



Original: **Español.**

Caso N°: **ICC-09/07-12/09**

Fecha: **2017.**

SALA DE PRIMERA INSTANCIA XV.

Integrado por:

Magistrada presidente

Magistrada

Magistrado

Equipo No. 13

SITUACIÓN EN LA REPÚBLICA DE ESPERANZA.

EN EL CASO DE LA FISCAL c.. ALEJANDRO DELLA META.

**AUDIENCIA PÚBLICA DE IMPOSICIÓN DE PENA.
ESCRITO DE LA DEFENSA.
V CONCURSO DE SIMULACIÓN JUDICIAL ANTE LA CPI.**

CASO: ICC-09/07-12/09

LA FISCALÍA

C.

ALEJANDRO DELLA META

Equipo No. 13

Concurso CPI

Simulación judicial ante la Corte Penal Internacional

V Edición

Escrito de la Defensa

Cuestiones relativas a la imposición de la pena

TABLA DE CONTENIDO

A. ABREVIATURAS	- 6 -
B. ESTABLECIMIENTO DE HECHOS.....	- 2 -
C. CUESTIONES JURÍDICAS A ABORDAR.....	- 4 -
D. ARGUMENTOS ESCRITOS	- 5 -
CUESTIÓN I: EXISTENCIA DE UNA JERARQUÍA ENTRE LOS CRIMENES COMETIDOS SEGÚN SU GRAVEDAD.	
- 5 -	
<i>(I) De los elementos objetivos para la tasación de la Gravedad:.....</i>	
- 6 -	
La naturaleza de los crímenes cometidos.....	- 6 -
Escala de los crímenes.....	- 6 -
Impacto.....	- 6 -
Manera de comisión.....	- 6 -
Conclusión.....	- 6 -
CUESTIÓN II: EXISTENCIA DE UNA JERARQUIZACIÓN ENTRE LOS MODOS DE RESPONSABILIDAD ACORDE A LA GRAVEDAD.....	
- 11 -	
<i>(I) Gravedad: Debe obedecer al grado de responsabilidad</i>	
- 12 -	
<i>(II) Análisis comparativo: Coautoría indirecta y contribución.</i>	
- 12 -	
Elementos objetivos.....	- 6 -
a) Acuerdo de voluntades.....	- 6 -
b) Contribución esencial.....	- 6 -
Elemento subjetivo.....	- 6 -
Conclusión.....	- 6 -

CUESTIÓN 3: DE LA EXISTENCIA DE CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES Y DE LA INEXISTENCIA DE CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN..... - 18 -

(I) *Circunstancias de agravación:* - 18 -

a. *Los actos de violencia relativos a las masacres de Ritichí, Midor y Leloi NO configuran agravante*..... - 21 -

Estándar Probatorio..... - 21 -

Prohibición de double counting..... - 21 -

b. *El fallo dictado por la Sala de Primera Instancia IX, por el cual se condenó al Sr. Della Meta como autor indirecto de la corrupción de 13 testigos NO es un agravante.* - 21 -

Violación al principio “*Non bis ibidem*” - 21 -

Relación directa con los crímenes..... - 21 -

-

Crímenes competencia de la Corte, no delitos..... - 21 -

(II) *Circunstancias de atenuación:*..... - 21 -

a. *El ofrecimiento de dinero a las víctimas es un atenuante por ser una expresión de arrepentimiento* - 21 -

Existió intención de reparar..... - 21 -

Balance de probabilidades - 21 -

b. *La declaración de culpabilidad de los CG de saqueo y dirección intencional de ataques, es un atenuante*..... - 21 -

CUESTIÓN 4: SOBRE EL DECOMISO DE BIENES DE XTRATODO - 24 -

(I). *Del Debido Proceso para la aplicación del decomiso de bienes*..... - 24 -

(II). *Los socios de Xtratodo son terceros de Buena Fe.* - 25 -

<i>(III) Responsabilidad penal individual</i>	- 26 -
<i>(IV).Cooperación internacional</i>	- 28 -
E. PETITORIO:	- 29 -
F. REFERENCIAS	- 30 -
Tribunal de Nuremberg.....	- 30 -
TPIY:.....	- 30 -
CPI:	- 30 -
CORTEIDH.....	- 31 -
DOCTRINA:	- 31 -
OTROS INSTRUMENTOS	- 32 -

A. ABREVIATURAS

CG: Crimen (es) de guerra

CLH: Crímenes de Lesa Humanidad

ER: Estatuto de Roma

ONU: Organización de Naciones Unidas

OEA: Organización de Estados Americanos

OIT: Organización Internacional del Trabajo

CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos

DADJ: Delitos contra la administración de Justicia.

CPI /Corte/ Tribunal: Corte Penal Internacional

CANI: Conflicto armado no Internacional

RE: República de Esperanza

RPP: Reglas de Procedimiento y Prueba

SALA IX o SPIIX: Sala de Primera Instancia IX

SALA XV o SPIXV: Sala de Primera Instancia XV

TPIY: Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia

B. ESTABLECIMIENTO DE HECHOS

- I. La República de Esperanza cuenta con 52 millones de habitantes, de los cuales aproximadamente 9000 pertenecen al pueblo Guacaloí
- II. Esperanza es parte de la ONU (1970) y de la OEA (1978). Es también miembro de la OIT (1989) y del BM (1993). Además, ratificó el PIDCP; las cuatro Convenciones de Ginebra y sus dos Protocolos Adicionales; la Convención contra la Tortura; la Convención contra el Genocidio; y la CADH. En 1985 aceptó la jurisdicción de la CorteIDH. Ratificó el Convenio 169 de la OIT (1991) y el Estatuto de la CPI (10/10/02).
- III. En 1990, se descubrieron fuentes de petróleo, lo cual llevó al gobierno a fomentar en 2003 la instalación de grupos empresarial, entre ellas Xtratodo, que halló fuentes energéticas en una parte del territorio Guacaloí.
- IV. Xtratodo solicitó al gobierno autorización para la explotación energética, ante lo cual se adelantó el proceso de consulta y negociación entre el grupo empresarial, los líderes del pueblo indígena y el gobierno. A pesar de los ofrecimientos de Xtratodo, los líderes indígenas los rechazaron, retirándose de las negociaciones instauradas.
- V. En abril de 2005, los directores de Xtratodo contrataron a la empresa de seguridad Plantón, para desplazar a los indígenas del oeste del territorio.
- VI. Del 15/11/15 al 8/02/16, Plantón usó medios violentos, frente a los cuales los indígenas se resistieron, acciones que derivaron en un conflicto con la población Guacaloí.
- VII. Frente a los hechos violentos (16/03/06) el Estado desplegó efectivos del ejército, para hacer contingencia al grupo Plantón, el cual actuaba según las órdenes de su director general, quien a su vez recibía directrices del director general de Xtratodo.
- VIII. Los enfrentamientos derivaron en el reconocimiento de un CANI el 28/04/06.
- IX. A partir del 03/07/06 hasta el 22/03/07, el Estado inició negociaciones con los comandantes de Plantón, con el apoyo de la empresa Xtratodo, celebrando un acuerdo

de paz el 22/03/07, concertando amnistía penal respecto a los crímenes cometidos entre el 01/04/05 y 01/07/06.

- X. En 2008, Alejandro Della Meta y demás miembros del consejo de administración, preocupados por la reparación efectiva de las víctimas, se acercaron a la población Guacaloi, para ofrecer una reparación monetaria que les permitieran, no solo a los líderes sino a la totalidad de la población, continuar con su vida en mejores condiciones. Tal ofrecimiento fue rechazado por la comunidad.
- XI. Ante el rechazo de la reparación, miembros del grupo Guacaloi enviaron una segunda comunicación a la Fiscalía de la CPI, lo que motivó la apertura del examen preliminar.
- XII. Después de las dos solicitudes enviadas por el pueblo Guacaloi a la Fiscalía, el 20/11/2009, la Sala de Cuestiones Preliminares autorizó la apertura de investigación.
- XIII. Se dictaron dos órdenes de detención contra Alejandro Della Meta: el 23/05/2012 por los crímenes internacionales investigados por la Fiscalía y el 30/06/2015 por la corrupción de testigos durante el juicio.
- XIV. Alejandro Della Meta se declaró culpable, durante el juicio, por los crímenes de guerra: saqueo y dirección intencional de ataques contra edificios dedicados a la religión y monumentos históricos.
- XV. El 15/07/16, la sala de Primera Instancia IX, condenó al Sr.Della Meta como autor indirecto de la corrupción de 13 de 40 testigos.
- XVI. El 22/07/16, la Sala de Primera Instancia XV, condenó al Sr.Della Meta por crímenes de lesa humanidad (desplazamiento forzoso y asesinato) y crímenes de guerra (homicidio, saqueo y Dirección intencional de ataques contra edificios dedicados a la religión y monumentos históricos).

C. CUESTIONES JURÍDICAS A ABORDAR

Mediante este escrito la Defensa formulará sus observaciones sobre las siguientes cuestiones planteadas por la Sala de Primera Instancia XV respecto la determinación de la pena en el caso Fiscalía c. Alejandro Della Meta:

- I. A efectos de la determinación de la pena, existe una jerarquía entre los distintos crímenes por los que el Sr. Della Meta ha sido condenado.
- II. A efectos de la determinación de la pena existe una jerarquía de gravedad entre los distintos modos de responsabilidad (25.3.a. y 25.3.d) por los que el Sr. Della Meta ha sido condenado.
- III. Las siguientes circunstancias se deben tener como atenuantes:
 - El ofrecimiento de dinero a las víctimas como muestra de arrepentimiento
 - La declaración de culpabilidad por parte de Alejandro Della Meta por los crímenes de Guerra.

Las siguientes circunstancias no se configuraron como agravantes:

- El fallo dictado por la Sala de Primera Instancia IX, por el cual se condenó al Sr. Della Meta como autor indirecto de la corrupción de 13 testigos.
- Los actos de violencia relatados en el fallo con relación a las masacres de Ritichí, Midor y Leloi.

- IV. No se debe ordenar el decomiso de los bienes al grupo Xtratodo.

D. ARGUMENTOS ESCRITOS

CUESTIÓN I: EXISTENCIA DE UNA JERARQUÍA ENTRE LOS CRIMENES COMETIDOS SEGÚN SU GRAVEDAD.

Si bien todos los crímenes competencia de la CPI son graves¹ y no hay referencia explícita alguna a una jerarquización entre los mismos dentro del preámbulo del ER, es inadmisibile en el caso estudiado no acudir a la jerarquización en concreto dada la variación de la gravedad durante la comisión de los ilícitos, situación que deviene de la ofensa perpetrada en cada crimen y así mismo de las circunstancias del caso².

Acorde al art. 78 del ER al imponer una pena se tendrá en cuenta factores tales como la gravedad, siendo este criterio determinado según el caso y las circunstancias en que se desenvuelven la comisión de los ilícitos³. Así, al tener en cuenta mencionados criterios en la tasación de la pena, ésta va a cumplir con sus principios fundamentales, los cuales son la disuasión del condenado y la retribución a las víctimas⁴. En ese mismo sentido, la CPI también ha dispuesto que la búsqueda de una sentencia apropiada se determina con base a los elementos objetivos de la gravedad de la ofensa⁵, más no a una jerarquización abstracta del crimen⁶.

Por ende, la SPIXV debe determinar una pena, que reconozca que en el presente caso el homicidio como CG es más grave que el asesinato como CLH, siguiéndole a estos el desplazamiento forzado como CLH; teniendo en último lugar los CG de saqueo y dirección intencional de ataques contra edificios dedicados a la religión y monumentos históricos. Así

¹FERNANDEZ, J., PACREAU, X., “Statut de Rome de la Cour Pénale international”. Commentaire article par article. A Pedone, Vol. I, Paris, 2012. P. 308

² CPI, Fiscalía c. Bemba. ICC-01/05-01/08, (21/06/2016), parág.16

³ Ibídem.

⁴ CPI, Fiscalía c. Katanga. ICC-01/04-01/07, (17/03/2014), parág.17

⁵ Ibídem. parág. 12

⁶ TPIY. Sentencia Tadić, IT-94-1-A & IT-94-1-Abis, (26/01/2000) parág.52

pues se propone jerarquizar los crímenes subyacentes según las circunstancias particulares del caso. Lo anterior con sustento en los siguientes argumentos:

(I) De los elementos objetivos para la tasación de la Gravedad:

Para jerarquizar los crímenes subyacentes, es necesario acudir a la gravedad en concreto de los hechos. La cual se evalúa a partir de las circunstancias en que se cometieron los crímenes⁷ establecidas en la regla (145) (1) (c) del RPP, desarrolladas a continuación. Con base en estos, se demostrará que la gravedad de cada conducta varía notablemente y por ende sí debe existir jerarquización:

La naturaleza de los Crímenes Cometidos:

Este elemento se refiere a los elementos fácticos específicos de cada ofensa, tales como asesinatos, violaciones, o la imposición de condiciones de vida para llevar a cabo la destrucción de un grupo⁸. Así, se puede dividir los crímenes cometidos en tres grupos distintos según la ofensa. En el primero se encuentra el homicidio como CG y como asesinato CLH, ya que estos crímenes atentan contra el bien jurídico de la vida; segundo el desplazamiento forzoso como CLH puesto que afecta las condiciones de vida del pueblo Guacaloí y, por último, los CG de saqueo y la dirección de ataques contra edificios dedicados a la religión y monumentos históricos, dirigidos contra los bienes materiales.

Esta división se base en que la esencia de cada ofensa no puede revestir la misma gravedad, toda vez que el bien jurídico protegido es distinto. Es así que en el saqueo se penaliza “el ejercicio del control de la propiedad”⁹ y en la Dirección de ataques contra edificios es castigado “el daño total a la propiedad”¹⁰; por tanto, se protege los bienes materiales. Mientras que en el homicidio y asesinato, se protege un bien mayor, la vida humana, constituyéndose este delito como “la

⁷ CPI, Situación en la República de Kenya, ICC-01/09, (30/03/2010) parág. 62.

⁸OFICINA DE LA FISCALÍA” Papel Oficial en caso de selección y priorización” .(15/10/16) parág. 63.

⁹ AMBOS, K., “Tratado de Derecho de Penal Internacional”. Oxford University Press, Vol. II., Oxford ,2014. P. 171

¹⁰Ibidem.

primera manifestación de una política criminal”¹¹. En este mismo sentido, el desplazamiento forzado no reviste una ofensa mayor que la vida, toda vez que no implica la “reducción del número de integrantes de un pueblo ancestral cuya subsistencia había de ser preservada”¹², sino simplemente la expulsión de un territorio por medio de “una fuerza restrictiva que no necesariamente debe ser física”¹³

Por lo anterior, esta Defensa considera que las anteriores ofensas no pueden revestir la misma punibilidad, pues su naturaleza es distinta. En este mismo sentido la CPI sostuvo que es deber del tribunal ponderar cada una de ellas, distinguiendo las que van contra las personas de aquellas que se dirigen sólo a los bienes.¹⁴ Siendo así, el ataque contra edificios y el saqueo de los bienes del pueblo Guacaloi no puede caracterizarse con la misma gravedad que la muerte de 450 personas, dado el invaluable valor de la vida humana¹⁵. Es así que en este caso, al homicidio como CG es sentenciado con 12 años de prisión, mientras que los crímenes contra la propiedad, se determina con una pena de 10 años¹⁶.

Escala de los crímenes:

La escala del crimen debe ser tasado según la intensidad y el número de víctimas, la extensión del daño físico, psicológico y al alcance geográfico y temporal.¹⁷ En ese sentido tenemos que si

¹¹Cit. FERNANDEZ, J., PACREAU, X., “Statut de Rome de la Cour Pénale internationale”. P. 420.

¹²Hecho 30 (d)

¹³ Cit. FERNANDEZ, J., PACREAU, X., 2012 P. 429.

¹⁴ CPI. Fiscalía c. Katanga. ICC-01/04-01/07 (23/05/2014) P. 19

¹⁵Cit. FERNANDEZ, J., PACREAU, X. 2012. P. 429.

¹⁶ Cit. CPI. Fiscalía c. Katanga. (23/05/2014). P. 19

¹⁷Cit. OFICINA DE LA FISCALÍA, parág. 62.

bien fue durante la comisión el desplazamiento forzado como CLH se dio un mayor número de víctimas¹⁸, es menester aclarar que la Corte ha determinado que no debe evaluarse solamente la perspectiva cuantitativa, es decir, el número de víctimas, sino también la dimensión cualitativa del delito debe tenerse en cuenta al determinar la gravedad de un caso concreto¹⁹.

Así mismo en el caso Bemba se determinó que la evaluación para determinar si el “ataque” es “generalizado”, no es cuantitativa, ni geográfica; sino que debe llevarse a cabo sobre la base de los hechos individuales²⁰. En este sentido, esta Defensa considera que la dimensión cualitativa del homicidio como CG, es de mucho mayor peso en la gravedad, que el asesinato y el desplazamiento forzado, dado el impacto de dichos crímenes sobre la comunidad Guacaloi, como se desarrollará a continuación.

Impacto

Este elemento se analiza atendiendo a los sufrimientos causados a las víctimas y el incremento de su vulnerabilidad, el terror posterior y daño social a las comunidades afectadas²¹. Se deduce entonces, que este factor es correlacionado directamente con la parte cualitativa del crimen²². En ese sentido, es dable concluir a partir de los hechos que el sufrimiento causado a las víctimas y el aumento de su vulnerabilidad fue de mayor alcance en la comisión del asesinato como CG, puesto que durante este se privó de la vida a líderes sociales de la comunidad indígena y a los defensores de DDHH²³, lo cual terminó por resquebrajar a la población y la cohesión social de los Guacaloi. Este impacto es mayor por ser los líderes quienes tienen la función de contribuir

¹⁸ Hecho13.

¹⁹ CPI, Fiscalía C. Katanga. ICC-01/04-01/07 (17/03/2014). P. 9

²⁰ CPI. Fiscalía C. Bemba. ICC-01/05-01/08(21/03/ 2016)P 77

²¹ Cit. OFICINA DE LA FISCALÍA,.Parág 65.

²² Cit. CPI, Fiscalía C. Katanga. (17/03/2014). P. 9

²³ Hecho12.

“a establecer y preservar la identidad cultural de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas”²⁴, siendo de gran relevancia para subsistencia del pueblo.

En este punto es menester aclarar que ni el ER ni las RPP dan cuenta de la importancia de un líder ancestral dentro de la población indígena. Por ello, para concretar tal trascendencia debemos referirnos a las fuentes del Derecho establecidas en el art.21 del ER, donde, tras los instrumentos establecidos dentro del Sistema Penal Internacional -ER, los Elementos de los crímenes y las RPP- se hace referencia expresa como Derecho aplicable a los tratados, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los establecidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por ende, es la CorteIDH, quién ha pregonado lo imprescindible de un líder indígena dentro de su comunidad, sobretodo, para contribuir con la preservación de su cultura misma.²⁵

A diferencia de este, durante el asesinato como CLH, si bien murieron una gran cantidad de personas, importantes para la comunidad, no se vulneró a aquellos quienes tenían la función primordial dentro del pueblo Guacaloí y quienes son la guía para preservar la identidad cultural de los mismos y la cohesión social del pueblo. Es así que la ofensa a la vida como CG no solo perturba a las víctimas directas; sino que también impide la cohesión per se del pueblo indígena y por tanto se muestra como un daño cualitativamente mayor.

Manera de Comisión:

Este elemento se refiere a los medios empleados para la ejecución del crimen y, así mismo, a la sistematicidad de los crímenes, los cuales fueron resultado de un plan, política organizada o abuso de poder.²⁶ Es en este sentido, que el CLH se configura a partir de la existencia de una línea de conducta que involucre la comisión de ataques múltiples contra la población civil²⁷ con

²⁴ CorteIDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Fondo, excepciones, reparaciones y costas (23/06/2005). Parág. 227

²⁵ Ibid.

²⁶ Cit., OFICINA DE LA FISCALÍA, parág.40

²⁷ WERLE, G., “Tratado de Derecho de Penal Internacional”, Tirant lo Blanch, 2ª ed. Valencia 2011 .pp. 470 y 475.

carácter sistemático²⁸. También lo es que un CG solo tiene lugar cuando (i) se ataca a la población civil o a quien se encuentre protegido por el DIH²⁹ y (ii) cuando se enmarca dentro de un plan o política o como parte de la comisión a gran escala de tales crímenes.³⁰

En el presente caso, este último elemento retoma una fuerza importante durante la comisión de los homicidios como CG, toda vez que los mismos obedecen a un criterio de selectividad innegablemente marcado, es decir, los atentados se dirigieron contra los líderes de la comunidad y los defensores de derechos humanos. Razón por la cual la comisión de estos homicidios requirió de un mayor grado de planeación que se ejecutó a partir de un plan o política y cuya amplitud configuró la selectividad de los asesinatos de líderes sociales como CG. Así, lo ha establecido el TPIY al determinar que cuando exista selectividad en el crimen, el daño va ser mucho mayor, dado que se está incurriendo en dolo mayor, dada la intención de actuar por el conocimiento de las circunstancias verdaderas de la existencia de un CANI³¹.

Conclusión: De los fines de la pena

Para concluir, está defensa pide a la Honorable Corte que en la búsqueda de una sentencia proporcional, es decir, acorde a la gravedad de cada ofensa, resulte mayormente punible el homicidio como CG, puesto que los elementos a partir desde los cuales se concretiza la gravedad, evidencian una mayor jerarquía del mismo, sobre el asesinato como CLH, el desplazamiento forzado y los crímenes contra la propiedad. Lo contrario llevaría a que la sentencia dictada por el tribunal no cumpliera con el fin retributivo que debe connotar la pena,

²⁸ TPIY, Fiscalía c. Vasiljevic, IT-98-32-T (29/11/2002), parág.35.

²⁹ AMBOS, K. “Crímenes de Guerra”. En: “Tratado de Derecho de Penal Internacional”, 2014. P.80ysig.

³⁰ ER, Art8.1; Ibídem. AMBOS, K. P.82.

³¹ AMBOS, K. “Problemas seleccionados en torno a los crímenes más graves (core crimes) en el DPI”. En: “Los nuevos crímenes del DPI”. 2004. PP42

pues se estaría castigando con mayor gravedad a una conducta que no afecto del mismo modo la integridad del pueblo Guacaloí³².

CUESTIÓN II: EXISTENCIA DE UNA JERARQUIZACIÓN ENTRE LOS MODOS DE RESPONSABILIDAD ACORDE A LA GRAVEDAD

La SPIXV ha llamado a realizar observaciones respecto a si a efectos de la determinación de la pena existe o no una jerarquía de gravedad entre los distintos modos de responsabilidad-(25) (3) (a) y (d)- por los que ha sido condenado Della Meta. Al igual que en la cuestión 1, ésta defensa considera que para efectos de determinación de la condena resulta imposible en el caso que nos convoca no acudir al principio de individualización de la pena según los modos de responsabilidad, los cuales atendieron a diferentes aportes.

Si bien es cierto que la CPI ha determinado que entre los diversos modos de responsabilidad penal del artículo 25 del ER no existe jerarquía alguna pues se limita a identificar diversas formas de conducta ilícita³³, también lo es que los actos cometidos por Della Meta obedecieron a distintas formas de contribución y participación. Por ende, dicha incidencia del condenado en la comisión de los crímenes debe reflejarse al momento de tasación de la gravedad para efectos de la determinación de la pena³⁴.

Por ello se considera que la Sala XV de la CPI debe proferir una sentencia que dé mayor penalización a la coautoría indirecta por el CLH, que a la forma de responsabilidad accesoria por los CG. En ese sentido, es a partir del análisis de las circunstancias del caso concreto y de los elementos exigidos para cada forma de participación que puede darse una apropiada jerarquización de la gravedad entre los diferentes modos de responsabilidad³⁵.

³² Cit. CPI, Fiscalía C. Katanga. (17/03/2014). P. 7

³³ Ibid. P. 531.

³⁴ Cit. TPIY. Fiscalía c. Vasiljevic. (25/02/2004). P. 59.

³⁵ TPIY. Fiscalía c. Milutinović et al, IT-05-87-T (26/02/ 2009) parág. 1145.

(I) Gravedad: Debe obedecer al grado de responsabilidad

Ha sido reiterado, tanto por la jurisprudencia³⁶ como por la doctrina³⁷, que a efectos de la tasación de la gravedad se debe tener en cuenta, además del impacto sobre las víctimas, el número de víctimas y la posición de autoridad de una persona, también al grado de participación de la persona condenada en esos crímenes.³⁸ Esta disposición brindará a la pena proporcionalidad.³⁹

En ese sentido, para saber el grado de cada modo de responsabilidad dentro de la tasación de la gravedad, estos deben sopesarse de acuerdo a sus elementos, tanto objetivos como subjetivos, y la incidencia de cada uno de ellos para que se logre la comisión del delito. Dicho argumento se desarrolla a continuación.

(ii) Análisis comparativo: Coautoría indirecta y contribución.

Elementos Objetivos:

La Coautoría basada en el dominio funcional del hecho ha sido acogida por la Corte para determinar el modo de responsabilidad del artículo 25(3) (a). Es así que en el caso Lubanga este concepto es fundamentado a partir de elementos objetivos como la división de tareas esenciales para la comisión del delito⁴⁰. En ese sentido, para que se configure tal responsabilidad debe existir un acuerdo de voluntades y una contribución esencial⁴¹. A diferencia de esta clase de participación, la responsabilidad accesoria – 25(3) (d) – no exige que configure los mismos

³⁶ *Ibíd.*

³⁷ OLASOLO H., “Teoría y Coautoría en el Derecho Penal Internacional”, Tirant Lo Blanch, 1ªed, Valencia, 2013. PP135-136-1035

³⁸ Cit. TPIY. Fiscalía c. Milutinović et al, (26/02/ 2009) parág. 1145.

³⁹ Cit. CPI. Fiscalía C. Katanga. (17/03/2014). P. 12

⁴⁰ CPI, Fiscalía C. Lubanga. ICC-01/04-01/06 (29/01/2007). Parág.233.

⁴¹ *Ibíd.*

elementos y los estándares para que esta última se establezca, siendo menor a lo determinado del art 25(a).

a) Acuerdo de voluntades:

Este concepto se refiere a la existencia de un propósito común, según el cual una persona es considerada autor del delito en su totalidad a pesar de no haber realizado todos los elementos del mismo, puesto que las contribuciones de todos los coautores son llevadas a cabo de manera coordinada en ejecución de un plan común.⁴² A diferencia de este concepto, la CPI ha considerado que cuando se condena bajo el artículo 25(3) (d), la interpretación correcta de este literal sugiere que se aplique independientemente de que la persona sea o no miembro del grupo y que actúe con un objeto común⁴³.

Conforme lo anterior, para ser condenado bajo el artículo 25(3) (a), se requiere un umbral más alto de participación dentro del grupo, así como mayor incidencia sobre la elaboración del plan común y su ejecución que el requerido para el artículo 25(3) (d), el cual responde a una forma de participación accesoria.⁴⁴, usada cuando no existe relación de subordinación pero se verifiquen contribuciones de personas ya sean ajenas al grupo⁴⁵ o dentro de este, sin que sea imprescindible la intervención activa en el plan. Por ende, sentar una pena igual a ambos modos de responsabilidad, a sabiendas de que el condenado no tuvo la misma incidencia en el plan común, contravendría el sentido de la interpretación literal, sistemática o teleológica de los

⁴² *Ibidem*.

⁴³ CPI. Fiscalía C. Mbarushimana. ICC-01/04-01/10. (11/12/2011). P. 118.

⁴⁴ Cit. OLASOLO, H. "Teoría y Coautoría en el Derecho Penal Internacional". P. 678

⁴⁵ Cit. CPI, Fiscalía C. Lubanga. (29/01/2007). Parág.233.

principios establecidos en el ER para la responsabilidad criminal⁴⁶, puesto que se estaría dando la misma condena a pesar de que el grado de injerencia de la persona no fue el mismo.

La premisa anteriormente explicada es notable en el caso que nos atañe, pues en este Della Meta participó activamente en la ejecución del plan durante la comisión del CLH, principalmente en la etapa preparatoria⁴⁷ al entregar lineamientos para desplazar al pueblo Guacaloi en razón a propósitos de crecimientos económico de la RE⁴⁸. A diferencia de su intervención durante la comisión de los CG que se limitó a la entrega de armas a Plantón, las cuales este último usó contra los Guacaloi, además a dar órdenes para combatir a efectivos militares de la RE; más no se deduce de los hechos que Della Meta hubiere dado instrucciones específicas de atacar al pueblo indígena después de que se declaró el CANI, sino más bien que esta última iniciativa fue uno de los excesos en que incurrió Plantón.⁴⁹

Lo anterior evidencia la responsabilidad superior de Della Meta en los CLH, por tanto se le debe determinar una pena mayor por estos, dada su activa participación en la elaboración de un plan común junto con Plantón, que tenía como propósito el desplazamiento de los Guacaloi para generar ganancias a la RE, difiriendo sustancialmente con su participación en el CG, con el que se causaron graves daños a las víctimas con su aporte, pero sin poderse comprobar claramente la incidencia de Della Meta sobre éstas acciones.

b) Contribución esencial:

Este segundo elemento indica que la contribución hecha por el coautor es de carácter esencial, en cuanto cada uno hace un aporte trascendental para lograr la comisión del ilícito en su

⁴⁶ Ibíd.Parág. 119.

⁴⁷ Respuesta Aclaratoria 66.

⁴⁸ Respuesta Aclaratoria 9

⁴⁹ Hechos11-12

totalidad⁵⁰. A diferencia de lo anterior, dentro de la responsabilidad del art. 25(3) (d) se exige que dicha contribución sea significativa, es decir, que sea una cooperación de particular gravedad para que la Corte pueda ser competente bajo el umbral interpuesto por art. 17 del ER⁵¹, sin llegar a ser un aporte esencial o sustancial, pues estos últimos obedecen a los requisitos del art. 25(3) (a), (3) (b) o (c) respectivamente⁵².

Acorde a lo anterior, se evidencia que para configurarse la coautoría del art. 25(3) (a), el aporte debe ser “necesariamente de mayor entidad que la de un individuo que ‘contribuye de cualquier otro modo’ a la comisión del delito”⁵³, es decir, al que hace una cooperación significativa, estándar propuesto por el art. 25(3) (d) o modo de responsabilidad accesoria. En este sentido, lo ha dispuesto la CPI en el caso de Lubanga, al afirmar que “esencial” implica per se un aporte indiscutiblemente superior al exigido para incurrir en responsabilidad accesoria.⁵⁴

Así pues, es indudable la preeminencia del coautor sobre la del contribuyente. Por lo que, para efectos de determinación de la pena y de la tasación de la gravedad, debe dársele más peso a la comisión de los CLH bajo el art. 25(3) (a) que a las conductas delictuales del CG bajo la predisposición del artículo 25(3) (d). Interpretación similar ha dado la CPI, al indicar que si se rebajase el estándar “esencial” que debe aportar el coautor, “privaría al concepto de responsabilidad principal de su capacidad para expresar la reprochabilidad de que son merecedoras aquellas personas que son las más responsables de los delitos más graves para la

⁵⁰ Cit. CPI, Fiscalía C. Lubanga. (29/01/2007). P. 117

⁵¹ Cit. OLASOLO, H. “Teoría y Coautoría en el Derecho Penal Internacional”. Pp. 682-683

⁵² Cit. CPI. Fiscalía c. Mbarushimana . (11/12/2011). P. 121

⁵³ Cit. CPI. Fiscalía c. Lubanga. (14/03/2011) p. 431

⁵⁴ Ibid.

comunidad internacional”⁵⁵. Por consiguiente, contribuir con mayor entidad censura a la responsabilidad accesoria implicando una contravención al principio de proporcionalidad.

En ese sentido, se considera que la contribución de Della Meta durante la comisión de los CLH fue de mayor envergadura, que el aporte por la entrega de armas durante la comisión de los CG, pues mientras acaeció el primero, se dio una verdadera cooperación del condenado para configurar el CLH reflejado en las órdenes para que realizaran el desplazamiento⁵⁶. Así mismo queda por sentado que la transmisión de lineamientos durante la etapa de preparación implica una contribución esencial⁵⁷.

Contrario a lo anterior, la entrega de armas si bien fue una ayuda significativa que también acarreó males sobre el territorio⁵⁸, no tiene la misma entidad que la realización de un plan para desplazar al pueblo indígena con la finalidad de extraer petróleo de su territorio, toda vez que estos se habían negado al dialogo. Siendo así, está Defensa considera que el modo de responsabilidad del art. 25(3) (a) sí debe tener una mayor pena que la del art. 25(3) (d).

Elemento subjetivo:

La intención de cada modo de responsabilidad atiende a distintos grados a partir de los cuales se deduce que estos no pueden tener la misma pena. Es así como para la coautoría se ha determinado que además de realizar la contribución con plena conciencia de su actuación, también es necesario cumplir con los elementos subjetivos de los crímenes imputados.⁵⁹ A diferencia de la exigencia aquí planteada, el umbral para establecer la intencionalidad de la responsabilidad accesoria resulta mucho más bajo, pues sólo requiere el conocimiento de las intenciones delictivas del grupo al cual se colabora, y no es obligatorio que el contribuyente

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Respuesta Aclaratoria 76

⁵⁷ Cit. OLASOLO, H., “Teoría y Coautoría en el Derecho Penal Internacional”. P.516

⁵⁸ Hecho. 30(d)

⁵⁹ Cit. CPI. Fiscalía c. Mbarushimana (11/12/2011). P.128.

tenga la intención de cometer un crimen específico, ni mucho menos es necesario satisfacer el elemento mental de los crímenes imputados⁶⁰.

Por ende, se requiere que dicha exigencia en el grado de intencionalidad del autor sea tomada en cuenta para efectos de tasar la gravedad. Así en el caso presente, se deduce que Della Meta quería desplazar a los indígenas y participo de manera activa en el mismo, su intencionalidad se muestra clara. Lo cual es totalmente distinto durante la comisión de los CG, pues no es claro si Della Meta quería también atacar a la población civil, durante el CANI, o si solo entregó las armas para combatir contra los efectivos militares de la RE.⁶¹

Conclusión: Existe una jerarquía de gravedad entre los modos de responsabilidad para efectos de determinación de la pena

Acorde a lo anterior, es evidente que la participación ha variado durante los sucesos. La contribución de Della Meta no siempre ha tenido dicha magnitud para calificarla de esencial, ni tampoco su injerencia dentro de la elaboración de un plan común para atacar al pueblo Guacaloí ha sido igual. Por ende se considera que, atendiendo nuevamente al principio de proporcionalidad, el cual exige que la pena sea congruente con el grado de gravedad de los modos de responsabilidad⁶² del condenado o su participación dentro de la ejecución de los crímenes, existe una jerarquía entre los mismos a efectos de determinación de la pena.

En ese sentido, la pena para cada crimen ha de responder a los factores objetivos de la gravedad del crimen desarrollados en la cuestión 1, y también a los grados de participación del condenado dentro de los crímenes. Por ende, pido a la Honorable Corte que imponga una condena mayor y congruente con la comisión del CLH bajo la modalidad de coautor indirecto, que responda a la

⁶⁰Ibidem.

⁶¹Hecho 11- 12.

⁶² Cit. TPIY. Fiscalía c. Milutinović et al, (26/02/ 2009) parág.1145.

gravedad con la que intervino en la conducta delictual, y así mismo que impute una pena más baja que la anterior conforme a la intervención en el CG, toda vez que a partir de los hechos no es claro si Della Meta también quería atacar a los Guacaloi durante el CANI, o solamente combatir a los efectivos militares de la RE.

CUESTIÓN 3: DE LA EXISTENCIA DE CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES Y DE LA INEXISTENCIA DE CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN.

Acorde al principio de proporcionalidad de la pena, la misma debe ser consecuente con la gravedad del crimen y sobre todo debe reflejar justicia⁶³ para las víctimas y el acusado. Si bien es cierto que se está en presencia de los crímenes más graves en contra de la comunidad internacional, no deja de ser un factor determinante en la decisión sobre las circunstancias de agravación y atenuación el derecho a la defensa y al debido proceso contenido en el art.67 del E.R y reflejados a través de principios tales como el *nos bis ibidem e in dubio pro reo*. Dichos Fundamentos van a ser trascendentales en el desarrollo de la presenta cuestión.

(I) *No hay circunstancias de agravación:*

a. *Los actos de violencia relativos a las masacres de Ritichí, Midor y Leloi NO configuran agravante.*

Estándar Probatorio

Las masacres precitadas fueron determinantes para que la Fiscalía probará la configuración de los elementos: “ataque contra la población” y “el carácter sistemático”, requisitos *sine quan non* para imputar el CLH por las distintas conductas.⁶⁴ Estos dos elementos hacen parte del tipo penal CLH, según lo refiere el art.7 del EC. Sin embargo, Alejandro Della Meta no fue hallado responsable por estas tres masacres, a pesar de haber sido investigado por la comisión de estos crímenes, por lo cual, recurrir a estas bajo la figura de agravantes sería equivalente a atribuirle consecuencias por una conducta criminal en la cual no pudo ser probada su responsabilidad. Sí

⁶³Cit. AMBOS, K., “Tratado de Derecho de Penal Internacional”. p.286

⁶⁴Hecho 22.

se aplicasen, iría en contra del requisito exigido por la Corte para sean consideradas como tal, es decir, que deban ser probadas por la Fiscalía más allá de toda duda razonable⁶⁵ que el Sr. Della Meta también fue parte fundamental en los actos cometidos durante las mismas, esto en virtud del principio *in dubio pro reo*.

Prohibición del “*Double Counting*”

Acorde a lo anterior, las masacres de Ritichi, Midor y Leloi fueron utilizadas por la CPI para configurar el tipo penal. Imputarlas como agravantes implicaría “*double counting*”, figura jurídica impermissible en los casos conocidos por la CPI,⁶⁶ que se refiere a endilgar como agravante lo que ya se tuvo en cuenta para determinar la gravedad de la conducta⁶⁷, al ser violatorio del principio *Non bis ibidem*, acogido por el art.20 del ER. En virtud del cual nadie puede ser juzgado dos veces por una misma conducta, o en otros términos, de una conducta no se pueden derivar dos consecuencias penales distintas. Es así que si dichas masacres ya se tuvieron en cuenta para determinar la manera de comisión del CLH, es decir, que el mismo fue de carácter sistemático, es inviable tenerla como agravante, pues se vulneraría los principios del procesado.

b. El fallo dictado por la Sala de Primera Instancia IX, por el cual se condenó al Sr.

Della Meta como autor indirecto de la corrupción de 13 testigos NO es un agravante.

Violación al principio “*Non bis ibidem*”

De manera que Alejandro Della Meta ya fue investigado y sancionado por la corrupción de testigos con una pena de prisión de dos años. Por lo cual, recurrir a la corrupción de testigos como agravante de los crímenes cometidos, sería atribuirle una segunda consecuencia jurídico-penal, distinta a la pena de prisión, a este hecho, y consecuentemente habría una clara violación al principio *non bis ibidem* del art. 20 del ER.

⁶⁵CPI, Fiscalía C. Lubanga, ICC-01/04-01/06.(10/07/2012) Parág 32.

⁶⁶CPI, Fiscalía C. Bemba, ICC-01/05-01/08, (21/06/2016).Parág.15

⁶⁷Cit. CPI, Fiscalía C. Lubanga, (10/07/2012) Parág 32.

Relación Directa con los crímenes:

Si bien es cierto que a partir de la Regla 145(2) (b) (i) se podría considerar como agravante de una conducta cualquier condena anterior por crímenes de la competencia de la Corte, para el caso concreto, la Fiscalía no considera que el fallo condenatorio proferido por la SPIIX contra el Sr. Della Meta, por delitos contra la Administración de Justicia y específicamente, la corrupción de 13 testigos⁶⁸, deba ser considerado como elemento de agravación punitiva de la conducta.

Lo anterior, puesto que la CPI ha sido enfática en determinar que –a diferencia de las circunstancias atenuantes⁶⁹- “las circunstancias agravantes deben estar relacionadas con los crímenes bajo los cuales la persona fue condenada”⁷⁰, imponiendo así la satisfacción de un criterio adicional que no se cumple en el caso en concreto; el crimen contra la Administración de Justicia por el que se halló responsable al condenado, el Sr. Della Meta, no guarda relación alguna con la comisión de los CLH y los CG por los que fue condenado y que son objeto de análisis en esta oportunidad procesal.

En este sentido, también se ha pronunciado el TPIY al sostener que los agravantes “solo serán circunstancias directamente relacionadas con la comisión del crimen imputado”⁷¹, justificando el uso de los mismos cuando son características propias de los delitos. Cuestión que como se dijo, no tiene lugar en el caso en concreto, al estar frente a un hecho completamente ajeno a la condena principal del acusado como lo es la corrupción de testigos.

Crímenes competencia de la Corte, No delitos:

Así mismo, la sentencia previa debe estar relacionada con los crímenes de competencia de la Corte, a saber, aquellos establecidos en el artículo 5 del ER, esto es el genocidio, CLH, CG y

⁶⁸ Hecho28

⁶⁹ Cit. CPI, Fiscalía C. Bemba, (21/06/2016).p.11.

⁷⁰ *Ibíd.*

⁷¹ TPIY. Fiscalía c.Kunarac et al. IT-96-23 & 23/1, (22/02/2001), parág 850.

crimen de agresión. Por el contrario, la corrupción de testigos es un delito bajo la jurisdicción del ER, según su artículo 70(1) (c), llamado DADJ.

Por lo cual, las circunstancias agravantes a aplicar en el caso de Alejandro Della Meta deben tener en consideración los CG y CLH por ser estos competencia de la Corte. El DAJD no cumple con tales características.

En ese sentido, aplicar la presente circunstancia de agravación llevaría a una sentencia injusta y vengativa para Della Meta, contrariando a todas luces el principio de proporcionalidad⁷² que debe fundamentar la determinación de la pena, e incurriendo en la prohibición anteriormente mencionada.⁷³

(II) Circunstancias de atenuación:

a. El ofrecimiento de dinero a las víctimas es un atenuante por ser una expresión de arrepentimiento

Existió intención de reparar:

El Art.145 (2) (a) (ii) de las RPP consagra como atenuante todo lo que haya hecho el condenado por resarcir a las víctimas. Esta disposición, que no requiere necesariamente un resultado positivo, pero si la voluntad y las acciones tomadas con el fin de resarcir a las víctimas, busca premiar el buen comportamiento del condenado después de haber cometido crímenes bajo competencia de la Corte, entre los que encontramos la reparación.

Ello sucede en el presente caso, dado que, como se evidencia de la lectura de los hechos, Della Meta, advirtió la gravedad de lo ocurrido e intentó reparar a la población Guacaloi, a través de dinero ofrecido al Consejo de Líderes Tradicionales⁷⁴ como un gesto de arrepentimiento por el daño ocasionado. Razón por la cual Alejandro Della Meta, sin solicitar nada a cambio, ofreció

⁷²Cit. CPI, Fiscalía C. Katanga. (17/03/2014), parág. 12

⁷³Cit. CPI, Fiscalía C. Lubanga, 10/07/2012) Parág 35.

⁷⁴ Respuesta Aclaratoria 18.

este dinero como acto de respeto y arrepentimiento por su conducta extremadamente lesiva, sin desconocer, bajo ninguna circunstancia, las consecuencias de sus actos.

El rechazo del dinero de parte de la Comunidad Indígena no excluye que la situación pueda ser entendida como atenuante en el presente caso, pues como lo ha dicho la CPI, “los esfuerzos deben ser palpables y genuinos, sin la necesidad de demandar resultados”.⁷⁵ y la expresión de arrepentimiento debe fundarse en sentimientos de empatía hacia las víctimas del crimen cometido⁷⁶.

Balance de Probabilidades:

Así mismo, esta Defensa sostiene que dicho acto de arrepentimiento puede ser considerado como un atenuante, toda vez que ya se logró demostrar la existencia del mismo por el umbral requerido por la Corte para la aplicación de las circunstancias de atenuación, esto es en un “balance de probabilidades”⁷⁷, es decir, que el mismo “tenga más probabilidad de existir, que de no existir, en el momento oportuno”⁷⁸. Así pues, en el caso analizado, dicha circunstancia pasa el umbral requerido, toda vez que el contexto en que acaeció el ofrecimiento de dinero, no deja entrever que haya existido otra intención distinta a esta por parte de Della⁷⁹. Ahora, si los indígenas lo interpretaron de otra manera, no implica necesariamente la inexistencia de las buenas intenciones de reparar por parte del hoy condenado.

De esta manera el Sr. Della Meta, si ha mostrado una expresión de remordimiento y empatía hacia las víctimas y por ello ha ofrecido un dinero, que intentó reparar el daño causado, por lo que debe ser considerada esa muestra de remordimiento como parte de la configuración del atenuante estipulado en el art.145(2) (ii) de las R.P.P.

⁷⁵CPI, Fiscalía C. Katanga, ICC-01/04-01/07 (22/09/2015) Parág.91

⁷⁶CPI. Fiscalía c. Al Mahdi. ICC-01/12-01/1. (27/09/2016) Parág.104

⁷⁷ Cit. CPI. Fiscalía C. Lubanga. (10/07/2012) p. 13

⁷⁸ TPIY, Fiscalía c. Jokic, IT-01-42/1-A, (30/08/2005) p. 17

⁷⁹ Cit. Respuesta Aclaratoria 18.

b. La declaración de culpabilidad de los CG de saqueo y dirección intencional de ataques, es un atenuante

La Jurisprudencia de la CPI cada vez es más flexible al evaluar las circunstancias que pueden ser consideradas atenuantes, pues a diferencia de los tribunales ad hoc no se requiere que la cooperación del condenado sea sustancial, sino que basta con que los actos realizados ante la Corte superen la buena conducta⁸⁰.

La evolución del DPI en esta materia es fácilmente apreciable. El TPIY analizaban la declaración de culpabilidad exigiendo que la cooperación fuera de carácter sustancial “lleno y exhaustivo”, características presentes en la conducta de Della Meta al suministrar información acerca de la ocurrencia de varios eventos, como lo fueron el saqueo de bienes ancestrales y los ataques dirigidos a lugares dedicados a la religión tales como el ataque contra el altar de Grent. Esta colaboración con la justicia, como principio general del derecho, con seguridad permitió corroborar otras evidencias allegadas por la oficina del Físcal sobre estos CG y confirmó la planeación, sistemática y organización de los hechos que dieron lugar a estos crímenes. Resultando ésta declaración esencial y significativa para la imposición de pena del Sr. Della Meta⁸¹.

Aun cuando ésta disposición no se encuentra en el artículo 145(2)(a)(ii) de las RPP, es manifiesto que la colaboración a la justicia por parte de Della Meta hace mérito al referido principio del derecho, superando el umbral impuesto por el TPIY, ya que además de ser una clara muestra de reconocimiento de los hechos y por tanto de reconocimiento del derecho a la verdad de las víctimas, también es una colaboración importante para la CPI por realizarse de manera temprana⁸² y comprometida con el proceso.

Se ha tratado la declaración de culpabilidad en el caso Al Mahdi, en el cual dicha circunstancia fue considerada como cooperación sustancial, muestra de remordimiento y agilización del

⁸⁰Cit. CPI, Fiscalía C. Katanga, (23/05/2014). Parág 126.

⁸¹ TPIY. Fiscalía c. Erdemovic.IT-96-22. (29/11/1996). Parág. 99-101

⁸²Cit. CPI. Fiscalía C. Katanga. (17/03/2014) Pp14-15

proceso siendo tenida en cuenta para determinar la pena.⁸³ En el caso en concreto debe configurarse como causal de atenuación la declaración de culpabilidad por la buena voluntad del Sr. Della Meta de cooperar con el proceso que se venía adelantando ante la CPI y con el ánimo de que las víctimas se vieran reparadas por las violaciones de los CG de saqueo y dirección intencional de ataques⁸⁴.

CUESTIÓN 4: SOBRE EL DECOMISO DE BIENES DE XTRATODO

(I) Del Debido Proceso para la aplicación del decomiso de bienes.

Para lograr la confiscación de los bienes es necesario reunir pruebas y asegurar los activos del particular o de las personas jurídicas. De ahí que, en el caso concreto, para determinar la procedencia de un decomiso de bienes de XtraTodo sea indispensable presentar un acervo probatorio más allá de toda duda razonable⁸⁵. Así mismo en la orden de decomiso de bienes en el caso Lubanga, la CPI advierte que se debe encontrar a la persona culpable para proceder con tal.⁸⁶ En ese sentido, para determinar la responsabilidad penal del sujeto es menester seguir el debido proceso, de lo contrario se estaría incurriendo en una sentencia arbitraria, lo cual contraviene a toda luces los fundamentos por los cuales se crea la CPI.⁸⁷

Si bien el artículo 77 del ER afirma que la Corte puede aplicar la pena del decomiso de bienes, la misma solo es dable una vez se haya llevado acabo un juicio justo e imparcial que respete las garantías del procesado⁸⁸. En ese sentido, se considera que la pena no puede ser aplicada a Xtratodo, toda vez que sus socios no han tenido la oportunidad de gozar de las garantías que

⁸³Cit. CPI, Fiscalía C. Al Mahdi. (27/09/2016) Parág 100

⁸⁴ TPIY. Fiscalía c. Dragan. IT-94-2. (18/12/03) Parág 233

⁸⁵ UNODC. “Manual de cooperación internacional en el decomiso del producto del delito”. Nueva York, 2013. P 19.

⁸⁶CPI. Fiscalía C. Lubanga ICC-01/04-01/06 (09/03/2006). P.2.

⁸⁷ ONU. “Comisión del Derecho Internacional”. Anuario de la Comisión del derecho Internacional. Vol. II, parte 2. 1996.

⁸⁸ Art. 67 ER.

connota el debido proceso, ni tampoco se les ha aplicado un juicio justo e imparcial que los declare culpable. Lo contrario sería recurrir a una sentencia arbitraria.

Así pues, recogiendo alguna de los derechos del procesado establecidos en el art. 67 (1) (d), es decir, que el acusado se halle presente durante todo el proceso y se le garantice su derecho a la defensa, tampoco se ha cumplido a cabalidad la misma; toda vez que de los hechos se desprende que los socios de Xtratodo jamás fueron llamados a ser parte activa dentro del proceso, ni tampoco se les permitió presentar pruebas. Son terceros, que no se les debe aplicar la pena establecida en el ER, art. 77 (2) (b).

En este mismo sentido, el artículo 8 de la Convención contra la Delincuencia Organizada consagra la protección a los derechos de terceros de buena fe. Por lo que, si resultan ordenado un decomiso tendrán estos terceros la posibilidad de recurrir la decisión a fin de proteger sus derechos adquiridos y a solicitar que no se ordene su decomiso.

(II) Los socios de Xtratodo son terceros de Buena Fe.

La buena fe es la sinceridad de los agentes, quienes, no buscan el daño del otro, lo que implica que no puede ser perjudicado o juzgado subsiguientemente por las acciones de quien ha actuado criminalmente. Esta calidad es indiscutible en los socios de Xtratodo, toda vez que ellos no conocían lo que sucedía en el pueblo Guacaloí. Por lo que tal como lo establece el artículo 147 (3) de las RPP cuando se déel decomiso de bienes, debe ser sin perjuicio de los terceros de buena fe. A su vez, el artículo 77 del ER establece que la Corte podrá imponer el decomiso de bienes procedentes directa o indirectamente de los crímenes cometidos, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

El Tribunal de Núremberg consideró que si bien la contribución de empresas, en cualquiera de sus formas, es complicidad, solo cuando se verifica que sus socios conocían de las actividades delictivas, es decir cuando no había buena fe. Con sustento en lo anterior fue que en el juicio de Krupp, una empresa que entregó armamento al partido Nazi⁸⁹, se le condenó porque sin su contribución “El Partido Nazi no hubiese conseguido el control de Alemania hasta que obtuvo

⁸⁹ TIMN. Krupp et al, Documentos Oficiales, vol. 1. 1947, P.136.

el apoyo de intereses industriales"⁹⁰, todo esto a sabiendas de los miembros de dicho grupo empresarial.

Contrario a esto, los socios de Xtratodo no tenían conocimiento de lo acaecido, y no tuvieron por qué saberlo, dado que en la RE no es necesaria la constitución de un Consejo de Vigilancia para las empresas⁹¹, que garantice a sus socios que las tareas se están llevando a cabo de manera lícita, o en virtud del cual puedan estar al tanto de lo que ocurre con la empresa. Este vacío normativo de la RE impidió que los socios pudieran informarse sobre las violaciones de derechos humanos al pueblo Guacaloí.

Es por lo anterior que debe protegerse los derechos de XtraTodo como persona jurídica. El activo proveniente de hechos ilícitos es dividido y sufre una transformación de la mano de otros bienes lícitos de la sociedad, por lo que sería un criterio incorrecto e injusto decomisar los activos de la empresa. Lo anterior, en virtud de que si bien los bienes contaminados sí fueron invertidos en la empresa, finalmente fueron transformados para formar parte de los dividendos de socios⁹² que jamás tuvieron que conocer el alcance de la comisión de cada CLH y CG.

Así mismo, lo establece el numeral 3 del artículo 12 de la Convención de la ONU contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos, al afirmar que el producto del delito que se haya transformado o convertido total o parcialmente en otros bienes, estos podrán ser objeto de las medidas aplicables, sin desconocer los derechos de terceros de buena fe.

(III) Responsabilidad penal individual

El ER establece un sistema de responsabilidad penal sobre personas naturales, como lo expresa su artículo 25(1)(2), según el cual, la CPI solo tiene competencia con respecto a las personas naturales, y solo se será responsable individualmente en los delitos bajo competencia de la Corte.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ Respuesta Aclaratoria 122

⁹² Cit. UNODC. "Manual de cooperación internacional en el decomiso del producto del delito". Numeral 299 y 300; Respuesta Aclaratoria 25

Disposición que deja, de forma clara, a personas no naturales, como pueden ser las personas jurídicas o los Estados, fuera de la jurisdicción de la Corte.

Así mismo, dentro del articulado del ER encontramos una pena principal y unas accesorias. La sanción principal por excelencia es la privación de la libertad, mientras que entre las penas accesorias encontramos las sanciones pecuniarias, como puede ser el decomiso de los bienes del condenado.

Por lo cual, se puede deducir que las sanciones accesorias siguen la suerte de las principales. Es decir, estas deben ser el resultado de un crimen cometido por el condenado, y deben tasarse con respecto a la gravedad del crimen, como fue sostenido con anterioridad en las cuestiones precedentes. Por tal motivo, estas deben ser dirigidas a la persona que comete el crimen o su patrimonio.

En el caso en cuestión, quien cometió el crimen fue Alejandro Della Meta y la Junta de administración de Xtratodo, quienes tomaron la decisión de contratar a Plantón y de cometer los distintos crímenes por los que fue condenado Alejandro Della Meta, razón por la cual sería legítimo perseguir sus bienes como pena accesoria a la privación de la libertad.

Con respecto a esta primera disposición, es importante reconocer que las conductas cometidas por la Junta de Administración de Xtratodo no tiene por qué afectar el objeto social de esta empresa. Puesto que, al ser hechos ilícitos, existe una disposición no autorizada del patrimonio de Xtratodo para la comisión de hechos ilícitos, pero no una acción asumida por Xtratodo como sociedad.

Además, las sociedades, como ya se refirió, se encuentran por fuera del ámbito de acción penal con el que cuenta la CPI, motivo por el cual no pueden cometer crímenes ellas, sino las personas naturales que la componen, haciendo que este decomiso se configure como una ampliación de los principios del DPI.

Los accionistas del grupo XtraTodo, si bien faltaron a la buena fe calificada que les asigna el estándar de “persona razonable”⁹³ solo deberán asumir la responsabilidad penal individual proporcionalmente a su omisión de cuidado frente a las responsabilidades que asumieron como socios, siempre que se establezca por medio de una sentencia condenatoria la culpabilidad por los crímenes mencionados⁹⁴

Resulta insuficiente argumentar que pasados más de 10 años⁹⁵ hubiese constancia y certeza sobre los hechos que dieron lugar a la comisión de los injustos penales. Así, tal como lo establece el numeral 3 del artículo 12 de la Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, cuando el producto del delito se haya transformado o convertido total o parcialmente en otros bienes, estos no podrán ser objeto de las medidas aplicables, porque desconocerían la configuración del derecho de los terceros de buena fe que a medida de que se desarrolló la transformación del producto del delito.

(IV) Cooperación internacional

Según el Art.93 del Estatuto de Roma, solo a través de la cooperación internacional el Estado Parte debe cumplir la asistencia formulada por la Corte en relación con las investigaciones adelantadas, para que, en el caso concreto, proceda primero un proceso penal contra los socios de XtraTodo, según lo dispuesto en el ER y el derecho interno de RE, para posteriormente en caso de resultar culpables por los CLH y/o CG pueda adelantarse la adopción de medidas cautelares para los efectos del decomiso de los bienes o cualquier otra medida sustitutiva pecuniaria, según lo dispuesto en el art.57, literal E, del ER.

Así, con base en lo expuesto esta defensa arguye la imposibilidad de ordenar el decomiso de los bienes de XtraTodo por ser una medida desproporcionada y sumamente violatoria de los

⁹³ Comisión Internacional de Juristas. “Complicidad empresarial y responsabilidad legal”. Volumen 1. Edición española. 2010.

⁹⁴ CPI. Fiscalía C. Lubanga. ICC-01/04-01/06. (03/03/2015). Parág 20

⁹⁵ Hecho12.

derechos de terceros, quienes actuaron bajo la buena fe y en total desconocimiento de los actos cometidos por orden del Sr. Della Meta y el Consejo de Administración.

E. PETITORIO:

En virtud a lo anterior pido a la Honorable la Sala de Primera Instancia XV, que respecto la determinación de la pena en el caso Fiscalía v. Alejandro Della Meta, considere las siguientes:

(II) A efectos de la determinación de la pena, declare que sí existe una jerarquía del CG de Homicidio sobre los demás CG, así como sobre todos los CLH referidos.

(III) A efectos de la determinación de la pena, determine que sí existe una jerarquía entre los modos de responsabilidad, siendo de mayor gravedad la coautoría indirecta sobre la contribución, como en los que ocurrió el Sr. Della Meta.

Lo anterior sirve de fundamento para solicitarle a este Tribunal que atienda a la jerarquía superior del CG de Homicidio, el cual fue cometido por un modo de responsabilidad accesoria, siendo necesaria la imposición de una pena menor y proporcional.

(IV) Que la honorable Corte tenga las siguientes circunstancias como atenuantes:

- El ofrecimiento de dinero a las víctimas como muestra de arrepentimiento
- La declaración de culpabilidad por parte de Alejandro Della Meta por los crímenes de Guerra.

Que se abstenga a aplicar las siguientes circunstancias de agravación:

- El fallo dictado por la Sala de Primera Instancia IX, por el cual se condenó al Sr. Della Meta como autor indirecto de la corrupción de 13 testigos.
- Los actos de violencia relatados en el fallo con relación a las masacres de Ritichí, Midor y Leloi.

(V) Así mismo que no ordene el decomiso de los bienes al grupo Xtratodo.

F. REFERENCIAS

Tribunal de Núremberg:

Krupp et al, Documentos Oficiales, vol. 1. 1947.

TPIY:

Fiscalía c. Vasiljevic. IT-98-32-A. (25/02/2004)

Fiscalía c. Tadić, IT-94-1-A & IT-94-1-Abis, (26/01/2000)

Fiscalía c. Milutinović et al, IT-05-87-T (26/02/ 2009)

Fiscalía c. Dragan. IT -94-2. (18/12/03)

Fiscalía c. Kunarac et al. IT-96-23 & 23/1 (22/02/2001)

Fiscalía c. Erdemovic. IT-96-22 (26/11/1996)

Fiscalía c. Jokic, IT-01-42/1-A, (30/08/2005)

CPI:

Fiscal C. Katanga ICC-01/04-01/07 (23/05/2014)

Fiscal C. Katanga. ICC-01/04-01/07 (17/03/2014)

Fiscalía C. Katanga, ICC-01/04-01/07 (22/09/2015)

Fiscal C. Lubanga. ICC-01/04-01/06 (29/01/2007).

Fiscalía C. Lubanga, ICC-01/04-01/06 (14/03/2011)

Fiscalía C. Lubanga, ICC-01/04-01/06. (10/07/2012)

Fiscalía C. Lubanga ICC-01/04-01/06 (09/03/2006).

Fiscal C. Bemba. ICC-01/05-01/08, (21/06/2016).

Fiscalía C. Mbarushimana, ICC-01/04-01/10. (11/12/2011).

Fiscalía C. Al Mahdi. ICC-01/12-01/15. (27/09/2016)

Situación en la República de Kenya, ICC-01/09, (30/03/2010)

CorteIDH

Caso Yatama Vs. Nicaragua. Fondo, excepciones, reparaciones y costas. 23/06/2005.

Doctrina:

AMBOS, K., “Tratado de Derecho de Penal Internacional”, Oxford University Press, Vol. II., Oxford, 2014.

AMBOS, K. “Problemas seleccionados en torno a los crímenes más graves (core crimes) en el DPI”. En: “Los nuevos crímenes del DPI”. Editorial Ibañez, Bogotá. 2004.

COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. “Complicidad empresarial y responsabilidad legal”. Volumen 1. Edición española. 2010.

FERNANDEZ, J., PACREAU, X., “Statut de Rome de la Cour Pénale internationale”. Commentaire article par article. A Pedone, Vol. I, Paris, 2012.

OLÁSULO, H., “Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional”. Tirant lo Blanch, 1ª ed., Valencia 2013.

WERLE, G., “Tratado de Derecho de Penal Internacional”, Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia 2011.

Otros Instrumentos

OFICINA DE LA FISCALÍA. “Papel Oficial en caso de selección y priorización” (15/10/16)

ONU. Oficina del Alto comisionado. “Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar”

ONU. “Comisión del Derecho Internacional”. Anuario de la Comisión del derecho Internacional. Vol. II, parte 2. 1996.

UNODC. “Manual de cooperación internacional en el decomiso del producto del delito”. Nueva York, 2013.