuente de donde se adquiere la calidad de dirigente<sup>47</sup>, por lo tanto, hará uso de la Jurisprudencia internacional en la cual se expone que existen dos tipos de dirigentes militares: *de iure* y *de facto*.<sup>48</sup>

Los dirigente de facto son “aquellos que no son designados legalmente para desempeñar un cargo como mando militar, pero, sin embargo, de facto, ejercen control efectivo sobre un grupo de personas a través de una cadena de mandos”<sup>49</sup>, mientras que los dirigentes de *iure* se refiere “a una categoría de personas designadas formal o legalmente para llevar a cabo una función de mando militar”<sup>50</sup>

Es de resaltar que actualmente existen criterios que posibilitan la diferenciación de la calidad de dirigente civil o militar de los procesados, algunos de estos criterios atañen a la posesión de un rango militar, el entrenamiento militar o la naturaleza (civil o militar) de la entidad con la cual los sospechosos se encuentran relacionados, empero, estos parámetros no son

---

<sup>46</sup> CPI, SCP III, Fiscalía c. Bemba, ICC-01/05-01/08, Decisión de confirmación de cargos, 15/06/09, Párr. 407.

<sup>47</sup> BANTEKAS, I., The contemporary law of superior responsibility. *American Journal of International Law*, 1999, vol. 93, no 3, p. 573-595.

<sup>48</sup> TPIY, SPI, Fiscalía c. Mucic et. al, IT-96-21-T, Juzgamiento, 16/11/98, Párr. 344.

<sup>49</sup> CPI, SCP III, Fiscalía c. Bemba, ICC-01/05-01/08, Decisión de confirmación de cargos, 15/06/09, Párrs. 409-410.

<sup>50</sup> CPI, SCP III, Fiscalía c. Bemba, ICC-01/05-01/08, Decisión de confirmación de cargos, 15/06/09, Párr. 408; Cfr. Mettraux, G., *The Law of Command Responsibility*, Oxford, 2009, pp. 122-123.

considerados como determinantes, por ende, de ellos no se podría concluir definitivamente el estatus del acusado.<sup>51</sup>

En consonancia con lo expuesto, el Sr. Supremo es un dirigente militar de *iure*, ya que constitucionalmente así se estableció<sup>52</sup> para la persona que iba a fungir como primer mandatario de la República de Campomarino<sup>53</sup> y a pesar de que él no ostenta ninguna grado o entrenamiento militar y el Gobierno que él preside es civil, esto no es concluyente para determinar un tipo de responsabilidad contraria a la militar.

En relación con la autoridad y control efectivos que debe poseer el dirigente militar respecto de sus subordinados, la autoridad efectiva se define como la forma mediante la cual el dirigente ejerce control respecto de sus subordinados.<sup>54</sup> Mientras que el control efectivo es considerado como “la habilidad material o poder para prevenir o sancionar la comisión de delitos”<sup>55</sup>. En cuanto al Sr. Supremo, es notorio que él ostentaba tales calidades ya que (i) tenía una posición oficial ya que era Jefe de Estado y en virtud de tal podía prevenir la comisión de crímenes, (ii) podía dictar órdenes, tanto es así que expidió los Decretos 76/13 y 92/13<sup>56</sup> y (iii) sus órdenes eran cabalmente cumplidas por sus subordinados<sup>57</sup>.

Es de recalcar en lo que hace referencia al tercer elemento, que los dirigentes, en vista de esta autoridad y control efectivos que detentan, les surge correlativamente los deberes de

---

<sup>51</sup> KARSTEN, N., “Distinguishing Military and Non-military Superiors: Reflections on the Bemba Case at the ICC”. *Journal of International Criminal Justice*, 2009, vol. 7, no 5, p. 983-1004.

<sup>52</sup> HC 3.

<sup>53</sup> HC 9.

<sup>54</sup> CPI, SCP III, Fiscalía c. Bemba, ICC-01/05-01/08, Decisión de confirmación de cargos, 15/06/09, Párr. 413.

<sup>55</sup> CPI, SCP III, Fiscalía c. Bemba, ICC-01/05-01/08, Decisión de confirmación de cargos, 15/06/09, Párr. 415.

<sup>56</sup> HC 11; HC 15.

<sup>57</sup> HC 11; HC 12, HC 16.

evitar, reprimir y someter la comisión de estos crímenes antes las autoridades<sup>58</sup>, en caso que estas obligaciones no se cumplan nacería la responsabilidad penal del dirigente ya que no ejerció un control apropiado de sus subordinados, en ese sentido habría una omisión impropia ya que existía el deber legal de actuación y la capacidad de cumplir con ese deber<sup>59</sup>.

Es precisamente esa omisión en el control apropiado de los subordinados a su cargo lo que configura el nexo causal ya que la ausencia de control antes, durante, o después incrementó el riesgo frente a la posible comisión de crímenes por parte de los subordinados<sup>60</sup>. Por lo anterior la Fiscalía debe probar que se incrementó el riesgo ya sea abstracta o concretamente,<sup>61</sup> prueba que es evidente bajo el entendido de que el mandatario no se pronunció frente a la implementación de un plan de detención restrictivo del derecho a la libertad de los refugiados<sup>62</sup>.

Finalmente, el último elemento objetivo se relaciona directamente con el incumplimiento del deber de ejercer un control apropiado de sus subordinados, pues las medidas que estuvieren razonablemente a su alcance dependen del momento en que el iter criminis le permita aplicarlas<sup>63</sup>, en otras palabras, estas, además de estar a su alcance deben de ser ejecutadas en el momento oportuno, prevenir, antes de la consumación del crimen, reprimir, durante y, poner en conocimiento de la autoridades, después.

---

<sup>58</sup> OLÁSOLO, H., Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional, TIRANT LO BLANCH, 1ra ed., Valencia, 2013.

<sup>59</sup> SALCEDO, A., “La responsabilidad por omisión del superior. Reflexiones al hilo de la decisión de confirmación de cargos contra Jean Pierre Bemba Gombo”, en A, Gil y E, Maculcan (Dykinson.), *Intervención delictiva y derecho penal internacional: reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Madrid, 2013 p. 163.

<sup>60</sup> CPI, SCP III, Fiscalía c. Bemba, ICC-01/05-01/08, Decisión de confirmación de cargos, 15/06/09, Párr. 424.

<sup>61</sup> CPI, SCP III, Fiscalía c. Bemba, ICC-01/05-01/08, Decisión de confirmación de cargos, 15/06/09, Párr. 425; Amnesty International, Fiscalía c. Bemba, ICC- 01/05- 01/08, Amicus Curiae observations on superior responsibility submitted pursuant to rule 103 of the rules of procedure and evidence, 20/04/09, Párrs. 45-47.

<sup>62</sup> HC11; RA 12.

<sup>63</sup> CPI, SCP III, Fiscalía c. Bemba, ICC-01/05-01/08, Decisión de confirmación de cargos, 15/06/09, Párr. 436.

En cuanto a los elementos subjetivos enunciados en la jurisprudencia estos se refieren a: “d) El sospechoso sabía o, debido a las circunstancias en ese momento, debería haber sabido que las fuerzas (subordinados) estaban cometiendo o estaban a punto de cometer uno o más de los delitos establecidos en los artículos 6 a 8 del Estatuto;”<sup>64</sup>

De lo anterior, la Corte indica que esta forma de responsabilidad se divide en dos (i) hubiere sabido y (ii) hubiere debido saber. Frente a la primera, se exige que el autor haya tenido un conocimiento actual que los subordinados estaban cometiendo o se proponían cometer crímenes consagrados en los artículos 6 a 8 ER. Debido a que se debe demostrar la culpabilidad, la Corte aclara que el conocimiento requerido no puede ser presumido, pues habría lugar a la responsabilidad objetiva ya proscrita en el derecho penal internacional, por ello tanto la prueba directa como la prueba circunstancial es válida para demostrarlo.<sup>65</sup>

Por otro lado, respecto de la segunda forma, “hubiere debido saber”, esta equivale a una forma de negligencia en donde lo que se reprocha es la falta de diligencia del acusado con miras a adquirir el conocimiento frente a las acciones desplegadas por sus subordinados, ya que, el acusado en tanto es un dirigente tiene el deber activo de saber qué hacen sus tropas o de indagar sobre sus acciones independientemente de la información que haya al respecto.

En el caso del Sr. Supremo, los elementos subjetivos se cumplen cabalmente particularmente en la primera modalidad -hubiere sabido- ya que su conducta demuestra, que tenía un conocimiento actual de la situación de los refugiados y que ello se puede inferir de las denuncias que realizó la comunidad internacional respecto de la situación de los refugiados Sámalos<sup>66</sup> cantidad de actos ilícitos, el lapso durante el cual los actos ilícitos tuvieron lugar,

---

<sup>64</sup> CPI, SCP III, Fiscalía c. Bemba, ICC-01/05-01/08, Decisión de confirmación de cargos, 15/06/09, Párr. 407.

<sup>65</sup> CPI, SCP III, Fiscalía c. Bemba, ICC-01/05-01/08, Decisión de confirmación de cargos, 15/06/09, Párr. 430; TPIY, SPI, Fiscalía c. Hadzihasanovic et al, IT-01-47-T, Juzgamiento, 15/03/06, Párr. 94.

<sup>66</sup> HC 15.

la cantidad y el tipo de tropas involucradas, los oficiales y personal involucrados y, el alcance y la naturaleza de la posición del Sr. supremo y su en la estructura jerárquica, en este caso, las fuerzas armadas campomarineses.<sup>67</sup>

Para concluir, en el proceso del Sr. Supremo, los criterios elementos objetivos a saber, la calidad de dirigente militar, el mando y autoridad efectivos, que los crímenes cometidos por las fuerzas subordinadas por el Sr. Supremo fueran resultado de que él no ejerció el control apropiado sobre ellas y, que el acusado no hubiese tomado las medidas razonables a su alcance para prevenir, suprimir o poner en conocimiento de las autoridades dichos crímenes y los elementos subjetivos, en este caso hubiese sabido de los mismos crímenes fueron satisfechos por la exposición de los hechos. En virtud de lo anterior, la Fiscalía solicita se emita la notificación del artículo 55(2) RIdCPI atribuyendo responsabilidad al acusado por medio de la responsabilidad por el dirigente militar consagrada en el artículo 28(a) ER.

#### **IV. Petitorio**

En consideración a los argumentos que han sido expuestos en el presente libelo, la Fiscalía solicita de manera respetuosa a la Honorable Sala:

1. Considerar emitir la notificación establecida en el artículo 55(2) RIdCPI.
2. Considerar emitir la notificación establecida en el artículo 55(2) RIdCPI en la que no se incluya el cargo 7(1)(k) del ER
3. Considerar emitir la notificación establecida en el artículo 55(2) RIdCPI por la cual se atribuya responsabilidad al Sr. Supremo bajo el artículo 28(b) del ER.

---

<sup>67</sup> CPI, SCP III, Fiscalía c. Bemba, ICC-01/05-01/08, Decisión de confirmación de cargos, 15/06/09, Párr. 431; TPIY, SPI, Fiscalía c. Mucic et. al, IT-96-21-T, Juzgamiento, 16/11/98, Párr. 386.

## **V. Bibliografía**

### **1. Tratados, Normativa y Convenios Internacionales.**

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

ONU, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, “fact sheet No.26”

Pacto de Derechos Civiles y Políticos

Principios de Cooperación Internacional en la identificación, Detención, Extradición y Castigo de los culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad (PCIIDEC). Resolución 3074(XXVIII). Asamblea General de las Naciones Unidas.

Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional.

Reglamento Interno de la Corte Penal Internacional

### **2. Casos Judiciales.**



## **Corte Penal Internacional**

CPI, SCP I. Fiscalía c. Abu Garda, IÇC-02/05-02/09, 02/08/10, Decisión de confirmación de cargos.

CPI, SPI II, Fiscalía c. Germain Katanga, ICC-01/04-01/07, 23/07/14, Juzgamiento de conformidad con el artículo 76 del Estatuto.

PI, SCPI I. Fiscalía c. Germain Katanga, ICC-01/04-01/07, 07/03/15, Juzgamiento de conformidad con el artículo 74 del Estatuto.

CPI, SPI III, Fiscalía c. Jean Pierre Bemba, ICC-01/05-01/08, 21/06/16, Juzgamiento de conformidad con el artículo 76 del Estatuto.

CPI, SCP III, Fiscalía c. Jean Pierre Bemba, ICC-01/05-01/08, 15/06/09, Decisión de confirmación de cargos.

CPI, SCP II, Fiscalía c. Kenyatta y Hussein, ICC-01/09-02/11, 23/01/12, Decisión de confirmación de cargos.

CPI, SPI I, Fiscalía c. Laurent Gbagbo y Charles Ble Goudé, ICC-02/11-01/15, 19/08/15, Decisión que notifica de conformidad con el artículo 55(2) de la Corte

CPI, SPI I, Fiscalía c. Thomas Lubanga, ICC-01/04-01/06, 10/07/12, Juzgamiento de conformidad con el artículo 76 del Estatuto.

CPI, SPI I, Fiscalía c. Thomas Lubanga Dylo, ICC-01/04-01/06, 14/03/12, Juzgamiento de conformidad con el artículo 74 del Estatuto.

CPI, SdA, Fiscalía c. Thomas Lubnaga, ICC-01/04-01/06 OA 15 OA 16, 08/12/09, Sentencia relativa a las apelaciones del Sr. Lubanga Dyilo y el Fiscal contra la decisión de la Sala de Primera Instancia I de 14 de julio de 2009 titulada “Decisión por la cual se notifica a las partes y los participantes que la tipificación jurídica de los hechos puede estar sujeta a cambios de conformidad con el numeral 2 de la norma 55 del Reglamento de la Corte”.

CPI, SCP III, Situación en la República de Costa de Marfil, 15/11/11, “Corrección a la "Decisión de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Costa de Marfil"”.

### **Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia**

TPY, SPI, Fiscalía c. Kordic y Cerkez, IT-95-14/2-T, 26/02/01, Juzgamiento.

TPIY, SdA, Fiscalía c. Tihomir Blaskic, IT-95-14-A, 29/07/04, Juzgamiento.

TPIY, SdA, Fiscalía c. Hadzihasanovic et al, IT-01-47-T, 15/03/06, Juzgamiento.

TPIY, SPI, Fiscalía c. Mucic et. al, IT-96-21-T, 16/11/98, Juzgamiento.

## **Tribunal Penal Internacional para Ruanda**

TPIR, SPI I, Fiscalía v. Jean Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, 02/09/98, Juzgamiento.

### **3. Referencias doctrinarias**

AMBOS, K., La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1999, vol. 52, no 1.

BANTEKAS, I., The contemporary law of superior responsibility. *American Journal of International Law*, 1999, vol. 93, no 3.

BASSIOUNI, M., Crimes against humanity: historical evolution and contemporary application, 2011, Cambridge University Press.

KARSTEN, N., “Distinguishing Military and Non-military Superiors: Reflections on the Bemba Case at the ICC”. *Journal of International Criminal Justice*, 2009, vol. 7, no 5.

KISS, A., “La responsabilidad penal del superior ante la Corte Penal Internacional” [En línea], InDret. Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik. Disponible en <[http://www.zis-online.com/dat/artikel/2016\\_1\\_978.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2016_1_978.pdf)> [Consulta: 22.03.18]

MERENDA, I., “Criterios de imputación subjetiva del ilícito en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, [En línea], *InDret. Nuevo Foro Penal*, Vol. 6, 2010. Disponible en <<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/1878>> [Consulta: 22.03.2018].

OLÁSOLO, H., Los fines del Derecho Penal Internacional, *International Law*, Revista Colombiana de Derecho Internacional 2016, no 29.

OLÁSOLO, H., Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional, TIRANT LO BLANCH, 1ra ed., Valencia, 2013.

RAMÍREZ S., y PEÑAS H., “Las esferas del derecho penal internacional y del derecho penal nacional: una propuesta de comprensión tridimensional”, *Lex Humana*, Petrópolis, Vol. 6, Núm. 2, 2014.

#### 4. Otras referencias

Amnesty International, fiscal v. Jean Pierre Bemba, ICC- 01/05- 01/08, Amicus Curiae observations on superior responsibility submitted pursuant to rule 103 of the rules of procedure and evidence.

Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC9/87.

CPI, Oficina del Fiscal, Policy Paper on Preliminary Examinations, noviembre de 2013.

Diccionario de la Lengua Española, 2017. [En línea], InDret. Disponible en <http://dle.rae.es/?w=diccionario>