

**IV EDICIÓN DEL CONCURSO CPI SIMULACIÓN JUDICIAL ANTE LA CORTE
PENAL INTERNACIONAL**

CASO: ICC-10/07-11/09

Fiscal de la Corte Penal Internacional

c.

Don Gustavo Espión y Don Arturo Malero

MEMORIAL DEL FONDO FIDUCIARIO

Número de equipo: 02

TABLA DE CONTENIDOS

I.	<u>ABREVIATURAS</u>	5
II.	<u>ESTABLECIMIENTO DE HECHOS</u>	6
III.	<u>CUESTIONES JURÍDICAS A ABORDAR</u>	9
IV.	<u>ARGUMENTOS ESCRITOS</u>	10
1.	<u>Legitimación procesal de los familiares de las víctimas del crimen de lesa humanidad de asesinato en los procedimientos de reparación</u>	10
	<i>1.1. La consideración de los familiares de los fallecidos como víctimas</i>	10
	<i>1.2. El modus operandi de los condenados y la presunción que del mismo se deriva en relación con las personas fallecidas</i>	12
2.	<u>Sobre la admisibilidad de la RdA como interviniente en calidad de tercero buena fe conforme al art. 93(1) (k) ER</u>	16
	<i>2.1. El concepto de tercero de buena fe en las normas de la CPI</i>	16
	<i>2.2. No puede admitirse la consideración de la RdA como un tercero de buena fe</i>	17
3.	<u>Carácter de las reparaciones en beneficio de las víctimas</u>	21
4.	<u>Naturaleza y extensión de la responsabilidad civil de los señores Espi3n y Malero</u>	25
5.	<u>Inexistencia de nexo causal entre el delito de violaci3n y los da3os sufridos a causa de la transmisi3n del VIH</u>	33
V.	<u>BIBLIOGRAFÍA</u>	

I. LISTA DE ABREVIATURAS

CDI: Comisión de Derecho Internacional

CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

CLH: Crimen de Lesa Humanidad

CPI, Corte, ICC: Corte Penal Internacional

ER: Estatuto de Roma

ETPIY: Estatuto Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

NH: Numeral de Hechos

ONU: Organización de Naciones Unidas

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

RdA: República de Alquimia

RPA: Respuesta a las Preguntas Aclaratorias

RPP: Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI

SCP: Sala de Cuestiones Preliminares

SPI: Sala de Primera Instancia

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TPIY: Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

VIH: Virus de la Inmunodeficiencia Humana

II. ESTABLECIMIENTO DE HECHOS

La RdA, cuya capital es la ciudad de Piedras, cuenta con 42 millones de habitantes y fue colonia del Estado de Castillo. Se declaró su independencia en 1825 aunque, como tal, la RdA fue fundada en 1903, año del que data su Constitución.

En el siglo XX el nuevo Estado experimentó un auge económico que fomentó la inmigración mayormente europea debido a las guerras que Europa atravesaba.

Durante dicho siglo se alternaron gobiernos de políticas de izquierda radical y extrema derecha lo que produjo la desestabilización económica del país. Debido a ello y al fomento de la corrupción, la población empezó a mostrar su descontento con las políticas desarrolladas. Entre los años 1978 y 1985 el Gobierno persiguió a los opositores políticos torturándolos y deteniéndolos arbitrariamente lo que dio lugar a que se produjeran desapariciones forzadas.

D. Juan Malatesta fue elegido Presidente de la República en el año 1995, volviendo a ser reelegido en el año 2000. La Constitución de 1903 permitía una sola reelección al cargo de Presidente de la República y el sr. Malatesta, inició una reforma constitucional que le permitiría ser elegido Presidente por tercera vez. En aquellos momentos la corrupción política y la inestabilidad económica generaron un gran descontento social.

A partir de finales de 2003 comenzaron a convocarse manifestaciones en las tres principales ciudades industriales del sur de Alquimia: Jacarandá, Bahía Azul y Cruz del Sur. Para frenar la protesta social el sr. Malatesta ideó una campaña de represión contando con el apoyo del Ministro del Interior, D. Jorge Medina y del Secretario de la Seguridad Ciudadana, D. Martín Blanco. Así mismo, en esa campaña de represión colaboraron el Jefe de la policía nacional, D. Arturo Malero, y el Jefe de inteligencia, D. Gustavo Espián. Los manifestantes fueron arrestados arbitrariamente y llevados a centros de detención ilegal donde los retenidos fueron torturados y las mujeres fueron violadas, golpeadas y ultrajadas. Muchas de las víctimas aparecieron muertas sin conocerse el motivo de la muerte pero produciéndose éstas durante la detención. Otras se encuentran en paradero desconocido a día de hoy.

La campaña de represión se focalizó en los defensores de derechos humanos y los periodistas por entenderlos enemigos del Estado. El Estado destinó fondos propios a esta

campana que se ejecutó con la participación de los señores Espi3n y Malero. As3, el sr. Espi3n aportaba los datos de las v3ctimas que eran enviados al sr. Malero, quien, como Jefe de la polic3a nacional, daba 3rdenes a la polic3a para que realizaran los arrestos y torturaran, violaran y asesinaran a los retenidos, todo ello bajo el control y la direcci3n del sr. Malatesta.

El n3mero de v3ctimas asciende a 10.800 personas seg3n las organizaciones de derechos humanos. Las v3ctimas que a3n est3n con vida tienen secuelas f3sicas y psicol3gicas graves, intensificadas por la falta de un tratamiento adecuado por no disponer de recursos suficientes. Su situaci3n econ3mica se ha visto afectada debido a que las v3ctimas han tenido que hacer frente a gastos m3dicos y psiqui3tricos y han sufrido una disminuci3n de su capacidad laboral. Las v3ctimas indirectas de desaparici3n forzada de personas sufren da3os psicol3gicos m3s acentuados derivados del desconocimiento del paradero de sus familiares. Muchos han perdido a la persona que proporcionaba el sustento a la familia, lo cual tambi3n ha afectado a su econom3a.

La reforma de la Constituci3n permiti3 que el sr. Malatesta fuera reelegido por tercera vez, no obstante, su figura pol3tica estaba desacreditada y hab3a generado descontento en la poblaci3n por lo que en 2005 D. Clemente Salvador fue elegido Presidente de la RdA.

El nuevo presidente, ante la exigencia de justicia por parte de la poblaci3n, remiti3 la situaci3n de la Rep3blica a la Fiscal3a de la CPI en virtud al art. 14(1) ER. La Fiscal3a actuando de conformidad con los art3culos 13 y 15 ER procedi3 a un an3lisis preliminar de la situaci3n de Alquimia que dur3 dos a3os. La Fiscal3a, encontr3 fundamentos para abrir una investigaci3n y present3 a la SCP la solicitud de autorizaci3n de acuerdo con el art. 15(3) ER. Admitida la autorizaci3n, la SCP XVII, emiti3 3rdenes de detenci3n contra D. Gustavo Espi3n y D. Arturo Malero por cr3menes de lesa humanidad de desaparici3n forzada, asesinato, tortura, violaciones y otros actos inhumanos.

La SCP celebr3 la audiencia de confirmaci3n de cargos del 8 al 11 de marzo de 2011 de conformidad a lo establecido en el art. 61 ER. La Representaci3n Legal de las V3ctimas adem3s de apoyar los cargos que present3 la Fiscal3a, solicit3, de conformidad con los art3culos 61(7)(c)(i) y 61(7)(c)(ii) ER, que investigara y presentara pruebas de los cr3menes cometidos antes de mayo y despu3s de agosto de 2004 y los cometidos en la ciudad de Bah3a Azul, adem3s que incluyera como cargo el CLH de persecuci3n. Finalmente la SCP

en la Decisión 6 de mayo de 2011 sólo consideró incorporar como cargo el CLH de persecución por motivos políticos.

La SCP en la Decisión 13 de julio de 2011 de confirmación de cargos confirmó como tales los crímenes por lesa humanidad de desaparición forzada, asesinato, tortura, violaciones y persecución descartando la posibilidad de que se cometieran crímenes durante el mes de mayo de 2004 y el CLH de otros tratos inhumanos por no considerarlos suficientemente probado por la Fiscalía.

El juicio ante la SPI XII se inició el 5 de enero de 2013 y se extendió hasta el 22 de octubre de 2014. El 26 de febrero de 2015 esta SPI emitió fallo condenatorio contra Don Gustavo Espi3n y Don Arturo Malero por considerar que contribuyeron a la comisi3n de los crímenes de lesa humanidad de desaparici3n forzada, tortura, violaciones y persecuci3n de acuerdo con lo establecido en el art. 25(3)(d) ER. No obstante, la Sala no consider3 suficientemente probado por la Fiscalía la participaci3n de los acusados en el CLH de asesinato por lo que procedi3 a la absoluci3n de los acusados por 3ste hecho.

Finalmente, el 11 de marzo de 2015 la SPI XII dict3 Sentencia contra el sr. Espi3n y el sr. Malero condenando a cada uno a 12 a3os de prisi3n.

III. CUESTIONES JURÍDICAS A ABORDAR

La SPI XII solicita que las partes en la audiencia que se celebrará en la sede de la CPI en la ciudad de la Haya, se pronuncien sobre las siguientes cuestiones:

- a) Si las víctimas del crimen de lesa humanidad de asesinato tienen legitimación procesal para participar en los procedimientos de reparación, teniendo en cuenta:
 1. El uso de las presunciones en materia de reparación.
 2. La posibilidad de considerar que estas víctimas del crimen de lesa humanidad de asesinato, han sufrido un daño proveniente de un delito objeto de la condena barajando la posibilidad de que dichas muertes formen la base del crimen de lesa humanidad de persecución.
- b) Si de conformidad con lo establecido en el art. 93.1.k del ER se debe admitir a la República de Alquimia como interviniente en condición de tercero de buena fe.
- c) Si se debe adoptar por la Corte reparaciones individuales o colectivas.
- d) La responsabilidad civil que debe adoptarse a los efectos de hacer frente a las reparaciones teniendo en cuenta la participación de los condenados en la comisión de los crímenes.
- e) La concurrencia o no de un nexo causal entre el delito de violación y del daño sufrido por los familiares a consecuencia de las víctimas que murieron por contagio del VIH.

IV. ARGUMENTOS ESCRITOS

1. Legitimación procesal de los familiares de las víctimas del crimen de lesa humanidad de asesinato en los procedimientos de reparación

Desde la posición procesal que ostentamos, en representación del Fondo Fiduciario, apoyamos que los familiares de personas fallecidas participen en el procedimiento de reparación aun cuando a los señores Espiñón y Malero no se les haya condenado por el crimen de lesa humanidad de asesinato, con base en los siguientes argumentos:

1.1. *La consideración de los familiares de los fallecidos como víctimas*

El punto de partida en el análisis sobre la cuestión acerca de la que se nos pide pronunciamiento, es prestar atención al concepto de víctima establecido en los textos legales básicos de la CPI. Este concepto viene definido en la Regla 85 del RPP, y nos indica lo siguiente:

“Para los fines del Estatuto y de las RPP:

a) Por “víctimas” se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte (...)”

Según la Corte, este concepto, no solo incluye a las víctimas que hayan sufrido el daño como consecuencia directa de dicho crimen, sino que:

“El daño sufrido por una víctima como resultado de la comisión de un crimen comprendido en la competencia de la Corte puede dar lugar a un daño sufrido por otras víctimas. Esto es evidente, por ejemplo, cuando hay una estrecha relación personal entre las víctimas, ...”¹.

En esta estrecha relación personal la Corte incluye a los familiares que, a consecuencia de la tragedia sufrida también se hayan visto perjudicados. Se trataría, por tanto, de víctimas indirectas, un concepto que, no obstante, para la Corte va más allá de los familiares de las víctimas directas². De hecho, en el artículo 75 del ER se hace referencia a la “restitución, la

¹ ICC, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, No. ICC-01/04-01/06, Judgment on the appeals of The Prosecutor and The Defence against Trial Chamber I's Decision on Victims' Participation, 11 de julio de

² ICC, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Redacted version of "Decision on 'indirect victims'", 8 de abril de 2009, párrafo 44. Sobre este concepto, vid. OLÁSOLO, H., KISS, A., “El Estatuto de

indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes”, mientras que el artículo 79 al hacer referencia al FF que representamos, se menciona expresamente el beneficio de las víctimas y de sus familias.

A lo largo de la historia, varios son los casos en que víctimas indirectas han entrado a formar parte de procedimientos solicitando reparaciones por los daños sufridos ante tribunales internacionales. Entre ellos, podemos destacar el caso del TEDH que en la sentencia Kurt contra Turquía³ consideró víctima de trato degradante a la madre de una persona desaparecida encontrándose a cargo de las autoridades policiales estatales. Sigue así la línea marcada por el Comité de Naciones Unidas en el caso Quinteros contra Uruguay⁴.

En lo que respecta a la identificación de las víctimas, La CIDH por ejemplo, ha dispuesto criterios para la identificación de los familiares, así, en el caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala⁵, señaló que las aflicciones sufridas por la víctima se extienden a los familiares más cercanos, particularmente a los que tenían un contacto afectivo estrecho con la víctima e indicó que para ello no se requería prueba. Se presumió incluso, que una hermana de la víctima, había sido víctima de los mismos sufrimientos que han afectado al resto de la familia por lo que también debía ser beneficiaria de las reparaciones, a pesar de no haber participado en el proceso. Tal presunción, se aplicó así mismo respecto de los familiares que estuvieron en contacto afectivo con la víctima en el caso de Maritzma Urrutia Vs. Guatemala⁶. Por tanto, dada la extensa jurisprudencia, parece obvio que los familiares de las víctimas fallecidas, deben entrar a formar parte del proceso para ser escuchados no solamente por ellos mismos, sino para darles voz a sus familiares fallecidos.

Roma y la Jurisprudencia de la CPI en materia de participación de víctimas”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*. 2010, núm. 12-13, p. 13:1- 13:37. Disponible en <<http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-13.pdf>> [Consulta: 10.02.2016].

³ TEDH. Caso Kurt contra Turquía, sentencia de 25 de mayo de 1998.

⁴ Comité de Derechos Humanos de la ONU, caso Elena Quinteros contra Uruguay, decisión de 21 de julio de 1983.

⁵ CIDH, caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003, párrafos 225 y ss.

⁶ CIDH, caso Maritzma Urrutia Vs. Guatemala, sentencia de 27 de noviembre de 2003, párrafo 149.

1.2. *El modus operandi de los condenados y la presunción que del mismo se deriva en relación con las personas fallecidas*

Para poder explicar los motivos que nos han llevado a alcanzar la postura que defendemos acerca de la cuestión realizada planteada, conviene hacer una recopilación de los hechos relevantes. En este sentido, hay que señalar el hecho de que dentro de las 1.500 víctimas que componen el conjunto que los Representantes Legales de las Víctimas representan ante la sala, 150 son familiares de personas fallecidas (víctimas indirectas)⁷. Teniendo en cuenta que los condenados fueron absueltos del crimen de lesa humanidad de asesinato, estas víctimas solicitan la reparación por los daños sufridos considerando que los mismos están relacionados con los delitos por los que sí se ha condenado que implican un *modus operandi* similar en la comisión de crímenes que permite aplicar una presunción e inferir que sus familiares víctimas de asesinato también sufrieron tortura y/o violaciones y, por tanto, sus familiares asesinados fueron así mismo víctimas del crimen de persecución por motivos políticos.

La cuestión esencial a debate es la propia consideración de que estos familiares han sufrido un daño derivado de la comisión de un crimen competencia de la Corte, tal y como establece la Regla 85, aun cuando los condenados no lo han sido por el crimen de lesa humanidad de asesinato, pero sí por el de persecución por motivos políticos en relación con torturas.

Resulta indiscutible que las personas a las que nos referimos sufrieron el fallecimiento de un familiar cercano en el marco de las actuaciones que la RdA, durante el gobierno del sr. Malatesta desarrolló contra los opositores políticos. Es, por tanto, indubitable, la existencia de un daño de gran relevancia tal y como es la pérdida de un familiar, en un curso causal que se vincula a la actuación de los órganos estatales durante el período referido.

El objeto del debate, por tanto, es la valoración de si tales hechos son vinculables a la actuación de los condenados, señores Espiñón y Malero, a pesar de que la Corte no los ha condenado por este crimen, aunque sí por otros vinculados.

En este sentido, hay que tener en cuenta que, dado que la forma de actuación desarrollada por el entramado institucional de represión diseñado durante el Gobierno de Malatesta y

⁷ NH 27.b).

del que los señores Espi3n y Malero fueron protagonistas ha sido la misma con todas las detenciones ilegales practicadas.

Al menos 5.000 v3ctimas fueron torturadas y/o violadas durante su cautiverio⁸. Muchos defensores de los derechos humanos y periodistas fueron detenidos arbitrariamente, torturados, violados y asesinados⁹. Estos hechos se repitieron con respecto a miles de personas, deduci3ndose un mismo *modus operandi*: primero se realizaban los arrestos, luego se les torturaba, muchos eran asesinados y otros terminaron en paradero desconocido.

Nada l3gico lleva a considerar que estas 150 v3ctimas tuvieran un trato favorecido con respecto a dicha multitud de afectados, por ello la 3nica posibilidad es considerar que las mismas, en base al an3logo *modus operandi*, han sido torturadas, violadas y asesinadas.

Esto nos permite presumir que las v3ctimas de asesinato, no lo fueron solo de ese crimen, sino que tambi3n fueron v3ctimas de violencia indiscriminada, torturas, ultrajes y persecuci3n por motivos pol3ticos al igual que el resto de v3ctimas, las cuales corrieron la suerte de poder sobrevivir, pudiendo los no desaparecidos a d3a de hoy, concurrir al proceso pidiendo las reparaciones por s3 mismos.

Por tanto, ser3a totalmente injusto y discriminatorio, plantear que los familiares de los fallecidos no tienen *locus standi* para participar en el proceso de reparaciones por el hecho de que las v3ctimas hayan sido asesinadas, ya que si actu3ramos de esa forma, estar3amos propiciando que las personas que han sufrido un da3o m3s grave, como la p3rdida de la vida, no reciban compensaci3n por los da3os recibidos en comparaci3n con quienes sobrevivieron.

Debe sealarse al respecto, que las consideraciones de responsabilidad penal y las de responsabilidad por da3o de naturaleza civil, que estar3an vinculadas al procedimiento de reparaciones, son muy diferentes. En efecto, si en el 3mbito penal el principio de legalidad exige la prohibici3n de la analog3a y la reducci3n al m3nimo de las presunciones, en el 3mbito de la responsabilidad por da3o extracontractual de naturaleza civil, se plantea una responsabilidad objetiva. La propia Corte ha reconocido que en el caso de la

⁸ NH 15.

⁹ NH 12.

responsabilidad de naturaleza civil el grado de prueba necesaria es menor que el exigido en la responsabilidad de naturaleza criminal¹⁰. Por tanto, no se trata de requerir una prueba que elimine cualquier duda razonable sino que la exigencia de prueba se plantea en la línea del juicio de probabilidad¹¹.

En este caso, es una responsabilidad civil por daño *ex delicto* que deriva de los crímenes por los que se ha condenado a los señores Espi3n y Malero. Porque, si bien es cierto que los condenados resultaron absueltos de los crímenes de lesa humanidad de asesinato, el marco en el que se produjeron las muertes de los familiares de las personas cuyo *locus standi* se debate permite inferir que los mismos sufrieron tambi3n persecuci3n y tortura, crímenes por los que s3 se ha condenado a Espi3n y Malero.

A este respecto, la CIDH viene desarrollando una l3nea jurisprudencial, de la que la sentencia del caso La Cantuta¹² es un buen ejemplo, de acuerdo a la cual, la desaparici3n de personas en el marco de pr3cticas sistem3ticas de torturas por parte de fuerzas estatales, permite inferir que estas personas, antes de desaparecer fueron sometidas a tratos, como m3nimo inhumanos.

En consecuencia, puede presumirse que las personas asesinadas fueron, antes de ser asesinadas, torturadas dado el modus operandi habitual del aparato estatal en relaci3n con la oposici3n pol3tica durante el gobierno del sr. Malatesta.

Es por ello que ha de afirmarse que los elementos necesarios para valorar de forma positiva la legitimaci3n en el procedimiento de reparaciones de los familiares de las personas asesinadas se cumplen. Es decir, son los causahabientes de personas que sufrieron cr3menes competencia de la Corte.

Conviene recordar por 3ltimo, los motivos por los que se cre3 el Fondo Fiduciario que fue establecido por el Estatuto de esta Corte para trabajar en conjunto con ella sobre las funciones reparativas que tienen por objetivo beneficiar a las v3ctimas (directas e

¹⁰ ICC, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, No. ICC-01/04-01/06, The Appeals Chamber, Judgment on the appeals against the “Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations” of 7 August 2012, 3 de marzo de 2015, (en adelante, “Lubanga, Apelaci3n sobre reparaciones”), p3rrafo 81.

¹¹ Id., p3rrafo 83.

¹² CIDH. Caso La Cantuta Vs. Per3. Sentencia de 29 de noviembre de 2006.

indirectas) de los crímenes que recaen dentro de la jurisdicción de la Corte y a sus familias, cumpliendo así con dos mandatos:

Implementar las reparaciones en contra de personas condenadas cuando la Corte así lo indique y un mandato general de asistencia, para proveer a las víctimas y a sus familias de servicios de rehabilitación física, material de apoyo, y/o rehabilitación psicológica en aquellas situaciones en donde la Corte tenga actividad.

Por tanto, desde nuestra posición y basándonos en los principios y directrices que nos encomendaron defender y apoyar, lo cuales defendemos con gran honor, tenemos que concluir que las víctimas de los familiares víctimas de asesinato, lo son también de familiares víctimas de violación, tortura y persecución, crímenes por los que sí han sido condenados los autores y por tanto esto las coloca en una posición de derecho a participar en el proceso de reparaciones, pudiendo afirmar así, que tienen *locus standi* para hacerlo.

2. Sobre la admisibilidad de la RdA como interviniente en calidad de tercero buena fe conforme al art. 93(1) (k) ER

Desde la posición procesal que ostentamos en representación del Fondo Fiduciario, consideramos que resulta improcedente la participación de la RdA como tercero de buena fe en el proceso de reparaciones, con base en los siguientes argumentos:

2.1. El concepto de tercero de buena fe en las normas de la CPI

A este respecto, hay que recordar que en el ER, las referencias en relación a los terceros de buena fe se contienen en los artículos 77(2)(b), 82(4), 93(1)(k) y 109(1) y (2) , donde se indica los derechos que deben protegerse en el caso de decomiso de sus bienes.

Por su parte, también en las RPP se hace referencia al tercero de buena fe en las reglas 147(2) y (3) en relación a la necesidad de practicar notificación y permitir su participación en el procedimiento.

Como podemos comprobar a través de los artículos y reglas mencionadas, el objetivo perseguido por la Corte en relación con el tercero de buena fe es, únicamente, el de proteger sus derechos económicos ante la posibilidad de que sus bienes puedan ser embargados para el cumplimiento de las reparaciones que pudieran ordenarse contra los condenados, o esto al menos, es lo que puede desprenderse de la lectura de dichas normas, ya que es a esos derechos, a lo único que aluden, obviándose cualquier otra cuestión que se pudiera suscitar en torno dichos terceros. Por tanto, que el único interés que persigue la RdA cuando plantea su participación en el procedimiento de reparaciones como tercero de buena fe, se trata de un interés meramente económico, en un intento de beneficiarse de las repercusiones positivas que su participación en este concepto le propiciaría, eludiendo así los decomisos o embargos que prevé, que se le puedan practicar sobre los dos antiguos centros de detención clandestinos que fueron utilizados para la detención ilegal y tortura de las víctimas¹³.

En este punto conviene destacar que ni el ER ni las RPP definen el concepto de tercero de buena fe a efectos del procedimiento. Por ello, para dotar de contenido a este concepto

¹³ NH 28.

debemos acudir a las fuentes del Derecho que se señalan en el artículo 21 del ER, donde, tras el propio ER, los Elementos de los crímenes y las RPP se menciona, expresamente, como Derecho aplicable en el ámbito de la CPI a los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional para los conflictos armados.

2.2. No puede admitirse la consideración de la RdA como un tercero de buena fe

Bajo el enfoque planteado cabe analizar si la RdA puede considerarse un tercero de buena fe y, al respecto, sólo puede ofrecerse una respuesta negativa.

En realidad, desde este punto de vista, cabe rechazar siquiera que la RdA pueda considerarse un tercero. En efecto, de acuerdo al artículo 25 ER, la Corte tiene competencia únicamente sobre las personas naturales. Se rompe así el criterio habitualmente empleado en el ámbito del Derecho Internacional en el que se consideraba responsable únicamente a los Estados¹⁴.

No obstante, esta limitación de la competencia subjetiva en el marco de la responsabilidad penal exigible ante la CPI a las personas naturales, no puede significar que los Estados en los que se desarrollan las conductas deban ser considerados, en todo caso, terceros. Para determinar cuándo se puede acudir a esta figura debemos hacer referencia, como ya hemos indicado, a los principios del Derecho Internacional.

En este ámbito, tenemos que señalar que se considerará hecho del Estado, según el Derecho Internacional, al comportamiento de todo órgano de éste, ya ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de cualquier otra índole, y sea cual sea su posición en la organización de dicho Estado¹⁵.

En consecuencia, el papel de la RdA con respecto a los hechos por los que se ha condenado a Espión y Malero no es el papel de un tercero, desde el punto de vista del Derecho

¹⁴ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Responsabilidad internacional del individuo y responsabilidad internacional del estado: encuentros y desencuentros en torno a la figura de los “crímenes de derecho internacional”, en GONZÁLEZ IBÁÑEZ, J., (dir.), *Protección internacional de derechos humanos y Estado de Derecho. Studia in honorem Nelson Mandela*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009, pp. 551-582.

¹⁵ CDI, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, art. 4.

Internacional, sino más bien al contrario, dado que como es bien sabido en este ámbito, la vinculación entre la RdA y los hechos juzgados es una vinculación directa. En este sentido debemos tener en cuenta que los condenados eran, en el momento de realización de los hechos, Jefe de Inteligencia y Jefe de la policía del Estado¹⁶ que hoy intenta personarse como “de buena fe” y que éstos, actuaban bajo el mando de altos cargos de dicho Estado y en todo caso en nombre de éste y no en beneficio propio.

Ni siquiera puede acudir la RdA a la desviación de poder de los condenados en el desarrollo de los crímenes por los que han sido juzgados, puesto que en el ámbito del Derecho Internacional, *“el comportamiento de un órgano del Estado o de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado según el derecho internacional si tal órgano, persona o entidad actúa en esa condición, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones”*¹⁷.

Esto es, la conducta desarrollada por los condenados se realizó en nombre y representación de la RdA, de la que eran sus agentes como órganos estatales y, en consecuencia, la RdA no puede acogerse a una posición de tercero de buena fe puesto que faltaría la premisa fundamental, es decir, su condición de tercero.

Pueden valorarse positivamente las acciones desarrolladas por el Gobierno del sr. Salvador para que los crímenes cometidos durante el Gobierno del sr. Malatesta fueran juzgados por la CPI. Sin lugar a dudas, se trata de un esfuerzo ímprobo que merece el reconocimiento y muestra la buena fe de los actuales dirigentes de la RdA. Pero estos hechos posteriores no mutan el carácter jurídico de lo sucedido con anterioridad y del hecho de que los crímenes se cometieran, precisamente, por representantes de la RdA, por miembros de su Gobierno.

En este sentido, debemos recalcar que, como se indicó anteriormente, el interés de la RdA de ser reconocida como tercero de buena fe no es otro que el de evitar el embargo de unos determinados bienes, lo que reduciría las posibilidades de obtener reparaciones por parte de las víctimas dada la falta de recursos económicos por parte de los condenados. Esto resulta cuanto menos contradictorio con la intención de recabar justicia y de conseguir la reparación de los daños, de la que se jacta el nuevo gobierno de dicho Estado. Ya que su

¹⁶ NH 10.

¹⁷ CDI, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, artículo 7.

intención de eludir la responsabilidad en cuanto al pago de las reparaciones, no concuerda para nada con una posición de buena fe hacia las víctimas de los crímenes juzgados por esta Corte.

El ER prevé la protección de los terceros de buena fe y la participación de éstos, pero no en el sentido que pretende la RdA, ya que su ejercicio no solo sería inadecuado por no tratarse ésta de un tercero, sino que además, constituiría daño y desprotección a las víctimas.

La RdA, de este modo, se aprovecharía de la aparente y actual buena fe de la que goza el Gobierno de D. Clemente Salvador, para ampararse bajo la protección que así, les otorgaría el ER y evadir su responsabilidad frente a hechos que tuvieron lugar durante un gobierno anterior; el gobierno D. Juan Malatesta, el cual vinculó su actuación a la RdA.

Por todo ello, concluimos que la pretensión de la RdA de ser considerada tercero de buena fe para evitar el embargo de determinados bienes resulta contraria a los principios del Derecho Internacional y no es acorde con la realidad de los hechos por los que se ha juzgado y condenado a los sres. Gustavo Espi3n y Arturo Malero.

3. Carácter de las reparaciones en beneficio de las víctimas

Desde la posición procesal que ostentamos de representación del Fondo Fiduciario, consideramos que la opción más adecuada y satisfactoria para todos los intereses sería la de las reparaciones colectivas. Para justificar nuestra posición, es necesario partir de una breve referencia a los hechos más relevantes.

La campaña de represión desarrollada por el gobierno de Malatesta se prolongó durante varios meses y se manifestó en la ejecución de actos inhumanos como fueron torturas, desapariciones, violaciones y asesinatos de manera arbitraria¹⁸. Las zonas más afectadas por estos crímenes fueron las ciudades de Jacarandá, Bahía Azul y Cruz del Sur, muy próximas entre sí y donde se centraba el foco de la oposición¹⁹.

Por las consideraciones anteriores sobre la manera arbitraria y generalizada en que se llevó a cabo la represión, es difícil de estimar el número exacto de víctimas. Según las organizaciones de derechos humanos, al menos 10.800 personas fueron capturadas. 750 fueron posteriormente liberadas, 550 habrían muerto y 9.500 continúan desaparecidas a día de hoy. De las 10.800 personas detenidas, la mitad de ellas fueron violadas y/o torturadas entre otros ultrajes²⁰.

En el proceso de reparaciones en el que nos encontramos, la representación legal de las víctimas comprende a 1500 personas, una vez que se admite la participación de las víctimas indirectas del delito de lesa humanidad de asesinato²¹.

Pese a la magnitud de la cifra, que supera con creces las víctimas que solicitaron reparación en el caso Lubanga²², en el caso Katanga²³, o en el caso Bemba²⁴ la referencia a

¹⁸ NNHH 10, 11 y 12.

¹⁹ NH 11.

²⁰ NH 15.

²¹ NH 27.

²² ICC, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Redacted version of "Decision on 'indirect victims'", 8 de abril de 2009, párrafo 2.

²³ ICC, Prosecutor v. Germain Katanga, ICC-01/04-01/07, Registry Report on Applications for Reparations.

in accordance with Trial Chamber II's Order of 27 August 2014, 15 de diciembre de 2014.

la estimación de víctimas en nuestro caso nos señala que las personas que solicitan reparación suponen, una mínima parte de las víctimas del caso.

Ello a pesar de excluir del cómputo a las personas que fueron afectadas de forma tangencial en tanto en cuanto su vida habitual se vio influida negativamente por la campaña de represión del Gobierno de Malatesta y, en muchos casos, evitaron mostrar su posición contraria al mismo por el clima de terror generado.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que la Regla 85 del RPP califica como víctimas a las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte.

En este contexto, se nos plantea la cuestión en relación con la elección del tipo de reparaciones que resultan más adecuadas para este caso. Conviene recordar que corresponde a la SPI definir los principios aplicables a la reparación que ha de otorgarse a las víctimas, tal y como establece el artículo 75 del ER.

Concretamente, estos principios deben especificar y justificar el tipo de reparaciones ordenadas, especialmente la elección entre reparaciones colectivas, individuales o ambas. En este sentido, la Corte ha establecido en el caso Lubanga que los programas de reparación deben respetar el principio de no discriminación entre las víctimas y deben dirigirse a prevenir futuros conflictos y a sensibilizar a la población²⁵. Se trata de superar el concepto de justicia punitiva para dirigirse a una solución que sea más inclusiva, refuerce la participación y reconozca la necesidad de proporcionar efectivo remedio para las víctimas.

Sobre este particular, resulta adecuado detenerse en la reflexión sobre la necesidad de aplicar el principio de no discriminación en las reparaciones en un caso como el presente en el que, tal y como se ha indicado, se pueden apreciar tres escalas de víctimas: las

²⁴ ICC, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, Public redacted version of "Decision on the tenth and seventeenth transmissions of applications by victims to participate in the proceedings", de 19 de julio de 2012, párrafo 39.

²⁵ ICC, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations, 7 de Agosto de 2012, (en adelante, Lubanga, Decisión sobre reparaciones), párrafo 240.

víctimas que participaron en el procedimiento penal, las víctimas que participan en el procedimiento de reparación y las víctimas en sentido amplio.

Por ello, una vez considerada la imposibilidad de que todas las personas que sufrieron un daño derivado de las conductas condenadas por la Corte puedan acudir al procedimiento de reparación y fijado el hecho que, según las estimaciones, el porcentaje de las personadas en el proceso se encuentra entorno al 15% de las víctimas totales.

A este respecto, una decisión por reparaciones individuales plantearía una situación de discriminación entre los distintos niveles de víctimas puesto que sólo podrían reconocerse éstas, para aquellas víctimas que participaron en el procedimiento penal y las víctimas que participan en el procedimiento de reparación.

Sin embargo, una decisión que establezca reparaciones colectivas, sí podría servir para compensar el daño causado al conjunto de la sociedad y de aquellas personas que sufrieron no solo el hecho de soportar detenciones y ver oprimidas sus libertades, sino que fueron violados y torturados durante el proceso, como ocurrió con gran parte de ellos. Pues no podemos olvidar, que en el entorno en el que acontecieron los hechos, la violación sigue siendo causa de rechazo y estigmatización para las mujeres que la han sufrido, lo cual llega a desencadenar incluso en el repudio por parte de su propio grupo o familia. Cosa que hace, que muchas de las personas víctimas de estos delitos, no hayan tenido el coraje de presentarse al procedimiento por miedo a las consecuencias que esto les pueda acarrear, quedando impune, de esta forma, el daño sufrido por las mismas, en caso de decantarnos por conceder reparaciones individuales. Todo esto, sin dejar de lado el beneficio que una reparación colectiva reportaría a las familias, también víctimas, aunque de modo indirecto de estos crímenes que aún cargan con el dolor y los daños psicológicos causados por la pérdida de los asesinados o los desaparecidos y que de esto modo, podrían también beneficiarse de las ayudas médicas y asistenciales que se lograrían con la solución que desde esta parte proponemos.

Así, la opción por reparaciones colectivas, debería plasmarse en la construcción de infraestructuras que compensen el daño sufrido no solo por las 1.500 que defienden los representantes, sino aquellas que también se han visto afectadas por estos actos, ya sea de manera directa o colateral. Desde la posición que ostentamos, el Fondo Fiduciario propone ante esta Corte la construcción de hospitales en las zonas afectadas, que por su proximidad

geográfica podría alcanzar a todas las víctimas de las tres ciudades donde se centralizaba el foco de la represión. También la edificación de instituciones de salud mental, para así ayudar a las víctimas tanto directas como indirectas a afrontar los daños psicológicos y traumas sufridos por las experiencias vividas o por la pérdida de familiares. De este modo, se evitará una estigmatización sobre aquellas víctimas que exclusivamente se verían subsanadas por ser su delito sufrido el único que se tendría en cuenta y no se llegaría a alcanzar el objetivo de esta Corte, que es intentar reparar el daño sufrido a un colectivo sin discriminar por el crimen por el que se vieron afectados.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, es necesario incluir reparaciones simbólicas que ayudarían a las víctimas a verse resarcidas por damnificación. Desde la posición que ostenta este fondo fiduciario, observa como medidas de satisfacción oportunas para este caso, la publicación y difusión de la sentencia, al igual que el reconocimiento de culpabilidad por parte de los condenados señores Espiñón y Malero. También parece conveniente la creación de un museo en honor a las víctimas de la represión política. Así mismo, en la línea de reconocimiento y restitución, una medida adecuada puede ser el envío de cartas de disculpa por parte de los condenados a las víctimas y los familiares.

Estas formas de reparación simbólica sumadas a las formas masivas de rehabilitación y compensación serán un componente básico para la pacificación social y para la reconciliación entre víctimas, autores y la sociedad en general²⁶.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, la CDHA, apoya nuestra posición y considera que el potencial beneficio de la propuesta de reparaciones colectivas es, que las mismas podrían favorecer en la práctica a todas las víctimas que han sufrido estos crímenes.

En definitiva, desde la posición procesal que ostentamos, en representación del Fondo Fiduciario, consideramos más adecuada a la realidad de este caso el establecimiento de reparaciones colectivas que, además, puedan implicar a la propia RdA puesto que en su nombre y por sus dirigentes se cometieron las atrocidades que la CPI ha juzgado. Sólo así

²⁶ GALAIN PALERMO, P., "Modalidades de reparación y adecuación al tipo de víctima" en: AMBOS, K. / MALARIANO, E. / STEINER, Ch. (eds.): *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: El caso Lubanga*. Cedpal Universidad Göttingen/Fundación Konrad Adenauer, Bogotá 2014, pp. 389-430.

se contribuirá a la justicia, la verdad y la paz en Alquimia, siendo la reparación colectiva la más adecuada.

4. Naturaleza y extensión de la responsabilidad civil de los señores Espi3n y Malero

Para exponer los argumentos del Fondo Fiduciario relativos a esta cuesti3n debemos partir de dilucidar el contenido de la misma. Lo que se plantea en este punto es determinar la extensi3n y la naturaleza de la responsabilidad civil de los condenados en el marco de las reparaciones, esto es, si les corresponde a ambos afrontar el total o s3lo una parte del importe correspondiente a las reparaciones (extensi3n) y si tal obligaci3n, en la extensi3n que se determine, tiene car3cter solidario o subsidiario.

En este sentido, desde la representaci3n que ostentamos del Fondo Fiduciario consideramos que los condenados deben afrontar una responsabilidad solidaria pero limitada a una parte de las reparaciones.

A este respecto, conviene recordar que los señores Espi3n y Malero han sido condenados de acuerdo al art3culo 25(3)(d) ER, es decir, por su contribuci3n en la comisi3n de un crimen por un grupo de personas con finalidad com3n. En concreto, la Sala conden3 a los acusados por sus respectivas contribuciones significativas a la estructura de represi3n que pusieron en pie el ex Presidente Malatesta, as3 como el ex Ministro del Interior Medina y el ex Secretario de Seguridad Ciudadana Blanco contra la oposici3n a su r3gimen en la RdA y que dio lugar a la comisi3n de los cr3menes juzgados²⁷.

En este sentido, la condena no se ha producido en aplicaci3n del art3culo 25(3)(c), es decir, a t3tulo de c3mplice, encubridor o colaborador para facilitar los cr3menes de otros sino por el modo de responsabilidad que los converge en un actuar de conjunto²⁸. En este sentido, la CPI ha configurado la responsabilidad derivada del art. 25(3)(d) como una forma residual de complicidad²⁹. Con todo, el ER y la CPI han ido m3s all3 del contenido de las normas de los tribunales ad hoc para la antigua Yugoslavia y Ruanda al exigir para la aplicaci3n

²⁷ NH 25.

²⁸ RPA 18.

²⁹ ICC, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Decision on the confirmation of charges, 29 de enero de 2007, (en adelante, Lubanga, confirmaci3n de cargos) p3rrafo 337; ICC, Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-01/07, Decision on the confirmation of charges, 30 de septiembre de 2008, (en adelante, Katanga y Ngudjolo, confirmaci3n de cargos), p3rrafo 483.

del artículo 25(3)(d) un elemento subjetivo y requerir que las conductas de los sujetos se realicen “*a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen*”³⁰.

Ya en el caso Lubanga³¹, esta Sala analizó el concepto de coautoría y sostuvo que el artículo 25(3)(a) ER, mediante la referencia a quien “*cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable*”, recepta un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho, no siguiendo, de esta forma, el enfoque subjetivo que había sido receptado por los tribunales *ad hoc*.

También señaló la Sala, que el concepto de coautoría se sustenta en la idea de que cuando la suma de las contribuciones realizadas de manera coordinada por varias personas resulta en la realización de todos los elementos objetivos del delito, cada uno de los individuos que realiza una contribución es también responsable de las contribuciones de los demás y, por lo tanto, es autor del delito en su conjunto. La coautoría, entonces, según la opinión de esta propia Sala, debe reunir dos requisitos objetivos:

(i) la existencia de un plan común entre dos o más personas; aquí es suficiente que el plan común contenga un “elemento de criminalidad” (que la ejecución del plan conlleve el riesgo de comisión de un delito de manera evidente, por lo que no necesita dirigirse directamente a su comisión); y

(ii) la existencia de un aporte esencial y coordinado a la realización de los elementos objetivos del delito por cada uno de los coautores; aquí es determinante que cada uno de los individuos tenga la posibilidad de frustrar el plan en caso de no realizar su contribución, de modo que sólo detenta el codominio funcional del hecho quien, debido a la importancia de la función que le ha sido encomendada, puede impedir la comisión del delito si se niega a llevar a cabo su aporte.

En el plano subjetivo es necesario que el sujeto cumpla con los elementos subjetivos del crimen en cuestión, que sea consciente y acepte (junto con los demás coautores) el riesgo

³⁰ Sobre esta discusión vid OLÁSOLO ALONSO, H., “Reflexiones sobre la Doctrina de la Empresa Criminal Común en Derecho Penal Internacional”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N°. 3, 2009. Disponible en < <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/138053/188698>>

³¹ Lubanga, confirmación de cargos, párrafos 338 y ss.

que implica el plan para la realización de los elementos objetivos del crimen y que sea consciente de las circunstancias de hecho que le permiten ejercer el dominio del hecho.

Por otro lado, también esta Sala en el caso Katanga y Ngudjolo Chui³², reiteró la posición sostenida en Lubanga, con respecto a la teoría del dominio del hecho y utilizó el concepto de coautoría mediata, como resultado de la aplicación conjunta de la coautoría basada en el codominio funcional del hecho y de la autoría mediata a través del dominio de la organización. De este modo, afirmó que es posible que ninguno de los coautores realice directamente los elementos típicos de los delitos imputados y que, en calidad de autores mediatos, se valgan de los grupos armados organizados bajo su dirección. La Sala consideró que el éxito del plan se debió a la actuación conjunta y coordinada de los imputados y al aporte esencial que cada uno de ellos hizo al objetivo común a través de las fuerzas que dirigían *de iure* y controlaban *de facto*.

La Sala aplicó la forma de autoría mediata de dominio de la voluntad por dominio de la organización y consideró que debía comprobarse:

- (i) la existencia de una organización jerárquicamente organizada a la que pertenezcan tanto los líderes políticos o militares imputados como los autores directos de los delitos (subordinados) y
- (ii) el carácter fungible de los miembros de la organización, de modo que si alguno de ellos se niega a cumplir con las órdenes delictivas habrá otros miembros de la organización dispuestos a ejecutarlas.

La Sala señaló que la organización debe tener las características necesarias para que sus máximas autoridades puedan confiar en que las órdenes serán cumplidas casi automáticamente por sus subordinados. Además, indicó que el dirigente debe tener de hecho el control sobre la organización que le permita utilizar a sus subordinados como piezas fungibles.

En el aspecto subjetivo, según la Sala, el coautor mediato, además de realizar su contribución con los requisitos subjetivos específicos exigidos por la definición de los

³² Katanga y Ngudjolo, confirmación de cargos, párrafo 508.

delitos que se le imputan (*dolus specialis*), también debe cumplir con los elementos subjetivos generales del artículo 30 ER. De este modo, para la Sala cada coautor:

(i) debe aceptar y ser consciente de que la ejecución del plan común resultará en la comisión de los delitos y

(ii) ser consciente del carácter esencial de su contribución para la implementación del plan y de su capacidad para frustrarlo.

Los elementos desarrollados no concurren en este caso en el que los dos condenados forman parte de la organización, ponen al servicio de la organización otros medios materiales, pero, tal y como recoge la sentencia de instancia³³, ni idearon ni organizaron la estructura de represión en la que participaron. A este respecto, lo relevante a efectos de la determinación de la contribución de un condenado en un crimen para establecer su responsabilidad civil es la importancia de la actuación realizada por el condenado en el conjunto de la aplicación del propósito común en el caso de responsabilidad por la participación en un crimen cometido por un grupo de personas³⁴.

En este sentido, ha de entenderse que el papel de los condenados en los hechos que dieron lugar a las condenas y, por tanto, generaron los daños cuya reparación requieren las víctimas no fue un papel tangencial. Debe recordarse que los señores Espiñón y Malero han colaborado en mismo modo en la citada campaña de represión. Si analizamos la trayectoria de participación de cada uno observamos que el señor Espiñón aportaba a la estructura los datos de inteligencia que permitían identificar las zonas de concentración de los manifestantes, su identidad, datos familiares, domicilio, círculo profesional y amistades de todas las víctimas³⁵.

Por su parte el señor Malero, recibida dicha información, asignaba a sus subordinados a cubrir manifestaciones, a reprimirlas y realizar las órdenes de detención. El señor Malero

³³ NH, 13.

³⁴ McCARTHY, C., *Reparations and Victim Support in the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2014, p. 146.

³⁵ NH, 13

impartía órdenes a los policías para que realizaran las torturas, violaciones y asesinatos, estando incluso presente en muchas de estas represiones³⁶.

No obstante, quienes diseñaron y pusieron en pie la estructura de represión en la que participaron los condenados fueron los sres. Malatesta, Medina y Blanco, superiores jerárquicos de los condenados.

De acuerdo a estas premisas, corresponde determinar la naturaleza y la dimensión de la obligación de los condenados, señores Espi3n y Malero, en cuanto a las reparaciones que deben otorgarse a las v3ctimas y si estas pueden estar limitadas por el hecho de que las condenas se hayan derivado de hechos relacionados con un actuar conjunto en el que los dos condenados son s3lo una parte del grupo delictivo, teniendo en cuenta que su colaboraci3n no ha sido esencial.

A este respecto, como afirma la AEP, en su 3^a resoluci3n de diciembre de 2011, citada por la CPI en la sentencia Lubanga³⁷, la responsabilidad civil est3 basada exclusivamente en la responsabilidad individual de la persona condenada. Hacer responder a los se3ores Espi3n y Malero de forma conjunta por la totalidad del da3o causado por una estructura de poder en la que representaban un elemento m3s y, ni siquiera uno de los elementos esenciales, resultaría desproporcionado e injusto. En este sentido, se debe incidir en la necesidad de limitar la responsabilidad para evitar que a los condenados se les haga responsables de da3os sobre los que su conducta realiz3 3nicamente una contribuci3n perif3rica o por da3os que fueron causados por otras personas o circunstancias³⁸.

Adem3s, es de inter3s del FFV, habida cuenta de los recursos limitados de los que dispone³⁹ y de <que, de acuerdo, a la CPI en el caso Lubanga cuando la persona condenada carece de bienes, si la reparaci3n se ordena a trav3s del FFV, puede ser soportada por los recursos propios del FFV⁴⁰, que la responsabilidad comprenda proporcionalmente la participaci3n de los condenados en el conjunto de los da3os causados.

³⁶ NH, 14

³⁷ Lubanga, Apelaci3n sobre reparaciones, p3rrafo 87

³⁸ McCARTHY, C., *Reparations and Victim Support in the International Criminal Court*, cit., p. 146.

³⁹ NH 31.

⁴⁰ Lubanga, Decisi3n sobre reparaciones, p3rrafos 269-273.

Por ello, consideramos que, dada la participación de, al menos, cinco personas en la estructura de poder que dio lugar al sistema de represión por los que han sido condenados los señores Espi3n y Malero, resulta relevante. La existencia de otros culpables a los que no se ha podido enjuiciar; motivo por el cual no forman parte de la condena y no pueden tenerse en cuenta a la hora de establecer la responsabilidad es un motivo relevante para limitar la responsabilidad de los condenados en atenci3n a los da1os efectivamente causados por 3stos, excluyendo as3 los provocados por terceros, pues no ser3a justo de justicia hacerles responder por los da1os causados por terceros.

Conviene tener en cuenta que ni el ER ni las normas de la RdA⁴¹ contienen instrumentos que puedan permitir a un condenado tomar acciones contra otros condenados para recuperar su participaci3n en la responsabilidad civil com3n lo que provocar3a, de hacer responder a los condenados por el conjunto de los da1os ocasionados por el entramado delictivo, un empobrecimiento excesivo.

As3, teniendo en cuenta en primer lugar que la campa1a de repres3n de la que fueron part3cipes los condenados contaba con, al menos, la participaci3n en mayor o menor medida de los no condenados Sres. Malatesta, Medina y Blanco, entiende esta parte que, si bien no pudieron ser condenados todos, hacer responsables a efectos econ3micos de la totalidad del da1o s3lo a los se1ores Espi3n y Malero constituir3a un abuso del derecho de las v3ctimas a recibir una indemnizaci3n, aumentando la responsabilidad en los hechos de los dos condenados para garantizar las mismas, por lo que la l3gica dice que s3lo deber3an responder, como m3ximo, de una quinta parte cada uno de la cantidad que se establezca para las reparaciones. Si bien el resto de personas implicadas en la causaci3n del delito no han sido condenadas, es de conocimiento p3blico que tambi3n se encontraron inmersos en la misma campa1a de repres3n que provoc3 los da1os, por lo que ser3a injusto cargar a cuenta de los condenados la totalidad del gasto. Adem3s, en el mismo sentido, cabe destacar que los condenados lo son en virtud del art3culo 25(3)(d), lo que quiere decir que no lo son en concepto de autor, por lo que alguno de los ya mencionados o quiz3 un tercero ser3 realmente el autor de los hechos, debiendo ser 3ste en todo caso, y nunca los Sres. Espi3n y Malero, quienes deban asumir la totalidad de las reparaciones sino dos quintas partes.

⁴¹ RPA 24

Por otro lado, en cuanto a la naturaleza de la responsabilidad civil derivada del crimen de la competencia de la CPI ni el ER ni las RPP definen esta cuestión. Por ello, es necesario recurrir a otros elementos de Derecho como aparecen enumerados en el artículo 21 ER, entre los que pueden citarse los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados o, en su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo.

A este respecto puede señalarse, que en el marco de los principios y normas del derecho internacional, el artículo 47 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos establece como regla la concurrencia solidaria de la responsabilidad de los Estados por el hecho internacionalmente ilícito⁴².

Ese principio, además, coincide con el sistema seguido por la mayor parte de los Estados en los que la responsabilidad civil ex delicto tiene una consideración de responsabilidad solidaria, es decir, que debe ser satisfecha por cualquiera de los sujetos que intervienen directamente en el delito. Así se establece en el sistema español⁴³, en el peruano⁴⁴ e, incluso, en sistemas propios de *common law* como en la mayor parte de los Estados de los Estados Unidos⁴⁵.

Es por ello que como representantes del Fondo Fiduciario entendemos que la responsabilidad civil de los señores Malero y Espi3n en relaci3n con las reparaciones debe plantearse de forma solidaria entre ambos, puesto que han sido los dos condenados por los mismos hechos. No obstante, tal responsabilidad no puede abarcar la totalidad de las que correspondan de los da3os sino que tienen que ser minoradas por la existencia de otros posibles culpables que, de hecho, fueron quienes, de acuerdo a la sentencia de la CPI

⁴² CDI, Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos.

⁴³ Artículo 110 C3digo penal espa3ol.

⁴⁴ Artículo 95 C3digo penal peruano.

⁴⁵ La mayor parte de los Estados de los Estados Unidos siguen la regla de la “joint and several liability” - equivalente a la responsabilidad solidaria en los pa3ses del civil law-, para los da3os derivados de acciones ilícitas, entre las que se encuentran los delitos.

instauraron y organizaron el entramado de represión que dio lugar a la generación de los daños cuya responsabilidad civil se analiza.

Por todo ello, como representantes del FFV planteamos que los condenados deben hacer frente de forma solidaria al conjunto de las reparaciones que se ordenen a favor de las víctimas de los delitos por los que han sido condenados por esta honorable Corte, si bien estas reparaciones deben referirse a una proporción equivalente al 40% del total de los daños ocasionados.

5. Inexistencia de nexo causal entre el delito de violación y los daños sufridos a causa de la transmisión del VIH

En relación con esta quinta y última cuestión desde la posición procesal que ostentamos en representación del FFV consideramos que no existe vínculo fáctico entre la violación que sufrieron determinadas personas y su muerte a causa de la infección por VIH que pueda dar derecho a que sus familiares reciban una reparación a causa de dicho fallecimiento por parte de los condenados.

La CPI ha indicado que corresponde la reparación en relación con daños sufridos por la comisión de cualquier crimen de la jurisdicción de la Corte⁴⁶. Como afirma la FIDH en su Manual para víctimas⁴⁷, *“para que una víctima pueda recibir reparación, la naturaleza y el tipo de daño que ha sufrido debe ser probado y se debe establecer un vínculo entre el daño sufrido por la víctima y el/los crimen(es) por los cuales el acusado ha sido condenado por la CPI. El Estatuto de Roma sólo especifica el grado de la prueba para determinar la responsabilidad del acusado y no hace referencia al grado de la prueba necesario para determinar la reparación”*.

En principio, al tratarse de una responsabilidad de naturaleza civil, el grado de prueba necesaria es menor que el exigido en la responsabilidad de naturaleza criminal⁴⁸. Por tanto, no se trata de requerir una prueba que elimine cualquier duda razonable sino que la exigencia de prueba se plantea en la línea del juicio de probabilidad⁴⁹. A este respecto, la CPI ha matizado que vínculo causal entre el delito y el daño a los efectos de la reparación debe ser determinado según las circunstancias concretas del caso⁵⁰.

En este sentido, el hecho de que el Tribunal pueda dictar órdenes de reparación contra individuos únicamente cuando han sido condenados por un crimen bajo el Estatuto indica que las reparaciones que se pueden exigir a un condenado se refieren exclusivamente a los

⁴⁶ Lubanga, Apelación sobre reparaciones, párrafo 80 y Anexo A, párrafo 11.

⁴⁷ FIDH, *Los derechos de las víctimas ante la Corte Penal Internacional: Manual para víctimas, sus representantes legales y ONG*, 2007.

⁴⁸ Lubanga, Apelación sobre reparaciones, párrafo 81.

⁴⁹ Id., párrafo 83.

⁵⁰ Id., párrafo 80 y Anexo A, párrafo 11.

daños derivados de su responsabilidad criminal. Esto supone que la conducta de acuerdo a las cuales las reparaciones pueden ser dictadas son las que comprenden el *actus reus* del delito por el que el sujeto ha sido condenado⁵¹.

Como señalan los Comentarios a los artículos sobre responsabilidad de los Estados por actos internacionales ilegales⁵², la vinculación entre un daño o pérdida y un acto ilegal requiere de un doble proceso, legal y fáctico que debe desarrollarse en paralelo.

El primer elemento de análisis hace referencia a la posibilidad de establecer una relación fáctica suficiente entre la conducta del condenado y el daño sufrido por la parte lesionada. El segundo elemento en el análisis de causación hace referencia a si el carácter de la relación fáctica es tal que el condenado puede ser tratado legalmente como culpable de ese daño. Es decir, para atribuir un daño a un condenado desde el punto de vista de la reparación, las cuestiones acerca de la causación fáctica y la causación legal tienen que ser consideradas por separado.

En cuanto a la causación fáctica, hay que partir de que el concepto de víctima en la Regla 85(a) implica necesariamente la existencia de un daño personal, que en el caso de los familiares de las víctimas aquí referidos se vincula al fallecimiento de sus seres queridos, pero no implica de forma ineludible la existencia de un daño directo. En este caso, el delito de lesa humanidad de violación es objeto de la condena habiendo quedado probado que determinadas víctimas fueron violadas durante su detención y que dicha violación provocó el contagio del VIH.

Es por ello que, de acuerdo a la teoría de la causa próxima⁵³, resulta asumible entender que el haber sido víctimas de violaciones en las que se produjo el contagio del VIH, todos ellos, hechos probados en la sentencia de instancia, provocó su fallecimiento. En consecuencia, la muerte de estas personas está vinculada fácticamente a uno de los delitos objeto de la condena.

⁵¹ McCARTHY, C., *Reparations and Victim Support in the International Criminal Court*, cit., p. 135.

⁵² CDI, *Comentarios a los artículos sobre responsabilidad de los Estados por actos internacionales ilegales*, p. 91.

⁵³ Considerada criterio de valoración por la CPI. ICC, *Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations, 7 de Agosto de 2012 párrafo 249.

Sin embargo, esta valoración afirmativa en relación con el vínculo fáctico no puede extenderse en cuanto al vínculo legal dadas las circunstancias concretas del caso.

En este sentido hay que considerar que la enfermedad del VIH es un lentivirus que se mantiene en el organismo durante un período de tiempo muy prolongado sin que muestre síntomas⁵⁴. De acuerdo a la OMS el VIH se puede transmitir por las relaciones sexuales (vaginales, anales o bucales) sin protección con una persona infectada; por la transfusión de sangre contaminada; y por compartir agujas, jeringas u otros objetos punzocortantes y únicamente un 54% de las personas contagiadas conocen su estado serológico⁵⁵.

Así pues, el hecho de que de las violaciones se derivara el contagio del VIH de las víctimas que provocó su desgraciado fallecimiento no equivale a considerar que los señores Espi3n y Malero sean responsables legales de tal fallecimiento, ni siquiera desde el punto de vista de la responsabilidad civil y a pesar de que los requisitos de prueba del nexo causal sean menores al de la responsabilidad criminal.

Porque en el caso que nos ocupa las circunstancias llevan a entender que ni el se3or Espi3n ni el se3or Malero pueden considerarse responsables de tales contagios ya que no conocían, ni habrían debido conocer y, posiblemente, ni siquiera habrían podido conocer que las violaciones que se pudieran practicar a las víctimas de la campaña de represión organizada por el expresidente de la RPA, Don Juan Malatesta, ocasionarían el contagio del VIH de tales víctimas.

Es probable, de hecho, que ni siquiera los autores materiales de las violaciones fueran conscientes de la posibilidad o de la probabilidad de tal contagio dado que desconocían que padecían el VIH en el momento de realizar las conductas que dieron lugar a los hechos por los que han sido condenados los señores Espi3n y Malero.

Es más, no queda probado que alguno de los violadores fuera portador del mencionado virus⁵⁶. De hecho, es posible que fuera alguna de las víctimas la que estuviera infectada

⁵⁴ Según la OMS este período puede llegar desde 5 a 10 años. Vid. <http://www.who.int/features/qa/71/es/>

⁵⁵ Vid. <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs360/es/>

⁵⁶ UNAIDS, *Judging the epidemic: A judicial handbook on HIV, human rights and the law*. UNAIDS, 2013, pp. 43 y 51. Es importante la certeza de que el VIH se transmite por el personal al servicio de los condenados.

con anterioridad a las violaciones, y que, a raíz de estas, se fuera propagando el VIH tanto a las víctimas como a los violadores. Al respecto, aunque el fallo reconoció que “diversas” víctimas se contagiaron a causa de las violaciones, no se asegura que las 50 lo fueran por el mismo motivo⁵⁷.

Con todo, la existencia de conocimiento y la existencia de intencionalidad en los sujetos que perpetraron las violaciones, no implica que se deba presumir la consciencia de que existía el VIH entre la policía, así como el propósito de propagar el virus entre las víctimas, en D. Arturo Malero y D. Gustavo Espión. Así pues, la CIDH ha establecido que “*obligar al autor de un hecho ilícito a borrar todas las consecuencias que su acto causó es enteramente imposible porque su acción tuvo efectos que se multiplicaron de modo inconmensurable*”⁵⁸. Esto se intensifica cuando los condenados desconocían que sus subalternos o las víctimas podían ser portadoras del VIH, y por tanto podía propagarse el virus tanto por una parte como por otra. Por tanto, aceptar una presunción de ese calibre es una grave vulneración al principio de inocencia, principio rector reconocido internacionalmente⁵⁹.

En consecuencia, la vinculación legal entre los hechos por los que han sido condenados los señores Espión y Malero como participantes en un proyecto criminal común y el contagio de algunas de las víctimas por VIH y su posterior fallecimiento resulta insuficiente a los efectos de considerar a los condenados responsables civiles de tales fallecimientos.

⁵⁷ RA 43.

⁵⁸ CIDH, Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Sentencia de 10 de septiembre de 1993, Reparaciones y Costas, párr. 48 (iii)

⁵⁹ Este principio se encuentra en el art. 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948) y en el art. 14.2 del PIDCP.

V. BIBLIOGRAFÍA

CDI, Comentarios a los artículos sobre responsabilidad de los Estados por actos internacionales ilegales.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Responsabilidad internacional del individuo y responsabilidad internacional del estado: encuentros y desencuentros en torno a la figura de los `crímenes de derecho internacional””, en GONZÁLEZ IBÁÑEZ, J., (dir.), *Protección internacional de derechos humanos y Estado de Derecho. Studia in honorem Nelson Mandela*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009, pp. 551-582.

FIDH, *Los derechos de las víctimas ante la Corte Penal Internacional: Manual para víctimas, sus representantes legales y ONG*, 2007.

GALAIN PALERMO, P., "Modalidades de reparación y adecuación al tipo de víctima" en: AMBOS, K. / MALARINO, E. / STEINER, Ch. (eds.): *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: El caso Lubanga*. Cedpal Universidad Göttingen/Fundación Konrad Adenauer, Bogotá 2014, pp. 389-430.

McCARTHY, C., *Reparations and Victim Support in the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2014, p. 135.

OLÁSOLO ALONSO, H., “Reflexiones sobre la Doctrina de la Empresa Criminal Común en Derecho Penal Internacional”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N°. 3, 2009. Disponible en <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/138053/188698>>

OLÁSOLO, H., KISS, A., “El Estatuto de Roma y la Jurisprudencia de la CPI en materia de participación de víctimas”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*. 2010, núm. 12-13, p. 13:1- 13:37. Disponible en <<http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-13.pdf>> [Consulta: 10.02.2016].

UNAIDS, Judging the epidemic: A judicial handbook on HIV, human rights and the law. UNAIDS, 2013.