

**CONCURSO DIP Y JT SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PENAL Y JUSTICIA
TRANSICIONAL**

MEMORIAL DE LA DEFENSA DEL ESTADO DE PUERTO MADEIRA

EQUIPO No. 04

I EDICIÓN.

AÑO 2018

SITUACIÓN EN EL ESTADO DE PUERTO MADEIRA

No. ICC-029-001-1820

MEMORIAL DEFENSA DEL ESTADO DE PUERTO MADEIRA.

Equipo No. 04

SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES II

SITUACIÓN EN EL ESTADO DE PUERTO MADEIRA

Documento Público

Audiencia sobre el artículo 15.3

TABLA DE CONTENIDO

I. ABREVIATURAS.....	6
II. ESTABLECIMIENTO DE LOS HECHOS.....	7
III. CUESTIONES JURÍDICAS A ABORDAR.....	10
IV. ARGUMENTOS ESCRITOS.....	10
1. a) El Sistema Penal Especial para Crímenes Internacionales de la RPM recoge la figura de la responsabilidad del superior tal y como se desarrolla en el artículo 28 del ECPI.....	10
1. a.1. El SPECI contempla en su totalidad el artículo 28 del ECPI.	10
1. a.2. No hay un deber internacional absoluto de adecuar las normas nacionales o de Justicia Transicional al esquema de imputación de responsabilidad del superior del ER.....	12
1. a.3. Las medidas tomadas por el SJTRPM son internacionalmente permitidas y están en consonancia con los deberes internacionales asumidos por la RPM .	13
1. a.4. Conclusiones de la cuestión jurídica.....	14
1.b) No existen motivos razonables para la apertura de una investigación según lo argumentado por la fiscalía de la CPI frente a la responsabilidad del superior.....	17
2. a) 2a. la inclusión del requisito de sistematicidad a la hora de determinar el ámbito de aplicación del SPECI con respecto a los crímenes de guerra es consistente con la extensión de la competencia material de la CPI	18

2. a.1	Requisitos de sistematicidad sobre los crímenes de en el Derecho Penal Internacional.....	18
2. a.2	Los elementos de los crímenes de guerra y la necesidad de su sistematicidad y generalidad.19	
2.a.3	El alcance del artículo 4 de la Ley Nacional de Reconciliación frente a los crímenes de guerra.....	20
2. a.4	Conclusión de la cuestión jurídica.....	20
2.b)	La diferencia que existe entre el SJTRPM y el estándar normativo internacional sobre los crímenes de guerra no constituye un motivo razonable para autorizar la apertura de una investigación ante la CPI.	21
3.a)	No es aplicable el SPECI para crímenes internacionales a terceros que no son ni agentes del estado de la RPM ni miembros del ELPM.....	22
3. a.1	El tratamiento de los terceros en el sistema de la CPI.....	23
3. a.2	No existe obligación internacional o nacional de ser sujetos obligatorios de la Justicia Transicional.....	23
3. a.3	Los terceros quedan sujetos al ordenamiento jurídico ordinario y siguen siendo investigados y juzgados.24	
3.a.4	En el ordenamiento jurídico ordinario existen mecanismos que pueden satisfacer las necesidades de verdad, justicia y reparación de las víctimas de un conflicto armado.....	24
3. a.5	Alterar la normatividad aplicable a la que están sometidos los terceros, violaría el Principio de Legalidad.	25
3. a.6	Aplicación del principio de juez natural para determinar la sujeción voluntaria de los terceros al SJTRPM.....	27

3. a.7 Conclusión de la cuestión jurídica.....	29
3. b) la exclusión de los terceros del SPECI no constituyen motivos razonables para acceder a la petición de autorización para el inicio de investigación presentada por la fiscalía de conformidad con los criterios del artículo 15 (3) del ER y la regla 48 de las RPP de la CPI.....	29
4.) teniendo en cuenta los criterios recogidos en el artículo 15 (3) del ECPI y la regla 48 de las RPP CPI, no existen “motivos razonables” para acceder a la petición de autorización para el inicio de la investigación presentada por la fiscalía, si todos ellos fuesen considerados conjuntamente.....	31
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	34

I. LISTA DE ABREVIATURAS

Abreviatura.	Significado.
CPI	Corte Penal Internacional.
DPI	Derecho Penal Internacional.
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
DIH	Derecho Internacional Humanitario.
RPP	Reglas de Procedimiento y Prueba
TPIY	Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia.
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda.
RPA	Respuesta Pregunta Aclaratoria caso.
HC	Hechos del Caso.
RLV	Representación Legal de Víctimas.
CADH	La Convención Americana sobre Derechos Humanos.
PIDCP	El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
Las cuatro CGPA	Las Cuatro Convenciones de Ginebra y sus protocolos.
RPM	República de Puerto Madeira.
ELPM	Ejército de Liberación de Puerto Madeira.
PPR-PM	Partido Popular de Puerto Madeira.
LNR	Ley Nacional de Reconciliación
ECPI	Estatuto Corte Penal Internacional
SPECI	Sistema Penal para Crímenes Internacionales
STJRPM	Sistema Transicional Justicia Republica de Puerto Madeira

II. ESTABLECIMIENTO DE LOS HECHOS

1. La República de Puerto Madeira, cuya capital es Puerto Nogal, desde 1974 es parte del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, desde 1980 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y desde el 1 de julio de 2002, es parte del ECPI.
2. En el año 2003 implemento una serie de políticas públicas, con el propósito de conservar los niveles de producción de las actividades extractivas de recursos naturales, entre los que se destacan el petróleo y el gas natural.
3. La aplicación de dichas políticas públicas, generó, en 2005, protestas sociales por parte de los trabajadores en contra de las compañías mineras. Estas revueltas fueron usadas como incentivo por parte del partido opositor Popular Revolucionario de Puerto Madeira (PPR-PM), en cabeza de su líder, Marco Julio Casio.
4. Como reacción a las protestas, el gobierno, durante el 2005, ejecutó acciones policivas y militares. Posteriormente, Marco Julio Casio fue asesinado, lo que originó protestas y enfrentamientos con la fuerza pública. El 22 de diciembre de 2005, los radicales del PPR-PM crearon el Ejército de Liberación de Puerto Madeira (ELPM) con el ánimo de luchar contra los ataques del gobierno.
5. El 1 de enero de 2006 el ELPM realiza un ataque terrorista al principal club social de la capital ocasionando 300 muertes civiles. Además, el ELPM se une a una banda narcotraficante y aumenta su arsenal armamentístico al punto de enfrentar regularmente al Ejército Nacional al término del 2006. El conflicto continúa y para finales de 2015 ha causado aproximadamente 1 millón de víctimas civiles, miles de desaparecidos y 3 millones de desplazados. En enero de 2014 la Fiscalía de la CPI comenzó examen preliminar de la situación en el Estado de Madeira por los hechos sucedidos desde el 1 de enero de 2005.

6. En junio de 2015, la Fiscalía de la CPI, mediante Reporte 001 resalta que había un ambiente de impunidad en Puerto Madeira, porque destacaba pobreza en las investigaciones adelantadas y ausencia de claridad de los hechos materia de investigación.
7. El 5 de octubre de 2016, con el Acuerdo de Paz, se concluyeron las negociaciones entre el gobierno de Puerto Madeira y el ELPM iniciadas en mayo de ese año. En el acuerdo se establecieron, mecanismos de desarme y reinserción, y un Sistema Transicional de Justicia que a su vez comprende un mecanismo para la determinación e identificación de las graves violaciones de derechos humanos cometidas por las fuerzas estatales de Puerto Madeira y el ELPM, una amnistía por los delitos ordinarios cometidos por ambas partes en relación con el conflicto surgido desde el 1 de enero de 2005, el establecimiento de un Régimen Penal Especial para los crímenes internacionales cometidos desde esa fecha por ambas partes en relación con el conflicto y las modalidades de reparación a las víctimas.
8. El Congreso de Puerto Madeira, en febrero de 2017, promulgó la Ley Nacional de Reconciliación (LNR) que reglamentaba el Régimen Penal Especial, dicha ley fue declarada exequible por el Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia TSJ-SC-911/2017 por haberla hallado ajustada a los principios constitucionales de Puerto Madeira. El 31 de octubre de 2017 la Fiscalía de la CPI realizó un informe de admisibilidad dentro de su examen preliminar y, en marzo de 2018 presentó ante la Sala de Cuestiones Preliminares XI de la CPI (SCP XI) una Petición para autorización de apertura de investigación sobre hechos ocurridos en Puerto Madeira desde el 1 de enero de 2005 basado en investigaciones llevadas a cabo dentro del Estado de Puerto Madeira, la sentencia TSJ-SC-911/2017 y la LNR.

ANTECEDENTES PROCESALES.

- i. En 2014 la fiscalía de la CPI comenzó un examen preliminar frente a crímenes de guerra y de lesa humanidad frente a la situación del Estado de Puerto Madeira por los hechos sucedidos desde el 1 de enero de 2005.
- ii. En el 2015 la fiscalía de la CPI emite el reporte 001 en el cual resaltó la falta de claridad en los hechos establecidos por las autoridades en relación con los presuntos crímenes internacionales cometidos por los actores del conflicto.
- iii. En 2017 la fiscalía de la CPI realizó un informe de admisibilidad dentro de un examen preliminar.
- iv. En 2018 la fiscalía presenta ante la SCP XI una petición para la autorización de apertura de investigación sobre los hechos ocurridos en Puerto Madeira desde el 1 de enero de 2005.
- v. La fiscalía en su solicitud de apertura manifestó: (i) Que aparte de la ley de reconciliación era contrario a obligaciones internacionales adquiridas por el Estado de Puerto Madeira; y (ii) La posibilidad que conductas constitutivas de crímenes internacionales no sean investigadas ni juzgadas por las autoridades de Puerto Madeira.

II. CUESTIONES JURIDICAS A ABORDAR

1. A. EL SISTEMA PENAL ESPECIAL PARA CRIMENES INTERNACIONALES DE LA REPUBLICA DE PUERTO MADEIRA RECOGE LA FIGURA DE LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR TAL Y COMO SE DESARROLLA EN EL ARTICULO 28 DEL ECPI.

La defensa de la Republica de Puerto Madeira considera que la redacción del artículo 3 de la LNR incorpora los elementos esenciales de la Responsabilidad del Superior, establecidos en el artículo 28 A del ER. Para defender esta postura, se seguirá el siguiente derrotero: (i) se explicará porque el SPECI sí contempla en su totalidad el artículo 28 del ECPI; (ii) se aclarará que no existe un deber internacional absoluto de adecuar las normas por parte de los Estados parte del ER al esquema conceptual de imputación del artículo 28; (iii) se explicara el porqué de las medidas tomadas por el Sistema de Justicia Transicional en la Republica de Puerto Madeira son internacionalmente permitidas y están en consonancia con los deberes internacionales asumidos por el Estado de Puerto Madeira; (iv)) para finalmente concluir que las medidas tomadas por STJRP no constituyen un vacío que pueda implicar impunidad o activar la competencia de la CPI.

i. El SPECI contempla en su totalidad el artículo 28 del ECPI.

La Defensa de la RPM considera que la “LNR” corresponde al estándar internacional en la materia, puesto que el sistema penal especial para crímenes internacionales de la RPM Si recoge en su totalidad la figura de la responsabilidad del superior tal y como se desarrolla en el artículo 28 del ECPI. De conformidad con lo anterior, el SPECI aplicará la figura de la responsabilidad del superior del Derecho Internacional Humanitario como ley especial, siempre que no sea contrario a la normatividad legal interna; la responsabilidad de mando no se fundamenta exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción, sino que se

fundamenta en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de realizada la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir que se cometa o en su defecto se siga cometiendo la conducta punible, siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan y, de haber ocurrido, se promuevan las investigaciones procedentes.

De conformidad con lo anterior, las regulaciones del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, del Estatuto de Roma y de las Normas Consuetudinarias del Derecho Internacional Humanitario no serían títulos o estructuras autónomas de imputación, sino mandatos generales de penalización que deben ser concretados en el derecho interno a través de las categorías de la legislación doméstica. Por ende, desde este punto de vista, los desarrollos del Derecho Internacional relativos a la Responsabilidad del Superior, tendrían una doble relevancia: por un lado, constituirían un mandato de adecuación de la legislación y la jurisprudencia del derecho interno; y adicionalmente, estas formulaciones delimitarían el ámbito de las competencias de la CPI, y constituirían una hipótesis de responsabilidad que puede aplicar dicho tribunal.

Por esta razón, el Artículo 3 de la Ley Nacional de Reconciliación recoge los elementos básicos del instituto de la Responsabilidad del Superior, tal como ha sido entendida en el derecho internacional, en el Protocolo I a la Convención de Ginebra, en las Normas Consuetudinarias del Derecho Internacional Humanitario y particularmente en el Estatuto de Roma, sin que pueda evidenciarse que las diferencias registradas impliquen una transformación sustantiva que se traduzca en una anulación de la prohibición de la impunidad.

Por tanto, las diferencias entre el artículo 3 de la Ley Nacional de Reconciliación y los estándares del Estatuto de Roma no implican automáticamente una anulación del deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario, pues en escenarios de transición este deber podría contraerse, como efectivamente ocurre en el actual escenario de transición a los máximos responsables, es decir, a quienes cumplen un papel esencial en la comisión de crímenes internacionales.

Por lo anterior, la consideración realizada por la fiscalía respecto del artículo 3 de la Ley Nacional de Reconciliación de que no corresponde con el estándar internacional en la materia, no tiene un sustento en el entendido de que estos cambios no ostenta relevancia alguna y no son determinantes, más aun en escenarios de transición cuando el Estado, con el propósito de llegar a un acuerdo con los actores del conflicto, debe ceder para lograr la paz estable y duradera. Por ende lo plasmado en el artículo 3 de la LNR no hace referencia a que no cumpla con los estándares del derecho penal internacional, sino a que en el ejercicio de la búsqueda de medidas restaurativas a la justicia sancionatoria, se privilegia la verdad, la reparación a la justicia penal y las sanciones retributivas.

Por lo anteriormente dicho, el artículo 3 de la LNR parte de la base de que para lograr una paz estable y duradera es necesario adoptar esta clase de medidas en medio del contexto de Justicia Transicional. Si bien existen algunas diferenciaciones respecto de la redacción, estas son internacionalmente permitidas en el desarrollo de principios como la libre determinación de los pueblos y la consecución de la paz como fin último del derecho.

ii. No hay un deber internacional absoluto de adecuar las normas nacionales o de Justicia Transicional al esquema de imputación de responsabilidad del superior del ER.

La suscripción del ECPI por parte de un Estado no implica para este tener que adecuar obligatoriamente en la normatividad nacional los apartados del artículo 28 del ER, puesto que la adopción del mismo resulta más un complemento para la República de Puerto Madeira, que la necesidad de una aplicación literal del artículo 28 ECPI .

Así las cosas, existe un margen del Estado parte para, según su propia normatividad, adecuar esas obligaciones internacionales y satisfacerlas, de forma que se logre la mayor cantidad de objetivos del Estado y del orden internacional, así como tampoco implica una obligación de adecuación literal del modelo de imputación del ER frente a normas internacionales y nacionales. Este margen de autonomía del Estado parte, no es sino un desarrollo del principio

internacional del derecho de autodeterminación de los pueblos¹, por lo tanto, esta Defensa estima que no es pertinente establecer que las normas de DPI son reglas inflexibles a la hora de ser adoptadas por los Estados. Sin embargo, si se deben respetar unos mínimos internacionales que garanticen, la no impunidad de autores o partícipes por conductas omisivas.

iii. Las medidas tomadas por el Sistema de Justicia Transicional en la Republica de Puerto Madeira son internacionalmente permitidas y están en consonancia con los deberes internacionales asumidos por el Estado de Puerto Madeira.

Las medidas tomadas por el STJRP, son conforme al DIP y DPI, puesto que las reglas del Protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra, establecen que especialmente en lo que respecta al requisito de conocer o tener información que permita concluir que el subordinado estaba cometiendo o iba a cometer una infracción; no podría responsabilizarse al superior si no conoció o no podía conocer que el subordinado cometería la infracción.

Además, las medidas tomadas por el Estado de Puerto Madeira se adecuan y se encaminan a adoptar los elementos esenciales de la Responsabilidad del Superior del ECPI y en general de la normatividad internacional que se refiera al tema. Por lo anterior, frente a las obligaciones surgidas del ECPI por parte del Estado de Puerto Madeira, la CPI debe abstenerse de abrir una investigación, pues resulta adecuada su política de Estado a los mandatos de investigación y juzgamiento de los máximos responsables.

Los mínimos o elementos esenciales a que se hace referencia son los elementos comunes a los modelos de la Responsabilidad del Superior, tales como, castigar a los máximos responsables de aparatos estatales y no estatales; castigar las conductas omisivas de los superiores; castigar en razón del control efectivo y del control de mando.

¹ La Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales de 1960 (Resolución 1514) reza en su artículo

2. Cfr. “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.”

Para el caso de la Republica de Puerto Madeira los elementos esenciales son recogidos en los artículos 3.1 y 3.2 del STJRPM. En el artículo 3.2 se le agrega un requisito de estándar normativo a la Responsabilidad del Superior, respecto al control efectivo del superior, esta medida busca evitar excesivas abstracciones que desemboquen en responsabilidad penal objetiva, algo prohibido en todo sistema de atribución de responsabilidad individual.

iv. Conclusiones

Para la Defensa del Estado de Puerto Madeira los artículos 3.1 y 3.2 de la ley nacional de reconciliación recogen los elementos que desarrolla el artículo 28 sobre la Responsabilidad del Superior, de conformidad con el ECPI, convención internacional de la que es miembro la Republica de Puerto Madeira.

El contexto en el que se instituye los artículos 3.1 y 3.2 se integra a un proceso de justicia transicional orientado al fin del conflicto armado interno y a la pacificación del Estado de Puerto Madeira. Sin olvidar, que, según las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, en procesos de transición existe y sigue persistiendo la obligación de investigación, juzgamiento y sanción de los crímenes internacionales.

El Estado de Puerto Madeira cuenta con un amplio margen de configuración legislativa respecto a la figura de imputación de Responsabilidad del Superior Jerárquico, esta libertad de configuración legislativa supone o se enfrenta a un deber del Estado de no promover ni permitir la impunidad de los crímenes internacionales².

² Cfr. Para el caso colombiano la Corte Constitucional sobre el punto ha dicho: “el punto relevante y decisivo desde la perspectiva del juicio de sustitución no es si la figura de la responsabilidad de mando fue delineada en los términos más estrictos posibles, si amplió los dispositivos de la responsabilidad penal a sus más amplias posibilidades, o si reprodujo la fórmula del Estatuto de Roma, sino si alguna de estas circunstancias deviene en la anulación de la prohibición general de la impunidad, que constituye precisamente el elemento definitorio de la Carta Política que le corresponde preservar a este tribunal, y dentro del cual el constituyente contaba con un amplio margen de maniobra para configurar estructuras de imputación penal.” C-647 de 2017

La preocupación que expresa la fiscalía sobre la responsabilidad por mando solo aplicables a los jefes o superiores que tenga control efectivo sobre la conducta específica que se les imputa es contraria a los estándares internacionales es desproporcionada. Puesto que en eventos de organizaciones jerárquicas que comenten delitos, la legislación nacional ha contemplado estos escenarios y ha criminalizados su ejercicio³.

Por lo anterior, los comentarios y observaciones hechas por la fiscalía se deben contrastar con las posibilidades nacionales de imputar a todo superior jerárquico, civil o militar, que tenga un control efectivo sobre los subordinados, ya sea de hecho o de derecho, ya sea por comisión o por omisión⁴. En este orden de ideas, las leyes nacionales de la República de Puerto Madeira cuentan con la posibilidad de castigar los crímenes internacionales, sin necesidad exclusiva frente a los artículos 3.1 y 3.2 de la Ley de Nacional de Reconciliación.

Las posibilidades de que la redacción y el entendimiento de los artículos 3.1 y 3.2 conlleven impunidad quedan solventadas con la adopción positiva de estructuras de imputación que versen o tenga por objeto la responsabilidad de mando⁵, por ende, si las figuras de imputación del

³Cfr. Así para el caso colombiano: “Partiendo de esta base conceptual y normativa, la dogmática y la jurisprudencia han venido empleando las estructuras tradicionales de imputación en el contexto de los aparatos o maquinarias de poder, para atribuir la responsabilidad penal a quienes cumplen un rol determinante o a quienes ocupan una posición de dominio en las tales organizaciones, sean de carácter terrorista, guerrillero, paramilitar, o sean las propias organizaciones de origen estatal, como las fuerzas militares” C-647 de 2017

⁴ Ibídem. Para el caso colombiano: “(...) máxime cuando la apertura y la flexibilidad de las categorías de la dogmática penal permiten sancionar no solo a quienes perpetran directamente los delito sino también a los denominados “sujetos de atrás”, no solo en relación con las fuerzas militares, sino también frente a los grupos armados ilegales, y no únicamente en aquellas hipótesis en las que una persona idea y planea de manera deliberada una acción criminal en el marco de una organización para que luego sea ejecutada por el cuerpo de base, sino también cuando quienes tienen el control y el dominio de la organización, omiten la adopción de medidas idóneas y eficaces para la prevención y sanción de los delitos de los subordinados” C-647 de 2017

⁵ Ibídem. Para el caso colombiano: “Desde esta perspectiva teórica, las regulaciones del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, del Estatuto de Roma y de las Normas Consuetudinarias del Derecho Internacional Humanitario no serían títulos o estructuras autónomas de imputación, sino mandatos generales de penalización que deben ser concretados en el derecho interno a través de las categorías de la legislación doméstica. Desde este punto de vista, los desarrollos del derecho internacional relativos a la responsabilidad de mando tendrían una doble relevancia: por un lado, constituirían un mandato de adecuación de la legislación y la jurisprudencia del derecho interno, de suerte que aunque las formulaciones del derecho internacional del instituto de la responsabilidad de mando no constituye una estructura autónoma de imputación, sí debe tener encontrar un referente general o específico en el derecho interno; y adicionalmente, estas formulaciones delimitarían el ámbito de las competencias de la Corte Penal Internacional, y constituirían una hipótesis de responsabilidad que puede aplicar dicho tribunal.” C-647 de 2017

Estado, recogen los mandatos de criminalización del DIP y del DPI se estaría cumpliendo con el deber de evitar impunidad para los máximos responsables.

De conformidad con lo anterior, lo decisivo entonces, no es la adopción o no del modelo de Responsabilidad del Superior del ER, sino si el sistema normativo de la RPM cuenta con las estructuras conceptuales que posibiliten la criminalización de los superiores por omisiones de hecho o de derecho⁶, por lo cual, esta Defensa, considera que la normatividad interna de la RPM, cuenta con estas herramientas y que no se verán limitados por la redacción y el entendimiento de los artículos 3.1 y 3.2 de la LNR.

En conclusión, los artículos 3.1 y 3.2 recogen los elementos estructurales o esenciales de la Responsabilidad del Superior, sin que las diferencias introducidas por el artículo 3.2 impliquen necesariamente una alteración que conlleve a la desatención del deber internacional de impedir la impunidad para crímenes internacionales⁷. De igual forma los autores o partícipes no incluidos en las disposiciones del artículo 3.2 quedan cobijados por las estructuras de atribución de responsabilidad por mando del Derecho nacional de la RPM.

Para esta Defensa, es importante destacar, que en escenarios de Justicia Transicional los deberes internacionales se flexibilizan en aras de alcanzar la paz de la sociedad, por lo cual, las medidas tomadas por la RPM son internacionalmente permitidas, más aun cuando desarrollan la consecución de la paz interna de un Estado que ha tenido que sufrir un conflicto armado interno.

⁶ Cfr. Para el caso colombiano Ha dicho la Corte Constitucional: “-Primero, porque, aunque la fórmula del artículo transitorio 24 no coincide en su integridad con la que se encuentra en el Estatuto de Roma, en la Regla 153 de las Normas Consuetudinarias del Derecho Internacional Humanitario o en el Protocolo I, lo cierto es que sí existe una coincidencia material en los elementos estructurales de la figura en todos estos instrumentos.” Y “En este orden de ideas, es claro que la fórmula del artículo transitorio 24 apunta al mismo fenómeno del derecho internacional, y que las diferencias versan sobre el alcance específico de algunos de los criterios de valoración para determinar la configuración de la figura, y no sobre sus elementos estructurales” C-647 de 2017

⁷Cfr. A parecida conclusión llevó la Corte Constitucional colombiana frente a idéntico tópico jurídico: “Como puede advertirse, la fórmula del artículo transitorio 24 recoge los elementos básicos del instituto de la responsabilidad de mando, tal como ha sido entendida en el derecho internacional, y en particular, en el Protocolo I a la Convención de Ginebra, en el Estatuto de Roma y en las Normas Consuetudinarias del Derecho Internacional Humanitario, sin que pueda evidenciarse que las diferencias registradas impliquen una transformación sustantiva que se traduzca en una anulación de la prohibición de la impunidad.” C-647 de 2017

1B. No existen motivos razonables para la apertura de una investigación según lo argumentado por la Fiscalía de la CPI frente a la Responsabilidad del Superior.

Las observaciones presentadas por parte de la fiscalía no superan el estándar normativo ni probatorio aplicable para sustentar una apertura de investigación por parte de la CPI. Dentro del SJTRPM.

La SCP al evaluar esta petición debe tener en cuenta que se encuentra dentro de un escenario de Justicia Transicional, lo que implica la necesidad de ponderar los criterios establecidos en el ECPI. Además, porque el DPI están en función de proteger derechos y de mantener la paz, mas no de enervar los conflictos sociales. Por lo tanto, el análisis de admisibilidad de apertura de investigación debe tener en cuenta este contexto especial.

Esta Defensa, acude en sustento de la no apertura de investigación, al artículo 53 (3)⁸, en el entendido de que los hechos que se derivan de la aplicación de un Sistema de Justicia Transicional son inherentes al interés de la justicia, así que la interpretación de esta disposición no debería hacerse de forma negativa, sino que por ese mismo motivo se permite una flexibilización de ciertos mandatos internacionales; porque justamente interesa a la justicia, prevenir los crímenes internacionales, lograr la armonía de las naciones, y finalmente la consolidación de la paz internacional.

Por lo anteriormente dicho, el artículo 3 de la LNR, parte de la base de que para lograr una paz estable y duradera es necesario adoptar esta clase de medidas en medio del contexto de Justicia Transicional. Y si bien existen algunas diferenciaciones respecto de la redacción, estas son internacionalmente permitidas, en el desarrollo de principios como la libre determinación de los pueblos y la consecución de la paz como fin último del derecho.

Por las razones anteriormente expuestas, no existe una violación a los estándares internacionales del ECPI, por consiguiente, no existen motivos razonables para acceder a una autorización de

⁸ Vid. “Existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia.” Estatuto de Roma.

investigación por parte de la sala de cuestiones preliminares de la CPI, de conformidad con el artículo 15 (3) del ECPI y la Regla 48 de las RPP de la CPI.

2A. LA INCLUSIÓN DEL REQUISITO DE SISTEMATICIDAD A LA HORA DE DETERMINAR EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL SPECI CON RESPECTO A LOS CRÍMENES DE GUERRA ES CONSISTENTE CON LA EXTENSIÓN DE LA COMPETENCIA MATERIAL DE LA CPI

Para responder la cuestión planteada se seguirá el siguiente derrotero: (i) se precisará como se entiende el requisito de sistematicidad sobre los Crímenes de Guerra en el DPI; (ii) se enunciarán los requisitos de los crímenes de guerra establecidos en el DPI; (iii) Se establecerá cual es el alcance del artículo 4 de la Ley Nacional de Reconciliación frente a los crímenes de guerra; (iv) finalmente se concluirá por qué el requisito de sistematicidad establecido en la Ley Nacional de Reconciliación, es consistente con la extensión material de la competencia de la CPI y el DPI.

i. Requisitos de sistematicidad sobre los crímenes de en el Derecho Penal Internacional.

Para esta Defensa, es menester hacer alusión al concepto de sistematicidad respecto de los Crímenes de Guerra, la tesis principal, es que el crimen de guerra incorpora en su definición la propiedad de ser una grave infracción al DIH y su sistematicidad⁹.

“El carácter “sistemático” de un crimen internacional ha sido utilizado para hacer referencia a un contexto, esto es, a su comisión como parte de un plan o política. Este criterio, utilizado por ejemplo en el ECPI para establecer su competencia en esta materia, no es, sin embargo, un elemento que forme parte de la estructura del crimen de guerra.”¹⁰

El tema de la sistematicidad cuando se hace referencia a los crímenes de guerra también implica, como ha expuesto la Corte Constitucional colombiana, que:

⁹ Cfr. “Precisamente, un crimen de guerra es “toda grave infracción de las reglas del derecho humanitario cuya punibilidad surge directamente del derecho internacional humanitario.”, por lo que un crimen de guerra de conflicto armado no internacionales, en sí mismo, una infracción grave a los estándares de DIH aplicables en este tipo de conflictos.” C-007 de 2018

¹⁰ Cfr. Sentencia C-007 de 2018 de la Corte Constitucional colombiana.

“ (...) los crímenes de guerra tienen un elemento de violencia sistemática, el cual no se identifica con que los crímenes sean masivos, sino con que tengan un nexo con el conflicto armado como parte de un plan o política organizada: En consecuencia, el elemento sistemático implica la existencia de un nexo del crimen con el conflicto armado, pues este solamente se aplica respecto de hechos cometidos en este contexto, tal como señala el párrafo 2º: ‘En ningún caso se podrán aplicar instrumentos de justicia transicional a grupos armados al margen de la ley que no hayan sido parte en el conflicto armado interno, ni a cualquier miembro de un grupo armado que una vez desmovilizado siga delinquiendo’¹¹.

ii. **Los elementos de los crímenes de guerra y la necesidad de su sistematicidad y generalidad.**

Teniendo como referencia todo el DIH y los desarrollos sobre el mismo, hay un consenso sobre el requisito de intensidad para la presencia de un conflicto armado interno, junto con la sistematicidad y generalidad para estar en presencia de los crímenes de guerra.

Los requisitos de generalidad y sistematicidad¹² frente a las infracciones al DIH suponen solo investigar, enjuiciar y castigar las conductas que tengan cierta relevancia, esta relevancia supone, primero, que el contexto en el que se presenten estas infracciones sea la presencia de un conflicto armado internacional o interno.

La característica de esta clase de conflictos es la utilización de la fuerza armada, ya sean por actores estatales o no estatales. La distinción entre si un acto armado constituye o no una infracción al DIH es el punto clave para abordar los requisitos de sistematicidad y generalidad. Así el artículo 8 (2) del ECPI en los literales d y f describen conductas que no pueden ser catalogadas como crímenes de guerra¹³.

¹¹ Cfr. Sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional colombiana.

¹² Cfr. “La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.”

¹³Vid. “En resumen, puede sostenerse que el derecho internacional humanitario y en particular el derecho penal internacional bélico solo intervienen cuando un conflicto interno del Estado, en razón de la organización de las

iii. El alcance del artículo 4 de la Ley Nacional de Reconciliación frente a los crímenes de guerra.

El correcto entendimiento del artículo 4 de la LNR supone que implícitamente contiene la obligación de investigación y juzgamiento de todo tipo de crímenes de guerra, entre ellos los que se hayan cometidos con el carácter de generalidad.

La redacción del mencionado artículo debe interpretarse de manera conjunta con las demás disposiciones de un sistema de justicia transicional, con las normas internacionales que dotan de contenido a los crímenes de guerra y con la finalidad que el legislador pretendió con su redacción, por lo anterior, la Defensa de la RPM, encuentra que el entendimiento correcto del artículo 4 de la LNR, supone que todas las especies de los crímenes de guerra están cobijadas por la obligación de investigación y juzgamiento, por lo que para ellos no es aplicable las disposiciones de amnistía y/o indulto de las que si proceden para los delitos ordinarios.

iv. Conclusiones

Para evitar caer en las conclusiones hechas por la fiscalía sobre el alcance del artículo 4 del SJTRPM, es importante destacar que, la generalidad y la sistematicidad son requisitos necesarios para que determinadas conductas sean calificadas como crímenes de guerra, a pesar que en la redacción de disposiciones jurídicas éste no es claro.

Además, esta Defensa, estima que la adopción de un sistema de Justicia transicional supone la efectiva investigación y juzgamiento de los crímenes internacionales, para así honrar las obligaciones internacionales y permitir pacificar la sociedad, por ende, para esta Defensa, el uso del término sistemático para calificar los crímenes de guerra no contradice las disposiciones internacionales frente a lo que se entiende por estos delitos, con especial énfasis en lo se desprende del ECPI y los elementos de los crímenes, así como el DIH.

partes –que conlleva mayores fuerzas de combate y la posibilidad de dirigir a los combatientes- es comparable con un conflicto interestatal, independiente de la participación de tropas estatales en el conflicto. “Con ello se explica también la ya mencionada elevada intensidad que debe presentar un conflicto interno del Estado” Werle pag. 579

En conclusión, para esta Defensa, los desarrollos del STJRPM y la LNR, están en concordancia con el DIH y el ECPI frente a los deberes de investigar, enjuiciar y sancionar los crímenes internacionales, Por lo tanto, la alusión al concepto de sistematicidad hace referencia a “la necesidad de enfatizar en que estos tengan un nexo con el conflicto armado, excluyendo así hechos aislados, desconectados del fenómeno de violencia organizada que comporta la confrontación bélica¹⁴.”

Esta interpretación derruye las preocupaciones elevadas por la fiscalía de la CPI, y permite afirmar la correspondencia entre el SJTRPM con el estándar internacional para los crímenes de guerra, teniendo en cuenta además, que la idea que subyace a la imposición de un Sistema de Justicia Transicional es que se respete las obligaciones internacionales y las obligaciones nacionales de carácter constitucional, por lo tanto, el Sistema de Justicia Transicional no puede ni explícita ni implícitamente prestarse para generar impunidad en la aplicación de las obligaciones internacionales.

2b. La diferencia que existe entre el SJTRPM y el estándar normativo internacional sobre los crímenes de guerra no constituye un motivo razonable para autorizar la apertura de una investigación ante la CPI.

Para esta Defensa, las diferencias mencionadas por la fiscalía no constituyen motivos razonables para la apertura de una investigación. La SCP debe evaluar esa solicitud de conformidad con el literal (c) del artículo 53 del ER, puesto que al realizar dicha evaluación encontrará que la diferencia que se encuentra es internacionalmente permitida, y que los riesgos de impunidad, que según la fiscalía, se pueden presentar, no se pueden considerar como motivos razonables, puesto que el Principio de interés de la justicia no se verá afectado

¹⁴ Cfr. *Sentencia C-007 de 2018 de la Corte Constitucional colombiana.*

frente a que ciertos crímenes de guerra de baja envergadura o gravedad no sean priorizados ni sancionados¹⁵.

La RPM, dentro de los Acuerdos de Paz, se comprometió a investigar, enjuiciar y sancionar a los máximos responsables, y en este orden de ideas, es claro que cumplirá con su cometido. Por lo anterior, es importante decir que la necesidad de pacificar la sociedad de la RPM y la consolidación de la paz, para evitar una reactivación del conflicto, implica que esos crímenes de guerra de bajo interés para la justicia internacional y para la comunidad internacional, puedan ser objeto de indultos y amnistías, siempre que se repare en debida forma a las víctimas.

3A. No es aplicable el Sistema Penal Especial para Crímenes Internacionales a terceros que no son ni agentes del Estado de la Republica de Puerto Madeira ni miembros del ELPM.

Esta Defensa, considera que no es aplicable el SPECI a terceros que no son ni agentes de la RPM, ni miembros del ELPM. Para sustentar su postura, se seguirá el siguiente derrotero: (i) primero se describirá el tratamiento de los terceros en el sistema de la CPI; (ii) se comprobará que no existe una obligación internacional frente a los terceros para que sean sujetos forzosos de un Sistema de Justicia Transicional; (iii) Se explicará cómo los terceros excluidos quedan sujetos de la Justicia ordinaria; (iv) Se describirá como en la Justicia Ordinaria existen mecanismos de justicia restaurativa que satisfacen los requerimientos de verdad, justicia y reparación de las víctimas del conflicto; (v) se sustentara la idea del porque alterar la normatividad aplicable a la que están sometidos los terceros, violaría el principio de Legalidad; (vi) se abordará la aplicación del principio de Juez Natural, para determinar el sometimiento

¹⁵Vid. *Por ejemplo, el DIH sanciona un hurto (pillaje) Protocolo II artículo 4 (2), que, si bien es un crimen internacional, puede que en su acaecimiento no constituya en hechos que incumba a la justicia internacional.*

voluntario de los terceros al SJTRP; (vii) Para finalmente concluir que las observaciones presentadas por la fiscalía de la CPI no son procedentes.

i. El tratamiento de los terceros en el sistema de la CPI

El tratamiento de los terceros en el sistema de CPI es bastante amplio porque consagra distintas cláusulas de responsabilidad penal que abarca inclusive a aquellos terceros que hayan suministrado los armas o a aquellos que hayan contribuido de cualquier otro modo al grupo a sabiendas de que este tenía la intención de cometer el crimen, este tipo de responsabilidad, que sería una responsabilidad también en modo de participación, está contemplada en el artículo 25 ECPI, la contribución conjunta particularmente en el literal d. y el que colabore de otro modo, incluyendo o suministrando los medios se encuentra en el mismo artículo 25 literal c. Por lo anterior está claro que en el sistema de CPI se comprende a esos terceros diferentes a los agentes del estado.

Por lo anterior, es claro que el ECPI, abarca en todas sus disposiciones, y en especial en el artículo 28, la obligación de investigar y sancionar a los autores o partícipes de crímenes internacionales. Por lo que no solo los superiores o mandos militares tanto del Estado como de grupos irregulares están sujetos a la investigación y juzgamiento por parte de la CPI, puesto que también son sujetos del DPI los agentes estatales no militares que tenga responsabilidad penal frente a crímenes internacionales, igualmente los agentes privados que hayan participado o sean autores serían también cobijados. En estos eventos se resalta que el apoyo económico puede ser determinante para la comisión de crímenes internacionales.

ii. No existe obligación internacional o nacional de ser sujetos obligatorios de la Justicia Transicional.

En la normatividad internacional que ha tratado el tema acerca del cese de un conflicto armado internacional o interno,¹⁶ no existe una obligación internacional que vincule a un Estado a que los terceros, sean agentes estatales no militares o privados sin funciones de mando o control, se consideren como sujetos forzosos de un sistema de Justicia transicional.

La normatividad internacional da un amplio margen a los Estados en conflicto, para construir un sistema de juzgamiento de los hechos ocurridos en un conflicto interno, con especial énfasis en la investigación y juzgamiento de los crímenes internacionales, esta libertad de configuración legislativa es desarrollo del principio internacional de autodeterminación.

iii. Los terceros quedan sujetos al ordenamiento jurídico ordinario y siguen siendo investigados y juzgados.

La LNR no menciona a los terceros como posibles sujetos del SPECI, esta omisión normativa no puede interpretarse como un espacio para la impunidad como lo afirma la fiscalía de la CPI, pues, el SPECI no reemplaza a la jurisdicción ordinaria, sino que coexiste con ella, por lo que, si los terceros no son mencionados, puede suceder dos cosas: (i) Que el tribunal a través del desarrollo de sus precedentes cree mecanismos para que los mismos se acojan voluntariamente al SJTRPM; (ii) Que los terceros que no se quieran acoger pudiéndolo hacer, prefieran la justicia ordinaria, la cual tiene igual o superiores deberes de investigación y juzgamiento, sobre todo de crímenes internacionales.

Para el caso de la RPM estos terceros, están sometidos a la jurisdicción ordinaria, en la que, como se ha reiterado, el tratamiento es más estricto que en el SJTRPM.

iv. En el ordenamiento jurídico ordinario existen mecanismos que pueden satisfacer las necesidades de verdad, justicia y reparación de las víctimas de un conflicto armado.

¹⁶ Cfr. *Al respecto con especial interés: "5. A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado."* Protocolo II convención de Ginebra de 1997.

De conformidad con el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal de la RPM, existen mecanismos de justicia ordinaria que pueden satisfacer las necesidades de verdad y reparación de las víctimas dentro de un conflicto armado. Frente a estas medidas sobresalen: (i) terminación del proceso de forma anticipada; (ii) suspensión del procedimiento a prueba; (iii) mecanismos alternativos de resolución de conflictos como: el arreglo directo, conciliación¹⁷ etc.

Por lo tanto, frente a los terceros, la jurisdicción ordinaria contiene formas de atenuación punitiva, considerando la calificación de la colaboración que pueden tener dentro del proceso penal ordinario. Como sería los instrumentos descritos anteriormente, del mismo modo, las víctimas pueden acudir dentro de este procedimiento, a las garantías de verdad y reparación.

v. Alterar la normatividad aplicable a la que están sometidos los terceros, violaría el Principio de Legalidad.

Según el artículo 2.1 del STJRPM¹⁸ es la justicia ordinaria del Estado la que está llamada a aplicar el SPECI, por lo que la diferencia que puede tener un combatiente de un tercero es el régimen jurídico al que está sometido¹⁹, que puede ser el ordinario o el transicional creado para la pacificación del Estado.

La razón de ello, gira entorno a que alterar la normatividad aplicable a la que están sometidos los terceros –de unas normas ordinarias a unas de carácter transicional- violaría el principio de legalidad. Por ende, los terceros, que tengan la calidad de no combatientes, quedan sujetos a la normatividad ordinaria y no puede aplicárseles en derecho este régimen especial.

¹⁷ Cfr. Al respecto se puede consultar los artículos 518 y ss. del Código de Procedimiento Penal de la República de Puerto Madeira.

¹⁸ Cfr. “2.1 La jurisdicción penal ordinaria será la competente para aplicar este régimen que se extenderá al genocidio, a los crímenes de lesa humanidad y a los crímenes de guerra sistemáticos, tal y como son definidos en los artículos 5 a 8 del ECPI, cometidos o causados con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado de Madeira, entre el 1 de enero de 2005 y el 5 de octubre de 2016, sin ánimo de enriquecimiento personal ilícito, o sin ser este la causa determinante de la conducta” Ley nacional de reconciliación de puerto Madeira.

¹⁹ Cfr. Para el caso colombiano la Corte Constitucional se ha pronunciado: “Y finalmente, al someter a los terceros a la JEP no solo se produce un cambio orgánico en la instancia jurisdiccional encargada de la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos cometidos en el marco del conflicto armado, sino que, además, **este cambio tiene como contrapartida una transformación sustantiva en el modelo de justicia al que ahora estos deben acceder.** C – 647 de 2017.

Para los combatientes este traslado de normas aplicables hacia el cuerpo de normas transicional si es permitida en razón a los objetivos que promueve o intenta alcanzar dicha jurisdicción, y su voluntad expresa, de acogerse a estas nuevas normas, las cuales fueron producto de un acuerdo de paz con la RPM.

Esta permisión de cambio de normas aplicables a los hechos relacionados con el conflicto armado no opera para los terceros, puesto que, en primer lugar, estos terceros no han dado su consentimiento para renunciar a la garantía del principio de legalidad de ser juzgado conforme a leyes preexistentes al acto que se les imputa²⁰, como si fue el caso de los combatientes; en segundo lugar, vincularlos forzosamente implicaría la aplicación de leyes *ex post facto* a los hechos que se les indilgan, en particular al régimen jurídico al que se encuentran sometidos.

Las normas de justicia transicional que resultan aplicables a los combatientes, y en la que los mismos participaron y dieron su consentimiento son especiales dado el contexto de negociación y fin del conflicto armado por medio de un acuerdo de paz. Supone que estas normas sustanciales son *ad hoc* y *ex post* y que aplicarlas obligatoriamente a los terceros no combatientes, sería desproporcionado y violaría garantías constitucionales para los mismos, entre estas las que encontramos, el principio de legalidad que se les estaría violando a los terceros al hacerlos sujetos forzosos de este cuerpo normativo transicional, en el entendido de que implica una violación de garantías como el de tener un juicio justo e imparcial, así como el de seguridad jurídica frente a las conductas que resultan o no permitidas²¹.

²⁰ Cfr. *Derecho que tiene los terceros ciudadanos de Puerto Madeira de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política de dicho país*: “ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.”

²¹ Vid. Para el caso colombiano la Corte Constitucional ha argumentado: “En otras palabras, aunque en principio la creación de una instancia *ad hoc* y *ex post* según las directrices de un acuerdo de paz suscrito entre el gobierno nacional y uno de los combatientes en el conflicto armado podría ser admisible en el presente escenario de transición de cara a la garantía del juez natural, lo es únicamente en relación con los combatientes, pero no para someter de manera forzosa a los demás actores, y en particular, a los no combatientes, como los terceros civiles.” C 647 de 2017

vi. Aplicación del principio de juez natural para determinar la sujeción voluntaria de los terceros al SJTRPM.

Esta Defensa considera que el SPECI no puede ser aplicado a terceros que no son agentes del Estado, ni miembros del ELPM teniendo en cuenta el principio del juez natural reconocido en varios tratados y declaraciones internacionales²², debido a que éste estipula que se debe ser juzgado por el juez competente y con la observancia de las formas de cada juicio²³. Por lo anterior, se debe tener en cuenta que el competente, como juez natural es el de la jurisdicción ordinaria.

Así mismo, el principio de juez natural contempla que i) la autoridad judicial debe ser determinada por la ley antes de la ocurrencia de los hechos y, ii) la competencia de tal autoridad debe ser constante en el tiempo, ajena a las coyunturas temporales y libres de variaciones²⁴.

Paralelamente, se contempla una excepción al principio del juez natural, en donde implica el traslado de la competencia. Sin embargo, tal traslado debe realizarse dentro de la misma jurisdicción ordinaria a una instancia jurisdiccional constituida previamente. Con base en lo anteriormente expuesto, esta Defensa considera que con el simple hecho de juzgar a los terceros que no son agentes del Estado ni miembros del ELPM por medio del SPECI, se incurriría en una vulneración al principio del juez natural porque se estaría alternando la naturaleza del organismo competente y no se trasladaría la competencia a una instancia jurisdiccional pre constituida.

De igual manera, el SPECI es una jurisdicción creada recientemente en cumplimiento al Acuerdo de Paz suscrito entre el Estado de Puerto Madeira y el ELPM así que, no se encontraba constituido dentro de la normatividad preexistente del Estado de Puerto Madeira, por lo tanto éste opera de acuerdo con un régimen jurídico especial.

²² Artículo 10, Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 8 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos

²³ Auto TP-SA 019 de 2018, 7.9

²⁴ Auto TP-SA 019 de 2018, 7.9

vii. Conclusiones

La Defensa considera que las observaciones presentadas por la fiscalía implicarían interpretar la omisión legislativa del tratamiento de terceros como un hecho contrario al DIP y al DPI. Esta Defensa, sostiene que las conductas realizadas por los denominados terceros están sujetas al sistema ordinario, y por lo tanto los riesgos de impunidad son equivalentes a la eficiencia y eficacia de cualquier aparato estatal similar al de la RPM.

Además, no existe una obligación internacional, de extender el SJTRPM para los denominados terceros. La omisión de este punto dentro del sistema producto del acuerdo de paz no constituye en ningún momento un espacio para algún tipo de impunidad. Por lo tanto, la investigación y juzgamiento de dichos terceros sigue el camino de la justicia ordinaria, en donde además se pueden acoger a diferentes instrumentos de clarificación de la verdad sobre los hechos ocurridos dentro del conflicto armado interno a cambio de beneficios jurídicos, luego, las víctimas no quedan desamparadas en sus garantías de verdad y reparación, pues tanto el sistema transicional lo suponen como ciertos mecanismos en el sistema ordinario.

Las preocupaciones de la fiscalía de la CPI resultan carente de argumentos, toda vez que los fines que trata la Justicia Penal Internacional, es servir al servicio de complementariedad, justamente a las jurisdicciones universales, donde se de impunidad de los crímenes más graves, en este orden de ideas, frente a la satisfacción de ese criterio de impunidad, resulta también una finalidad del sistema de justicia transicional. Implica entonces que debe ser voluntario el sometimiento a esta justicia transicional según la voluntad de los terceros y su capacidad real de contribuir con los fines de la justicia transicional.

De esta forma se respetan para los terceros el debido proceso y el juez natural de su causa, como para las víctimas la posibilidad de acceder en el sistema ordinario de justicia a satisfacer derechos de verdad y reparación.

Según las objeciones presentadas por la fiscalía a la SCP, esta defensa no evidencia, como se podría incurrir en riesgos de impunidad a los máximos responsables, por el contrario, si los mismos no son vinculados forzosamente a el cuerpo normativo transicional, quedan sujetos a

las normas ordinarias que de igual forma obligan a la RPM a investigar, enjuiciar y sancionar²⁵ los crímenes internacionales, estos vertidos en la normatividad nacional de Estado²⁶.

3B. La exclusión de los terceros del SPECI no constituyen motivos razonables para acceder a la petición de autorización para el inicio de investigación presentada por la fiscalía de conformidad con los criterios del artículo 15 (3) del ER y la regla 48 de las RPP de la CPI.

Para esta Defensa, los hechos involucran tanto a combatientes como a terceros, por lo que requiere de un trato diferenciado según el sistema de justicia transicional que se quiere imponer. Para los combatientes, es claro, que serán sujetos de las normas especiales de justicia transicional a aplicar por la justicia ordinaria²⁷ y que se espera que con este sistema las observaciones de déficit de investigación y juzgamiento para todos los autores o partícipes se solucionen, y por lo tanto se presente una justicia real y efectiva frente a los crímenes internacionales.

Pero el tema frente a los terceros es diferente, como se expresó en el acápite 3^a, estos no son sujetos del SPECI, por lo tanto, frente a los requisitos de los artículos 15 (3), 17 y 53 del ECPI y la regla 48 de las RPP: la RPM está dispuesto a llevar a cabo la investigación y juzgamiento de los crímenes internacionales (de conformidad con el artículo 17.1 (a) del ER) tan es así, que, para el caso de los combatientes, creo un cuerpo normativo sustancial de justicia transicional; la RPM está ejerciendo la acción penal contra los responsables de las conductas constitutivas de crímenes internacionales (de conformidad con el artículo 17.1 (b) del ER); la RPM no tiene, ni

²⁵ Vid. Para el caso colombiano la Corte Constitucional se pronunció: “Puntualiza la Corte que las anteriores decisiones no tienen como efecto generar escenarios de impunidad, puesto que la sustracción de los terceros no combatientes y de los aforados constitucionales del ámbito de las competencias imperativas de la JEP, no implica que no puedan ser juzgados por los delitos que son de competencia de esa jurisdicción, sino, por el contrario, que lo serán conforme al régimen punitivamente más estricto al que se hallen sometidos en el sistema ordinario. C 647 de 2017

²⁶ En las normas penales ordinarias del Estado de Puerto Madeira se evidencia la sanción de los crímenes internacionales en particular se puede consultar: el título II del libro segundo del Código Penal y artículo 101 del mismo cuerpo normativo.

²⁷ “La jurisdicción penal ordinaria será competente para aplicar este régimen que se extenderá...” Artículo 2.1 de la ley de reconciliación nacional.

ha ejercido acciones para sustraer de responsabilidad penal internacional ni a terceros ni a combatientes, para los primeros aplica la normatividad ordinaria y para los segundos el SJTRPM, pero siempre con la intención de investigar, enjuiciar y sancionar (de conformidad con el artículo 17.2 (a) del ER).

El anterior contexto narrado, para la defensa, se enmarca en lo enunciado por el artículo 53 (c) del ER. Para esta defensa la razón sustancial a la que alude este literal c es el contexto de un proceso de justicia transicional que, como en el caso de la RPM, respeta los estándares internacionales y las obligaciones contraídas por los tratados y convenios internacionales de los que hace parte.

El interés de la justicia que persigue el sistema de la CPI y el sistema de Naciones Unidas²⁸ es evidentemente la búsqueda de la paz internacional, y de la paz nacional²⁹, proceso en el que se encuentra la RPM, y que a largo plazo traerá la consolidación de los valores y principios del orden internacional³⁰, y en particular la posibilidad real de investigar, enjuiciar y sancionar a los máximos responsables, sean estos combatientes o terceros.

La falta de un motivo razonable gira entorno a que los terceros que pudieran ser tentativamente sujeto de jurisdicción de la CPI aún se encuentran sometidos a la jurisdicción ordinaria de la RPM, por ende, hasta que no se agote esta jurisdicción ordinaria, la CPI no puede realizar un juicio certero respecto a que esas conductas quedarán en la impunidad.

²⁸ Vid. El artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas enuncia: “Los propósitos de las Naciones Unidas son: 1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz;”

²⁹ Vid. Para el caso colombiano la paz es un derecho de rango fundamental: “ARTÍCULO 22. La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.” Constitución Nacional; Desarrollado por normas de contenido transicional: “ARTÍCULO 5o. DERECHO A LA PAZ. La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento. La paz es condición esencial de todo derecho y es deber irrenunciable de los colombianos alcanzarla y preservarla.” Ley 1820 de 2016

³⁰ Vid. La Organización de naciones unidas sigue siendo la piedra angular del orden internacional surgido después de la finalización de la segunda guerra mundial.

Por lo anteriormente dicho, esta Defensa, no considera que el ambiente de investigación y juzgamiento frente a los terceros en la justicia ordinaria sea lo suficientemente significativo como para ser considerado un motivo razonable para la apertura de investigación de conformidad con el ER y las RPP.

4. Teniendo en cuenta los criterios recogidos en el artículo 15 (3) del ECPI y la regla 48 de las RPP CPI, No existen “motivos razonables” para acceder a la petición de autorización para el inicio de la investigación presentada por la Fiscalía, si todos ellos fuesen considerados conjuntamente

Para esta Defensa, los riesgos detectados por la fiscalía de la CPI no constituyen motivos razonables para la apertura de una investigación. En el examen de admisibilidad, la SCP debe tener en cuenta el contexto de Justicia Transicional que está atravesando la RPM.

Para esta Defensa, frente a la aplicación del literal c del artículo 53 del ECPI como posibilidad de no acceder a la solicitud de apertura de investigación en razón a que no representa un interés para la justicia, existen razones o motivos sustanciales, entre las que destaca el proceso de justicia transicional³¹ que se está llevando a por parte de la RPM.

En el caso del SJTRPM los crímenes internacionales no son susceptibles de amnistías e indultos, si en cambio, los delitos ordinarios. Pero si supone que, en aras de obtener la paz de una

³¹ Vid. La Corte Constitucional colombiana ha descrito la justicia transicional como: “La Corporación ha explicado el contenido de la justicia transicional como un conjunto amplio de procesos y mecanismos, judiciales y no judiciales, de carácter excepcional y transitorio, que responden a largos periodos de violencia generalizada, en los que se han cometido constantes violaciones de derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Los propósitos de la justicia transicional son: (i) responder a la violencia generalizada y, por ende, asegurar el derecho a la paz; (ii) garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición de los hechos violentos; (iii) fortalecer al Estado de derecho y a la democracia; y (iv) promover la reconciliación social.” C-007 de 2018

sociedad³², se privilegie la consecución de la misma, y se prefiera un sistema restaurativo que uno retributivo.

Luego en procesos de justicia transicional se puede presentar tensiones entre la paz como objetivo a alcanzar y la justicia que se le debe a las víctimas y el respeto por las obligaciones internacionales adquiridas³³. Es en estas tensiones en las que se debe conciliar los intereses legítimos enfrentados³⁴ de tal forma que se satisfagan la mayor cantidad de ellos.

Este equilibrio o la ocurrencia del mismo es lo que debe observar la SCP de conformidad con los asuntos de su competencia, esto es, con la obligación adquirida por la RPM de investigar, enjuiciar y sancionar los crímenes internacionales que se ha presentado con ocasión del conflicto armado interno.

Como se ha expresado a lo largo de los puntos 1, 2 y 3. Para esta Defensa es claro que la RPM ha respetado sus obligaciones internacionales frente al ECPI. Y por ende, las objeciones detectadas por la fiscalía de la CPI deben evaluarse a la luz de si representan o no un interés a la justicia (artículo 53 literal c ER), y que si se realiza dicha evaluación se encontrará que al momento de estar iniciando la operación de un modelo de justicia transicional los intereses de justicia internacional no están afectados, sino por el contrario,

³² Para el caso colombiano asimilable al de la RPM, la Corte Constitucional ha dicho: “Como valor, la paz es fundamento del orden político y jurídico, e irradia todas las normas constitucionales, con manifestaciones concretas en distintos apartes de la Carta Política. En jurisprudencia reiterada, la Corporación ha indicado que, percibida como un mínimo, la paz se entiende como la ausencia de conflictos; mientras que, desde un plano maximalista (u óptimo), se refiere al conjunto de condiciones necesarias para el goce de los derechos humanos y la construcción de la democracia. En escenarios de conflicto armado, la paz también se manifiesta en la aspiración a la humanización de las confrontaciones por medio de las reglas del derecho internacional humanitario” C-007 de 2018

³⁴ Vid. Para el caso colombiano: “122. Alcanzar este equilibrio supone un enorme desafío, y la experiencia histórica y comparada aporta evidencia acerca de falencias insalvables en todo proceso transicional. De estas premisas surge entonces la conclusión según la cual es ineludible ponderar la justicia y la paz; o incluso sacrificar el primero de estos valores para alcanzar el segundo. Sin embargo, la doctrina autorizada sugiere el abandono de esta percepción, bajo el presupuesto de que, antes que opuestas, las exigencias de la justicia y la paz son complementarias.”

justamente se están materializando estos intereses producto del proceso de paz alcanzado y del SJTRPM que se está implementando.

Debe recordar la CPI en su juicio de admisibilidad que está analizando un proceso de justicia transicional y no simplemente la inoperancia de la justicia ordinaria³⁵. Que para la CPI es también atribuible el deber de fomentar la paz en el mundo y en un Estado que enfrenta un conflicto armado interno, en este orden de ideas la CPI deberá evaluar si con su intervención se logran esos objetivos del Derecho y del Sistema internacional de Naciones Unidas, o por el contrario si puede desatar una reactivación del conflicto armado interno y desestabilizar la paz hasta ahora lograda en Puerto Madeira.

Lo que procede entonces es que, en el examen de admisibilidad, la SCP tenga en cuenta este contexto de transición, que no solo se puede reducir al paso de un conflicto armado a una situación de paz, sino que

Frente a la aplicación del literal c del artículo 53 del ECPI como posibilidad de no acceder a la solicitud de apertura de investigación en razón a que no representa un interés para la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

Corte Penal Internacional:

- Estatuto de Roma
- Reglas de Procedimiento y Prueba
- Elementos de los Crímenes

³⁵Vid. “Por otro lado, el derecho (penal) internacional no puede cerrarse completamente a una amnistía para lograr la paz. La renuncia a la sanción de los crímenes de derecho internacional puede en casos individuales ser necesaria para alcanzar la paz interna y hacer posible una reconciliación. Esto ocurre, por ejemplo, cuando solo es posible finalizar una guerra civil con el precio de la renuncia a la sanción penal. En estas situaciones de esta clase, la renuncia a la sanción penal puede ser legítima desde el punto de vista del estado de necesidad” Werle pag 155

- Fiscalía vs. Bemba, Sentencia de conformidad con el artículo 76 del ER, ICC 01/05-01/08, 21 de junio de 2016.
- Fiscalía vs. Bemba, decisión con arreglo al artículo 74 del ER, sentencia de primera instancia, 21 de marzo 2016, párr.183, 188-189.
- Fiscalía vs. Katanga, Sentencia de conformidad con el artículo 74, ICC01/04 01/06,7 de marzo de 2014.
- Versión Pública Redactada, Decisión sobre las solicitudes de participación en los procedimientos de bps, ICC - 01/04-101, 17 de enero de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- Caso Blanco vs. Nicaragua, sentencia del 18/ agosto/1994.
- Caso Blier vs. Uruguay, sentencia del 23 de mayo de 1978, párr. 5.
- Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Sentencia del 15/Septiembre/2005, párr.110-111.
- Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, fondo, Sentencia del 19/noviembre/1999, párr. 174-176.

Publicaciones:

- Case Matrix Network, Directrices de Derecho Penal Internacional. Primera Edición. Colombia. Ediciones CMN.
- Kelsen, H. La paz por medio del derecho, Primera edición, editorial Trotta, Madrid.2003.
- Novak, F. Los criterios para la interpretación de los tratados, THEMIS revista de Derecho, Núm. 63, 2013, pp. 71-88.
- Werle, G. Tratado de Derecho Penal Internacional. 2ª edición, Editorial: Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

- PÉREZ-LEÓN, J., “La responsabilidad del superior sensu stricto por crímenes de guerra en el derecho internacional contemporáneo”, [en línea] *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2007. <<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/viewFile/13962/11246>> [Consulta: 06.09.2018]
- CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, 1ª ed., New York, 2003, PP. 136-137
- GREPPI, E., “La evolución de la Responsabilidad Penal individual bajo el Derecho Internacional”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 30.09. 1999, Disponible en <<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdnnf.htm>> [Consulta: 15.09.2018].
- PIEDRA, D., “Responsabilidad penal internacional de las empresas transnacionales: la necesidad de reformar a la jurisdicción penal internacional”, [En línea], Disponible en <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/diego_piedra_trejos_tesis_completa.pdf> [Consulta: 12.09.2018].
- TAYLOR, T., *The Anatomy of the Nuremberg Trials*, Nueva York, 1922; JACKSON, R.H *The Nuremberg Case*, Nueva York, 1948; DONNEDIEU DE VABRES, H " *Le process de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international*", *RCADI*, 1947, I, p. 481 Sobre el Tribunal de Tokio.
- RÖLLING B., CASSESE, A., *the Tokyo Trial and Beyond*, Oxford, 1993.
- Escrito de Amicus Curiae de la fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la jurisdicción especial para la paz, Ante la Corte Constitucional de la República de Colombia, 18 de octubre de 2017, Fatou Bensouda Fiscal de la Corte Penal Internacional.

Otros documentos:

- Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Resolución 2005/81.
- Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Resolución 2005/81.

- ONU, “Los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos, Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar", [Enlínea], <https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf>, [Consulta:17.09.2018]

Tribunales Penales Internacionales:

- TPIY, Prosecutor vs. Martić, Caso No. IT-85-11, regla 61, Decisión, Marzo 6, 1996, para.21.
- TIR, Ruanda, caso Akayesu del 2 septiembre de 1998.

Legislación Colombiana:

- C/007/2018
- C/379/2016
- C/674/2017
- C-578/02