

ESCRITO DE LA DEFENSA.

Concurso CPI simulación judicial ante la Corte Penal Internacional.

VI EDICIÓN.

AÑO 2018.

ESCRITO DE LA DEFENSA.

SALA DE PRIMERA INSTANCIA XI
CASO: ICC-03/14-01/16

Equipo N° 15.

SITUACIÓN EN LA REPÚBLICA DE CAMPOMARINO
EN EL CASO LA FISCALÍA C. ALFREDO SUPREMO

Documento público

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

TABLA DE CONTENIDOS:

I.LISTA DE ABREVIATURAS.....	4
II.ESTABLECIMIENTO DE LOS HECHOS.....	5
III.CUESTIONES JURÍDICAS A ABORDAR.....	7
IV.ARGUMENTOS ESCRITOS.....	8
IV.I. Facultad de la SPI frente a la emisión de la notificación de la norma 55(2) del RIdCPI.....	8
<i>IV.I.I. La SPI no es competente para dirimir la solicitud interpuesta por la Fiscalía, toda vez que nos encontramos en el estadio procesal de etapa de juicio.....</i>	<i>8</i>
<i>IV.I.I.II. Una interpretación errada de la norma 55(2) del RIdCPI podría vulnerar los derechos del acusado reconocidos por el ER e instrumentos internacionales de D.D.H.H.....</i>	<i>10</i>
IV.II. Petición de los RLV ante la SPI XI sobre la posible inclusión adicional del cargo de CdLH “otros actos inhumanos” consagrado en el artículo 7(1)(k) del ER.....	15
<i>IV.III.I. No se desconoce que las víctimas tengan derecho a participar en los procedimientos ante la CPI, sin embargo no se encuentran legitimadas para realizar peticiones a la SPI XI.....</i>	<i>15</i>
<i>V.II.II. La inclusión de un cargo de CdLH de “otros actos inhumanos”, excede los hechos y circunstancias descritos en los cargos.....</i>	<i>17</i>
<i>V.II.III. La norma 55(2) del RIdCPI no permite incluir otros cargos adicionales que no estén en la confirmación de cargos.....</i>	<i>19</i>
IV.III. Notificación relativa a la posible responsabilidad del Sr. Supremo en calidad de superior jerárquico conforme al artículo 28 del	

ER.....	2
1	
<i>IV.III.I. Los hechos del caso no dan lugar a configurar una responsabilidad del superior jerárquico contenida en el artículo 28 del ER.....</i>	<i>22</i>
<i>IV.III.II El Sr. Supremo pese a ser el comandante y Jefe de las Fuerzas militares de Campomarino no cumple con los requisitos objetivos para la configuración del modo de responsabilidad por el jefe militar del literal A del artículo 28 del ER.....</i>	<i>24</i>
<i>IV.III.III. Al no tener un control efectivo sobre la policía de frontera, derivado del desconocimiento de estas órdenes emitidas por los ministros Leal y Pérez, no se configura una responsabilidad del superior jerárquico del artículo 28 del ER, toda vez que el elemento de intención y de conocimiento se encuentra ausente.....</i>	<i>28</i>
<i>IV.III.IV. Los hechos del caso tampoco dan lugar a configurar una coautoría por omisión contenida en el artículo 25(3)(a) del ER.....</i>	<i>30</i>
V. PETITORIO.....	35
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	36

I. Lista de abreviaturas

Abreviatura	Significado
CPI	Corte Penal Internacional
ER	Estatuto de Roma
RIdCPI	Reglamento Interno de la Corte Penal Internacional
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.
RPP	Reglas de Procedimiento y Prueba
CdLH	Crimen de Lesa Humanidad
SCP	Sala de Cuestiones Preliminares
SPI	Sala de Primera Instancia
SAdCPI	Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional
HC	Hechos del Caso
RLV	Representantes Legales de Víctimas
RPA	Respuesta a las Preguntas Aclaratorias.

II. ESTABLECIMIENTO DE LOS HECHOS.

- I. La república de Campomarino ratificó el ER el 6 de octubre de 2005, así como otros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.
- II. El 56% de su población es de origen Europeo o Mazino y más del 14% es de origen inmigrante proveniente de la república de Asir, en especial de la etnia Sámalo, debido a la guerra interna que se vive librando en ese país desde el año 2010 a raíz de un golpe de Estado.
- III. La población de origen europeo se considera como el pueblo originario de la República de Campomarino, por lo cual recelan de las minorías, específicamente con los refugiados Sámalos por tener costumbres y tradiciones distintas a las de la población mazina.
- IV. El 13 noviembre de 2012, Sr. Supremo, fue elegido Presidente de la República de Campomarino, tomó posesión del cargo el 1 de enero de 2013 y el 6 de febrero de 2013, emitió el Decreto 76/13 ordenando que, de forma inmediata y en tiempo indeterminado, no se permitiese el ingreso al país de refugiados samálos. Por medio de este mismo decreto, se ordenó la presencia de personal militar en los puestos de frontera y control migratorio.
- V. El Sr. Supremo se reunió con su gabinete de ministros, donde el Ministro de Defensa, Sr. Pérez Lota, y el Ministro del Interior, Sr. Leal, recomendaron como una medida efectiva de cumplimiento del decreto que se implantara un plan de detención de los refugiados Samálos que ingresen a territorio campomarinese. Estas medidas propuestas por los ministros, no fueron comentadas por el Sr. Supremo, en dicha reunión.
- VI. A partir de ese momento, los refugiados Sámalos que llegaban a Campomarino ya fuese por medio de aeropuertos, puertos marítimos o puestos de frontera terrestre fueron inmediatamente arrestados por soldados campomarineses en colaboración con la policía de frontera, una vez detenidos, estos eran privados de alimento y bebida por amplios periodos de tiempo.
- VII. Como reacción ante esta situación, organizaciones nacionales e internacionales de derechos humanos se movilizaron y formularon peticiones en forma de

Habeas Corpus, además de solicitar la inconstitucionalidad del Decreto 76/13, ante la Alta Corte de Campomarino

- VIII. Por medio del Decreto 92/13 se deja sin efecto el nombramiento de los jueces de esta corte y se nombran otros jueces.
- IX. Los jueces destituidos de su cargo solicitaron medidas cautelares ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual en decisión del 11 de marzo de 2013, ordenó la restitución en el cargo de los cinco jueces salientes.
- X. El 5 de abril de 2013, los jueces restituidos de la Alta Corte, declararon el decreto 76/13 inconstitucional, ordenando la liberación inmediata de los refugiados Sámalos detenidos. Esta medida se implementó el 10 de abril de 2013, liberándose efectivamente a los refugiados Sámalos que estaban encarcelados y se autorizó su ingreso a la República de Campomarino sin ningún tipo de represiones.
- XI. Frente a estos hechos grupos de víctimas acompañados por organizaciones de derechos humanos enviaron, en junio de 2013, comunicaciones a la Fiscalía de la CPI, conforme al artículo 15 del ER.
- XII. El 9 de noviembre de 2016, el Sr. Supremo fue detenido, y el 2 de junio de 2017 fueron confirmados los cargos por el CdLH 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 (artículo 25(3)(a) del ER).
- XIII. El expediente fue transmitido a la SPI XI, el 1 de agosto de 2017 se celebró audiencia de preparación de juicio, en esta audiencia la Fiscalía solicitó a la sala emitir notificación prevista en la norma 55(2) del RIdCPI, con el fin de modificarse el modo de responsabilidad contenido en la confirmación de cargos, por el modo de responsabilidad de superior jerárquico del artículo 28 del ER.
- XIV. En esta misma audiencia la RLV solicitó a la Sala que emitiera notificación prevista en la norma anteriormente citada, con el fin de incluir un cargo adicional de “otros actos inhumanos” previsto en el artículo 7(1)(k) del ER.

III. CUESTIONES JURÍDICAS A ABORDAR.

La SPI XI ha llamado a debatir las cuestiones relativas a las peticiones de notificación en virtud de la norma 55(2) del RIdCPI. De conformidad con el artículo 67(d) ER, y la regla 103(2), 128(2), 129 de las RPP, la defensa, presentara sus observaciones y opiniones sobre:

- I. 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.
- II. Inclusión adicional del cargo de CdLH de otros actos inhumanos consagrado en el artículo 7(1)(k) del ER.
- III. Notificación relativa a la posible responsabilidad del Sr. Supremo en calidad de superior jerárquico conforme el artículo 28 del ER.

IV. ARGUMENTOS ESCRITOS

IV.I. Facultad de la SPI frente a la emisión de la notificación de la norma 55(2) del RIdCPI.

Conforme a la petición interpuesta por la Fiscalía ante la SPI XI, sobre la posible emisión de la notificación prevista en la norma 55(2) del RIdCPI, con el fin de que pudiera modificarse la tipificación jurídica de los hechos, la defensa se manifiesta en contra de esta solicitud y su consecuente emisión toda vez que: (i) La SPI no es competente para dirimir la solicitud interpuesta por la Fiscalía, toda vez que nos encontramos en el estadio procesal de etapa de juicio; ii) En el caso de aceptarse dicha petición y no se cumpliera con lo previsto en el ER y las RPP para su eventual procedimiento se estaría ante una nulidad de todas las actuaciones que se adelanten en el futuro; iii) Una interpretación errada de la norma 55 (2) del RIdCPI podría vulnerar los derechos del acusado reconocidos por el ER e instrumentos internacionales de D.D.H.H.

IV.I.I. La SPI no es competente para dirimir la solicitud interpuesta por la Fiscalía, toda vez que nos encontramos en el estadio procesal de etapa de juicio.

De conformidad con el artículo 21 del ER¹ para resolver una cuestión de derecho que surja dentro de la actividad de la CPI el primer elemento a tener en cuenta es el mismo ER junto con las RPP, luego el criterio para resolver los problemas planteados será un análisis de este *corpus* normativo.

Por lo tanto, se debe acudir al ER como fuente primaria, el cual en su artículo 64, enuncia las funciones que ejerce la SPI, se menciona en su numeral 2: “...velará por que el juicio

¹ER. “(...) a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba”

sea justo y expedito y se sustancie con pleno respeto de los derechos del acusado...”, de la lectura de los literales que componen dicho artículo se desprende que la actividad principal de la sala de primera instancia estriba en dirigir y conducir la realización del juicio. Por lo que su actividad principal se concentra en el decreto y práctica de las pruebas así como las demás actividades propias de la realización de un juicio².

Si bien, excepcionalmente la SPI puede asumir funciones de la SCP, establecidas en las reglas del artículo 61 (11) del ER, estas funciones son expresas y constituyen un mandato sobre el tema o supuesto de hecho de modificación de cargos, dicho artículo remite al artículo 61(9) del ER donde se dispone que *“una vez confirmados los cargos y antes de comenzar el juicio, el Fiscal, con autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares y previa notificación al acusado, podrá modificar los cargos. El Fiscal, si se propusiera presentar nuevos cargos o sustituirlos por otros más graves, deberá pedir una audiencia de conformidad con el presente artículo para confirmarlos. Una vez comenzado el juicio, el Fiscal, con autorización de la Sala de Primera Instancia, podrá retirar los cargos”*.

Precisamente, la CPI ha reconocido el objetivo de la confirmación de cargos ante la SCP, donde se han presentado pruebas serias que soportan la acusación y no meras suposiciones o especulaciones, debido a que la confirmación de cargos se instituye como el mecanismo que: *“está destinado a proteger los derechos de la Defensa contra acusaciones abusivas y completamente infundadas”*³, donde un alto de grado de certeza al acusado para poder realizar una defensa eficaz.

Las reglas que se desprenden del mencionado artículo suponen que ya se realizó con anterioridad una audiencia de confirmación de cargos y que en la misma se confirmaron los propuestos por el Fiscal en una audiencia previa ante la SCP, por lo tanto, la petición de modificación se debe realizar antes de comenzar el juicio (mandato expreso del artículo

² Artículo 64(3)(a)(c) y 6(b)(c) y (d) del ER.

³CPI, Fiscalía c Lubanga, Decisión sobre la confirmación de cargos, ICC-01104-01 /06, 29/01/07, Párr. 37.

61(9) del ER), notificando adecuadamente al acusado, para que se celebre otra audiencia para confirmar los cargos conforme al artículo 61(1) del ER, propuestos por el fiscal en su petición, lo cual nos deja con que una vez iniciado el juicio el fiscal con la autorización de la SPI sólo podrá retirar los cargos en virtud de lo dispuesto en el ER.

Sumado a los anterior, las RPP en su regla 131 establece que la etapa de juicio inicia cuando se remite el expediente de las actuaciones a la SPI, es decir, esta Sala al momento de su conformación y de asumir conocimiento del caso en concreto daría inicio a la etapa de juicio, esto se establece conforme al artículo 64 del ER el cual prevé las funciones de la SPI, especificando al inicio del título V “Del juicio” que dicha etapa ya ha comenzado.

Además, según el artículo 128(1) del RPP, dispone que el Fiscal podrá solicitar la modificación de cargos ante la SCP antes de que comience el juicio, dado que nos encontramos en esa etapa, esta petición resultaría inadecuada.

Las premisas del análisis normativo anteriormente mencionados supone las siguientes conclusiones: i) Que la SPI tiene como competencia principal la realización y dirección del juicio; ii) Que excepcionalmente puede asumir competencias de la SCP; iii) Que para efectos de modificar los cargos o alterar la calificación jurídica de estos, el ER fija reglas de una conducta determinada por parte de los sujetos procesales que pretenden dicha petición, en este caso el Fiscal, establecidas en la regla 131 del RPP.

IV.I.I.II. Una interpretación errada de la norma 55(2) del RIdCPI podría vulnerar los derechos del acusado reconocidos por el ER e instrumentos internacionales de D.D.H.H.

En principio, la norma 55(2) establece que la SPI puede en cualquier fase del proceso modificar la tipificación jurídica de los hechos, sin embargo, esta modificación no debe entenderse como una facultad absoluta de la SPI, puesto que en su numeral 1 de esta

misma norma, se establece que la SPI puede de oficio modificar la tipificación jurídica de los cargos “*sin exceder los hechos y circunstancias descritas en los mismos*”, lo cual supone una limitación a esta facultad.

Pese a este limitante, la defensa encuentra que una interpretación no armónica de esta norma llevaría a una extralimitación de las facultades de la SPI, lo cual afectaría los derechos del acusado a un juicio justo, imparcial y expedito, tal como lo establece el artículo 64(2) del ER, en el caso en concreto el fiscal está haciendo una interpretación errada de esta norma puesto que su petición excede los hechos y circunstancias descritas en los mismos según lo establecido en el numeral 1 de regla 55 del RIdCPI.

Frente a estas extralimitaciones de la SPI derivadas de deducciones inexactas de la presente norma, la defensa trae a colación la opinión individual realizada por el Juez Fulford en el caso Lubanga, donde por primera vez la SPI invocó la aplicación de la norma 55(2) del RIdCPI, al considerar un cambio en la tipificación jurídica de los hechos, esta decisión de la SPI se realizó durante la fase de juicio⁴, así en el presente caso esta defensa encuentra similitud en los hechos del caso, toda vez que el expediente fue remitido a la SPI XI, la cual inició las diligencias pertinentes para el juicio y fue en ese momento donde el fiscal realizó su petición⁵.

Frente a esta decisión el juez Fulford consideró que el ER le otorgaba un alto grado de seguridad al acusado de los cargos que se le imputaban, entonces si se admitiera una modificación de la tipificación jurídica de los hechos que excediera lo descrito en la confirmación de cargos vulneraría lo dispuesto por el ER.

⁴ CPI, Fiscalía c Lubanga, Decisión sobre la situación ante la SPI de las pruebas presentadas por la SCP, ICC-01 /04-01 /06, 13/12/07, Párrs. 47-50

⁵ HC, Párr. 25.

Además, el ER le otorgo la función a la SCP de verificar los cargos que se le imputan al acusado así como su posible enmienda, según el artículo 61(9) del ER, por ende, este mecanismo fue claramente diseñado para garantizar al acusado que una vez que el proceso esté en etapa de pruebas, que es la fase de juicio, ya no se realicen cambios, adiciones o sustituciones a los cargos previamente confirmados. Entonces, siguiendo estos lineamientos, se tiene que no es posible que la SPI pueda remitir el caso a la SCP para que se realice una nueva audiencia de modificación o alteración de cargos, ya que "después de la apertura del proceso", solo es posible, previa solicitud del fiscal y con la autorización requerida, retirar los cargos⁶.

Con esta interpretación, se establece que una modificación en la tipificación jurídica en el estadio procesal en que se encontraba el proceso, que era el juicio, era violatorio de los derechos del acusado establecidos en el ER, respecto a esto manifestó que:

“El artículo 21(3) impone una obligación a la Sala para aplicar la ley de acuerdo con los instrumentos internacionales derechos humanos reconocidos. El acusado tiene un derecho fundamental bajo el Estatuto de Roma "para ser informado con prontitud y en detalle de la naturaleza, causa y el contenido de la carga”⁷.

Estas garantías procesales reconocidas por el ER, específicamente en el artículo 21(3), consagran que: *“La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”*, siendo así y en este contexto el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales consagra en su artículo 6(3)(a) el derecho al acusado de ser informado de manera detallada y sucinta, en el menor tiempo posible, de los cargos que se le acusan, también en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8(1) se consagran las garantías procesales del acusado, especialmente la de conocer dentro de un plazo razonable de la acusación formal.

⁶ CPI, Fiscalía c. Lubanga, Opinión disidente del Presidente Fulford, ICC-01/04-01/06-2069-Anx1, 17/07/09, Párrs. 19 y 43.

⁷Ibid, Párr. 22.

De hecho, múltiples instrumentos internacionales de D.D.H.H reconocen la importancia de garantizarle al procesado un juicio rápido, certeza en los hechos que se le acusan, oportunidad de estructurar su defensa, así el Pacto Internacional relativo a los derechos civiles y políticos del 16 de diciembre de 1966, en su artículo 14 consagra los estándares mínimos para un proceso equitativo y los derechos de defensa⁸, las garantías procesales esenciales en materia penal como lo es el derecho al acusado de estar informado de la naturaleza y motivos de los cargos imputados así como disponer de un tiempo razonable para preparar su defensa y a un juicio sin dilaciones indebidas⁹.

Entonces, dar aplicación a la norma 55 en este estadio procesal en que nos encontramos sería jurídicamente injusto, puesto que hablamos de un impacto negativo de una modificación de cargos, lo cual a consideración de esta defensa, sería fuertemente penalizado por la equidad del proceso, esto se traduce en que si no se suspende debidamente la audiencia para la confirmación de los nuevos cargos o modificaciones propuestos por el fiscal, como lo dispone la regla 127 del RPP, se estaría ante una nulidad de todas las actuaciones que se realicen hacia el futuro.

Además, esto trascendería de forma adversa a los derechos del acusado, puesto que no se tendría una certeza de los cargos que se imputan al acusado, derivado de la inobservancia de las reglas establecidas por el ER para garantizarle al procesado un juicio expedito, justo e imparcial, lo cual tendría como consecuencia una lesión del derecho de defensa, equidad

⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 14(1): *“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley (...)”*.

⁹ Id, Artículo 14(3): *“Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*

a) A ser informada sin demora, (...) y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa (...);

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;”

del proceso y seguridad jurídica, debido a que ni el acusado ni la defensa tendrían una estrategia de defensa estructurada, lógica y que satisfaga las garantías judiciales del procesado al modificarse la tipificación jurídica de los hechos cada vez que alguno de los intervinientes en el proceso lo considere necesario, lo cual causaría un agravio injustificado en los derechos del acusado¹⁰.

Ahora bien, si la SPI decide aceptar la petición del fiscal en virtud de la norma anteriormente mencionada en la etapa tardía del proceso en que nos encontramos que es la fase de juicio, se tendría que dar aplicación a la regla 128 del RPP, lo cual supondría comenzar de nuevo el proceso, presentar nuevas pruebas, depositar observaciones por cada una de las partes intervinientes en el caso y confirmar cargos, lo cual no es el objetivo en esta etapa de juicio, puesto que se debe velar por un juicio expedito y sin dilataciones, lo cual sería la consecuencia en este caso.

Por los motivos anteriormente expuestos, esta representación legal de la defensa, solicita a la SPI no aceptar la solicitud del fiscal de modificar la tipificación jurídica de los hechos toda vez que: la SPI no es competente para decidir de esta solicitud; No es viable una modificación de cargos en el estadio procesal en que nos encontramos; La aceptación de esta solicitud daría aplicación a la regla 128 del RPP la cual prevé una suspensión del proceso, lo cual implicaría iniciar nuevamente todas las etapas procesales ya agotadas, teniendo como consecuencia una afectación al derecho del acusado a un juicio expedito, además de afectar la celeridad procesal¹¹.

¹⁰ ESCOBAR, F., “los principios de las nulidades procesales”, lo define como: “Quién solicita la nulidad debe probar que el acto tildado de nulo le ocasionó perjuicio cierto e irreparable, que solo puede subsanarse mediante la declaración de nulidad, es decir demostrar cuál es el agravio que le causa el acto irregularmente cumplido y si éste es cierto e irreparable. La regla de este principio es: no hay nulidad sin daño o perjuicio”

¹¹ CONSTENLA, A, “El desarrollo del debido proceso, como garantía procesal, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, [En línea], Revista Judicial, Costa Rica, N° 113, Septiembre 2014. Disponible en: <https://www.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/documentos/revs_juds/Revista%20113/PDFs/10_a_rchivo.pdf> [Consulta: 10.04.2018].

En consecuencia, esta defensa requiere a la SPI XI de la CPI considerar los argumentos antes expuestos así como la interpretación realizada por el Juez Fulford, puesto que debe entenderse la norma 55(2) del RIdCPI como la institución de un proceso indivisible que permite al acusado, debidamente informado de los cargos que se le atribuyen, construir de manera útil su defensa sobre los cargos, es decir, no solo sobre la materialidad de los hechos que se le acusa, sino también en las calificaciones legales que le han sido asignadas, puesto que solo una calificación jurídica precisa permite al acusado estructurar correctamente su estrategia de defensa y garantizar la certeza que este tenga de los cargos por los cuales se le acusa, observando los parámetros establecidos en el ER.

IV.II. Petición de los RLV ante la SPI XI sobre la posible inclusión adicional del cargo de CdLH “otros actos inhumanos” consagrado en el artículo 7(1)(k) del ER.

La defensa estima que la solicitud elevada ante la SPI XI por la RLV para que se incluyera el cargo “otros actos inhumanos” no se encuentra debidamente fundamentada, toda vez que: (i) No se desconoce que las víctimas tengan derecho a participar en los procedimientos ante la CPI, sin embargo no se encuentran legitimadas para realizar peticiones a la SPI XI (ii) Al exceder los hechos y las circunstancias descritos en los cargos es improcedente dicha solicitud y (iii) De la lectura de la norma 55(2) se deduce que se puede “modificar la tipificación jurídica de los hechos”, más no “incluir” un nuevo cargo.

IV.II.I. No se desconoce que las víctimas tengan derecho a participar en los procedimientos ante la CPI, sin embargo no se encuentran legitimadas para realizar peticiones a la SPI XI.

Si bien las víctimas tienen derecho a participar en los procedimientos, tal y como lo establece el ER en sus artículos 15(3)¹² y 68(3)¹³ y las reglas 50(3), 89(1)¹⁴ y 93¹⁵ de las

¹² ER, “(...) Las víctimas podrán presentar observaciones a la Sala de Cuestiones Preliminares, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba”.

RPP, estas normas permiten que las víctimas presenten observaciones u opiniones, según las RPP previa autorización de la sala que corresponda, y teniendo en cuenta las observaciones de las partes intervinientes se decide la procedencia de dicha solicitud de participación, en el caso en concreto, esta defensa observa que el procedimiento anteriormente descrito y establecido en las RPP no fue seguido por la RLV toda vez que elevaron directamente la solicitud ante la SPI XI, desconociendo el procedimiento establecido por las RPP para la participación de las víctimas en los procedimientos.

De la lectura del ER y de las RPP se concluye que la RLV puede elevar observaciones u opiniones ante la respectiva sala más no peticiones o solicitudes, como se pretende en el caso en concreto, lo cual no tiene legitimación alguna en las normas previstas por la CPI para asegurar la participación de las víctimas.

Caso similar discutió la SdACPI en el caso Lubanga donde se decidió la apelación interpuesta por la Fiscalía y la defensa del señor Lubanga, en la cual se solicitaba a la sala que desestimaré la solicitud realizada por la RLV ante la SPI I en la cual se pedía a la sala dar aplicación a la norma 55(2) del RIdCPI, a fin de que se incluyera los crímenes de esclavitud sexual y de otros tratos inhumanos y crueles¹⁶ contenidos en el ER artículos 7(1)(g) y 8(2)(a)(ii) ante esta petición la SPI I concedió la solicitud a la RLV. Frente a esta actuación la defensa interpuso recurso de apelación, considerando que la SPI I había

¹³ Id. “3. La Corte permitirá, en las fases del juicio que considere conveniente, que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas (...) Los representantes legales de las víctimas podrán presentar dichas opiniones y observaciones cuando la Corte lo considere conveniente y de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba”.

¹⁴ Id. “1. Las víctimas, para formular sus opiniones y observaciones, deberán presentar una solicitud escrita al Secretario, que la transmitirá a la Sala que corresponda (...) el Secretario proporcionará una copia de la solicitud al Fiscal y a la defensa (...)”.

¹⁵ Id. “Una Sala podrá recabar observaciones de las víctimas o sus representantes legales que participen con arreglo a las reglas 89 a 91(...)”.

¹⁶ CPI, Fiscalía c Lubanga, Decisión relativa a la demanda de los RLV, ICC-01/04-01 /06, 12/06/09, Párr. 7.

interpretado de manera errada la norma 55(2) y que no procedía dicha solicitud por parte de los RLV¹⁷.

La SdACPI frente a este tema decidió que: *“es al Fiscal quien, de conformidad con el Artículo 54(1) del Estatuto, es responsable de investigar los crímenes de la competencia de la Corte que, de conformidad con el Artículo 61(1) y (3), formula los cargos contra los sospechoso. Otorgar a la Sala de Primera Instancia la facultad de ampliar, por propia iniciativa, el alcance del juicio al incluir hechos y circunstancias que el Fiscal no ha alegado, sería contrario a la división de poderes prevista en el Estatuto”*¹⁸.

Por ende y siguiendo los lineamientos planteados en esta decisión de apelación, la defensa encuentra que la RLV no está legitimada para presentar esta solicitud ante la SPI XI, toda vez que es el fiscal quien está legitimado para presentarla, tal y como lo decidió la SdACPI en el caso Lubanga, similar al que nos encontramos, por lo tanto es improcedente esta solicitud.

V.II.II. La inclusión de un cargo de CdLH de “otros actos inhumanos”, excede los hechos y circunstancias descritos en los cargos.

Este apartado ha sido definido por la CPI como *“violaciones graves del derecho internacional consuetudinario y de los derechos básicos de los derechos humanos, derivados de las normas internacionales de derechos humanos y que gozan de una naturaleza y gravedad similar a los actos que se reflejan en el artículo 7(1)”*¹⁹, con esta definición se establece que esas violaciones deben tener concordancia y gravedad similar con el artículo 7(1) del ER, lo cual en opinión de la defensa no guardan relación toda vez

¹⁷ CPI, Fiscalía c Lubanga, Memorial de apelación de la defensa, ICC-01/04-01 /06, 10/09/09, Párr. 5.

¹⁸ CPI, Fiscalía c Lubanga, Decisión relativa a las apelaciones interpuestas por Lubanga y el Fiscal contra la decisión informando a las partes y a los participantes que la calificación jurídica de los hechos puede ser modificada conforme a la norma 55-2 del Reglamento de la Corte, ICC-01/04-01 /06, 9/12/09, Párr. 94.

¹⁹ CPI, Fiscalía c Katanga y Ngudjolo Chui, Decisión sobre confirmación de cargos, ICC-01/04-01 /07, 30/09/08, Párr.448.

que el señor Supremo en ningún momento ordenó que se causara ningún daño a los refugiados Sámalos, ni tenía un control efectivo de las acciones que ejercieron la policía de frontera ni de los funcionarios de los centros de reclusión, por ende los hechos y circunstancias descritos en el caso no dan lugar a que el elemento de intencionalidad este presente.

Además no guarda relación con la descripción del artículo 7(1)(k) “*que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atente gravemente contra la integridad física o la salud mental o física*” a las víctimas, puesto que no se comprueba la intención ni el conocimiento del Sr. Supremo de cometer esta conducta.

La doctrina ha establecido frente a este apartado que actúa como norma residual contemplando los demás actos inhumanos que podrían cometerse, siempre que sean comparables en la gravedad a las demás conductas del artículo 7(1) del ER²⁰. En este caso, no son equiparables con las demás conductas del artículo 7(1) del ER, toda vez que se encuentra ausente el aspecto externo del hecho y el aspecto interno del mismo, frente al primer aspecto la doctrina ha señalado que “*se determina si el presunto autor ha realizado los elementos materiales de un crimen de derecho internacional (...) Conducta, consecuencias y circunstancias concomitantes constituyen los puntos de referencia del aspecto interno del hecho*”²¹.

Frente al segundo aspecto, se ha establecido que: “*el aspecto interno exige que el autor haya realizado los elementos objetivos del hecho con dolo, es decir, con conocimiento y voluntad*”²², en este caso el Sr. Supremo no tenía el conocimiento de lo que estaba pasando en los centros de reclusión con los refugiados Sámalos, además de que no recibía ningún tipo de informe sobre la situación de estas personas, sino que eran el ministro del Interior,

²⁰ BASSIOUNI, M., Cherif. 2011. Crimes against humanity: historical evolution and contemporary application. Nueva York, Cambridge University Press, P. 411.

²¹ Werle, G. Tratado de derecho penal internacional. Valencia, 2011. P. 248.

²² Id, P.250.

Sr. Leal, y el Ministro de Defensa, Sr. Pérez quienes recibían informes periódicos de los centros de reclusión donde se encontraban los refugiados²³, además de que las decisiones diarias de peso sobre los refugiados en las prisiones las tomaban los funcionarios de cada centro de reclusión²⁴.

En consecuencia, esta defensa desestima la inclusión de este cargo de “otros actos inhumanos”, excede los hechos y circunstancias descritos en los cargos, toda vez que el Sr Supremo no tuvo la intención ni conocimiento de cometer estos tratos a los refugiados Sámalos, además nunca se le informó de esta situación, por lo tanto, este cargo no guarda relación con el elemento de intencionalidad que se requiere para la configuración de este crimen.

V.II.II. La norma 55(2) del RIdCPI no permite incluir otros cargos adicionales que no estén en la confirmación de cargos.

La facultad otorgada a los jueces de modificar²⁵ la tipificación jurídica de los hechos consagrada en la norma 55 del RIdCPI²⁶, está limitada a la posibilidad de sustituir el delito confirmado por la sala, por un delito menor o mayor incluido en dicha confirmación y por lo tanto, cualquier otra forma de recalificación requiere una modificación de la acusación formal realizada por el fiscal.

Es de vital importancia que para preservar los derechos del acusado, se respeten las disposiciones de la norma 55 en sus numerales 2 y 3, con el fin de que la modificación de los hechos no perjudique la imparcialidad del juicio. De la lectura de la norma, se deduce

²³ RPA N°8.

²⁴ RPA N°5.

²⁵ La RAE ha definido modificar como: “Transformar o cambiar algo mudando alguna de sus características”. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=PUctmue>. Diferente al término “incluir o adicionar” entendido por la RAE como: “Hacer o poner adiciones”, el cual extralimita una modificación. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=LFNhnwF>.

²⁶ RIdCPI norma 55 1. “En su fallo conforme al artículo 74, la Sala podrá modificar la tipificación jurídica de los hechos” (subrayado fuera del texto), más no incluir o adicionar un cargo adicional como pretende hacer valer la RLV.

que esta no permite incluir otros cargos diferentes a los que figuran en la decisión de confirmación de cargos. La regla 55 no confiere en ningún caso a la SPI el poder de examinar y de conservar contra el acusado, hechos o modificaciones de las cuales el acusado no ha tenido la oportunidad de contradecir²⁷.

Así, la SdACPI manifestó en la decisión anteriormente mencionada que *“El historial de redacción del párrafo 2 del Artículo 74 también confirma que la aplicación de la Norma 55 debe limitarse a los hechos y circunstancias descritos en los cargos y cambios realizados a ellos”*²⁸

Precisamente, la regla 55(2) permite a la sala "modificar la tipificación jurídica de los hechos", es decir, bajo ciertas condiciones, se da la posibilidad de sustituir la calificación aprobada en primer lugar por la SCP en la decisión de cargos, por ende, el objetivo de haberle otorgado esta facultad a la SPI es para garantizar que los hechos mencionados en la Decisión de confirmación de cargos “concuermen con los crímenes previstos en los artículos 6,7 o 8”²⁹, para evitar un simple error de calificación que pueda dar lugar a la invalidación de los actuaciones que se surtan en el futuro, en este caso la oportunidad procesal para la inclusión de un nuevo cargo era ante la SCP quien es la facultada de confirmar los cargos, modificarlos o sustituirlos por otros antes de iniciar la etapa procesal, por ende se concluye que la etapa procesal precluyó y no se admiten sustituciones en este estadio procesal.

En conclusión, la norma 55 del ER no permite “incluir” nuevos cargos, sino modificarlos, debido a que la etapa procesal pertinente para realizar dicha solicitud era ante la SCP en etapa previa al juicio, lo cual no es el estadio procesal que nos encontramos, que es la etapa de juicio, así una interpretación errada de esta norma tendría como consecuencia una vulneración a los derechos del acusado reconocidos por el ER.

²⁷ CPI, Fiscalía c Lubanga, Opinión disidente del Presidente Fulford, ICC-01/04-01/06-2069-Anx1, Párr. 29 y 45.

²⁸ CPI, Fiscalía c Lubanga, Decisión sobre las apelaciones de Lubanga y el Fiscal, ICC-01 /04-01 /06-2205, 8/12/09, Párr. 91.

²⁹ RIcCPI, Artículo 55(1).

Por los motivos anteriormente expuestos, esta defensa considera que se debe desestimar la solicitud de inclusión del cargo “otros actos inhumanos” contenido en el artículo 7(1)(k) del ER, toda vez que: 1. La RLV no se encuentra legitimada para elevar esta solicitud ante la SPI XI, debido a que según el ER y las RPP, las víctimas por medio de sus RLV solo pueden elevar opiniones u observaciones siguiendo los procedimientos establecidos por las RPP, por lo tanto, corresponde al Fiscal esta facultad, de lo contrario se atentaría contra el equilibrio de poderes establecido en el ER; 2. La inclusión de este cargos “otros actos inhumanos” excede los hechos y circunstancias descritos en la confirmación de cargos, debido a que no se encuentra probado el elemento de intencionalidad ni de conocimiento por parte del señor Supremo en la comisión de esta conducta; y 3. Se concluye que la regla 55(2) no admite una inclusión de un nuevo cargo adicional, toda vez que la oportunidad procesal era en la fase previa al juicio ante la SCP y no ante la SPI en la etapa que nos encontramos que es la fase de juicio, de lo cual se concluye que dicha fase precluyó.

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

Conforme a la petición interpuesta por la Fiscalía ante la SPI XI para la emisión de la notificación prevista en la norma 55(2) del RIdCPI, con el fin de que pudiera eventualmente modificarse la tipificación jurídica de los hechos contenidos en la decisión de confirmación de cargos, a fin de recoger la posible responsabilidad del Sr. Supremo a título de superior jerárquico conforme al artículo 28 del ER, la defensa estima que los hechos no dan lugar a la responsabilidad del acusado ni a título de superior jerárquico estipulada en el artículo 28 del ER toda vez que la situación fáctica descrita en el caso no cumple con los requisitos establecidos para este modo de responsabilidad, ni da lugar a la responsabilidad del acusado por coautoría por omisión contenida en el artículo 25(3)(a) del ER.

IV.III.I. Los hechos del caso no dan lugar a configurar una responsabilidad del superior jerárquico contenida en el artículo 28 del ER.

La figura de responsabilidad del superior ha sido definida por la doctrina como “una creación jurídica originaria de derecho penal internacional”³⁰, donde el superior jerárquico responde penalmente por los crímenes de derecho internacional cometidos por los subordinados. El ER recoge este modo de responsabilidad en su artículo 28 disponiendo que “además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto”, es decir, diferentes a los modos de responsabilidad contemplados en el artículo 25(2) y (3) del ER.

Siendo así, esta figura no es un crimen específico de omisión³¹, debido a que el superior es responsable de los crímenes cometidos por sus subordinados, pero en un grado inferior que aquellos que lo cometen como autores³², es decir, estaríamos ante una atenuación de la punibilidad del crimen.

Así, el artículo 28 de ER ha establecido que este modo de responsabilidad del superior jerárquico puede darse de acuerdo a dos tipos de superiores:

1. El literal A refiere al “*jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar*”, lo cual implica como diferencia primordial que recae sobre el elemento subjetivo, el “*means rea*” puesto que al superior jerárquico militar se le exige el conocimiento de las actuaciones de sus subordinados según las “*circunstancias del momento*” y él “*hubiere sabido o hubiere debido saber*”.
2. El literal B refiere al superior jerárquico “civil”, al cual se le exige “*hubiere sabido o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo o se proponían cometer esos crímenes*”, por lo que se evidencia un requerimiento de conocimiento diferente.

³⁰ AMBOS, K., La parte general de un derecho penal internacional, Ed. Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. P. 296.

³¹ WERLE, G., Tratado de derecho penal internacional. Valencia, 2011. P. 315.

³² *Ibid.*

Con esta diferenciación que realiza el ER, se tiene que los dirigentes militares, contemplados en el literal A, son personas que dentro de una organización militar tienen poder de mando efectivo, englobando no solo a las fuerzas armadas, sino también a las milicias armadas, las unidades especiales irregulares y las empresas privadas militares³³. Respecto del superior civil, se aplica esta disposición a los superiores que dispongan, dentro de una estructura jerárquica no militar, de una facultad de control similar a la de las organizaciones militares³⁴.

Como se describe en el ER el elemento básico de la imputación penal en este caso es la existencia de una relación superior-subordinado, en la cual existe un control efectivo del superior sobre el subordinado. En el presente caso el Sr. Supremo es el comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, según los HC párrafo 3 y no un superior civil, por lo que se le estaría atribuyendo la responsabilidad del literal A del artículo 28 del ER.

IV.III.II. El Sr. Supremo pese a ser comandante y Jefe de las Fuerzas militares de Campomarino no cumple con los requisitos objetivos para la configuración del modo de responsabilidad por el jefe militar del literal A del artículo 28 del ER.

La jurisprudencia de la CPI ha fijado los elementos objetivos de este tipo de responsabilidad que el acusado debe cumplir, los cuales son: I. Los delitos dentro de la jurisdicción de la Corte deben haber sido cometidos por las fuerzas; II. Debe haber sido un comandante militar o una persona actuando efectivamente como un comandante militar; III. Debe haber tenido un comando y control efectivo, o efectivo autoridad y control sobre las fuerzas que cometieron los crímenes; IV Sabía o, debido a las circunstancias en ese momento, debería haber sabido que las fuerzas estaban cometiendo o a punto de cometer tales crímenes o como se describe en el responsable civil, deliberadamente hubiere hecho caso omiso a la información que indicase claramente que los subordinados estaban

³³Id, p.318.

³⁴Ibid.

cometiendo esos crímenes; V. Debe haber fallado en tomar todas las medidas necesarias y razonables medidas a su alcance para prevenir o reprimir la comisión de tales crímenes o someter el asunto a las autoridades competentes para investigación y enjuiciamiento; VI. Los crímenes cometidos por las fuerzas deben haber sido un resultado del fracaso del acusado para ejercer control apropiadamente sobre ellos³⁵.

Respecto del primer elemento la CPI observa la competencia que la misma tiene para conocer sobre los crímenes cometidos en un determinado contexto y por tanto redonda que estos puedan imputarse al responsable, conforme a los delitos estipulados en el ER.

Conforme al segundo elemento se afirma que el comandante militar es aquel que es formal o legalmente designado para llevar a cabo una función de mando militar, lo que normalmente se refiere a fuerzas armadas regulares de un estado que militan bajo una reglas y procedimientos establecidos, pero este término también se extiende a personas nombradas como comandantes militares de fuerzas no regulares con reglas y procedimientos establecidos³⁶. A su vez también, la noción de un comandante militar en virtud de esta disposición también capta aquellas situaciones en las que el superior no realiza exclusivamente un servicio militar³⁷.

³⁵ CPI, Fiscalía c Bemba, Sentencia conforme al artículo 74 del ER, ICC-01/05-01/08, 21/03/12, Párr.394.

³⁶ Id, Párr. 176

³⁷ CPI, Fiscalía c Bemba, Decisión de confirmación de cargos. ICC-01/05-01/08, 15/06/09, Párr. 408 “Este es el caso en algunos países donde un jefe de estado es el comandante en jefe de las fuerzas armadas fuerzas (comandante de jure), y aunque la persona no lleva a cabo un deber militar en un manera exclusiva (también una especie de comandante cuasi de facto), esa persona puede ser responsable de crímenes cometido por sus fuerzas (es decir, miembros de las fuerzas armadas)”.

El tercer elemento obedece a que el comandante militar tiene que tener el “comando y control efectivo” o “la autoridad y control efectivo”³⁸, la distinción entre comando y autoridad no tiene un efecto especial en el nivel requerido de controlar por el ER³⁹.

Respecto a ese “comando y control efectivo” la CPI en el caso Bemba se establecen factores para delimitar lo que corresponde al comando efectivo, los cuales son: (i) la posición oficial del sospechoso; (ii) su poder para emitir o dar órdenes; (iii) la capacidad de garantizar el cumplimiento de las órdenes emitidas (iv) su posición dentro del ejército estructura y las tareas reales que llevó a cabo; (v) la capacidad de ordenar fuerzas o unidades bajo su mando, ya sea bajo su mando inmediato o en un nivel inferior niveles, para participar en hostilidades; (vi) la capacidad de reordenar unidades o hacer cambios en la estructura del comando; (vii) el poder de promover, reemplazar, eliminar o disciplinar a cualquier miembro de las fuerzas; y (viii) la autoridad para enviar fuerzas donde las hostilidades tienen lugar y los retiran en cualquier momento⁴⁰.

Esto evidencia que no solo se requiere la posición de mando de una persona frente a un grupo, ya sea militar o no, sino que se debe analizar si esa persona tenía el control efectivo de ese grupo militar o no, para que se configure este tipo de responsabilidad del superior jerárquico respecto de sus subordinados⁴¹.

Frente a este elemento en el caso en concreto el Sr Supremo si bien ostentaba la posición de mando según lo dispone la Constitución de Campomarino⁴², este no tenía el control efectivo, ni la autoridad sobre las fuerzas, puesto que la potestad de tomar órdenes frente a

³⁸ CPI, Fiscalía c Bemba, Sentencia conforme al artículo 74 del ER, ICC-01/05-01/08, 21/03/12, Párr.180 “el término comando” se define como “autoridad, especialmente sobre las fuerzas armadas”, y la expresión “autoridad” se refiere al “Poder o derecho a dar órdenes y hacer cumplir la obediencia”.

³⁹ CPI, Fiscalía c Bemba, Decisión de confirmación de cargos, ICC-01/05-01/08, 15/06/09, Párr. 412

⁴⁰ Id, Párr. 188.

⁴¹ CPI, Fiscalía c Bemba, Sentencia conforme al artículo 74 del ER, ICC-01/05-01/08, 21/03/12, Párr.189.

⁴² HC, Párr. 3.

los refugiados Sámalos había sido delegada a los ministros Leal y Pérez, quienes impartieron las ordenes a la policía de frontera sobre la detención de los refugiados, como se establece en los HC⁴³, además el Sr. Supremo en ningún momento ordenó que se diera un trato cruel o inhumano a los refugiados Sámalos ni requirió que se les encarcelará, esto se dio por las órdenes impartidas por los ministros Leal y Pérez, más no por el procesado.

El cuarto elemento refiere al elemento subjetivo de esta responsabilidad en el cual se establecen dos diferentes requisitos en el superior jerárquico militar y en el superior jerárquico civil, puesto que para el superior militar se ve él “hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber” que está establecido en el artículo 28(a)(I) del ER. Esto exige un grado de objetivación, y un deber jurídico hacía el superior jerárquico militar; mientras que para el superior jerárquico civil, existe el término “hubiere tenido conocimiento” o “deliberadamente hubiere hecho caso omiso a la información que expresara la comisión de los delitos” lo cual está establecido en el artículo 28(b)(i) del ER.

El conocimiento que debe tener el superior debe ser certero, no se puede suponer, este debe estar basado en la evidencia⁴⁴, de lo contrario se estaría basando en la probabilidad que el superior tuviese de conocer las circunstancias, lo cual es violatorio del principio de culpabilidad⁴⁵.

El quinto elemento es el haber fallado en tomar todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir la comisión de tales crímenes o someter el asunto a las autoridades competentes para investigación y enjuiciamiento, acerca de este elemento la jurisprudencia ha distinguido entre las medidas necesarias, las cuales son las apropiadas para que el comandante pueda cumplir su obligación, de las razonables, que se miran a partir del poder material que tenía el comandante sobre sus fuerzas en el caso en concreto.

⁴³ HC, Párr. 11.

⁴⁴ CPI, Fiscalía c Bemba, Sentencia conforme al artículo 74 del ER, ICC-01/05-01/08, 21/03/12, Párr. 191.

⁴⁵ AMBOS, K y ONTIVERO, A., Autoría y participación responsabilidad del superior en el derecho penal internacional, Editorial Flores.

Frente a las medidas necesarias no se evidencia que el Sr. Supremo no las haya tomado ya que no se hace explícito por medio de ninguna prueba la omisión de este, y en virtud de la aplicación del principio general del derecho establecido en el Artículo 22(2) del ER “en caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena”, por lo que en caso de duda esta también debe resolverse en favor del investigado.

El sexto elemento se encuentra que los crímenes cometidos por las fuerzas deben haber sido un resultado del fracaso del acusado para ejercer control apropiadamente sobre ellos. En este elemento se mira el nexo causal entre los delitos cometidos por las fuerzas y la acción u omisión del comandante, para que los mismos se puedan desarrollar, por ello, este requisito se confirma cuando se pueda establecer que: los crímenes no se habrían cometido, en las circunstancias en que fueron, si el comandante hubiese ejercido el control correctamente, o el comandante al ejercer el control adecuadamente habría evitado los crímenes⁴⁶. Claro que de esta evaluación surge la necesidad de realizar un juicio hipotético, el cual se mira ex- post.

Es de recalcar que es un principio fundamental del derecho penal que no se debe encontrar a una persona penalmente responsable individualmente por un delito en ausencia de alguna forma de nexo personal. Con eso no se requiere el establecimiento de "sino por "causalidad entre la omisión del comandante y los crímenes cometidos"⁴⁷, lo que en el presente caso no es dado inferir, pues hubo ausencia de nexo de causalidad entre las presuntas omisiones de el Sr. Supremo y los delitos cometidos por los subordinados.

⁴⁶ CPI, Fiscalía c Bemba, Sentencia conforme al artículo 74 del ER, ICC-01/05-01/08, 21/03/12, Párr. 210, 212-213.

⁴⁷Id, Párr. 211

En el caso en concreto, se evidencia que las medidas contra los refugiados Sámalos se venían realizando antes de que el Sr. Supremo asumiera la presidencia⁴⁸, por lo que el ánimo de tomar represiones sobre los Sámalos no deviene del Sr. Supremo, lo cual indica que las medidas que hubiese tomado serían ineficaces aun cuando estas se hubiesen aplicado, pues los soldados y policías de Campomarino, así como los jueces y magistrados tenían la opción moral de escoger la protección de los refugiados y aun teniéndola eligieron optar por el sentimiento egoísta de la exclusión Sámala.

IV.III.III. Al no tener un control efectivo sobre la policía de frontera, derivado del desconocimiento de estas órdenes emitidas por los ministros Leal y Pérez, no se configura una responsabilidad del superior jerárquico del artículo 28 del ER, toda vez que el elemento de intención y de conocimiento se encuentra ausente.

De conformidad con el artículo 28 del ER, sólo se puede hacer responsable al superior de los crímenes cometidos por el subordinado cuando tuvo conocimiento de ello o al menos debió tenerlo.

Frente a esta disposición, la defensa sostiene que el Sr Supremo no tenía conocimiento de los crímenes cometidos por la fuerza policiva y militar, por ende no se configura el elemento de intencionalidad del artículo 30 del ER. Incluso, si el Sr Supremo hubiese tenido el conocimiento de las circunstancias de los Sámalos, no tenía el control sobre la fuerza policiva y militar, ya que como se evidencio, el decreto no fue aplicado directamente por el Sr Supremo, sino que los ministros a los que se les delegó el mando aplicaron las medidas represivas, sin la aprobación expresa del Sr Supremo, excedieron su función en un acto de rebeldía, al emitir las órdenes de detención y privación de libertad que no estaban contenidas en el Decreto.

En consecuencia, la defensa encuentra que el acusado no conocía las situaciones fácticas de los emigrantes Sámalos en la República de Campomarino, debido a que no se le

⁴⁸ RPA N°10.

enviaban informes, distinto a la posición de los ministros Leal y Pérez, entonces el Sr. Supremo no se encontraba en la capacidad de emitir órdenes para evitar la materialización de los delitos, como tampoco tenía el mando sobre las fuerzas ya que este se delegó a los ministros lo cual revela la existencia de otra autoridad.

Además, aunque el Sr. Supremo hubiese conocido las circunstancias el emitir órdenes no tendría efecto, ya que como refleja los actos de rebeldía de los ministros Lota y Pérez de aplicar medidas sin el consentimiento del Sr. Supremo, lo cual implica una desatención a las órdenes de la autoridad del Sr. Supremo y como consecuencia no había manera de que se materializaran las medidas encaminadas a detener el trato hacia los refugiados, por lo que de haberse emitido medidas, estas hubiesen estado destinadas al fracaso, todo esto refleja una cadena de mando débil que limitaba y reducía la autoridad del Sr. Supremo frente a sus subordinados.

La defensa repara que de los HC y con base a los argumentos anteriormente mencionados, es posible concluir que el Sr Supremo no tenía el conocimiento de que estos crímenes iban a cometerse toda vez que en ningún momento se dio una orden específica a la detención y privación de la libertad de los refugiados Sámalos, el Decreto sólo disponía su no ingreso a Campomarino más no las actuaciones desplegadas por la policía de frontera y los funcionarios de los centros de detención, así que no es posible concluir que el Sr. Supremo *“deliberadamente hubiera hecho caso omiso a la información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes”*, toda vez que nunca se le informó de estos actos ni por los funcionarios de los centros de reclusión, ni por la policía de frontera ni por los ministros Pérez y Leal, quienes emitieron estas órdenes de detención y privación de la libertad en centros de reclusión además de que recibían informes periódicos de estos sitios por parte de los respectivos funcionarios.

En conclusión, la defensa considera que de los HC es posible inferir, que el Sr Supremo no fallo en tomar esas medidas necesarias para prevenir la comisión de estos crímenes ni se dieron estos como resultado del fracaso del acusado para ejercer control apropiadamente

sobre ellos, puesto que no conocía de la situación que se estaba presentando con los refugiados, ni tenía conocimiento de que estaban siendo privados de su libertad ni sometidos a ciertos tratos inhumanos por parte de la policía de frontera y por los funcionarios de los centros de reclusión, por ende no había un control efectivo sobre estos grupos lo cual demuestra la falta de los elementos de intención y de conocimiento necesarios para la configuración de este modo de responsabilidad.

IV.III.IV. Los hechos del caso tampoco dan lugar a configurar una coautoría por omisión contenida en el artículo 25(3)(a) del ER.

El ER consagra en su artículo 25(3) la forma de comisión del crimen a título de autoría, una de esas formas es la comisión conjunta, donde varias personas participan en el delito. Los elementos básicos de este tipo de comisión han sido desarrollados especialmente por la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia⁴⁹. La jurisprudencia de este tribunal fundamenta este tipo de responsabilidad en los distintos aportes al hecho de los intervinientes en una “empresa criminal conjunta”⁵⁰.

El punto clave de esa “empresa criminal conjunta” es el acuerdo entre las partes, el cual es necesario para la imputación recíproca de los distintos aportes, destinado a la comisión conjunta de uno o varios crímenes de derecho internacional⁵¹. Respecto al aporte al hecho que debe ser llevada a cada por cada uno de los intervinientes, debe constituirse de un tal

⁴⁹ TPIY, sentencia de 15 de julio de 1999 (Tadic), Párr.194 y ss.; TPIY, sentencia 29 de noviembre de 2009(Vasiljevic), Párr.63 y ss.

⁵⁰ TPIY, sentencia de 29 de noviembre de 2002 (Vasiljevic) Párr.67: “todos los participantes en una empresa criminal son igualmente culpables de la comisión del crimen independientemente de la parte que desempeña cada uno en su comisión”.

⁵¹ TPIY, sentencia de 15 de julio de 1999 (Tadic), Párr.188; TPIY, sentencia de 14 de enero de 2000 (Kupreskic), Párr.772: “la coperpetración requiere una pluralidad de personas, la existencia de un plan, diseño o propósito común que equivalga o implique la comisión de un delito previsto en la estatuto y la participación del acusado en el diseño común”.

grado de importancia a la comisión del crimen, es decir que sea un aporte esencial, para que pueda imputarse una responsabilidad a título de autoría⁵².

Precisamente, la CPI ha entendido que el criterio clave de la comisión conjunta como una de las formas de autoría consagrada en el artículo 25(3)(a) del ER es el concepto de dominio, puesto que ese “dominio” exige que cada uno de los coautores pueda frustrar la comisión conjunta del crimen sino lleva a cabo su aportación, por ende y para la SCP la comisión conjunta requiere una contribución esencial⁵³.

En conclusión existen dos requisitos que se deben cumplir para imputar una responsabilidad a título de coautoría según el artículo 25(3) del ER, los cuales son: 1. Existencia de un acuerdo o plan común entre dos o más personas que, de ser llevado a cabo, conllevará a la comisión de un crimen; y 2. que el sujeto activo realizara una contribución esencial al hecho de manera coordinada con el resto de coautores⁵⁴.

La CPI, frente a estos elementos de coautoría, específicamente a la establecida en el artículo 25(3)(a) del ER, que es “la comisión a través de otro”, en el caso Katanga la SCP I, se basó por primera vez en la figura de la autoría mediata a través del dominio sobre una organización jerárquica⁵⁵, estableciendo los siguientes requisitos para afirmar que existe un dominio sobre la organización jerárquica a saber: que el acusado y el ejecutor directo deben operar dentro de la estructura jerárquica de un aparato organizado de poder⁵⁶, que

⁵² Werle, G., Tratado de derecho penal internacional. Valencia, 2011. P. 298.

⁵³ CPI, Fiscalía c Lubanga, Decisión de confirmación de cargos, ICC-01/04-01/06, 29/01/07, Párrs. 332 y 346.

⁵⁴ Id, Párrs. 343-348.

⁵⁵ CPI, Fiscalía c Katanga, Decisión de confirmación de cargos, ICC-01/04-01/07, 30/09/08, Párrs. 494 y ss.

⁵⁶ Id, Párrs. 511 y ss.

ese aparato organizado y jerárquico debe hacer posible que los superiores se aseguren la comisión de los crímenes⁵⁷.

Respecto del caso, se ha de recalcar, que el Sr. Supremo no realizó ninguna contribución esencial sobre los HC, puesto que tampoco se tenía conocimiento de un plan criminal, por lo anterior el Sr. Supremo no podía por medio de acciones concretar un rol especial para que se cometieran los crímenes. Tampoco se puede comprobar ex post que el Sr. Supremo tuviese un acuerdo implícito con los ministros, ya que él tampoco tenía un dominio funcional sobre los hechos como para que se le diera la capacidad de interrumpirlos, con un rol que se le diese dentro de un plan común, que no se tenía conocimiento, por ende no se cumple con el requisito del plan común ni del aporte esencial, desvirtuando así la responsabilidad de coautor.

En cuanto al aspecto interno, este tipo de autoría requiere que el acusado reúna personalmente todos los elementos subjetivos que se exijan por el crimen, incluidas las intenciones específicas⁵⁸, aparte de conocer las circunstancias fácticas que le permiten dominar la comisión del crimen a través de otra persona⁵⁹.

Entonces, son tres los elementos del tipo subjetivo de la coautoría por dominio funcional del hecho: 1. que el sujeto activo tenga los elementos del tipo subjetivo del crimen en cuestión; 2. que los coautores sean mutuamente conscientes y acepten mutuamente que la implementación de su plan común puede conllevar la realización de los elementos del tipo

⁵⁷ Id, Párrs. 515 y ss.

⁵⁸ Id, Párrs. 527.

⁵⁹ Id, Párrs. 538.

objetivo del crimen; y 3. que el sujeto activo sea consciente de las circunstancias fácticas que le permiten co-dominar el hecho⁶⁰.

En el caso en concreto, se evidencia que el Sr. Supremo no tenía el elemento de intencionalidad que requiere la estructuración del dolo ya que, sus acciones no tenían por finalidad, causar ninguna clase de delitos contra los refugiados al expedir el Decreto 76/13. Por lo que al acusado no se le puede estructurar una imputación a base de un elemento mental que no se encontraba completo fácticamente.

El segundo elemento subjetivo trata sobre la conciencia mutua del delito en cuanto el elemento de criminalidad del plan común⁶¹, en el cual, con el acuerdo previo de el plan común y el reparto de las contribuciones de cada coautor, todos ellos son plenamente conscientes de las consecuencias que lleva a cabo la ejecución del plan, además de tener el pleno conocimiento y la conciencia de el plan común, deben tener también el conocimiento del elemento de criminalidad de el plan. Este elemento es de vital importancia ya que el coautor debe compartir el propósito de realizar su contribución para cometer el delito imputado y es lo que legitima para imputar la conducta realizada a cada uno de los coautores y que sean considerados como autores del delito.⁶²

Frente al caso en concreto, no se tenía el ánimo, ni el conocimiento del plan común, ni mucho menos el conocimiento del elemento de criminalidad del plan común, en el cual el Sr. Supremo no estaba incluido.

⁶⁰ CPI, Fiscalía c Lubanga, Decisión de confirmación de cargos, ICC- 01/04-01/06, 29/06/07, Párrs. 349-367; CPI, Fiscalía c Katanga, Decisión de confirmación, ICC-01/04-01/07, 30/09/08, Párrs. 527-539; CPI, Fiscalía c Lubanga, Sentencia de primera instancia, Párrs. 980-1016.

⁶¹ CPI, Fiscalía c Bemba, Decisión de confirmación de cargos conforme al artículo 61 (7) (a) y (b) ICC-01/05-01/08-424, 15/06/09, Párr. 370.

⁶² CPI, Fiscalía c Lubanga, Decisión de confirmación de cargos conforme el artículo 61 (7) (a) y (b) ER, ICC- 01/04-01/06, 29/06/07, Párr. 362.

El último elemento subjetivo de la coautoría es el conocimiento de las circunstancias fácticas que permiten dominar funcionalmente el hecho punible⁶³. Principalmente este elemento requiere que el coautor tenga la conciencia de que su función es esencial para la realización del plan común y; que tenga la capacidad en razón de su aporte esencial de frustrar la ejecución del plan común y la ejecución consecuente de los delitos⁶⁴. Basándose en lo anterior el Sr. Supremo no tenía la conciencia de su contribución en un plan común en primer lugar porque no conocía que se estuviese llevando a cabo un plan, segundo porque no tenía el dominio sobre el hecho, ya que no conocía las circunstancias que estaban llevando a cabo en las prisiones de la república de Campomarino, en tercer lugar porque no hubo un aporte esencial y por consiguiente tampoco tenía la posibilidad de frustrar el cometimiento de los crímenes.

Por ende, la defensa estima que teniendo en cuenta los requisitos anteriormente mencionados y siguiendo la jurisprudencia de la CPI no se configura este tipo de responsabilidad toda vez que: (i) no es posible imputar una coautoría por omisión, puesto que como se analizó este tipo de responsabilidad requiere un actuar activo y no omisivo, (ii) se requiere de un acuerdo común o empresa criminal, lo cual en los hechos del caso se comprueba que el señor Supremo no participó en la toma de decisiones sobre la detención de los refugiados Sámalos, sino que fueron los ministros Pérez Lota y Leal quienes emitieron las órdenes a la policía de frontera de detención, (iii) no hubo un aporte esencial de parte del acusado para la contribución de “ese plan común” entre los ministros Pérez Lota y Leal, (iv) hay ausencia del elemento subjetivo del crimen, a saber dolo, toda vez que el Sr. Supremo no tuvo ni el conocimiento ni la intención de realizar estos crímenes, puesto que no participó en la toma de decisiones ni tuvo conocimiento de las órdenes impartidas por los ministros.

⁶³ CPI Fiscalía c Bemba, Decisión de confirmación de cargos conforme al artículo 61 (7) (a) y (b), ICC-01/05-01/08-424, 15/06/09, Párr. 366.

⁶⁴ CPI, Fiscalía c Lubanga, Decisión de confirmación de cargos conforme el artículo 61 (7) (a) y (b) ER, ICC-01/04-01/06, 29/06/07, Párr. 367

V. PETITORIO.

En virtud a lo anterior la defensa, solicita a la Honorable la SPI XI que respecto a la emisión de la notificación establecida en la norma 55(2) del RIdCPI:

- I. No se acepte la solicitud realizada por el fiscal ante la sala para recoger la posible responsabilidad del Sr. Supremo a título de superior jerárquico conforme al artículo 28 del ER.
- II. Se declare la improcedencia de la petición de la RLV, respecto de la inclusión adicional del cargo “otros actos inhumanos” del artículo 7(1)(k) del ER.
- III. Se absuelva al Sr. Supremo de toda responsabilidad, al no hallarse acreditados los elementos de una coautoría por omisión contenida en el artículo 25(3)(a), ni los elementos del superior jerárquico contenidos en el artículo 28 del ER.

VI. BIBLIOGRAFÍA

VI.I. Jurisprudencia:

VI.I.I CPI:

Caso Fiscalía c Lubanga:

SCP:

“Decisión sobre la confirmación de cargos”, ICC-01/04-01/06-803, 29.01.2007.

SPI I:

“Decisión sobre la situación ante la SPI de las pruebas presentadas por la SCP y las decisiones de la SCP en los procedimientos judiciales, y la forma en que se presentarán las pruebas”, ICC-01 /04-01/06, 13/12/07.

“Sentencia conforme al artículo 74 del estatuto”, ICC-01/04-01/06-2842, 14.03.2012.

“Opinión disidente del Presidente Fulford”, ICC-01/04-01/06-2069-Anx1, 17/07/09.

“Solicitud conjunta de los RLV para la aplicación del procedimiento de conformidad con el artículo 55 del Reglamento de la Corte” ICC-01/04-01 /06. 22/05/09.

“Memorial de apelación de la defensa”, ICC-01/04-01 /06. 10/09/09.

SAdCPI:

Decisión relativa a las apelaciones interpuestas por Thomas Lubanga Dyilo y el Fiscal contra la decisión informando a las partes y a los participantes que la calificación jurídica de los hechos puede ser modificada conforme a la norma 55-2 del RIdCPI. ICC-01/04-01 /06. 9/12/09

Caso Fiscalía c. Katanga:

SCP:

“Decisión sobre confirmación de cargos”. ICC-01/04-01. /07 30/09/08.

Caso Fiscalía c Bemba:

SCP:

“Decisión de confirmación de cargos”. ICC-01/05-01/08. 15/06/09.

SPI:

VI.I.II. TPIY:

Caso Fiscalía c Tadic. Sentencia de 15 de julio de 1999.

Caso Fiscalía c Vasiljevic. Sentencia de 29 de noviembre de 2002.

Caso Fiscalía c Kupreskic. Sentencia de 14 de enero de 2000.

VI.II. Doctrina:

AMBOS, K., “La parte general de un derecho penal internacional”. 2005.

AMBOS, K y ONTIVERO, A., Autoría y participación responsabilidad del superior en el derecho penal internacional, Editorial Flores.

ESCÓBAR KLOSE, F., “los principios de las nulidades procesales”. Análisis legal semanal n°94.

PÉREZ LUÑO, A., “Seguridad jurídica”, en El derecho y la justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Ed. Trotta. Madrid. 1996

WERLE, G., Tratado de derecho penal internacional. Valencia, 2011.

CONSTENLA, A., “El desarrollo del debido proceso, como garantía procesal, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, [En línea], Revista Judicial, Costa Rica, N° 113, Septiembre 2014. Disponible en: <https://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/documentos/revs_juds/Revista%20113/PDFs/10_archivo.pdf> [Consulta: 10.04.2018].