

EQUIPO NUMERO 4

ESCRITO DE LA FISCALÍA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

**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	5
II.	ESTABLECIMIENTO DE LOS HECHOS	5
III.	CUESTIONES JURÍDICAS A ABORDAR	7
IV.	ARGUMENTOS ESCRITOS	8
IV.1.A.	EL SISTEMA PENAL ESPECIAL PARA CRÍMENES INTERNACIONALES DE LA REPÚBLICA DE PUERTO MADEIRA NO ACOGE LA FIGURA DE LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR CONFORME AL ARTÍCULO 28 DEL ER.....	8
1.a.1.	<i>El Estado de Puerto Madeira a través de la Ley Nacional de Reconciliación no reconoce el Artículo 28 del Estatuto de Roma.....</i>	9
1.a.2.	<i>Vínculo entre la comisión de los crímenes y la “falta de control adecuado de superior”.....</i>	12
1.a.3.	<i>Conclusiones.....</i>	13
IV. 1.B.	EXISTEN MOTIVOS RAZONABLES PARA ACCEDER A LA PETICIÓN DE AUTORIZACIÓN PARA EL INICIO DE LA INVESTIGACIÓN PRESENTADA POR ESTA FISCALÍA.....	14
IV. 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	15
2.a.1.	<i>Los elementos de generalidad y sistematicidad a la luz del Derecho Internacional y otras fuentes.....</i>	15

2.a.2. <i>El deber de investigar y juzgar las graves violaciones de DDHH y las infracciones graves al DIH</i>	16
2.a.3. <i>La impunidad de los crímenes de guerra, en el caso de que se implemente la ley de amnistías del “Acuerdo de Paz” de Puerto Madeira</i>	18
IV. 2.B. SE PUEDE AFIRMAR QUE EXISTEN DIFERENCIAS QUE TIENEN 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 PUESTO QUE NO EXISTE LA EXTENSIÓN DE LA COMPETENCIA MATERIAL DE LA CPI SOBRE EL REQUISITO DE SISTEMATICIDAD SOBRE LOS CRÍMENES DE GUERRA.....	20
IV. 3.A. NO ES APLICABLE EL SPECI PARA LOS TERCEROS QUE NO SON NI AGENTES DEL ESTADO DE LA REPÚBLICA DE PUERTO MADEIRA NI MIEMBROS DEL ELPM.....	22
3.a.1. <i>Principio del juez natural</i>	23
3.a.2. <i>Principio de legalidad en el Estatuto de la corte Penal Internacional</i>	25
IV. 3.B. SEGÚN 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.....	25
IV.4. EXISTEN MOTIVOS RAZONABLES PARA ACCEDER A LA PETICIÓN DE AUTORIZACIÓN PARA EL INICIO DE LA INVESTIGACIÓN PRESENTADA POR LA FISCALÍA.....	27
4.1. <i>Competencia</i>	28
4.2. <i>Admisibilidad</i>	30
4.3. <i>No redunda en el interés de la justicia</i>	31

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	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	Partido Popular de Puerto Madeira.

II.- ESTABLECIMIENTO 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 exequible 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

La SCP II invita a la Fiscalía de la CPI a formular observaciones sobre si el Sistema Penal Especial para Crímenes Internacionales de la República de Puerto Madeira acoge lo establecido por el ER en cuanto a la responsabilidad del superior jerárquico según el artículo 28 (a) del mismo, así como el requisito de sistematicidad de los crímenes de guerra, y la posibilidad de aplicar el Sistema Penal Especial para Crímenes Internacionales a terceros.

Posteriormente, después de haber realizado un análisis de las cuestiones planteadas en el inciso anterior, se concluirá si existen motivos razonables para que la CPI autorice el inicio de la investigación presentada por la Fiscalía.

IV.- ARGUMENTOS ESCRITOS

IV. 1.A. EL SISTEMA PENAL ESPECIAL PARA CRÍMENES INTERNACIONALES DE LA REPÚBLICA DE PUERTO MADEIRA NO ACOGE LA FIGURA DE LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR CONFORME AL ARTÍCULO 28(a) DEL ER.

Esta Fiscalía argumenta que el Sistema Penal Especial para Crímenes Internacionales de la República de Puerto Madeira no consagra en su totalidad la responsabilidad del superior jerárquico conforme al artículo 28(a) del ER, puesto que no se tiene en cuenta el vínculo entre la comisión de los crímenes y la “falta de control adecuado de un superior”, lo que quiere decir es que se excluye la autoridad de *iure*, dejando impune crímenes internacionales que deben ser juzgados por la CPI.

Para iniciar, esta Fiscalía se encargará de dilucidar el problema jurídico, partiendo de un análisis de los elementos y requisitos para el cumplimiento del artículo 28(a) del ER según la jurisprudencia de la CPI, junto con los elementos de responsabilidad que se estipulan en el artículo 3 de la Ley Nacional de Reconciliación de Puerto Madeira para llegar a la conclusión de que la aplicación de la responsabilidad contenida en la ley mencionada anteriormente, no reúne todos los elementos y requisitos del artículo 28(a) del ER.

Por lo tanto, es incompatible con los principios del DPI como el principio del interés de la justicia¹, ya que la gravedad de los crímenes perpetrados configuran este mismo, teniendo en consideración el grado de participación de los autores, el interés jurídico lesionado y el alcance del daño ocasionado a las víctimas². Así que como consecuencia de ello, en este caso particular, le compete a la CPI juzgar sobre la responsabilidad de los superiores jerárquicos, para así lograr el establecimiento de la justicia material.

De igual modo, teniendo en cuenta el artículo 3 sobre la responsabilidad de los superiores jerárquicos de la Ley Nacional de Reconciliación de Puerto Madeira, en desarrollo del Acuerdo de Paz y Reconstrucción del Tejido Social Nacional, se establece que se reconoce la responsabilidad del superior jerárquico según lo establece el artículo 28(a) del ER.

¹ CPI, Report on Preliminary Examination Activities 2013- El "interés de la justicia" es una consideración compensatoria. La Oficina debe evaluar si, teniendo en cuenta la gravedad del delito y los intereses de las víctimas, existen, no obstante, razones fundadas para creer que una investigación no serviría los intereses de la justicia.

² REYES, E, “El interés de la justicia como causal para no iniciar una investigación o enjuiciamiento en el estatuto de roma de la corte penal internacional”, [En línea] Disponible en http://www.iccnw.org/documents/InterestofJustice_CODEPUandIMS_May05.pdf [Consulta: 06.09.2018].

Para el establecimiento de la justicia material del caso concreto se debe contemplar en su totalidad el artículo 28(a) del ER, porque de no hacerlo y de existir brechas o bases que no se relacionen con lo jurídico y lo circunstancial o factual, daría lugar a la impunidad de crímenes internacionales, lo cual redundaría en una violación al principio del interés de la justicia, en un contexto sistemático, en donde según el artículo 53 del ER, para que el Fiscal pueda iniciar una investigación, deben existir 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 justicia³.

1.a.1. El Estado de Puerto Madeira a través de la Ley Nacional de Reconciliación no reconoce el Artículo 28 del Estatuto de Roma

A pesar de que el texto de la LNR, remite al texto del artículo 28(a) ER del contenido expreso del artículo 3 de la ley, se desprende su incompleta prescripción dentro de la cual se ordenaría únicamente el reconocimiento de la responsabilidad de *facto*, y dejando de lado la responsabilidad de *iure*.

Por cuanto, la jurisprudencia expedida por la CPI y el análisis que se le realiza al artículo 28(a) del ER, está redactado de manera que distingue entre dos principales categorías de superiores y sus relaciones. A saber, una militar o militar comandante (párrafo (a)) y aquellos que no alcanzan esta categoría, como los civiles que ocupan puestos de autoridad de facto y de hecho (párrafo (b))⁴

De igual modo, la responsabilidad por el superior jerárquico constituye un principio de DIH⁵ 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)⁶, por hechos de sus subordinados con el fin de evitar la impunidad⁷.

³ Artículo 53 ER.

⁴ CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II, Fiscal c. Jean-Pierre Bemba Gombo, “Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo” ICC -01/05-01/08-424 15-06-2009, párr. 405

⁵ The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary, Vol. I, edición de CASSESE, A., GAETA, P., JONES, J., Oxford University Press, Oxford, 2002, p.828.

⁶ 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]

En consecuencia la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI, en la sentencia de confirmación de cargos, en el caso de la Fiscalía contra Jean Pierre Bemba⁸, ha expresado que para que se configure la responsabilidad por la categoría del militar comandante para cualquiera de los crímenes establecidos en los artículos 6 a 8 del ER, se debe cumplir con que el sospechoso sea comandante militar o una persona efectivamente actuando como tal, debe tener comando y control efectivo, o autoridad y control efectivo sobre las fuerzas subordinadas que cometieron uno o más de los crímenes establecidos en los artículos 6 a 8 del ER.

Así mismo los crímenes cometidos por las fuerzas subordinadas se debieron a que el superior no ejerció el control apropiado sobre ellos, por lo tanto el superior lo sabía, o debía haber sabido que las fuerzas subordinadas estaban cometiendo o estaban a punto de cometer uno o más de los delitos establecidos en los artículos 6 a 8 del ER; y, adicionalmente, el superior no tomó las medidas necesarias y razonables dentro de su poder para prevenir o reprimir la comisión de tales crímenes, o no sometió el asunto a las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento.

En efecto, el Estado de Puerto Madeira a través de la LNR reconoce únicamente el control efectivo de la respectiva conducta en el sentido de que para que se configure, se debe tener un conocimiento basado en la información a la disposición del superior 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.

Por lo tanto, lo anterior excluye la responsabilidad del Superior Jerárquico en el contexto del artículo 28(a) del ER, pues se es penalmente responsable todo superior jerárquico, civil o militar, que tenga un control efectivo sobre sus subordinados y, no solo aquellos que

⁷ 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]

⁸ CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II, Fiscal c. Jean-Pierre Bemba Gombo, "Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo" ICC -01/05-01/08-424 15-06-2009, párr. 405

tengan un control efectivo sobre la conducta específica que se les imputa teniendo en cuenta la configuración de las circunstancias fácticas⁹.

Si bien esta Fiscalía reconoce que la responsabilidad según el artículo 28 (a) del ER no se debe basar únicamente en el rango o jerarquía del superior, debido a que se deben cumplir conjuntamente los demás elementos, sí se debe tener en cuenta pues es un factor de gran importancia, debido a que, al no aplicar la responsabilidad del superior por el rango o jerarquía, se dejaría impune las omisiones conscientes o negligentes de los superiores¹⁰.

De igual manera, el artículo 28 (a) del ER, establece que una persona que actúe efectivamente como comandante militar será considerada penalmente responsable de los crímenes dentro de la jurisdicción de la Corte, cometidos por fuerzas bajo su autoridad y control efectivos "*como resultado de su incapacidad de ejercer control apropiadamente sobre tales fuerzas.*"

En consecuencia, la ley de reconciliación sí contempla los elementos de *hubiere sabido* y no el *hubiere debido saber* del superior jerárquico frente a las actuaciones de sus subordinados, limitando así la responsabilidad de *iure* de los superiores, dando lugar a que se concrete la impunidad de éste frente a los crímenes cometidos por sus subordinados, 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*¹¹."

1.a.2. Vínculo entre la comisión de los crímenes y la "falta de control adecuado de un superior"

Así mismo, el Estatuto en el artículo 28 (a) establece un vínculo entre la comisión de los crímenes y la "falta de control adecuado de un superior". Por lo tanto, la jurisprudencia de

⁹ 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 Estatuto de Roma, id, 21 de junio de 2016, párr.18; Sentencia C-578/02, TPIY, Prosecutor v. Martić, Caso No. IT-85-11, regla 61, Decision, Marzo 6, 1996, para.21.

¹⁰ CPI, Sala de Primera Instancia I, Fiscal c. Laurent Gbagbo And Charles Blé Goudé, "Prosecution request for notice to be given of a possible recharacterization pursuant to regulation 55(2)" ICC -02/11-01/15 24/04/15, párr. 11

¹¹ Sentencia C-674/2017

la Corte, ha hecho énfasis en que el encabezado del artículo 28 (a) del Estatuto incluye un elemento de causalidad entre la negligencia del superior y los crímenes subyacentes¹².

Por otro lado, los crímenes fueron el resultado de la falta de control adecuado¹³ del superior sobre las fuerzas militares¹⁴, pues éste falló en prevenir o reprimir la comisión de los crímenes o someter el asunto a las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento.

Alternativamente, existen varios factores que pueden indicar la existencia de una posición de autoridad superior y un control efectivo. Estos factores pueden incluir: (i) la posición oficial del superior; (ii) su poder para emitir o dar órdenes; (iii) la capacidad de garantizar el cumplimiento de las órdenes emitidas (es decir, garantizar que se ejecuten); (iv) su posición dentro de la estructura militar y las tareas reales que llevó a cabo; (v) la capacidad de ordenar las fuerzas o unidades bajo su mando, ya sea bajo su mando inmediato o en niveles inferiores, para participar en hostilidades; (vi) la capacidad de reordenar unidades o hacer cambios en la estructura de mando; (vii) el poder de promover, reemplazar, eliminar o disciplinar a cualquier miembro de las fuerzas; y (viii) la autoridad para enviar fuerzas donde tienen lugar las hostilidades y retirarlas en un momento dado¹⁵.

En el presente caso la responsabilidad contenida en el artículo 3 de LNR, se aparta del derecho internacional porque frustra los esfuerzos para cumplir las obligaciones de investigar y juzgar los crímenes internacionales por parte del Estado de Puerto Madeira, dado a que se reduce a juzgar a los superiores por el conocimiento de la conducta y deja por fuera la responsabilidad del superior de *iure*. Esto 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.

¹² CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II, Fiscal c. Jean-Pierre Bemba Gombo, “Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo” ICC -01/05-01/08-424 15-06-2009, párr. 423

¹³ La Corte entiende por control adecuado o efectivo como la capacidad material para prevenir y castigar la comisión de los crímenes o someter el asunto a las autoridades competentes para su investigación o enjuiciamiento.

¹⁴ CPI, Sala de Primera Instancia I, Fiscal c. Laurent Gbagbo And Charles Blé Goudé, “Prosecution request for notice to be given of a possible recharacterization pursuant to regulation 55(2)” ICC -02/11-01/15 24/04/15, párr. 22

¹⁵ CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II, Fiscal c. Jean-Pierre Bemba Gombo, “Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo” ICC -01/05-01/08-424 15-06-2009, párr. 417

De conformidad con el Artículo 87 (2) del Protocolo Adicional I, los comandantes deben "garantizar que los miembros de las fuerzas armadas bajo su mando conozcan sus obligaciones" en virtud del derecho internacional humanitario. El deber del comandante de garantizar que los soldados sean conscientes de sus propias "obligaciones" es de carácter permanente y surge antes del combate o incluso antes del estallido de la guerra¹⁶.

1.a.3. Conclusión.

Por lo anterior, se le debe otorgar competencia a la Corte Penal Internacional, pues en su ámbito de necesidad, se requiere sancionar a los máximos responsables, derivado de la gravedad de los crímenes cometidos por las fuerzas estatales de Puerto Madeira y el ELPM en relación con el conflicto armado, pues las víctimas fueron alrededor de 1 millón, miles de desaparecidos y 3 millones de desplazados, lo cual constituye graves violaciones al DIH y DDHH.

Así entonces, la Corte Penal Internacional competente para juzgar a los agentes que cometieron crímenes internacionales como superiores jerárquicos según el artículo 28 (a) del ER ya que el juzgamiento de estos actores consiste en la directa materialización de los principios generales del derecho penal internacional entre los cuales se encuentra el principio del interés de la justicia, lo que finalmente lleva a la aplicación y logro de la prevalencia de los fines del Estatuto de Roma, los cuales se encuentran consagrados en el preámbulo del mismo, cuyo contenido es estrictamente vinculante a la luz de la convención de Viena del derecho de los tratados¹⁷.

Por lo tanto, si excluye el *hubiere debido saber*, se estarían excluyendo las finalidades últimas de la justicia penal internacional se traducen en la protección de intereses jurídicos de carácter universal como son: I. La seguridad de los Estados. II. Bienestar de la

¹⁶ ICRC, Protocolos adicionales del 8 de junio de 1977 a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, (1987), pág. 1023, párr. 3563.

¹⁷ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, preámbulo. [En línea] disponible en https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf [consulta: 11.09.2018].

humanidad y, III. La paz universal de cuya efectiva protección depende la pervivencia del género humano¹⁸ y que solamente puede ser lograda a través de la concreción de una sentencia materialmente acertada y estrictamente congruente entre los fundamentos fácticos y la adecuación jurídica pertinente.

IV.1.B. EXISTEN MOTIVOS RAZONABLES PARA ACCEDER A LA PETICIÓN DE AUTORIZACIÓN PARA EL INICIO DE LA INVESTIGACIÓN PRESENTADA POR ESTA FISCALÍA.

Esta Fiscalía ha llegado a la conclusión mediante fundamentos fácticos y jurídicos que es pertinente abrir una investigación al Estado de Puerto Madeira según los criterios establecidos en el artículo 15(3) ER y 48 de las RPP, debido a que el Estado de Puerto Madeira reconoce la competencia de la Corte Penal Internacional desde el momento en que en el ejercicio de su soberanía, decidió el 1 de Julio de 2002 hacer parte del Estatuto de Roma, lo cual implica que respete las normas y reglas establecidas en éste, pues de no hacerlo, se activaría la competencia de la CPI para investigar y juzgar las infracciones al derecho internacional.

Por otro lado, el Estado de Puerto Madeira no aplica en su totalidad el artículo 28 del Estatuto de Roma, por lo tanto es competencia de la Corte Penal Internacional investigar y juzgar los crímenes cometidos por el superior jerárquico en el entendido de la responsabilidad de *iure*, pues el Estado por medio del artículo 3 de la LNR promulgada en cumplimiento del “*acuerdo de paz*” celebrado, sólo aplica la responsabilidad de *facto*, lo que genera un claro ambiente de impunidad sobre crímenes internacionales.

IV. 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.

Al limitar al elemento de la sistematicidad como único requisito para juzgar los crímenes de guerra, esta Fiscalía percibe un potencial ambiente de impunidad en el Estado de

¹⁸ Olásolo, Héctor, Los fines del derecho internacional penal, 29 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 93-146 (2016). [En línea] disponible en [http:// dx.doi.org/10.11144/ Javeriana.il 14-29.f dip](http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.il.14-29.f dip) [consulta: 11.09.2018].

Puerto Madeira con la implementación del “*Acuerdo de Paz*”, por tal razón se procederá a demostrar el grado de impunidad que produciría permitir que se juzgue únicamente bajo el elemento de la sistematicidad, fundamentando en primer lugar los elementos de generalidad y sistematicidad a la luz del derecho internacional y otras fuentes; posteriormente el deber de los Estados de investigar y juzgar las graves violaciones de DDHH y las infracciones graves al DIH; y finalmente la impunidad de los crímenes de guerra, en caso de que se implemente la ley de amnistías del “*Acuerdo de Paz*” de Puerto Madeira.

2.a.1. Los elementos de generalidad y sistematicidad a la luz del Derecho Internacional y otras fuentes.

La expresión “ataque generalizado” es empleada para designar conforme a la jurisprudencia de la CPI “una línea de conducta que implique un alto número de víctimas” o por la naturaleza a gran escala del ataque¹⁹. Ahora bien, la expresión “carácter sistemático” dentro de un ataque se asocia a la naturaleza organizada de los actos y si estos pertenecen a una política o plan preconcebido²⁰, que dé lugar a un patrón regular y a una comisión permanente de actos²¹, en el sentido de repeticiones no accidentales de una conducta criminal similar²².

De igual modo, se plantea en sentencia del TPIR, caso del Fiscal vs. Jean Paul Akayesu²³ y Fiscal vs. Kordic y Cerkez²⁴, que la sistematicidad en un ataque requiere que los crímenes se cometan de una forma donde no existan probabilidades de que la ocurrencia de los actos de violencia sean aleatorias. Esto quiere decir, que se realice un ataque desarrollado de manera organizada o previamente planificada, en ejecución de una política puesta en obra ya sea por medios públicos o privados, pero principalmente exige un plan previo.

¹⁹ CPI, Katanga y Ngudjolo, cit., párr.395; Fiscalía Vs.. Al Bashir, Orden de detención, 04-05-09, párr.81.

²⁰ Cfr, Corte Constitucional de Colombia, revisión de constitucionalidad del ER, sala plena, 30 de julio de 2002.

²¹ CPI, Fiscal v. Al Bashir, Orden de detención, 04-05-09, párr.81. Katanga y Ngudjolo, párr. 395.

²² CPI, Kenya, ICC-01/09, Autorización para abrir investigación, 31 de marzo de 2010, párr.96; CPI, Katanga y Ngudjolo, cit., párr.397; CPI, Fiscalía vs Bemba, cit., párr.83.

²³ Vid, TPIR, Fiscal vs. Jean Paul Akayesu, 2 de septiembre de 1998.

²⁴ Vid, TPIR, Fiscal vs. Kordic y Cerkez, 17 de diciembre de 2004.

Asimismo en sentencia TIPY²⁵ la generalidad en los ataques implica necesariamente un carácter masivo en el número de víctimas derivadas del crimen, es decir que se necesita que se dé un ataque de extraordinaria magnitud. Asimismo, el TPIR propone 4 requisitos que deben darse en el momento de la comisión de los crímenes, para que se considere como un ataque de carácter generalizado: (i) *debe ser frecuente*; (ii) *debe ser llevado a cabo colectivamente*; (iii) *debe estar caracterizado con requisito de gravedad considerable*; y (iv) *ser dirigido contra una multiplicidad de víctimas*²⁶.

De conformidad con lo anterior y realizando aplicación de ello al caso en concreto, “*la generalidad*” del ataque es innegable, pues su magnitud y desarrollo a gran escala es evidente en los aproximadamente un millón de víctimas entre civiles, militares y desaparecidos, así como los tres millones de desplazados que deja el conflicto de la situación en el Estado de Puerto Madeira.

2.a.2. El deber de investigar y juzgar las graves violaciones de DDHH y las infracciones graves al DIH.

Los Estados tienen obligaciones esenciales para la protección de derechos de todos sus nacionales, principalmente cuando estos han sido afectados o vulnerados. En estos casos se les exige la investigación conforme a la naturaleza de los derechos lesionados, como las graves violaciones a los derechos humanos cometidos, ya sea por acción u omisión por parte de agentes del Estado o ataques derivados del conflicto armado no internacional.

Igualmente, en Jurisprudencia la CIDH²⁷ prevé que en el contexto de estos ataques masivos y sistemáticos o generalizados hacia algún sector de la población, requiere la implementación de la no repetición, pero, de esto depende en su mayoría que se evite la impunidad y se enmienden las expectativas tanto de las víctimas como de la sociedad con respecto a conocer la verdad de lo sucedido. Así mismo la eliminación de impunidad constituye un elemento fundamental para la erradicación de las graves violaciones a DDHH. En el acuerdo de paz entre el Estado de Puerto Madeira y el ELPM se establece

²⁵ Vid, TPIY, Fiscal vs. Vidoje Blagojevic y Dragan Jokic, sala de primera instancia, 17 de enero de 2005.

²⁶ Vid, TPIR, Fiscal vs. Jean Paul Akayesu, 2 de septiembre de 1998.

²⁷ Vid, CIDH, Caso Masacres de el Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, Serie C No. 252, Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de octubre de 2012, párr. 244.

el régimen especial para los crímenes internacionales cometidos en el desarrollo del conflicto, donde da competencia a la jurisdicción penal ordinaria para aplicar dicho régimen a los crímenes de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra sistemáticos.

Sin embargo, al establecer únicamente la sistematicidad como requisito en los crímenes de guerra cometidos, el Estado de Puerto Madeira está limitando la obligación de investigar los crímenes de guerra, lo cual presenta una contrariedad no solo con el DIH, sino con el DPI, pues, al excluir la generalidad se permite que se beneficie con amnistía a todos aquellos responsables por infracciones graves a DDHH y “se excluye de sanción penal a las conductas que no estaban calificadas en la legislación interna al momento de su ocurrencia, y reproduce nociones y prácticas contrarias a los derechos humanos, como ocurre con el daño colateral y los blancos legítimos”²⁸

Cabe resaltar la importancia que tiene en la implementación de un modelo de justicia transicional, el sancionar los crímenes internacionales no únicamente teniendo en cuenta el elemento de la sistematicidad, sino la naturaleza grave del crimen de guerra, pues, si el Estado de Puerto Madeira tiene como única exigencia para determinar la comisión de los crímenes de guerra la sistematicidad, se estaría restringiendo completamente el alcance de dichos crímenes.

Asimismo se incluyó en sentencia C-007/18²⁹ de la Corte Constitucional de Colombia, la intervención del Centro Internacional para la Justicia Transicional ICTJ, la cual expresó grandes preocupaciones en el caso colombiano respecto al procedimiento legislativo especial para la paz Ley 1820 de 2016, sobre amnistías e indultos. Allí se menciona que no es posible llevar a cabo el cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte del Estado, agregando la necesidad de tener en cuenta la gravedad de los crímenes de guerra como delitos, sobre los cuales no puede haber amnistía y entender que aunque sean cometidos o no de forma sistemática se exigen un alto estándar de judicialización, donde no podrá operar la renuncia a la persecución penal por parte del Estado, sino otro tipo de medidas.

²⁸ Cfr, Corte Constitucional de Colombia, Revisión de constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2017, 14 de noviembre de 2017, sentencia C-674/17. [M.S Luis Guillermo Guerrero Pérez]

²⁹ Vid, Corte Constitucional de Colombia, Ley objeto de revisión constitucional Ley 1820 de 2016. “Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”, 18 de enero de 2017, Sentencia C-007/18. [M.P. Diana Fajardo Rivera]

2.a.3. La impunidad de los crímenes de guerra, en la implementación la ley de amnistías del “Acuerdo de Paz” de Puerto Madeira.

La CIDH³⁰ ha sostenido que conforme al DIH hay ocasiones en las cuales se justifica la emisión de leyes que concedan amnistía al cese de hostilidades en el marco de conflictos armados de carácter no internacional con el fin de alcanzar la paz. Efectivamente, el artículo 6.5 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 prevé que:

“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”.

Pero esta norma no es absoluta, pues afirma la Corte que el DIH obliga a los Estados a investigar y juzgar crímenes de guerra. Por tal razón, “las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra, o que estén condenadas por ello no podrán estar cubiertas por una amnistía. Por consiguiente, puede entenderse que el artículo 6.5 del Protocolo II adicional está referido a amnistías amplias respecto de quienes hayan participado en el conflicto armado no internacional o se encuentren privados de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, siempre que no se trate de hechos, como los del presente caso que cabrían en la categoría de crímenes de guerra e incluso en la de crímenes contra la humanidad.”³¹

En observancia, la Corte Constitucional en sentencia C-007/18³², realizó mención a las limitantes que tiene el establecer únicamente la “sistematicidad” en los crímenes de guerra, pues da lugar a imprecisiones en materia que debería tener la mayor certeza y seguridad jurídica posible, pues establecida únicamente la sistematicidad se aparta de los conceptos del DIH y del DPI, “generando una indeseable incertidumbre, que puede conducir a la

³⁰ Vid, CIDH, Caso Masacres de el Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana de la Sentencia de 25 de octubre de 2012, (Fondo, reparaciones y costas), p.6 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_252_esp.pdf

³¹ Ibid., p. 6,7

³² Vid, Corte Constitucional de Colombia, Ley objeto de revisión constitucional Ley 1820 de 2016. “Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”, 18 de enero de 2017, Sentencia C-007/18. [M.P. Diana Fajardo Rivera]

vulneración del deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar las graves infracciones al derecho internacional humanitario”³³

La Corte Constitucional³⁴ ha citado de forma concreta los criterios de evaluación respecto a la relación de las conductas con el conflicto armado, según la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, los cuales son:

*“(i) los actos deben estar estrechamente relacionados con las hostilidades; (ii) deben considerarse como factores para evaluar tales nexos: (ii.1) que el perpetrador sea combatiente; (ii.2) que la víctima sea no combatiente o de la parte opuesta; (ii.3) que el acto sirva al propósito final de una campaña militar; y (ii.4) que el acto sea cometido como parte de o dentro del contexto de los deberes oficiales del perpetrador.”*³⁵

*Además, (iii) el conflicto armado no necesita estar ligado causalmente a los delitos, pero debe jugar un papel sustancial en la aptitud y decisión del perpetrador para cometerlos, la manera en que fueron cometidos o el propósito para el que fueron cometidos; (iv) los delitos pueden ser remotos, temporal y geográficamente, del lugar y tiempo donde efectivamente ocurre la lucha; y (v) para establecer estos nexos, no hace falta que el crimen haya sido planeado ni apoyado por una política.*³⁶

La falta de acción por parte del Estado de Puerto Madeira con respecto a los crímenes de guerra cometidos de forma generalizada conlleva a indultos y amnistías sobre crímenes que como se ha venido mencionado no pueden ser objeto de éstos, permitiendo la competencia y admisibilidad de la CPI para la investigación de dichos crímenes.

³³ Cfr., CC, “Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”, 18 de enero de 2017, Sentencia C-007/18. [M.P. Diana Fajardo Rivera], párr. 513.

³⁴ Vid, CC, “Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”, 18 de enero de 2017, Sentencia C-007/18. [M.P. Diana Fajardo Rivera], párr. 517.

³⁵ Cfr. ICC, Fiscalía c. Thomas Lubanga Dyilo, Sala de Cuestiones Preliminares I, Decisión sobre la confirmación de los cargos, 29 enero 2007, ICC-01/04-01/06-803-tENG), par. 287, Sentencia C-007/18. [M.P. Diana Fajardo Rivera], párr. 517.

³⁶Cfr.. ICC, *Fiscalí c. Germain Katanga*, Sala de Cuestiones Preliminares I, Decisión sobre la confirmación de los cargos, 2014, ICC-01/04-01/07-3436-tENG, par. 1176; Sentencia C-007/18. [M.P. Diana Fajardo Rivera], párr. 517.

El Estado de Puerto Madeira puede estar realizando una interpretación equívoca respecto a la sistematicidad en los crímenes, aun así, el escrito de Amicus curiae de la Fiscal de la CPI sobre la Jurisdicción Especial para la Paz, ante la Corte Constitucional de la República de Colombia ³⁷ aclara que la jurisdicción de la CPI abarca todos los crímenes de guerra contenidos en el Artículo 8 del ER, independientemente de la sistematicidad y la exigencia de un plan político o comisión a gran escala del crimen como únicos requisitos, sino que es una guía para el ejercicio de la jurisdicción de la CPI.

IV.2.B. SE PUEDE AFIRMAR QUE EXISTEN DIFERENCIAS QUE TIENEN 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 PUESTO QUE NO EXISTE LA EXTENSIÓN DE LA COMPETENCIA MATERIAL DE LA CPI SOBRE EL REQUISITO DE SISTEMATICIDAD SOBRE LOS CRÍMENES DE GUERRA.

Esta Fiscalía ha llegado a la conclusión mediante fundamentos suficientes y motivos razonables desarrollados previamente en la cuestión anterior, que es pertinente abrir una investigación al Estado de Puerto Madeira según los criterios establecidos en el artículo 15(3) ER y la regla 48 de las RPP; pues, se ha determinado que la información obtenida con respecto a los HC desde el 1 de enero del 2005 hasta en 5 de octubre de 2016, corresponde a la comisión de crímenes de Lesa Humanidad y de Guerra en el contexto del conflicto armado no internacional en Puerto Madeira. Conforme a los artículos 7 y 8 del ER. Por lo tanto, es competencia de la CPI juzgar sobre los crímenes dentro de los cuales se encuentran: asesinatos según art. 7(1)(a) ER; tortura art. 7(1)(f) ER; desaparición forzada de personas art. 7(1)(i) ER, y en cuanto a crímenes de guerra, homicidios, torturas y tratos crueles art. 8(2)(c)(i) ER; ataques dirigidos contra la población civil art. 8(2)(e)(i) ER, llevados a cabo por parte de agentes del Estado de Puerto Madeira y los miembros del ELPM.

³⁷ Vid, CPI, The Office off the Prosecutor, Escrito de Amicus curiae de la Fiscal de la CPI sobre la Jurisdicción Especial para la Paz, ante la Corte Constitucional de la República de Colombia, 18 de octubre de 2017, párr. 38

De igual modo esta Fiscalía encuentra que conforme a los artículos 15(3) ER y la regla 48 de las RPP, es procedente iniciar una investigación a cargo de la Fiscalía porque permite la concreción material del principio del interés de la justicia, teniendo en cuenta que las finalidades últimas de la justicia penal internacional se traducen en la protección de intereses jurídicos de carácter universal como son: I. La seguridad de los Estados. II. Bienestar de la humanidad y, III. La paz universal de cuya efectiva protección depende la pervivencia del género humano. Por lo tanto, de no realizarse una debida investigación y juzgamiento por parte de la CPI se concretaría la impunidad de crímenes internacionales que independientemente del proceso de justicia transicional que se esté llevando a cabo dentro del Estado, no pueden ser amnistiables.

Asimismo se han hallado falencias considerables en el “*Acuerdo de Paz*” del Estado de puerto madeira, relacionadas principalmente con el deber que tiene como Estado de investigar y juzgar las graves violaciones de DDHH y del DIH, esencialmente porque en dicho acuerdo otorga amnistía a los crímenes de guerra cometidos de manera generalizada. Esto no se encuentra consagrado de forma literal en la ley pero es completamente evidente que al contemplar como único requisito la sistematicidad durante la comisión de los crímenes de guerra y delimitar la competencia a la justicia penal ordinaria, se excluye automáticamente el elemento de la generalidad. Así el Estado de Puerto Madeira materializa su incompetencia para garantizar a todas las víctimas los principios rectores de verdad, justicia y reparación.³⁸

Habiendo ya identificado la situación, argumentado la base razonable que da procedencia a dicha investigación y considerando la jurisdicción y todos los criterios de admisibilidad de la CPI, de conformidad con los artículos 53(1)(a)-(c) ER, esta fiscalía encuentra argumentos suficientes para abrir investigación respecto de todos los crímenes de guerra cometidos de manera generalizada en el Estado de Puerto Madeira.

Por los argumentos anteriormente expuestos, esta Fiscalía 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,

³⁸ Cfr. CIDH, Caso “Masacre de Mapiripán” vs Colombia, Sentencia, 15/Septiembre/2005, Párr.110-111.

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.

IV. 3.A. NO ES APLICABLE EL SPECI PARA LOS TERCEROS QUE NO SON NI AGENTES DEL ESTADO DE LA REPÚBLICA DE PUERTO MADEIRA NI MIEMBROS DEL ELPM.

Esta Fiscalía considera que el SPECI para crímenes internacionales no puede ser aplicado a terceros que no son agentes del Estado de la República de Puerto Madeira ni miembros del ELPM.

Con el fin de establecer las razones por las cuales no es posible juzgar dichos “terceros” a la luz del SPECI, se abordará el principio del juez natural reconocido en varios tratados y declaraciones internacionales³⁹ según el cual se estipula el deber de juzgar por medio del juez competente y con la observancia de las formas de cada juicio⁴⁰ y, finalmente los principios generales de Derecho Penal consagrados en el Estatuto.

Antes de entrar a abordar los principios, es importante aclarar que para el DPI no se realiza distinción alguna, ni tiene en cuenta la categoría de “terceros” como partícipes en el marco de un conflicto para que sean de su competencia. Basta únicamente que sea individuo persona natural y que sea el presunto responsable de la comisión de los crímenes, pues conforme a los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nüremberg⁴¹, en sus principios del I al V contemplan la responsabilidad de las personas naturales que hubieren cometido crímenes sancionados por el DPI, actuando como jefe de Estado o como autoridad de Estado; o en cumplimiento de una orden de su Gobierno o un superior jerárquico, siempre que haya tenido la posibilidad moral de opción⁴².

³⁹ 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

⁴⁰ Auto TP-SA 019 de 2018, párr. 7.9

⁴¹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, (aprobados por la comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1950). *Compilación de Derecho Penal Internacional, El Estatuto de Roma y otros instrumentos de la Corte Penal Internacional*. Primera edición: Bogotá, abril de 2003, pág.9.

⁴² *Ibid.*

3.a.1. Principio del juez natural.

Para esta Fiscalía es importante definir el principio del juez natural para así, poderle dar una debida aplicación al caso en concreto. Para ello, La Corte Constitucional expresa que: *“El principio del juez natural es una garantía de la libertad de los ciudadanos. Con fundamento en tal principio, ninguna persona puede ser juzgada si no es por el juez preconstituido por la ley, esto es, el juez establecido con anterioridad a aquel particular juzgamiento y, lógicamente, se requiere que ese juez sea competente para juzgar ese hecho, competencia que le ha sido dada por una ley anterior al juicio mismo”*⁴³

En la misma sentencia⁴⁴ se ha establecido que la finalidad de la garantía del juez natural es más sustancial que formal, pues su protección no solo se limita al establecimiento de la jurisdicción que va a realizar el juzgamiento previo a la comisión del hecho punible, sino que garantiza un juicio imparcial para el procesado y que dicho juzgamiento se lleve a cabo con independencia de la persona o institución, así como los funcionarios y órganos que conforman la jurisdicción. Es así pues, que *“El principio del juez natural, entendido como norma sustancial, implica no sólo la preconstitución del órgano competente para juzgar sino también la preconstitución de su composición”*⁴⁵.

Así mismo, este principio 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 variaciones⁴⁶. Por lo tanto, *no se pueden conformar tribunales ex post, ad hoc o de excepción, pues ello vulneraría directamente el principio del juez natural, el cual se encuentra directamente relacionado con el derecho fundamental del debido proceso*⁴⁷.

Paralelamente, se contempla una excepción al principio del juez natural, en donde implica el traslado de la competencia. Sin embargo, tal traslado de la competencia debe realizarse

⁴³ Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 40 y 43 (parcial) de la Ley 153 de 1887, Sentencia C-200/02. [M.P. ALVARO TAFUR GALVIS].

⁴⁴ Id.

⁴⁵ Id.

⁴⁶ Auto TP-SA 019 de 2018, párr. 7.9

⁴⁷ Corte IDH, caso Barreto Leiva vs. Venezuela, Sentencia del 17 de Noviembre de 2009. Tomado de Auto TP-SA 019 de 2018, párr. 7.9

dentro de la misma jurisdicción ordinaria a una instancia jurisdiccional constituida previamente⁴⁸ y el SPECI de la República de Puerto Madeira constituye un órgano con funciones jurisdiccionales únicamente respecto a la comisión de crímenes cometidos en el marco del conflicto armado, desarrollado entre Agentes del Estado e integrantes del ELPM, limitando su competencia respecto de “terceros” por ser un tribunal *ex post, ad hoc y excepcional*, por tal razón no es posible trasladar la competencia de la justicia penal ordinaria al SPECI.

Con base en lo anteriormente expuesto, esta Fiscalía considera que **con el simple hecho de juzgar a los terceros que no son agentes del Estado de la República de Puerto Madeira ni miembros del ELPM por medio del SPECI, habría una vulneración al principio del juez natural porque se estaría alterando la naturaleza del organismo competente y no se trasladaría la competencia a una instancia jurisdiccional pre constituida**. En efecto, el Estado de Puerto Madeira no debe juzgar a los terceros por vía del SPECI, lo que conlleva a que la jurisdicción ordinaria del Estado de Puerto Madeira conozca de la participación de los terceros dentro del conflicto armado.

3.a.2. Principio de legalidad en el Estatuto de la corte Penal Internacional.

El principio de legalidad se encuentra consagrado en los más importantes tratados internacionales⁴⁹.

De igual manera, el “*Acuerdo de Paz*” de Puerto Madeira en su artículo 5 reconoce que todos los delitos cometidos por terceros ajenos al conflicto armado, están sometidos a la justicia penal ordinaria independiente de su participación activa en la comisión de los delitos en el marco del conflicto, excluyendolos de beneficios que otorga el “Acuerdo de Paz”, pues si estos terceros se llegasen a juzgar mediante el SPECI para la República de Puerto Madeira, daría lugar a una grave violación al principio de legalidad reconocido

⁴⁸ Auto TP-SA 019 de 2018

⁴⁹ Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 11(2). Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos, artículo 7(1). Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, artículo 15(1) y Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 9.

internacionalmente, consagrado principalmente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948⁵⁰

Finalmente, al juzgar todos los individuos no actores principales del conflicto armado “terceros”, mediante el SPECI estaría frente a un desconocimiento de las garantías tanto procesales como sustanciales de un juicio totalmente imparcial

IV.3.B. SEGÚN 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.

Esta Fiscalía ha determinado que es competencia de la Corte Penal Internacional investigar y sancionar respecto de la presunta responsabilidad de todos los individuos que no fueron actores principales dentro del marco del conflicto armado en el Estado de Puerto Madeira, también denominados “*terceros*”, siempre que se hubieran cometido crímenes graves de trascendencia para la comunidad internacional, con base en el principio de complementariedad, ya que el Estado de Puerto Madeira se abstuvo de tomar medidas y ejercer su función jurisdiccional penal respecto estos “*terceros*” responsables de crímenes internacionales, teniendo en cuenta principalmente que durante el tiempo en el cual se desarrolló el conflicto armado y posterior a éste, nunca se vieron acciones por parte de la justicia ordinaria que fueran relevantes o estuvieran encaminadas a iniciar una investigación, juzgamiento y condena de los máximos responsables de dichos crímenes.

Por esta razón, la Fiscalía determina que los denominados “*terceros*”, para competencia de la CPI no serían denominados como tal, sino como personas naturales presuntamente responsables en la categoría de autoría o participación conforme al artículo 25(3)(c) del ER⁵¹, que resulta penalmente relevante en la competencia de la CPI por el umbral de gravedad suficiente en la comisión de los crímenes internacionales.

⁵⁰ Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 11(2), 1948, página oficial de la ONU. [En línea] disponible en <<http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>> [consulta: 07.09.2018].

⁵¹ El artículo 25(3)(c) ER estipula que, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea

Por otro lado, esta Fiscalía considera necesario el juzgamiento de los individuos partícipes en la comisión crímenes internacionales en el marco del conflicto armado interno del Estado de Puerto Madeira, en el entendido que si bien éstos individuos no fueron actores principales, sí contribuyeron económicamente al establecimiento y prolongación del mismo. Por lo tanto, esta Fiscalía observa una ineficacia por parte de la justicia ordinaria para juzgarlos y un latente ambiente de impunidad, razón por la cual se activa la competencia de la CPI, con el fin de no solo garantizar a las víctimas la verdad, justicia y reparación⁵² derechos internacionalmente reconocidos, sino de cumplir con la protección de intereses jurídicos colectivos, recogidos expresamente en el preámbulo del ER, los cuales son mantener paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad⁵³.

Ahora bien, según los hechos del caso, no se han iniciado las respectivas investigaciones sobre los terceros que participaron en el conflicto armado interno del Estado de Puerto Madeira, por lo cual, según jurisprudencia de la Corte, “la inacción por parte de un Estado que tiene jurisdicción, hace que un caso sea admisible ante la Corte, sujeto a lo dispuesto en el artículo 17(1)(d) del ER”⁵⁴.

Conforme a lo anterior, esta Fiscalía debe considerar la admisibilidad de casos potenciales y concluye que si bien se encuentra en debate la soberanía del Estado de Puerto Madeira y los intereses de la justicia transicional, la gravedad de los crímenes cometidos en ocasión al conflicto armado prevalecen y le otorgan la competencia a la CPI para que ésta juzgue sobre ellos y se logre concretar una justicia material.

cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión.

⁵² Cfr. CIDH, Caso “Masacre de Mapiripán” vs Colombia, Sentencia, 15/Septiembre/2005, Párr.110-111

⁵³ Organización de Naciones Unidas, Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios, Estatuto de la Corte Penal Internacional, ECPI, Roma, 17 de julio de 1998, preámbulo, párrafo 3.

⁵⁴ Appeals Chamber, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber 11 of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, 25 September 2009, ICC-01/04-01/07-1497, paragraph 78. See also Appeals Chamber, Corrigerium to the Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against the decision of Trial Chamber m of 24 June 2010 entitled "Decision on the Admissibility and Abuse of Process Challenges", 19 October 2010, ICC-01/05-01/08-962-Con-, paragraphs 107-109

IV.4. EXISTEN MOTIVOS RAZONABLES PARA ACCEDER A LA PETICIÓN DE AUTORIZACIÓN PARA EL INICIO DE LA INVESTIGACIÓN PRESENTADA POR LA FISCALÍA.

Para dilucidar tal cuestión, esta Fiscalía realizará un test de complementariedad conforme a la Regla 48 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, que establece que para determinar si existe una base razonable para proceder a una investigación en virtud del Artículo 15(3) del Estatuto, el Fiscal considerará los factores establecidos en el Artículo 53 (l) (a) a (c) del Estatuto.

Esta disposición establece que el Fiscal, al decidir iniciar una investigación, considerará si *(a) la información disponible para el Fiscal proporciona una base razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un delito dentro de la jurisdicción de la Corte; (b) el caso es o sería admisible de conformidad con el Artículo 17 del Estatuto; y (c) teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, existen, no obstante, razones sustanciales para creer que una investigación no serviría los intereses de la justicia.*⁵⁵

4.1. Competencia.

El Estado de Puerto Madeira desde el 1 de Julio de 2002 hace parte del Estatuto de Roma, por lo cual le corresponde aplicar y cumplir éste a cabalidad, teniendo en cuenta que la comunidad internacional⁵⁶ con el propósito de mantener la paz internacional, ha creado canales institucionales que procuren el respeto de ésta, con el fin de proteger los derechos humanos⁵⁷ y luchar contra la impunidad frente a la comisión de crímenes atroces.

Los crímenes perpetrados durante el conflicto armado, son competencia de la CPI, conforme al artículo 5 (b)(c) ER pues, esta Fiscalía sostiene que existe una base razonable

⁵⁵ CPI, Sala de Cuestiones Preliminares III, Situación en la República de Cote D'Ivoire, Decisión de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre Autorización de una investigación sobre la situación en la República de Côte d'Ivoire" ICC- 02/11, 15-11-2011, párr. 17

⁵⁶ Principios de Cooperación Internacional en la identificación, Detención, Extradición y Castigo de los culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad (PCIIDEC). Resolución 3074 (XXVIII). Asamblea General de las Naciones Unidas.

⁵⁷ ONU, "Carta de San Francisco", [en línea], Disponible en [Consulta: 08.03.2017].

para creer que las fuerzas estatales de Puerto Madeira y el ELPM cometieron crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra entre el 1 de enero 2005 y el 5 de Octubre de 2016. Dado a que, conforme a los hechos del caso, se dice que el conflicto armado trajo consigo alrededor de 1 millón de víctimas civiles, miles de desaparecidos y 3 millones de desplazados, lo que se reduce a crímenes de lesa humanidad, según el artículo 7 ER y crímenes de guerra, conforme al artículo 8 ER.

Por lo anterior, esta Fiscalía toma como referencia el artículo 7(1) del ER, junto a sus elementos dado a que estos crímenes se cometieron como un ataque generalizado o sistemático dirigido en contra de una población civil.⁵⁸

Así mismo, los elementos de los crímenes de lesa humanidad, incluyen (i) *un ataque generalizado contra cualquier población civil*; (ii) *una política estatal u organizacional*; (iii) *un ataque de naturaleza generalizada o sistemático*; (iv) *nexo entre el acto individual y el ataque*; (v) *y el conocimiento del ataque*⁵⁹.

Por otra parte, esta Fiscalía considera que en el caso concreto, se cumple con el elemento de ataque generalizado contra cualquier población civil, debido a que dejó cifras de 1 millón de víctimas civiles, miles de desaparecidos y 3 millones de desplazados. Razón suficiente para que esta Fiscalía concluya que el ataque se realizó en contra de la población civil en su conjunto y no únicamente en contra de individuos seleccionados al azar⁶⁰.

Ahora bien, con respecto al segundo elemento que hace referencia a que los crímenes hayan sido producto de una política estatal u organizacional, se infiere de los hechos del caso que la comisión de los crímenes fueron realizados por agentes del Estado y por miembros del ELPM, en el entendido de que el ELPM era una estructura organizacional, en donde tenía un marco jerarquizado que se dividía en frentes de combate. De igual manera, se puede hablar de que existió una política estatal encaminada a combatir no solo los ataques realizados por dicho grupo al margen de la ley, sino que durante el desarrollo de estos, no se realizó distinción entre miembros del ELPM y civiles.

⁵⁸ Id. párr. 27

⁵⁹ Id. Párr. 29

⁶⁰ Id. Párr. 32

Por otro lado, se dice que fue un ataque generalizado debido a que la naturaleza del ataque fue masiva, frecuente y dirigido contra una multiplicidad de víctimas. Así mismo, se realizaron otros ataques de carácter sistemático, conforme a que la naturaleza de este elemento, exige una organización de los actos de violencia y que su ocurrencia no fuese aleatoria⁶¹.

De igual manera, se puede inferir que los atacantes fueron los autores de los crímenes, hubo uso de fuerza excesiva en contra de civiles, así como también existió la prolongación de los ataques como un patrón de conducta. Por lo cual, se crea un nexo entre el acto individual y el ataque.

Finalmente, con respecto al conocimiento del ataque, esta Fiscalía considera que los autores tenían el pleno conocimiento, en el entendido de que tuvieron la directa intención de llevar a cabo los crímenes, pues de no ser así, la gravedad de los mismos no hubiera sido suficiente para que esta fiscalía iniciara la presente investigación.

Con respecto a los crímenes de guerra, esta Fiscalía sostiene que hay una base razonable para creer que el asesinato por crímenes de guerra (Artículo 8 (2) (c) (i) ER) y el ataque a civiles (Artículo 8 (2) (e) (i) ER) fueron cometidos a raíz de la existencia de un conflicto armado no internacional prolongado, entre autoridades gubernamentales y grupos armados al margen de la ley.⁶²

4.2. Admisibilidad

Por otra parte, si bien el Estado de Puerto Madeira estableció un sistema penal especial para crímenes internacionales, esta Fiscalía considera que sus intentos por concretar la justicia material, son nulos debido a que según los hechos del caso, sólo se han 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

⁶¹ Id. Párr. 54

⁶² Id. Párr. 119

condenas en ausencia por desplazamiento forzado en contra de dirigentes del ELPM, cuya captura no se pudo concretar por parte del Estado de Puerto Madeira⁶³.

Por lo tanto, la Corte Penal Internacional deberá determinar que este caso es admisible, pues el Estado no puede llevar a cabo genuinamente la investigación y enjuiciamiento de crímenes internacionales, pues tal como se ha venido comentando, el SPECI contiene varias falencias que imposibilita al Estado de Puerto Madeira investigar y enjuiciar en su totalidad crímenes internacionales, además de no garantizar los derechos a las víctimas a la justicia, verdad, reparación y garantías de no repetición.

Conforme al preámbulo del ER la CPI se encuentra establecida como complementaria de las jurisdicciones penales nacionales⁶⁴, constituida como una institución jurisdiccional de última instancia, con competencia únicamente en caso de que falte el ejercicio total o plena ineficacia de las jurisdicciones locales para adelantar procesos en contra de los máximos responsables que hayan cometido crímenes internacionales.

conforme al principio de complementariedad esta fiscalía ha determinado que conforme al desarrollo del presente memorial hay razones suficientes las cuales determinan que las autoridades del Estado de Puerto Madeira no han llevado a cabo juicios eficientes y ha presentado demoras injustificadas en los procesos en contra las personas con mayor responsabilidad en grado de autoría o participación en la comisión de crímenes internacionales, durante el desarrollo del conflicto armado de dicho Estado.

Por otro lado, el examen sobre la gravedad se realiza conforme a la finalidad por la que fue creada la CPI de juzgar los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional. Por tal razón esta fiscalía realiza una evaluación teniendo en cuenta el impacto, la escala, la naturaleza y la forma en la que fueron cometidos los crímenes en el Estado de Puerto Madeira, principalmente desde el número de víctimas a consecuencia del conflicto prolongado durante 11 años.

4.3. No redundando en el interés de la justicia

Cumplidos los requisitos anteriormente mencionados, esta Fiscalía entiende que existen razones suficientes para proceder a la apertura de una investigación, dado al

⁶³ Hechos del caso 9.

⁶⁴ Principio derivado del preámbulo, párr. 10 y de los artículos 17, 18, 19, 20 y 53 ER.

umbral de gravedad de los crímenes internacionales y los intereses de las víctimas⁶⁵ considerando así mismo que no redundaría en el interés de la justicia.

Además de lo mencionado anteriormente, se puede decir que en el caso específico del Estado de Puerto Madeira, no 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 de los derechos de las personas que han sufrido violaciones por crímenes competencia de la CPI.

Para iniciar, conforme a los hechos del caso, esta Fiscalía ha llegado a la conclusión de que el Estado de Puerto Madeira no ha creado el marco necesario para poder investigar y enjuiciar crímenes dentro de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Pues, si bien es cierto que implementó el SPECI, éste contiene varias falencias que no logran concretar la justicia material sobre la totalidad de los crímenes cometidos en ocasión al conflicto armado entre el Estado de Puerto Madeira y el ELPM. Ejemplo de ello, el SPECI no incluye la responsabilidad conforme al artículo 28 del ER, debido a que excluye la responsabilidad del superior jerárquico de *iure*; además de que no se tiene en cuenta la generalidad de los crímenes de guerra y, no se juzga adecuadamente a los terceros que colaboraron en el conflicto. Lo cual, en un sistema de justicia transicional dejaría crímenes impunes, lo que generaría una vulneración al DIH, DDHH, DPI y los intereses de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y garantías de no repetición.

Por lo anteriormente expuesto, esta Fiscalía basada en los hechos del caso, considera que si bien el Estado de Puerto Madeira puede iniciar investigaciones sobre los crímenes internacionales, éstas no desembocarían en una materialización de la justicia debido a la clara imposibilidad del Estado al hacer cumplir una condena.

⁶⁵ Gómez, Juan; González, José; Cardona, Jorge y otros. *La Corte Penal Internacional (Un estudio interdisciplinario)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 176

V. 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.
- 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.
- Lubanga, Juicio de la Fiscalía y la Defensa contra la Decisión de la SCP I sobre la participación de víctimas, 11 de julio 2006.
- 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.

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
- 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:

- 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", [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
- Ley 820 de 2016.

