

EQUIPO NUMERO 4

ESCRITO DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LAS VÍCTIMAS

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

I EDICIÓN

AÑO 2018

SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES II

SITUACIÓN EN EL ESTADO DE PUERTO MADEIRA

No. ICC-029-001-1820

REPRESENTACIÓN LEGAL DE LAS VÍCTIMAS

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.....	9
IV. CUESTIONES PRELIMINARES.....	10
1. <i>Legitimación de las víctimas</i>	10
V. ARGUMENTOS ESCRITOS.....	12
<i>V-1a) EL SISTEMA PENAL ESPECIAL PARA CRÍMENES INTERNACIONALES DE LA REPÚBLICA DE PUERTO MADEIRA NO RECOGE LA FIGURA DE LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR TAL Y COMO SE DESARROLLA EN EL ARTÍCULO 28 DEL ECPI</i>	12
<i>1.a.1.El SPECI debe contemplar en su totalidad el artículo 28 del ECPI</i>	12
<i>1.a.2.La referencia al concepto de “conductas cometidas dentro del área de responsabilidad” del SPECI de la República de PM es incompatible con la jurisprudencia de la CPI y el ER</i>	14
<i>1. a.3. La capacidad legal, material, directa de emitir órdenes y de tomar las medidas adecuadas que establece el SPECI no es un requisito legal con arreglo al derecho internacional</i>	15
<i>1.a.4.Conclusiones de la cuestión jurídica</i>	16
<i>V.I.b) EXISTEN DIFERENCIAS QUE TIENEN RELEVANCIA SUFICIENTE COMO PARA AFIRMAR QUE, A LA LUZ DE LOS CRITERIOS RECOGIDOS EN EL ARTÍCULO 15 (3) DEL ECPI Y LA REGLA 48 DE LAS RPP CPI, EXISTEN “MOTIVOS RAZONABLES” PARA ACCEDER A LA PETICIÓN DE AUTORIZACIÓN PARA EL INICIO DE LA INVESTIGACIÓN PRESENTADA POR LA FISCALÍA</i>	17
<i>1.b.1. Sobre las cuestiones jurisdiccionales preliminares</i>	17
<i>1. b.2. Análisis de la competencia material</i>	18

V.II a) LA INCLUSIÓN DEL REQUISITO DE SISTEMATICIDAD A LA HORA DE DETERMINAR EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL SPECI CON RESPECTO A LOS CRÍMENES DE GUERRA NO ES CONSISTENTE CON LA EXTENSIÓN DE LA COMPETENCIA MATERIAL DE LA CPI.....19

2.b.1 La importancia del carácter generalizado y sistemático para la comunidad internacional.....19

2.b.2 Existe una contradicción entre la amnistía del carácter no sistemático de los crímenes de guerra y el deber de investigar y juzgar las graves violaciones de DD.HH y las infracciones graves al DIH.....20

2.b.3 Los crímenes de guerra quedan impunes por la amnistía que recoge la Ley de reconciliación.....22

2.b.4 Conclusión de la cuestión jurídica.....23

V.II.b HAY “MOTIVOS RAZONABLES” PARA ACCEDER A LA PETICIÓN DE AUTORIZACIÓN PARA DAR EL INICIO DE LA INVESTIGACIÓN PRESENTADA POR LA FISCALÍA PUESTO QUE NO EXISTE LA EXTENSIÓN DE LA COMPETENCIA MATERIAL DE LA CPI SOBRE EL REQUISITO DE SISTEMATICIDAD SOBRE LOS CRÍMENES DE GUERRA.....24

V.III.a) ES APLICABLE EL SPECI A TERCEROS QUE NO SON NI AGENTES DEL ESTADO DE LA REPÚBLICA DE PUERTO MADEIRA NI MIEMBROS DEL ELPM.....25

3.a.1 La participación de terceros que no son agentes del Estado de la República de Puerto Madeira ni miembros del ELPM ayuda a la materialización de la justicia en el entendido de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y su reparación.....25

3.a.1.1 Derecho a la verdad, la justicia y reparación.....25

3.a.2 El esquema de responsabilidad de los terceros y las competencias del SPECI debe ser interpretado teniendo como referente la obligación de los Estados de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y del derecho internacional humanitario para la lucha contra la impunidad.....28

3.a.3 Debe acogerse una versión amplia de la responsabilidad empresarial dentro de los marcos de la justicia transicional.....	29
3.a.4 Conclusión de la cuestión jurídica.....	30
V.III.b) LA EXCLUSIÓN DE TERCEROS NO TIENE LA RELEVANCIA SUFICIENTE, PARA ACCEDER A LA PETICIÓN DE AUTORIZACIÓN PARA EL INICIO DE LA INVESTIGACIÓN PRESENTADA POR LA FISCALÍA.....	31
V.IV. A LA LUZ DE LOS CRITERIOS RECOGIDOS EN EL ARTÍCULO 15(3) DEL ECPI Y LA REGLA 48 DE LAS RPP DE LA CPI, EXISTEN “MOTIVOS RAZONABLES” PARA ACCEDER A LA PETICIÓN DE AUTORIZACIÓN PARA EL INICIO DE UNA INVESTIGACIÓN PRESENTADA POR LA FISCALÍA.....	33
VII.BIBLIOGRAFÍA.....	35

I. TABLA 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 I	El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
Las cuatro CGPA	Las Cuatro Convenciones de Ginebra y sus protocolos.
República de PM	República de Puerto Madeira.
ELPM	Ejército de Liberación de Puerto Madeira.
PPR-PM E	Partido Popular de Puerto Madeira.

ESTABLECIMIENTOS DE LOS HECHOS.

1. La República PM, cuya capital es Puerto Nogal, basa su economía en actividades extractivas de recursos naturales. En 2003 la República de PM implementó políticas para limitar derechos laborales de los trabajadores.
2. La aplicación de dichas medidas 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 del gobierno, el Partido Popular Revolucionario de Puerto Madeira (PPR-PM), para generar un ambiente revolucionario en contra del gobierno; su líder, Marco Julio Casio, lideró discursos en lugares públicos que ocasionaron manifestaciones violentas.
3. Como reacción a las protestas, el gobierno, durante el 2005, ejecutó acciones policivas y militares que resultaron en la detención arbitraria, tortura y desaparición de varios líderes del PPR-PM y alrededor de 450 manifestantes. Posteriormente, Marco Julio Casio fue asesinado, lo que originó protestas y enfrentamientos con la fuerza pública.
4. El 22 de diciembre de 2005, los radicales del PPR-PM organizan el Primer Congreso de la Revolución Puerto Madeirista, donde se creó el ELPM con el ánimo de luchar contra los ataques del gobierno y honrar con la revolución, la muerte de Marco Julio Casio. Se decidió también que el ELPM.
5. El 1 de enero de 2006 el ELPM realiza un ataque terrorista al principal club social de la capital. 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. El examen preliminar involucra los crímenes de lesa humanidad y de guerra ocurridos a partir de esta fecha en el territorio de Puerto Madeira.

6. En el junio de 2015, la Fiscalía de la CPI, mediante Reporte 001 resalta que había un ambiente de impunidad en Puerto Madeira en relación con los hechos de detención arbitraria, tortura, desaparición forzada y desplazamiento forzado, constitutivos prima facie de crímenes de lesa humanidad, pues los pronunciamientos judiciales al respecto habían sido mínimos e ineficaces. Asimismo, destacaba la pobreza de 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 y Reconstrucción del Tejido Social Nacional, 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, un sistema de distribución de ingresos fruto de actividades extractivas, un rediseño de la legislación laboral y un Sistema Transicional de Justicia que compromete una amnistía por los delitos ordinarios cometidos por ambas partes en relación con el conflicto surgido desde el 1 de enero de 2005, estableciendo el SPECI.

8. El Congreso de PM, en febrero de 2017, promulgó la Ley Nacional de Reconciliación (LNR) que reglamenta el régimen penal especial, dicha ley fue declarada ejecutable por el Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia TSJ-SC-911/2017 por haberla hallado ajustada a los principios constitucionales de PM. 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 la autorización de apertura de investigación sobre los hechos ocurridos en Puerto Madeira desde el 1 de enero de 2005.

III.CUESTIONES JURÍDICAS A ABORDAR.

De conformidad con el artículo 68(3) ER, y la regla 85 RPP, así como de los derechos internacionalmente reconocidos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación¹, esta RLV, presentara sus observaciones y demostrará las siguientes cuestiones jurídicas:

1. a El SPECI de la República de PM no recoge la figura de la responsabilidad del superior tal y como se desarrolla en el artículo 28 del ECPI.

1. b Existen diferencias que tienen relevancia suficiente como para afirmar que, a la luz de los criterios recogidos en el artículo 15(3) del ECPI y la regla 48 de las RPP CPI, existen “*motivos razonables*” para acceder a la petición de autorización para el inicio de la investigación presentada por la Fiscalía.

2. a La inclusión del requisito de sistematicidad a la hora de determinar el ámbito de aplicación del SPECI con respecto a los crímenes de guerra no es consistente con la extensión de la competencia material de la CPI.

2. b Existen diferencias que tienen relevancia suficiente como para afirmar que hay “*motivos razonables*” para acceder a la petición de autorización para el inicio de la investigación presentada por la Fiscalía puesto que no existe la extensión de la competencia material de la CPI sobre el requisito de sistematicidad sobre los crímenes de guerra.

3. a Es aplicable el SPECI a terceros que no son ni agentes del Estado de la República de PM ni miembros del ELPM.

3. b No se puede afirmar que la exclusión de terceros tiene la relevancia suficiente como para afirmar que, existen “*motivos razonables*” para acceder a la petición de autorización para el inicio de la investigación presentada por la Fiscalía.

4. Existen a la luz de los criterios recogidos en el artículo 15(3) del ECPI y la regla 48 de las RPP de la CPI “*motivos razonables*” para acceder a la petición de autorización para el inicio de una investigación presentada por la Fiscalía.

¹ Cfr. CIDH, Caso “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia, Sentencia, 15/Septiembre/2005, Párr.110-111.

² Cfr. CPI, Lubanga, Decisión sobre participación de víctimas, 21 de octubre 2008, párrs. 46, 76 y 77; Al

IV. CUESTIONES PRELIMINARES

Sea lo primero advertir que el artículo 21 del ER otorga una singular relevancia a las disposiciones de DD.HH, al indicar en su apartado tercero que la interpretación y aplicación del derecho allí consagrado, “*deberá ser compatible con los DD.HH internacionalmente reconocidos*”².

En consecuencia, los derechos reconocidos de las víctimas a conocer la verdad sobre los hechos, al acceso de la justicia y a una eventual reparación integral³, se tornan herramientas útiles, no solo como medio para combatir la impunidad y, en virtud de ello, garantizar las medidas de no repetición, sino que también, se constituye un marco interpretativo de las normas del ER que regulan la participación de las víctimas conforme con el DIDH.

1.1 Sobre la legitimación de las víctimas y su derecho de participación ante la CPI.

Por víctima se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte. Sin embargo, se tiene que extender el mencionado concepto no solo remontándose a la definición de la regla 85 de las RPP si no de igual forma realizando una interpretación más exhaustiva teniendo en cuenta la jurisprudencia de la CPI, el artículo 68.3 ER y la Regla 85 los cuales indican que se acreditarán como víctimas y, las observaciones y opiniones de las mismas serán tenidas en cuenta cuando se pruebe la existencia de: *i) un daño ocasionado, ii) el nexo entre el crimen competencia de la Corte y el daño*⁴, *iii) los intereses de las víctimas y, iv) el hecho de que su participación, en la actual etapa procesal, no redunde en detrimento de los derechos del acusado*⁵.

² Cfr. CPI, Lubanga, Decisión sobre participación de víctimas, 21 de octubre 2008, párrs. 46, 76 y 77; Al Bashir, Orden de Arresto, 2009. párr. 44.

³ CPI. Fiscalía vs. Al Madhi. Orden de Reparación en Virtud del Artículo 75 del ER, 24/03/ 2017. párr. 275,

⁴ Cfr. Lubanga. Id, párrs. 115-117 y 94; Situación en Uganda, Decisión sobre participación de víctimas, 10/08/2007, párr.12; Lubanga, 18 de enero 2008, Id, párr.92.

⁵ Id.

Así mismo, siguiendo el derecho aplicable del artículo 21.3 ER, la CIDH⁶ define por víctimas indirectas a familiares de personas que han sufrido un daño de algún crimen de competencia de la corte al padecer el sufrimiento de un hecho victimizante⁷ con independencia de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado⁸.

Por lo que, a dichas víctimas según el art.68 (3) ER se les permitirá, en las fases del juicio que considere conveniente, que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones si se vieran afectados sus intereses personales y de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos⁹.

En este sentido se ha pronunciado la CPI, al indicar que, de conformidad con el DIDH¹⁰, las víctimas de graves violaciones a los DDHH o infracciones al DIH, o sus familiares, podrán actuar durante los procedimientos penales, desde la etapa de investigación preliminar hasta la etapa de juzgamiento, con el fin de: aclarar los hechos imputados y perseguir a los responsables y para solicitar la reparación de los daños causados¹¹ y la respectiva indemnización¹² cuando hubiere lugar.

⁶ CIDH, Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, fondo, Sentencia 19 de noviembre 1999, párrs. 174-176.

⁷ Resolución 60/147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 16 de diciembre 2005, Principio No 8; Representación de las víctimas ante la CPI, Un manual para la representación legal, P. 26

⁸ Resolución 60/147, Id. Principio 9.

⁹ CPI, “Manual para los representantes legales”. La oficina pública para la defensa de las víctimas, Representación de víctimas ante la Corte Penal Internacional. Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

¹⁰ CIDH, Caso Blake vs. Guatemala, Sentencia, 24 de enero 1998, párr. 97.

¹¹ Cfr. Lubanga, Id, párr.53.

¹² Cfr. CPI, Fiscalía vs. Lubanga, Decisión sobre la participación de las víctimas, 18 de enero 2008, párrs.97 y 98; Fiscalía vs. Katanga, decisión sobre las solicitudes de participación en las actuaciones de los solicitantes, 2 de abril de 2008, P.7; CPI, “Manual para los Representantes legales”, Representación de víctimas ante la Corte Penal Internacional”, P.26.

Por lo anterior, la RLV buscará garantizar los derechos de las más de un millón de víctimas entre civiles, militares y desaparecidos además de los tres millones de desplazados que deja el conflicto de la situación de la República de Puerto Madeira reafirmando todos los fines esenciales del ER, el DIH y los DD.HH.

V.ARGUMENTOS ESCRITOS.

V. I-a) EL SPECI DE LA REPÚBLICA DE PM NO RECOGE LA FIGURA DE LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR TAL Y COMO SE DESARROLLA EN EL ARTÍCULO 28 DEL ECPI.

1. a.1 El SPECI debe contemplar en su totalidad el artículo 28 del ECPI.

La RLV considera que la “*Ley nacional de reconciliación*” no corresponde al estándar internacional en la materia. Por lo que, se quiere resaltar que en el contexto del artículo 28 del ECPI, es penalmente responsable todo superior jerárquico, civil o militar, que tenga un control efectivo sobre sus subordinados y, no solo de aquellos que tengan un control efectivo sobre la conducta específica que se les imputa teniendo en cuenta la configuración de la circunstancias fácticas¹³.

Lo anterior, significa que las personas con capacidad material de prevenir o de castigar los crímenes de los subordinados y, que hubiesen omitido hacerlo a sabiendas, podrían quedar impunes. Lo que repercutirá en una violación de derechos para las víctimas en el ámbito de la justicia transicional de la República de Puerto Madeira¹⁴.

¹³ Cfr. CPI, Fiscalía vs. Lubanga, Juicio, id, párr.33; CPI, Fiscalía vs. Katanga, Juicio, Id, párr.34; CPI, Fiscalía vs. Bemba, Sentencia de conformidad con el artículo 76 del ER, 21/06/2016, párr.18; C-578/02, TPIY, Prosecutor vs. Martić, Caso No. IT-85-11, regla 61, Decisión, Marzo 6, 1996, para.21.

¹⁴ id.

La violación de derecho para las víctimas repercute cuando la imputación se presenta si dicho comandante *hubiere sabido* o *hubiere debido saber*, dadas las circunstancias, que sus fuerzas estaban cometiendo o cometerían un crimen y omitió emprender cualquiera de las medidas necesarias que estaban a cabo y, razonables para evitar la comisión, reprimirla o someter la cuestión a investigación de los funcionarios competentes.

Por lo que, “*La ley de reconciliación*” especifica los criterios de valoración respecto al aspecto subjetivo *hubiere sabido* (imprudencia consciente) y *hubiere debido saber* (Imprudencia inconsciente). **Lo que en la praxis se materializa en la impunidad del superior de la autoridad en la exigencia de que el superior jerárquico tenga la capacidad legal, y no solo material, de emitir órdenes.** Con lo cual “*la disposición excluye en los hechos la responsabilidad penal de los superiores que tenga poder y autoridad para prevenir (o castigar) el crimen de un subordinado.*”¹⁵

Lo anterior, determinando que las conductas punibles deben haber sido cometidas dentro del área de responsabilidad asignada, lo que está RLV encuentra insuficiente con el análisis del ECPI y su jurisprudencia, puesto que dicha responsabilidad sólo tiene lugar a los criterios expuestos por la “*Ley de reconciliación*” limitando un análisis completo del artículo 28 del ECPI.

Así entonces, los requisitos del SPECI se limitan a que el superior tiene que estar bajo la unidad de mando del implicado y, que éste debe tener la capacidad legal y material para emitir órdenes, de modificarlas y de hacerlas cumplir, así como la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones donde se cometieron los delitos y, de tomar medidas adecuadas para evitar o reprimir la conducta punibles de los subordinados¹⁶.

¹⁵ C-674/2017; RPA No 5: Se debe recordar que el sistema jurídico de la República de Puerto Madeira es equiparable a la legislación colombiana, por lo que se pueden consultar entre otros requisitos la Ley 820 de 2016.

¹⁶Id.

1. a.2 La referencia al concepto de “conductas cometidas dentro del área de responsabilidad” del SPECI de la República de PM es incompatible con la jurisprudencia de la CPI y el ER.

La responsabilidad por el superior jerárquico se encuentra recogida en el art.28 ER y, constituye un principio de DIH¹⁷ que imputa responsabilidad al superior, ya sea directa (mediante la emisión de órdenes) o indirecta (por omisión en la toma de medidas para prevenir y sancionar los crímenes)¹⁸, por hechos de sus subordinados con el fin de evitar la impunidad¹⁹.

En dicho sentido, los criterios de valoración exigidos por la “*Ley de reconciliación*” de la República de Puerto Madeira exigen que dentro de la comisión del crimen el superior haya tenido la posibilidad de controlar y ejecutar las operaciones *dentro de un área de responsabilidad* asignada dentro de una estructura de mando militar²⁰.

Este criterio de valoración está en contra del ER y el derecho internacional consuetudinario puesto que ignora los poderes que el superior tuviese realmente. Un ejemplo es el caso del Sr. Jean Pierre Bemba, jefe militar de la República del Congo que fue condenado por la Sala de Primera Instancia III de la CPI por crímenes cometidos por sus tropas en otro país, la República Centroafricana. Por lo que, la CPI condenó al *Mayor*

¹⁷ CASSESE, A., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, Vol. I, edición de., GAETA, P., JONES, J., Oxford University Press, Oxford, 2002, P.828.

¹⁸ 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]

¹⁹ VAN SLIEDREGT, E., "International Criminal Law", [En línea], *The Oxford Handbook of Criminal Law*, <<http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199673599.001.0001/oxfordhb-9780199673599-e-49?rskey=JqOoCd&result=2%23oxfordhb-9780199673599-e-49-note-118>> Disponible en> [Consulta: 12.02.2018]

²⁰ 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.

Criminal en un contexto fuera del *área de responsabilidad asignada*, contrario a lo que se refiere en la “*Ley de reconciliación*” de la República de Puerto Madeira²¹.

Por lo que se permite referir con base a la jurisprudencia de la CPI, la no existencia de límites geográficos o temporales de una autoridad sobre sus subordinados, permitiendo el *ius puniendi* a los superiores que *hubieren sabido* o, en razón de las circunstancias del momento, *hubieren debido saber* que las fuerzas bajo su mando estaban cometiendo crímenes o se proponían cometerlos.

Así entonces, el que la república de PM no contemple los precedentes jurisprudenciales de la CPI expuestos, configuraría un despropósito con el DPI y la JT al no apreciar en su totalidad las fuentes principales que contempla el artículo 21 del ER desafiando los principios fundantes al no adoptar todas las medidas en el plano nacional para asegurar que los victimarios sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia.

1. a.3 La capacidad legal, material, directa de emitir órdenes y de tomar las medidas adecuadas que establece el SPECI no es un requisito legal con arreglo al derecho internacional.

Conforme al artículo 3 de “*La ley de reconciliación*”, la responsabilidad de los superiores jerárquicos no podrá basarse de manera exclusiva en el rango o la jerarquía del superior militar, o quien actúe efectivamente como superior militar, sino que *deberá probarse el control efectivo del superior sobre la ejecución por sus subordinados de la conducta constitutiva de genocidio, crimen de lesa humanidad o crimen de guerra que se le impute*²². Por lo que, dentro el entendido de la jurisdicción especial del Estado de PM, se entiende que el superior jerárquico tiene que tener una capacidad legal y material de emitir órdenes, de modificarlas y de hacerlas cumplir. Este requisito es equívoco conforme al Derecho Penal Internacional.

²¹ Id.

²² HC, “Ley Nacional de Reconciliación de Puerto Madeira”, en desarrollo del “Acuerdo de Paz y Reconstrucción del Tejido Social Nacional”, artículo 3.

La evaluación de si los superiores tenían el mando y el control efectivo se responde a través de si tenían la capacidad material de cuestionarse y de prevenir o castigar los crímenes que cometen sus subordinados, más no se debe tener en consideración el *probarse el control efectivo del superior sobre la ejecución por sus subordinados de la conducta constitutiva del crimen*. La CPI se ha pronunciado sobre este tema, en la decisión de la Fiscalía Vs. Bemba con arreglo al artículo 74 del ER del 21 de marzo de 2016, expuso que dicho aspecto es una cuestión de prueba, no de derecho²³. Por lo que, en señalada situación *fáctica*, la autoridad legal del superior para emitir órdenes es un indicador probatorio que se puede tomar como apreciación pero no es trascendental ni suficiente a la hora de analizar y establecer el control efectivo²⁴.

Además, la responsabilidad no se debe limitar al superior directo, la omisión por parte de los jefes militares de mayor rango de adoptar medidas necesarias para prevenir o castigar los crímenes internacionales de sus subordinados también daría lugar a una responsabilidad penal. La jurisprudencia en el caso Bemba de la CPI lo ha reiterado, que haya o no subordinados intermedios entre el superior y los autores del crimen es irrelevante en la medida de que hubo control efectivo²⁵.

1. a.4 Conclusiones de la cuestión jurídica:

Así las cosas a modo de conclusión, se puede establecer que **la premisa actual de la “Ley de reconciliación” podría excluir la responsabilidad de los superiores con mayor jerarquía, los que tenían el control efectivo por medio de sus subordinados intermedios. Lo que lleva al Estado de PM al no juzgamiento de los mayores criminales, no poniendo fin a la impunidad de los autores de crímenes de lesa humanidad y guerra, tampoco contribuyendo así a la prevención de los mismos**²⁶, lo

²³ Fiscalía vs. Bemba, decisión con arreglo al artículo 74 del ER, sentencia de primera instancia, 21/03/2016, párr.183, 188-189.

²⁴ 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.

²⁵ Cfr. Fiscalía vs. Bemba, sentencia de primera instancia, Id.

²⁶ ER, preámbulo.

anterior por no contemplar en su totalidad la figura de responsabilidad del artículo 28 del ER no tampoco la jurisprudencia de la CPI.

Además, dicha regulación de la figura de la responsabilidad de mando desconoce el derecho de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación²⁷, por las siguientes razones: (i) introduce como criterio de determinación de la responsabilidad del mando, las reglas operacionales de la fuerza pública, otorgándoles la misma jerarquía de las reglas del DIH; (ii) supedita la determinación de la responsabilidad de mando respecto de los miembros de la fuerza pública, a la concurrencia de condiciones fácticas que terminan por difuminar la responsabilidad²⁸.

V.I.b) EXISTEN DIFERENCIAS QUE TIENEN RELEVANCIA SUFICIENTE COMO PARA AFIRMAR QUE, A LA LUZ DE LOS CRITERIOS RECOGIDOS EN EL ARTÍCULO 15 (3) DEL ECPI Y LA REGLA 48 DE LAS RPP CPI, EXISTEN “MOTIVOS RAZONABLES” PARA ACCEDER A LA PETICIÓN DE AUTORIZACIÓN PARA EL INICIO DE LA INVESTIGACIÓN PRESENTADA POR LA FISCALÍA.

1. b.1. Sobre las cuestiones jurisdiccionales preliminares:

La República de Puerto Madeira 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 ECPI²⁹. Por lo que, se entiende que la CPI tiene competencia en el Estado de PM y puede iniciarse una petición de autorización para el inicio de una investigación por parte de la fiscalía de la CPI.

²⁷ CIDH, Caso “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia, 15/09 /2005, Parra. 110-111.

²⁸ C/674/2017.

²⁹ HC.

1. b.2. Análisis de la competencia material:

Ahora bien, después de aclarar la competencia de la CPI en la República de PM, está RLV considera que se puede afirmar que “*existen motivos razonables*” para acceder a la petición de la fiscalía de la CPI, dando el inicio de una investigación conforme al artículo 15(3) del ECPI y la regla 48 de las RPP por las siguientes razones:

i) Existe un fundamento razonable que permite concluir que se han cometido crímenes de lesa humanidad, de guerra y de genocidio a partir del 1 de julio del 2002.

ii) La Fiscalía de la CPI señaló que, hasta dicha fecha, los tribunales de Puerto Madeira sólo habían emitido tres condenas por los delitos de detención arbitraria, tortura y desaparición forzada contra agentes del estado de bajo rango que habían cometido directamente los delitos y, cinco condenas en ausencia por desplazamiento forzado contra dirigentes del ELPM cuya captura no se había podido efectuar por las autoridades de Puerto Madeira³⁰.

iii) El SPECI no contempla en su totalidad el artículo 28 del ER, dicha definición del artículo 3 de la “*Ley de reconciliación*”, se materializa en la impunidad del superior de la autoridad en la exigencia de que el superior jerárquico tenga la capacidad legal, y no solo material, de emitir órdenes, con lo cual “*la disposición excluye en los hechos la responsabilidad penal de los superiores que tenga poder y autoridad para prevenir (o castigar) el crimen de un subordinado*”

iv) La referencia al concepto de “*conductas cometidas dentro del área de responsabilidad*” del SPECI de la República de Puerto Madeira es incompatible con el DPI puesto que la jurisprudencia ha reiterado que no es necesaria la existencia de límites geográficos o temporales de una autoridad sobre sus subordinados, lo que permite el *ius puniendi* a los superiores que *hubieren sabido* o, en razón de las circunstancias del momento, *hubieran debido saber* que las fuerzas bajo su mando estaban cometiendo crímenes o se proponían cometerlos.

³⁰ HC, párr. 8.

v) La capacidad legal, material, directa de emitir órdenes y de tomar las medidas adecuadas que establece el SPECI no es un requisito legal con arreglo al derecho internacional puesto que la misma jurisprudencia de la CPI ha reiterado, que haya o no subordinados intermedios entre el superior y los autores del crimen es irrelevante en la medida de que hubo control efectivo. Por lo que, la autoridad legal del superior para emitir órdenes es un indicador probatorio, más no de derecho como se establece la “*Ley de reconciliación*”.

V.II.a) LA INCLUSIÓN DEL REQUISITO DE SISTEMATICIDAD A LA HORA DE DETERMINAR EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL SPECI CON RESPECTO A LOS CRÍMENES DE GUERRA NO ES CONSISTENTE CON LA EXTENSIÓN DE LA COMPETENCIA MATERIAL DE LA CPI

2. b.1 La importancia del carácter generalizado y sistemático para la comunidad internacional.

Se utilizan las expresiones “*ataque generalizado*” para designar, según la jurisprudencia de la CPI “*una línea de conducta que implique un alto número de víctimas*” o por la naturaleza a gran escala del ataque³¹. Por el contrario, el “*carácter sistemático*” del ataque se asocia a la naturaleza organizada de los actos y si estos pertenecen a una política o plan preconcebido³², que dé lugar a un patrón regular y a una comisión permanente de actos³³, en el sentido de repeticiones no accidentales de una conducta criminal similar³⁴.

Por otro lado, el “*carácter sistemático o generalizado*”, ha sido interpretado de igual forma por los TI Ad Hoc. Por ejemplo, el TI para Ruanda estableció en el caso

³¹CPI, Katanga y Ngudjolo, cit, párr.395; Fiscalía vs. Al Bashir, Orden de detención, 04/05/2009, párr.81.

³²C/578/2002.

³³CPI, Fiscal vs. Al Bashir, Orden de detención, 04/05/2009, párr.81. Katanga y Ngudjolo, párr. 395.

³⁴CPI, Kenia, ICC-01/09, Autorización para abrir investigación, 31/3/2010, párr.96; CPI, Katanga y Ngudjolo, cit., párr.397; CPI, Fiscalía vs Bemba, cit., párr.83.

Akayesu del 2 septiembre de 1998 que: *“El concepto de “generalizado” puede ser definido como masivo, frecuente, acción en gran escala, llevada adelante en forma colectiva con seriedad considerable y dirigida contra una multiplicidad de víctimas y, el concepto de “sistemático” puede ser definido como bien organizado y siguiendo un plan regular sobre la base de un política concertada que involucre recursos sustanciales públicos y privados”.*

Así entonces en el presente caso, podemos apreciar *“la generalidad”* y la *“sistematicidad”* del ataque evidenciado en los aproximadamente un millón de víctimas entre civiles, militares y desaparecidos además de los tres millones de desplazados que deja el conflicto de la situación de la República de PM.

2. b.2 Existe una contradicción entre la amnistía del carácter no sistemático de los crímenes de guerra y el deber de investigar y juzgar las graves violaciones de DDHH y las infracciones graves al DIH.

El DIH prohíbe las amnistías respecto de todas las infracciones graves al derecho internacional humanitario, especialmente si estas demandan criminalización. Precisamente, un crimen de guerra es *“toda grave infracción de las reglas del derecho humanitario cuya punibilidad surge directamente del derecho internacional humanitario.”³⁵*, 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.

Además, la resolución 2005/81 sobre impunidad, de **las Naciones Unidas, afirma que: “no se debe conceder la amnistía a quienes hayan cometido violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario que constituyan delito”** Lo anterior, la República de PM lo está realizando por medio de la *“Ley de amnistía”*. Por otra parte la misma resolución reconoce : *“la conclusión del Secretario General de que los acuerdos de paz aprobados por las Naciones Unidas que señalan que nunca se pueden*

³⁵ C/007/2018; WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, P. 547

*prometer amnistías por crímenes de genocidio, de guerra o de lesa humanidad, o por infracciones graves de los derechos humanos*³⁶”.

Por lo que , en el ámbito del DIH y en el del DPI es claro que estos crímenes , *per se*, entrañan una infracción grave al DIH, lo que implica la introducción de un factor de incertidumbre, dado que el artículo 4 de la Ley de amnistía, incluye los crímenes de guerra generalizados, lo que para la RLV infiere la impunidad por la amnistías, indultos o tratamientos penales especiales, cuando no presentan un estándar adicional de agravante o atenuante, sin que ese estándar se encuentre definido, ni existan criterios ciertos para su determinación³⁷.

Por otra parte, el contenido de la *justicia transicional* de la República de PM, como un conjunto amplio de procesos y mecanismos judiciales, de carácter excepcional y transitorio, que responden a largos periodos de violencia generalizada, como se evidencia en las más de un millón de víctimas que deja dicho conflicto, en los que se han cometido constantes violaciones de derechos humanos y al derecho internacional humanitario, tiene que responder a los propósitos de la justicia transicional los cuales 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*³⁸. Por lo que, la RLV considera que el tipo de amnistía que contempla la “*Ley de reconciliación*” va en contra de los derechos de las víctimas y es un despropósito para la aplicación de la justicia y la reparación de las mismas al realizar la amnistía de crímenes que no han sido investigados .

³⁶ Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Resolución 2005/81.

³⁷ Id.

³⁸ C/007/2018, C/379/2016.

2. b.3 Los crímenes de guerra podrían quedar impunes por la amnistía que recoge la Ley de reconciliación.

Preocupa profundamente a la RLV, que el artículo 2.1 de la “*Ley Nacional de Reconciliación*” limite a los “*crímenes de guerra sistemáticos*” el ámbito de aplicación del SPECI. Así mismo, la inclusión del artículo 4 de la mencionada Ley que incluye a los crímenes de guerra no sistemáticos dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Amnistía³⁹

En opinión de la RLV, el estándar de sistematicidad aplicado en las mencionadas disposiciones de la “*Ley Nacional de Reconciliación*” no es reconocido hasta la fecha ni por el ECPI, ni por la práctica judicial de la CPI, lo que implicaría que en los mecanismos de juzgamiento previstos por la “*Ley Nacional de Reconciliación*” y el SPECI, podrían terminar excluidos (no investigados) quienes sean responsables a título de autoría, participación y/o responsabilidad del superior de crímenes de guerra ocurridos de forma no sistemática desde el 1 de enero de 2005⁴⁰.

Así las cosas, la “*Ley nacional de reconciliación*” permite las amnistías, indultos, por lo que **renuncia a la persecución penal de crímenes de guerra no cometidos sistemáticamente, cuando a la luz del derecho internacional, estos delitos deben tener una sanción efectiva**. Conforme el derecho internacional, la gravedad de los crímenes de guerra no se establece únicamente en función de la sistematicidad en su comisión, sino también en función de su naturaleza, impacto o modo de comisión, y en todo caso, el deber de imponer sanciones efectivas se extiende a todos los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el genocidio⁴¹.

Además, aunque se ha entendido que la sistematicidad hace alusión a que el crimen de guerra se cometió como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de dichos delitos, este estándar también es inadecuado, ya que por la naturaleza de

³⁹ HC, párr. 18.

⁴⁰ Id.

⁴¹ C/674/2017.

los crímenes de guerra y su gravedad intrínseca, estos deben ser sancionados independientemente de la citada circunstancia⁴².

La CIDH también ha expuesto, que se tienen que sancionar los crímenes internacionales competencia de la CPI y no pueden quedar impunes. La misma se refirió al alcance del concepto de impunidad con fundamento a las leyes de amnistías en los siguientes términos: se puede generar una impunidad por “*la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de derecho protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares*”⁴³ lo que podría propiciar la repetición de las violaciones de derechos humanos y la indefensión de las víctimas.

2. b.4 Conclusión de la cuestión jurídica:

Por los argumentos anteriormente expuestos, la RLV puede concluir que la inclusión del requisito de sistematicidad a la hora de determinar el ámbito de aplicación del SPECI con respecto a los crímenes de guerra no es consistente con la extensión de la competencia material de la CPI puesto que la “*Ley nacional de reconciliación*” permite las amnistías, indultos, por lo que se renuncia a la persecución penal de crímenes de guerra no cometidos sistemáticamente, cuando a la luz del derecho internacional, estos delitos deben tener una investigación y/o sanción efectiva y no deben quedar impunes.

⁴² id.

⁴³ CIDH, *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Sentencia de 8 /07/2004.

V.II.b) HAY “MOTIVOS RAZONABLES” PARA ACCEDER A LA PETICIÓN DE AUTORIZACIÓN PARA DAR EL INICIO DE LA INVESTIGACIÓN PRESENTADA POR LA FISCALÍA PUESTO QUE NO EXISTE LA EXTENSIÓN DE LA COMPETENCIA MATERIAL DE LA CPI SOBRE EL REQUISITO DE SISTEMATICIDAD SOBRE LOS CRÍMENES DE GUERRA.

Está RLV considera que se puede afirmar la “*existen motivos razonables*” para acceder a la petición de la fiscalía de la CPI, dando el inicio de una investigación conforme al artículo 15(3) del ECPI y la regla 48 de las RPP por las siguientes razones:

i) Existe una contradicción entre la amnistía del carácter no sistemático de los crímenes de guerra y el deber de investigar y juzgar las graves violaciones de DDHH y las infracciones graves al DIH, puesto que hay una violación grave al DIH, lo que implica la introducción de un factor de incertidumbre, dado que el artículo 4 de la Ley de amnistía, incluye los crímenes de guerra generalizados lo que se materializa en la no investigación dando así cabida a la impunidad.

ii) La ley de amnistía no garantiza los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición de los hechos violentos al no investigarlos y sancionarlos.

iii) “*Ley nacional de reconciliación*” permite las amnistías, indultos, por lo que renuncia a la persecución penal de crímenes de guerra no cometidos sistemáticamente, cuando a la luz del derecho internacional, estos delitos deben tener una sanción efectiva.

iii) El requisito de la renuncia de la persecución penal de crímenes de guerra no cometidos de forma sistemática podría llevar a que se dicten amnistías u otras medidas similares a individuos responsables. Lo que, se podría materializar en un resultado que podría tornar admisible una investigación (Al encontrar razones suficientes) por parte de la fiscalía de la CPI, si analiza que en este caso o cualquier otro quedarían sin abordar crímenes competencia de la CPI producto de la “*Ley de amnistías*”.

V.III.a) ES APLICABLE EL SPECI A TERCEROS QUE NO SON NI AGENTES DEL ESTADO DE LA REPÚBLICA DE PM NI MIEMBROS DEL ELPM.

3. a.1 La participación de terceros que no son agentes del Estado de la República de PM ni miembros del ELPM ayuda a la materialización de la justicia en el entendido de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y su reparación.

3. a.1.1 Derecho a la verdad, justicia y reparación.

La RLV considera que las personas, terceros, que no son agentes del Estado de la República de Puerto Madeira ni miembros del ELPM podrán acogerse al SPECI y recibir el tratamiento especial que el mismo sistema determine, siempre que cumplan con las condiciones establecidas de contribución a la verdad, reparación y no repetición.

Lo anterior, para que exista un reconocimiento de los derechos de las víctimas a la verdad y la responsabilidad de terceros determinando, la comparecencia de aquellos que hubieren tenido autoría o participación activa o determinante en la comisión de los siguientes crímenes: de lesa humanidad y de guerra, esto es, toda infracción del DIH, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado, todo ello conforme a lo establecido en el ER⁴⁴.

Así las cosas, el Estado puede adoptar por el reconocimiento de terceros a participar en el SPECI con satisfacción a la creación de varios mecanismos judiciales específicos, así como otros mecanismos extrajudiciales, como las comisiones de la verdad y la reconciliación, que complementan el sistema judicial, para investigar las violaciones de los derechos humanos y del DIH⁴⁵.

Lo anterior para que, la sociedad en general reconozca el derecho que asiste a las víctimas de violaciones manifiestas de los DD.HH y violaciones graves de las normas internacionales de derechos humanos, así como a sus familias, en el marco del sistema

⁴⁴ C/674/2018

⁴⁵ Resolución sobre el derecho a la verdad, Comisión de DDHH, Res 2005/66, 20 de abril de 2005.

jurídico interno de cada Estado, de conocer la verdad sobre esas violaciones y, en particular la identidad de los autores y las causas, los hechos y las circunstancias relacionados con los mencionados⁴⁶.

Dicha identidad de los autores permite referirse a la materialización de búsqueda de la *verdad judicial* como interés fundamental de las víctimas, para que se cumpla un criterio básico que consiste en que los responsables de los crímenes por los que las víctimas sufrieron daños hayan sido investigados y sancionados⁴⁷.

Así la búsqueda del derecho a la *verdad judicial* debe estar satisfecha por medio de los respectivos procedimientos ante la CPI y ante la Justicia Transicional puesto que, las víctimas tienen un interés fundamental en el resultado de tales procedimientos y participación de terceros que no son agentes del Estado ni representantes del ELPM porque: (i) *aportan claridad acerca de lo que realmente sucedió y*, (ii) *se reducen las posibles diferencias entre las conclusiones de hecho resultantes del proceso penal y la verdad*⁴⁸, Por lo que, en la búsqueda de la *verdad judicial* como interés fundamental de las víctimas, debe alegarse que se cumpla el aporte o la responsabilidad a terceros sobre el conflicto de PM.

En dicha *verdad judicial* si terceros ajenos del Estado de Puerto Madeira y miembros del ELPM, que comparezcan ante el SPECI, se les llegare a probar que estos hubieren tenido una autoría o participación activa o determinante en la comisión de los crímenes, es importante que se contemple una reparación para las víctimas que hayan sufrido por los crímenes competencia de la CPI.

Dicha reparación es un principio al que todas las víctimas tienen derecho, siendo este resaltado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el marco de la Resolución 60/147, el cual expresa que las diferentes víctimas de los diferentes crímenes competencia de la Corte tienen el derecho a las siguientes formas de reparación:

⁴⁶ Id.

⁴⁷ CPI, “La oficina pública para la defensa de las víctimas”, Id.P.38.

⁴⁸ id.

*restitución, indemnización*⁴⁹, *rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición*. Además la misma hizo referencia a la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (Declaración de la ONU sobre Justicia para las Víctimas), y a los “*Principios Van Boven/Bassiouni*” destacando que ambos instrumentos reconocen tanto el “*sufrimiento emocional*” y la “*pérdida financiera*” como tipos de daños⁵⁰ que se podrían ver reparados si se acogen los terceros al SPECI por medio de la justicia transicional.

Por otra parte, las garantías de reparación, satisfacción y garantías de no repetición han sido incluidas en las sentencias de reparación de la CIDH, la Corte Europea de Derechos Humanos y otros órganos internacionales como el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁵¹. Por lo que, está RLV quiere dejar claro que la concesión de amnistías o indultos o de cualquier tratamiento especial, simétrico, simultáneo, equilibrado y equitativo no exime del deber de contribuir individual o colectivamente al esclarecimiento de la verdad o del cumplimiento de las obligaciones de reparación que sean impuestas⁵² por la justicia transicional de la República de PM.

Así entonces, con el aceptar la participación de terceros se puede materializar la *justicia, la verdad judicial y la reparación integral*. Los cuales se tornan en herramientas útiles, no solo como medio para combatir la impunidad y, en virtud de ello, garantizar las medidas de *no repetición*, sino que también, se constituyen como marco interpretativo de las normas del ER que regulan la participación de las víctimas conforme con el DIDH para la no impunidad de terceros y su aporte para la garantía los derechos de las personas que han sufrido violaciones por crímenes competencia de la CPI.

⁴⁹ Cfr. Fiscalía Vs. Katanga, “Observaciones del Redress Trust conforme al Artículo 75 del ER”.

⁵⁰ Cfr. Declaración de la ONU sobre Justicia para las Víctimas; FIDH, Los derechos de las víctimas ante la CPI, capítulo VII: “Reparación y el Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas”, [En línea], <https://www.fidh.org/IMG/pdf/10-manuel_victimes_CH-VII_ESP7.pdf> [Consulta: 17.09.2018].

⁵¹ Cfr. CIDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (daños compensatorios), Sentencia de 21 de julio de 1989, serie C, No 7, párr. 34 y 35, Caso Castillo Páez vs. Perú, sentencia del 3 de noviembre de 1997, Blanco vs. Nicaragua, 18 de agosto de 1994, CCPR/C/51/D/328/1988, párr. 11, Serie C, No. 34, párr. 90; CDH, Comentario General 6 sobre el artículo 6, párr. 3; Comentario General 20 sobre el artículo 7, párr. 8 a 10; Blier vs. Uruguay, 23 de mayo de 1978, CCPR/C/15/D/30/1978, párr. 5.

⁵² Ley 820 /2016.

3. a.2 El esquema de responsabilidad de los terceros y las competencias del SPECI debe ser interpretado teniendo como referente la obligación de los Estados de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y del derecho internacional humanitario para la lucha contra la impunidad.

La CIDH definió por primera vez el concepto de impunidad como: “*la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana*”. Así mismo, la CIDH afirmó que “*el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles, ya que la impunidad propicia la repetición*⁵³ *crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares*⁵⁴”.

Por otra parte, la resolución ONU, Núm. 56/83 de La Asamblea General de la ONU, también reconoció que los hechos estatales internacionalmente ilícitos, son aquellos realizados por los órganos, representantes o agentes de cualquier Estado, que repercuten en la comisión de algún delito. Frente a esta situación, se genera la obligación de reparar a las víctimas y por lo tanto, asumir la responsabilidad por los hechos cometidos⁵⁵.

Por lo que, los Estados tienen la obligación de investigar y sancionar de todas las formas posibles a los responsables de crímenes competencia de la CPI con lo que, **caben terceros que no son agentes del Estado ni miembros del ejército de PM si se llegase a demostrar que tienen una autoría o participación directa o indirecta, incluyendo a los actores empresariales, tesis que ha sido incorporada a los escenarios de justicia transicional**⁵⁶, tanto por las comisiones de la verdad, como por las instancias judiciales

⁵³ T/327/2001.

⁵⁴ Id.

⁵⁵ Resolución ONU, Núm. 56/83: La Asamblea General de la ONU.

⁵⁶ PAX, “La Paz, responsabilidad de todos La responsabilidad corporativa en la justicia transicional: lecciones para Colombia”, [En línea], disponible en <<https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/Paz-la-responsabilidad-de-todos-final.pdf>> [consulta: 11.09.2018].

especializadas, teniendo en cuenta que se trata de actores claves en los fenómenos de violencia generada por conflictos armados internos.

3. a.3 Debe acogerse una versión amplia de la responsabilidad empresarial dentro de los marcos de la justicia transicional.

La RLV considera que se tiene que incluir una versión amplia de la responsabilidad empresarial dentro de los marcos de la justicia transicional del Estado de Puerto Madeira, desde las distintas modalidades de autoría o participación de los actores económicos en graves violaciones a los derechos humanos, como la conspiración para cometer actos violentos, el ejercicio de la violencia en el escenario laboral, la financiación de crímenes de guerra o empresas ilegales, todo en el marco del SPECI y la jurisdicción ordinaria del Estado.

Por lo que, es necesario recoger una noción amplia de responsabilidad empresarial, para que se pueda imputar a terceros ajenos al Estado y al ELPM la responsabilidad tanto por su autoría o participación directa o indirecta en el conflicto armado en la República de PM. Teniendo en cuenta que las comisiones de la verdad por medio de la justicia transicional tienen dentro de su mandato el deber de esclarecer el rol de estos actores y, que los mismos deben acudir al SPECI o en su defecto a las instancias judiciales ordinarias⁵⁷.

Lo anterior, tiene un sustento en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (UNGP, por sus siglas en inglés) de las **Naciones Unidas aprobados en el 2011, estos principios determinan que las empresas deben ofrecer reparación a las víctimas de abusos de derechos humanos si han causado o contribuido a estas injusticias**, resaltando : *“Los Estados deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. A tal efecto deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de*

⁵⁷ Id.

*reglamentación y sometimiento a la justicia*⁵⁸”. Sin embargo, este instrumento no es jurídicamente vinculante y no proporciona orientación acerca del papel y las responsabilidades de las empresas en procesos de justicia transicional. Por lo que, está RLV solicita que personas terceras como las empresas estén cobijadas en el SPECI para que con sus testimonios o responsabilidades tengan cobija los derechos a la verdad, justicia y reparación.

Así mismo, el Estado de PM tiene que hacer cumplir los Principios establecidos en los Principios Rectores sobre las Empresas y los DD.HH de las Naciones Unidas, los cuales son : i) *Hacer cumplir las leyes que tengan por objeto o por efecto hacer respetar los derechos humanos a las empresas, evaluar periódicamente si tales leyes resultan adecuadas y remediar eventuales carencias, ii) Asesorar de manera eficaz a las empresas sobre cómo respetar los derechos humanos en sus actividades y, iii) Alentar y si es preciso exigir a las empresas que expliquen cómo tienen en cuenta el impacto de sus actividades sobre los derechos humanos*⁵⁹” o como es en el contexto del caso, por los crímenes competencia de la Corte.

3. a.4 Conclusión de la cuestión jurídica:

Es aplicable el SPECI a terceros que no son ni agentes del estado de la República de Puerto Madeira ni miembros del ELPM puesto que se puede afirmar que existen vías jurídico-legales que permitirán hacer que las empresas, en el marco de procesos de justicia transicional (SPECI) puedan participar y si es el caso ser sancionadas debidamente, así como ser objeto de convertirse en sujetos reparadores por el daño que pudieran haber causado, ya sea mediante indemnización o mediante medidas de satisfacción, como lo es el reconocimiento de la verdad, del perdón y de la dignificación de la memoria de las víctimas.

⁵⁸ 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”, [En línea], <https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf>, [Consulta:17.09.2018]

⁵⁹ Id.

V.III.B) LA EXCLUSIÓN DE TERCEROS NO TIENE LA RELEVANCIA SUFICIENTE COMO PARA AFIRMAR QUE, EXISTEN “MOTIVOS RAZONABLES” PARA ACCEDER A LA PETICIÓN DE AUTORIZACIÓN PARA EL INICIO DE LA INVESTIGACIÓN PRESENTADA POR LA FISCALÍA.

Está RLV considera que no se puede afirmar que “*existen motivos razonables*” para acceder a la petición de la fiscalía de la CPI, dando el inicio de una investigación conforme al artículo 15(3) del ECPI y la regla 48 de las RPP por las siguientes razones:

Es importante resaltar que frente a la responsabilidad de terceros que no son ni agentes del Estado ni miembros del ELPM, como lo son las empresas que hubieren sido autoras o partícipes de la comisión de crímenes competencia del ER, no podría haber una investigación por parte de la CPI puesto que, la competencia de la misma se limita a investigar y sancionar a personas naturales más no a personas jurídicas.

Dicha limitación se configura en el principio de Responsabilidad Penal Individual⁶⁰. Este Principio, encuentra apoyo conceptual principalmente en el ER, fuente primaria del sistema de la CPI, el cual expone conceptos que han quedado instituidos en los instrumentos más importantes aprobados por las Naciones Unidas para la protección de los derechos conforme a la responsabilidad penal individual⁶¹. Además, se concreta dicho principio puesto que se expone: “*Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente*”⁶².

Sin embargo, distintas fueron las proposiciones que se realizaron en los trabajos preparatorios para la conformación del tribunal permanente de jurisdicción penal internacional. Por lo que, es de relevancia importante citar en esta parte, diversos esfuerzos que se presentaron para tratar de completar la jurisdicción penal internacional por medio de la imputación a empresas o mejor dicho a personas jurídicas. Lo anterior, tiene fundamento

⁶⁰ CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, 1ª ed., New York, 2003, PP. 136-137

⁶¹ 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].

⁶² ER, Artículo 25.

en el Informe del Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional de 1996 que contenía 2 propuestas: “1-) *El Tribunal será competente para conocer de la responsabilidad penal de: (a) las personas físicas; (b) las personas jurídicas, con la excepción de los Estados, cuando los crímenes cometidos se cometieron en nombre de dichas personas jurídicas o de sus agencias o representantes.* 2-) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la responsabilidad penal de las personas físicas que sean autores o cómplices del mismo crimen.*”⁶³”. El anterior planteamiento fue rechazado posteriormente, no teniendo cabida a la responsabilidad de las personas jurídicas dejando únicamente la responsabilidad individual a personas naturales.

Adicionalmente, en los Tribunales de Nüremberg y Tokio, se emitieron gran número de fallos al respecto⁶⁴, que se concretaron en el articulado de los principios de derecho internacional aprobados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1950, y en donde se expresa de forma clara que la persona, individualmente considerada, se ubica en el centro del artículo 21 del ER⁶⁵. También en los Tribunales Ad hoc TPIY y TPIR, respectivamente, se dio un paso importante en el desarrollo del principio de responsabilidad penal individual⁶⁶ descartando algún tipo de responsabilidad a las personas jurídicas.

Así entonces, la RLV considera que una investigación a terceros que no son parte del Estado de la República de Puerto Madeira ni miembros del ELPD no es posible puesto que, la responsabilidad de terceros, como la de personas jurídicas ha

⁶³PIEDRA, 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].

⁶⁴ 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 procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international*", RCADI , 1947, I, p. 481 Sobre el Tribunal de Tokio, Cfr. RÖLLING B., CASSESE,A., *The Tokyo Trial and Beyond* , Oxford, 1993.

⁶⁵ ER, Artículo 21.

⁶⁶ TIPY, Artículo 5 Estatuto, se autoriza al Tribunal para enjuiciar a personas responsables de crímenes cometidos contra la población civil durante un conflicto armado. Artículo 7 da un amplio alcance a la noción de " Responsabilidad penal individual".

sido rechazada en el Derecho Penal Internacional. En dicho sentido, así existan “*motivos razonables*” la fiscalía de la CPI no puede dar inicio a una investigación conforme a los artículo 15(3) del ECPI y la regla 48 de las RPP. Lo anterior dado a que dicha investigación a terceros como lo son las personas jurídicas desborda la competencia de la fiscalía.

Por otra parte, la RLV quiere recalcar que en distintos escenarios de justicia transicional⁶⁷ **se han establecido diversos mecanismos jurídicos para que terceros, como lo son las personas jurídicas (empresas) tengan participación en escenarios de procesos de paz** puesto que se puede esclarecer: *i) la verdad, dar ii) una reparación y, ii) garantizar medidas de no repetición*⁶⁸.

V.IV. LA LUZ DE LOS CRITERIOS RECOGIDOS EN EL ARTÍCULO 15(3) DEL ECP Y LA REGLA 48 DE LAS RPP DE LA CPI, EXISTEN “MOTIVOS RAZONABLES” PARA ACCEDER A LA PETICIÓN DE AUTORIZACIÓN PARA EL INICIO DE UNA INVESTIGACIÓN PRESENTADA POR LA FISCALÍA.

La RLV considera que a la luz de los criterios recogidos en el artículo 15 (3) del ECP y la regla 48 de las RPP de la CPI, existen motivos razonables para acceder a la petición de autorización para el inicio de una investigación presentada por la fiscalía por las siguientes razones:

- i) La República de PM desde el 1 de julio de 2002 es parte del ECPI. Por lo que, se entiende que la CPI tiene competencia en el Estado de PM y puede iniciarse una petición de autorización para el inicio de una investigación por parte de la fiscalía de la CPI.
- ii) La “*Ley de reconciliación*” excluye la responsabilidad de los superiores con mayor jerarquía, los que tenían el control efectivo por medio de sus subordinados

⁶⁷ PAX, “La Paz, responsabilidad de todos La responsabilidad corporativa en la justicia transicional: lecciones para Colombia”, [En línea] disponible en <<https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/Paz-la-responsabilidad-de-todos-final.pdf>> [consulta: 11.09.2018].

⁶⁸ CPI, Manual para los representantes legales. “La oficina pública para la defensa de las víctimas”,id,P. 38.

intermedios. Lo que lleva al Estado de PM al no juzgamiento de los mayores criminales, no poniendo fin a la impunidad de los autores de crímenes de lesa humanidad y guerra, tampoco contribuyendo así a la prevención de los mismos, lo anterior por no contemplar en su totalidad la figura de responsabilidad del artículo 28 del ER no tampoco la jurisprudencia de la CPI.

Además, dicha regulación de la figura de la responsabilidad de mando (como lo contempla en Estado de Puerto Madeira) desconoce el derecho de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación , por las siguientes razones: *(i) introduce como criterio de determinación de la responsabilidad del mando, las reglas operacionales de la fuerza pública, otorgándoles la misma jerarquía de las reglas del DIH; (ii) supedita la determinación de la responsabilidad de mando respecto de los miembros de la fuerza pública, a la concurrencia de condiciones fácticas que terminan por difuminar la responsabilidad .*

iii) Se puede concluir que la inclusión del requisito de sistematicidad a la hora de determinar el ámbito de aplicación del SPECI con respecto a los crímenes de guerra no es consistente con la extensión de la competencia material de la CPI puesto que la “*Ley nacional de reconciliación*” permite las amnistías, indultos, por lo que se renuncia a la persecución penal de crímenes de guerra no cometidos sistemáticamente, cuando a la luz del derecho internacional, estos delitos deben tener una sanción efectiva y no deben quedar impunes. Además, la renuncia de la persecución penal de crímenes de guerra no cometidos de forma sistemática podría llevar a que se dicten amnistías u otras medidas similares a individuos responsables.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Corte Penal Internacional:

- Fiscalía vs. Bemba, Decisión de confirmación de cargos, ICC-01/05-01/08, SCP, 15 de junio de 2009.
- 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.
- Fiscalía vs. Katanga, Sentencia de conformidad con el artículo 76 del ER, ICC 01/04-01/06, 23 de mayo de 2014.
- Fiscalía vs. Ahmad al Faqi Al Mahdi, Juicio y sentencia, ICC-01/12-01/15, 27 de septiembre de 2016.
- SCP, Fiscalía vs. Callixte Mbarushimana, Confirmación de cargos, ICC01/04 01/10465.
- Fiscalía vs. Lubanga. Sentencia de conformidad con el Artículo 74 del ER ICC-01/04-01/06, 14 de marzo de 2012.
- Fiscalía Vs. Lubanga, Decisión sobre la pena de conformidad con el artículo 76 del Estatuto de Roma, ICC-01/04-01 / 06, 10 de julio de 2012.
- SPI I, Fiscalía Vs. Lubanga, Decisión de la participación de las víctimas, icc01/04-01/06-1119, 18 de enero de 2008.
- Versión Pública Redactada, Decisión sobre las solicitudes de participación en los procedimientos de vprs, ICC - 01/04-101, 17 de enero de 2006.
- Lubanga, Juicio de la Fiscalía y la Defensa contra la Decisión de la SCP I sobre la participación de víctimas, 11 de julio 2006.
- Lubanga, Decisión sobre participación de víctimas, 17 de enero 2006,
- Lubanga, Decisión sobre participación de víctimas, 21 de octubre 2008.
- Katanga y Ngudjolo, Confirmación de Cargos, 30 de septiembre 2008.

- Katanga y Ngudjolo Chui, Decisión sobre el conjunto de Derechos procesales adjunta al estado procesal de las víctimas en la fase de investigación, 13 de mayo 2008.
- ER.
- RPP

Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- 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.
- Caso Blake Vs. Guatemala, fondo, Sentencia del 24/enero/1998, párr. 97.
- Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, Sentencia 8/julio/2004.
- Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (daños compensatorios), Sentencia del 21/julio/1989, párr. 34 y 35.
- Caso Castillo Páez vs. Perú, sentencia del 3/noviembre/1997.
- Caso Blanco vs. Nicaragua, sentencia del 18/ agosto/1994.
- Caso Blier vs. Uruguay, sentencia del 23 de mayo de 1978, párr. 5.

Publicaciones:

- CASSESE, A., The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary, Vol. I, edition
- GAETA, P., JONES, J., Oxford University Press, Oxford, 2002, P.828.
- 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]
- VAN SLIEDREGT, E., "International Criminal Law", [En línea], The Oxford Handbook of Criminal

Law,<<http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199673599.001.0001/oxfordhb-9780199673599-e-49?rskey=JqOoCd&result=2%23oxfordhb-9780199673599-e-49-note-118> Disponible en> [Consulta: 12.02.2018]

- WERLE, G., Tratado de Derecho Penal Internacional, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, P. 547.
- 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 Nüremberg Case , Nueva York, 1948; DONNEDIEU DE VABRES, H " Le procès 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:

- Resolución 60/147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 16 de diciembre 2005, Principio No 8; Representación de las víctimas ante la CPI, Un manual para la representación legal, P. 26
- CPI, “Manual para los representantes legales”. La oficina pública para la defensa de las víctimas, Representación de víctimas ante la Corte Penal Internacional. Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de

delitos y del abuso de poder Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

- 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", [En línea],
<https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr_sp.pdf>, [Consulta:17.09.2018]
- PAX.,”La Paz, responsabilidad de todos La responsabilidad corporativa en la justicia transicional: lecciones para Colombia”, [En línea] disponible en <<https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/Paz-la-responsabilidad-de-todos-final.pdf>> [consulta: 11.09.2018].

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/674/2018
- C/007/2018
- C/379/2016
- C/674/2017
- C/674/2017
- C-578/02
- C-674/2017
- Ley 820 de 2016.