

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

CASO: ICC-03/14-01/16

Fiscal de la Corte Penal Internacional

c.

Carlos Alfredo Supremo

MEMORIAL DE LA DEFENSA DEL SR. SUPREMO

Equipo nº 14

TABLA DE CONTENIDOS

I. LISTA DE ABREVIATURAS	pág. 4
II. ESTABLECIMIENTO DE LOS HECHOS.....	pág. 5
III. CUESTIONES JURIDICAS A ABORDAR.....	pág. 8
IV. ARGUMENTOS ESCRITOS.....	pág. 9
1. No corresponde a la SPI emitir una notificación conforme a la norma 55(2) del RCPI en el estadio procesal que nos encontramos.....	pág. 9
2.a) No debe emitirse la notificación conforme a la norma 55(2) del RCPI en relación a la posible inclusión adicional del cargo de CLH de otros actos inhumanos (Artículo 7(1)(k) ECPI).....	pág. 16
<i>A. El carácter residual del CLH de otros actos inhumanos contenido en el artículo 7(1)(k) del ECPI.....</i>	<i>pág. 16</i>
<i>B. El marco fáctico para la posible imputación del CLH de otros actos inhumanos</i>	<i>pág. 19</i>
<i>C. La no concurrencia de los elementos del CLH de otros actos inhumanos con respecto a los hechos y circunstancias que exceden de los elementos que componen el CLH de encarcelación.....</i>	<i>pág. 20</i>
2.b) No debe emitirse la notificación conforme a la norma 55(2) del RCPI en relación con la posible responsabilidad del Sr. Supremo en calidad de superior jerárquico conforme al artículo 28 del ECPI.....	pág. 25
<i>A. Responsabilidad del acusado a título de coautoría por omisión: artículo 25(3)(a) del ECPI.....</i>	<i>pág. 25</i>
<i>B. Responsabilidad del acusado a título de superior jerárquico: artículo 28 ECPI.....</i>	<i>pág. 29</i>
V. BIBLIOGRAFÍA.....	pág. 35

I. LISTA DE ABREVIATURAS

CLH: Crimen de lesa humanidad

CPI, ICC: Corte Penal Internacional

DCC: Decisión de confirmación de cargos

EC: Elementos de los crímenes

ECPI: Estatuto de la Corte Penal Internacional, Estatuto de Roma

MLC: Movimiento de Liberación del Congo

NH: Numeral de los hechos

RCPI: Reglamento de la Corte Penal Internacional

RdA: República de Asir

RdC: República de Campomarino

RLV: Representantes Legales de las Víctimas

RPA: Respuesta a Pregunta Aclaratoria

RPP: Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional

SA: Sala de Apelaciones

SCP: Sala de Cuestiones Preliminares

SPI: Sala de Primera Instancia

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TPIR, ICTR: Tribunal Penal Internacional para Ruanda

TPIY, ICTY: Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia.

II. ESTABLECIMIENTO DE LOS HECHOS

La República de Campomarino (en adelante, RdC), cuya capital es Cuza-Cuza, declaró su independencia del Reino de Maza en 1801. Su constitución es del año 1815 y fue modificada en 1919 y 1995. De acuerdo a esta, el Poder Ejecutivo está integrado por un Presidente, que es Jefe de Gobierno y Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, un Vice-Presidente y un gabinete de ministros. El Poder Legislativo está compuesto por una Cámara de Diputados y una Cámara de Senadores. Finalmente, el Poder Judicial está constituido por una Alta Corte, cuyos jueces son designados por el Presidente, y tribunales inferiores.

La RdC es miembro fundador de la Organización de Naciones Unidas y se incorporó a la Organización de Estados Americanos en 1967. El 6 de octubre de 2005 ratificó el Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante, ECPI). En 2008 aceptó la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH).

Desde el año 2010, la RdC ha recibido un flujo de refugiados sámalos provenientes de la República de Asir (en adelante, RdA) que se encuentra en guerra desde esa fecha tras un fallido de golpe de Estado orquestado por un grupo de sámalos como respuesta a la discriminación que sentían de las autoridades asiras. En concreto, se ha estimado que, entre 2010 y 2012, más de un millón de refugiados sámalos llegaron a Campomarino.

El descontento entre la mayoritaria sociedad mazina por este aumento de la inmigración y por los riesgos que consideraban vinculados a ella provocó la victoria en las elecciones presidenciales de 2012 del Sr. Carlos Alfredo Supremo.

El Sr. Supremo, quien durante la campaña electoral había prometido tomar medidas para “controlar la cuestión de los refugiados”, emitió, el 6 de febrero de 2013, el Decreto 76/2013, en virtud del cual se ordenaba la prohibición de entrada en el país a los refugiados sámalos, junto con la presencia de personal militar en los puestos fronterizos.

Para el cumplimiento de este Decreto, en una reunión posterior a su aprobación con la presencia del propio Sr. Supremo, los Ministros de Defensa, Sr. Pérez Lota, y del Interior, Sr. Leal, propusieron un plan de detención de los refugiados que logran entrar en territorio campomarinese. El Sr. Supremo no hizo comentario alguno al respecto a este plan sino que delegó todo tipo de decisión “sobre la situación de las fronteras” en estos ministros.

Tras la aprobación del Decreto, los refugiados sámalos que lograron alcanzar aeropuertos, puertos marítimos o puestos fronterizos terrestres fueron detenidos, sin ser informados de ningún cargo y sin permitirles el acceso a un abogado. Asimismo, fueron privados de alimento y bebida, lo que tuvo su reflejo en la afectación a la salud de muchos refugiados: al menos 500 personas fueron hospitalizadas por anemia y diabetes y se produjeron 7 abortos. Según las estimaciones, el 25% de los refugiados fueron golpeados y la privación de libertad y las condiciones en que esta se produjo provocaron graves padecimientos psicológicos.

El Sr. Supremo no recibía informes sobre las actuaciones de la policía y el ejército en relación con los refugiados sámalos puesto que estos informes eran remitidos a los Ministros Pérez Lota y Leal.

La cobertura de la prensa nacional e internacional de los crímenes cometidos contra los refugiados sámalos y las campañas iniciadas por organizaciones de derechos humanos, propició el inicio ante la Alta Corte de procedimientos de *habeas corpus* que cuestionaban la constitucionalidad del Decreto 76/2013. La respuesta del Sr. Supremo a esta situación fue la emisión de un nuevo decreto por el que remplazaba a cinco jueces del Tribunal. La nueva composición de la Alta Corte avaló la constitucionalidad del Decreto 76/2013.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos intervino y ordenó la restitución de los jueces salientes algo que el Sr. Supremo acabó aceptando tras impedirlo en un primer momento. Así, el 5 de abril de 2013, la Alta Corte anuló y declaró inconstitucional del Decreto 76/2013, lo que produjo la liberación de los refugiados y su ingreso a la RdC.

La inmunidad constitucional que protegía al Presidente y la imposibilidad de la oposición para levantarla propiciaron que no se iniciaran acciones penales contra el Sr. Supremo en la RdC. Tampoco se ejercieron contra otros miembros del Gobierno ni contra los agentes que ejecutaron las medidas.

Ante la impunidad del gobierno campomarínense, grupos de víctimas enviaron comunicaciones a la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI) en junio de 2013. El 8 de septiembre de 2014, la Fiscalía solicitó investigar los hechos acaecidos en la RdC lo que fue aceptado el 14 de diciembre del mismo año.

El 1 de abril de 2016, la Sala de Cuestiones Preliminares (en adelante, SCP) IX emitió una orden de detención contra el Sr. Carlos Alfredo Supremo por el crimen de lesa humanidad (en adelante, CLH) de “encarcelación y otra privación grave de la libertad física en privación de normas fundamentales de derecho internacional”, recogido en el artículo 7(1)(e) del ECPI en calidad de coautor o, alternativamente, de superior jerárquico civil o militar. La detención se produjo el 9 de noviembre de 2016 en la República de Trébol.

Tras la audiencia de confirmación de cargos, la SCP IX emitió la decisión de confirmación de cargos (en adelante, DCC) en la que se confirmó el cargo de CLH de encarcelación u otra privación grave de la libertad física en privación de normas fundamentales de derecho internacional, pero únicamente en calidad de coautor, rechazando así el modo de participación de superior jerárquico civil o militar solicitado alternativamente por la Fiscalía.

No obstante, una vez que el expediente fue transmitido a la Sala de Primera Instancia (en adelante, SPI) XI, la Fiscalía solicitó que se emitiera la notificación prevista en la norma 55(2) del Reglamento de la Corte Penal Internacional (en adelante, RCPI), con el fin de que pudiese ser modificado el modo de responsabilidad a título de superior jerárquico conforme al artículo 28 ECPI. Del mismo modo, los Representantes Legales de las Víctimas (en adelante, RLV) solicitó emitir la misma notificación, con el objetivo de añadir el cargo adicional de CLH de “otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”, recogido en el artículo 7(1)(k) del ECPI.

A estos efectos, el 1 de octubre de 2017 la SPI XI decide convocar a la Fiscalía de la CPI, a la Defensa y a los RLV a una audiencia señalada desde el día 28 de mayo hasta el 1 de junio de 2018.

III. CUESTIONES JURIDICAS A ABORDAR

La SPI XI 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 relacionadas con las peticiones de notificación en virtud de la norma 55(2) del RCPI:

1. Si corresponde a la SPI emitir una notificación conforme a la norma 55(2) del RCPI en el estadio procesal que nos encontramos.
2. Si se justifica, habida cuenta de si las nuevas tipificaciones propuestas por la Fiscalía y los RLV se ajustan a los hechos y circunstancias descritos en los cargos, que la SPI emita las siguientes notificaciones conforme a la norma 55(2) del RCPI:
 - a) Notificación relativa a la posible inclusión adicional del cargo de CLH de otros actos inhumanos (artículo 7(1)(k) del ECPI).
 - b) Notificación relativa a la posible responsabilidad del Sr. Supremo en calidad de superior jerárquico conforme al artículo 28 del ECPI.

IV. ARGUMENTOS JURÍDICOS

1. No corresponde a la SPI emitir una notificación conforme a la norma 55(2) del RCPI en el estadio procesal que nos encontramos

La Defensa, en representación del acusado, el Sr. Supremo, se opone a la emisión de una notificación conforme a la norma 55(2) del RCPI solicitada por la Fiscalía y los RLV, al considerar que tal notificación no está permitida en este momento procesal y que, de efectuarse, se vulnerarían gravemente los derechos de nuestro representado.

El punto de partida de nuestro análisis es definir el estadio procesal en el que nos encontramos para poder comprender y analizar en toda su extensión los motivos por los que esta parte considera que no es posible accionar el procedimiento previsto en la norma 55(2) del RCPI.

En efecto, tras las investigaciones realizadas en Campomarino, la SCP emitió una orden de detención contra el sr. Supremo por CLH “de encarcelación u otra privación grave de libertad física en privación de normas fundamentales de derecho internacional” tipificado en el artículo 7(1)(e) del ECPI en calidad de autor (artículo 25(3)(a) del ECPI)¹ o, alternativamente, de superior jerárquico civil o militar (artículo 28 ECPI). Posteriormente, Carlos Alberto Supremo fue arrestado y puesto a disposición de la CPI². El 2 de junio de 2017 se dictó la DCC mediante la cual el Sr. Supremo fue remitido a juicio por el CLH previsto en el artículo 7(1)(e) del ECPI en calidad de autor (artículo 25(3)(a) del ECPI), declinando la mayoría de la Sala confirmar los cargos por la forma de participación de superior jerárquico civil o militar (artículo 28 del ECPI)³.

Este último aspecto debe ser reseñado, pues la SCP IX no solo no incluyó la forma de participación prevista en el artículo 28 del ECPI, sino que expresamente y, bajo un análisis diligente y garantista, como caracteriza a la CPI, decidió excluir dicho modo de participación de la confirmación de cargos. Tras esto, se transfirió la competencia a la SPI y llegamos al

¹ NH 20.

² NH 21.

³ NH 22 a 24.

momento actual, en el que comienza las diligencias de preparación del juicio⁴, sin que, de acuerdo a la jurisprudencia y doctrina que a continuación indicaremos, pueda considerarse que el juicio ha comenzado.

En este punto, resulta necesario transcribir el contenido de la norma 55(2) del RCPI, la cual expone que:

“Si en cualquier momento durante el juicio la Sala considera que la tipificación jurídica de los hechos puede estar sujeta a cambios, la Sala deberá notificar dicha posibilidad a los participantes...”

A este respecto, sirve recordar el aforismo latino *in claris non fit interpretatio*, esto es, “en las cosas claras no se hace interpretación”⁵. Es evidente que la norma 55(2) reserva el procedimiento de notificación para la fase de juicio en sentido material, es decir, cuando comienza el enjuiciamiento de los hechos, y no en un momento procesal como el actual, en el que aún no se ha celebrado la audiencia de pruebas y, en consecuencia, la SPI no se encuentra deliberando al respecto.

Sin embargo, en este momento procesal, cuando tan solo han transcurrido 2 meses desde la confirmación de cargos, sin que nada relevante y novedoso haya sido incorporado al proceso hasta este momento motive accionar este procedimiento se propone que emita una notificación a efectos de la norma 55(2) RCPI.

Admitir la emisión de dicha notificación no solo iría contra los derechos más básicos de nuestro defendido, derechos de carácter fundamental, sino que vulneraría los preceptuado en la normativa de la CPI y contravendría la línea jurisprudencial de esta Corte. A continuación, expondremos los motivos por los que entendemos que no procede emitir dicha notificación.

Por un lado, debemos señalar que la norma 55(2) RCPI establece un *tempus iter* muy definido, en virtud del cual “si en cualquier momento durante el juicio” la Sala considera que es posible la modificación de la tipificación jurídica de los hechos, se emitirá una notificación al efecto. Este requisito cronológico ha quedado fundamentado en distintos aspectos. En primer lugar, en la propia finalidad de la norma, y así se puso de manifiesto en

⁴ NH 25.

⁵ GÓMEZ DE LIAÑO, F., *Diccionario jurídico*, 5ª edición ampliada, Forum, Oviedo, 1996, pág. 175.

el caso Lubanga cuando la Sala de Apelaciones (en adelante, SA) destacó el objetivo principal del mismo, esto es, “cerrar las brechas de rendición de cuentas”⁶. En irrefutable consideración esta finalidad quedaría afianzada únicamente si, una vez practicadas las pruebas, existieran suficientes motivos para creer que la tipificación jurídica de los hechos, a la luz de los resultados probatorios, pudiera estar sometida a modificaciones. Solo de este modo quedaría garantizado uno de los exponentes capitales de esta Corte: “poner fin a la impunidad”⁷. Cabe entender que, si se admite que la norma 55(2) es aplicable a este momento procesal, su único fundamento fáctico sería el discutido en la fase inicial del proceso, puesto que aún no han sido practicadas las pruebas. Desde nuestro punto de vista, supondría legitimar las pretensiones de las partes encaminadas a cuestionar las resoluciones de la SCP sin recurrir a las vías legales previstas con ese fin.

Por otra parte, la norma 55(3)(b) RCPI, contiene un reconocimiento implícito del momento procesal al que está orientado el procedimiento ya que dispone que la Sala deberá en particular asegurar de que el acusado tenga la oportunidad de “interrogar o hacer interrogar nuevamente a un testigo anterior” o, lo que es lo mismo, se requiere haber iniciado los interrogatorios, es decir, haberse iniciado la audiencia de pruebas. Por tanto, solo una vez iniciado el juicio oral es posible la emisión de la notificación conforme a la norma 55(2) RCPI. Así, en el caso Katanga, la SA concluyó que el juicio se va a considerar en curso siempre que sea posible abrir la audiencia de pruebas⁸.

Es más, en el caso Katanga⁹ la CPI defendió que la recalificación jurídica es posible cuando los jueces están en posesión de todas las pruebas y que el procedimiento debe accionarse durante la etapa de deliberaciones, es decir, una vez transcurrida la audiencia de pruebas. De

⁶ ICC, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, *Judgment on the appeals of Mr Lubanga Dyilo and the Prosecutor against the Decision of Trial Chamber I of 14 July 2009 entitled "Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterisation of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court"*, No.: ICC-01/04-01/06, 8 December 2009, (en adelante, Apelación norma 55 Lubanga), para. 77.

⁷ Preámbulo del ECPI, para. 5.

⁸ ICC, The Prosecutor v. Germain Katanga, *Judgment on the appeal of Mr Germain Katanga against the decision of Trial Chamber II of 21 November 2012 entitled "Decision on the implementation of regulation 55 of the Regulations of the Court and severing the charges against the accused persons"*, No.: ICC-01/04-01/07, 27 March 2013, paras. 19-21.

⁹ Ibidem.

esta forma quedaría garantizada la aplicación del principio de audiencia y contradicción como manifestación básica del derecho de defensa del acusado¹⁰.

Debemos destacar que, por un parte, en el caso Lubanga, habían transcurrido dos años y cinco meses desde que se emitió la DCC hasta que se solicitó accionar el procedimiento previsto en la norma 55(2) RCPI. En el caso Katanga, por su parte, transcurrieron cuatro años y un mes desde que la emisión de DCC hasta que se inició el procedimiento para someter a modificaciones la tipificación legal de los hechos. En ambos casos, la audiencia de pruebas había sido celebrada, es decir, el juicio oral ya había comenzado materialmente. La casuística pone de manifiesto que solo en estos casos puede prosperar una modificación de la tipificación jurídica de los hechos a efectos de la norma 55, esto es: casos en los que el juicio oral ha comenzado desde el punto de vista material y ha existido un plazo razonable y garantista con los derechos del acusado.

En el caso Bemba et al.¹¹, por su parte, la CPI rechazó la pretensión de la Fiscalía destinada a modificar, antes del inicio del juicio oral, un modo de participación que fue ya excluido en la DCC. Igualmente, esta Decisión afirma que podría admitirse la emisión de la notificación conforme a la norma 55(2) en una fase anterior al juicio si concurrieran *circunstancias excepcionales* que lo motivaran¹². Considera la Corte que aceptar la aplicación de la norma 55(2) en ese momento procesal, sin una justificación específica, supondría una oportunidad *de facto* de apelar la DCC¹³ lo que constituye un auténtico fraude procesal.

En nuestro caso no concurren estas circunstancias excepcionales puesto que no podemos aceptar que la discrepancia jurídica en la aplicación del derecho y de sus procedimientos cumpla la condición de excepcionalidad.

Esta parte quiere incidir en que admitir la emisión de la notificación de la norma 55(2) sin la concurrencia de las circunstancias excepcionales que lo justifiquen provocaría el riesgo de la conculcación de derechos procesales.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ ICC, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al., *Decision on Prosecution Application to Provide Notice pursuant to Regulation 55*, 15 September 2015, No.: ICC-01/05-01/13, para. 11.

¹² Ibid.

¹³ Id., para. 10.

En concreto, se vulneraría el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas. Este derecho se contiene en el artículo 67(1)(c) ECPI. Es evidente que cuando la Fiscalía intenta reintroducir aspectos que ya han sido expresamente rechazados por la SCP fuera de las vías procesales adecuadas para ello y sin que nos encontremos en el momento procesal oportuno, está provocando que a través de los presentes trámites se esté dilatando el proceso indebidamente, con los perjuicios que ello puede ocasionar para nuestro defendido, como es la prolongación de la prisión preventiva de la que es objeto.

También se ve vulnerado el derecho a una defensa efectiva y derecho a ser informado con detalle de los cargos. El momento en que se ha solicitado la modificación de la tipificación jurídica de los hechos vulnera sus derechos en virtud del artículo 67(1)(a) y (b) ECPI. No existe defensa efectiva sin información rápida de la naturaleza, causa y contenido de los cargos en su contra.

Así lo ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que advierte que este tipo de mecanismos deben accionarse de forma que el acusado tenga el tiempo y los medios adecuados para preparar su defensa y tenga la oportunidad de examinar a los testigos o presentar pruebas adicionales contra cualquier modificación en la tipificación jurídica de los cargos¹⁴. Es evidente que el Sr. Supremo no puede tener una legítima estrategia de defensa cuando no conoce la naturaleza exacta de la modificación y, sobretudo, cuando no ha existido un análisis previo que permita dilucidar si es procedente dicha variación en la calificación jurídica. Sin lugar a duda, la información en que se basa el derecho a conocer con detalle los cargos, debe ser extraída de la prueba practicada, para así poder concluir si, a la luz de las mismas, la tipificación jurídica puede estar sujeta a modificaciones.

Por tanto, admitir la notificación de la norma 55 en este estadio procesal conllevaría una privación del derecho de defensa del acusado, al no tener términos que contradecir como manifestación última de aquel.

En conclusión, la jurisprudencia de la CPI ha considerado que el momento procesal oportuno para accionar el mecanismo de la norma 55(2) del RCPI es una vez iniciado materialmente el juicio oral. Solo en circunstancias excepcionales se puede adelantar el mismo. Estas

¹⁴ Sentencias del TEDH *Péllisieran Sassi v. Francia*, de 25 de marzo de 1999, paras 52-62; *Barisova v. Bulgaria*, de 21 diciembre de 2016, para. 42, entre otras.

circunstancias no concurren en nuestro caso, cuando queda constatado que la Fiscalía está intentando volver a incluir un modo de participación que ya fue expresamente excluido por la SCP, sin acudir a los trámites previstos al efecto, esto es, la solicitud para apelar la decisión (regla 154 RPP) o el procedimiento previsto en el artículo 61(9) del ECPI. Es decir, conceder la solicitud de la Fiscalía destinada a la emisión de la notificación de la norma 55(2) en este estadio procesal, antes del comienzo del juicio, y sin que concurren circunstancias excepcionales que pudieran justificar su aplicación, además de la vulneración de derechos, admitiría el cuestionamiento de las resoluciones de la SCP bajo reglas cuyo objeto quedaría desvirtuado en relación con pretensión final de la Fiscalía, pues se estaría permitiendo que bajo preceptos improcedentes se llegara a términos previstos en otras normas diferenciadas en cuanto al objeto como a la forma.

De igual modo, instamos a los RLV a que espere al momento procesal oportuno para solicitar la notificación a efectos de la norma 55(2) RCPI. En este sentido, se deduce a tenor de los antecedentes procesales expuestos, que la SCP IX ha concedido el estatus de víctimas a las representadas por los RLV para poder actuar en las fases previas al juicio en virtud de la regla 89(1) RPP y en relación con el artículo 68(3) del ECPI. Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia de la CPI¹⁵, los RLV mantienen la legitimación procesal autorizada por la SCP para actuar ante la SPI sin necesidad de reevaluación, dado que el delito objeto de enjuiciamiento coincide con el confirmado por la SCP competente, pero indica igualmente que, excepcionalmente, cuando se trate de un delito no confirmado en las fases preliminares dicha autorización debe ser reevaluada. Precisamente, nos hallamos ante este supuesto. Como han indicado las resoluciones citadas, es necesario que, cuando se discuta la posible inclusión o modificación del delito originario y confirmado, se reevalúe las solicitudes de las víctimas que fueron autorizadas por la SCP en la fase de cuestiones preliminares.

Por todo ello, la Defensa del Sr. Supremo solicita a la Sala que rechace la emisión de la notificación prevista en la norma 55(2) del RCPI, por no ser este el momento procesal

¹⁵ ICC, The Prosecutor v. Thomas Lubanga, *Decision on the applications by victims to participate in the proceedings*, 15 December 2008, No.: ICC-01/04-01/0, paras. 54 a 59, y 137; ICC, The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, *Decision on the treatment of applications for participation*, 26 February 2009, No.: ICC-01/04-01/07-933-tENG, paras. 10, 11 y 12.

adecuado y dada los riesgos que para los derechos de defensa de nuestro representado esta decisión puede generar.

2.a) No debe emitirse la notificación conforme a la norma 55(2) del RCPI en relación a la posible inclusión adicional del cargo de CLH de otros actos inhumanos (Artículo 7(1)(k) ECPI)

La Defensa se posiciona en contra de la emisión de la notificación prevista en la norma 55(2) del RCPI para incluir el cargo adicional de CLH de otros actos inhumanos, previsto en el artículo 7(1)(k) del ECPI.

Nuestra posición se basa en considerar que, de acuerdo a los hechos y circunstancias descritos en los cargos, límite infranqueable en el marco de la norma 55(2) del RCPI¹⁶, la inclusión de un cargo adicional supondría una vulneración del principio *non bis in ídem*, puesto que tales hechos y circunstancias ya están cubiertos por el crimen imputado y, en todo caso, los hechos no cubiertos no se ajustan a los elementos del CLH de otros actos inhumanos.

Para ello, partiremos del análisis del fundamento y la naturaleza del CLH de otros actos inhumanos contenido en el artículo 7(1)(k) del ECPI. Posteriormente, se valorarán los hechos y circunstancias descritos en los cargos para separar los que configuran el CLH previsto en el artículo 7(1)(e) del ECPI e imputado al Sr. Supremo, y los que pueden quedar fuera del mismo. Por último, se argumentará que estos hechos y circunstancias que no quedan cubiertos por el cargo ya confirmado no cumplen con los elementos específicos y contextuales del CLH de otros actos inhumanos.

A. El carácter residual del CLH de otros actos inhumanos contenido en el artículo 7(1)(k) del ECPI

El artículo 7(1) del ECPI se cierra con la letra (k) en la que se hace referencia a “*otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física*”.

¹⁶ Apelación norma 55 Lubanga, cit., para. 88.

La razón de ser de este apartado es evitar que la comisión de actos sumamente graves contrarios a los Derechos Humanos y específicamente no enumerados¹⁷ en el resto del artículo 7 del ECPI queden fuera del radio de acción del Derecho Penal Internacional.

Esta categoría se trata de una categoría configurada como “atrapa todo”¹⁸, diseñada así de forma deliberada¹⁹. El objetivo de la misma es impedir que crímenes de lesa humanidad, que se “hallan entre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”²⁰, permanezcan impunes debido a una falta de tipificación penal específica.

Sin embargo, esta naturaleza abierta acarrea que se presente como un concepto amplio, falto de precisión, genérico y con límites abstractos lo que podría vulnerar el principio de especificidad penal haciendo necesaria una interpretación prudente, razonable y conservadora²¹.

Lógicamente pues, para encontrarnos ante un CLH de otros actos inhumanos, la conducta que se presupone punible no debe encontrarse cubierta por cualquier de otros de los crímenes contenidos en el artículo 7 del ECPI. Tal afirmación no solo se cimienta en la numerosa jurisprudencia y doctrina²² al respecto sino en la simple lectura literal del inciso “otros”.

A este respecto, la modificación que se solicita por la vía de la norma 55(2) del ECPI consiste en la adición de un nuevo cargo. Ciertamente la petición de cargos cumulativos es admisible,

¹⁷ ICTY, Prosecutor v. Tihomir Blaškić, *Trial Judgment*, No.: IT-95-14-T, 3 March 2000, para. 237.

¹⁸ Vid., entre otros, ICC, The Prosecutor v. Katanga y Ngudjolo Chui, *Decision on the confirmation of charges*, No.: ICC-01/04-01/07 30, September 2008 (en adelante, DCC Katanga), para. 450.

¹⁹ ICTY, The Prosecutor v. Kupreskic et al., *Trial Judgment*, No.: IT-95-16-T, 14 January 2000, (en adelante, Sentencia Kupreskic), para. 563.

²⁰ Artículo 7(1) EC.

²¹ Sentencia Kupreskic, cit., para. 563.

²² Vid., entre otros, DCC Katanga, cit., para. 461; ICC, Prosecutor v. Muthaura, Kenyatta and Ali, *Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, No.: ICC-01/09-02/11, 23 January 2012, (en adelante, DCC Muthaura, Kenyatta y Ali), para. 269; SCHABAS, W. A., *An Introduction to the International Criminal Court*, 3rd ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 109; HAENEN, I., “Classifying Acts as Crimes Against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court”, *German Law Journal*, Vol. 14, November 2007, pp. 809-810.

pero solo si se cumplen determinadas condiciones. En este sentido, la CPI²³ ya advirtió de que la persecución de una misma conducta mediante cargos cumulativos puede suponer una vulneración de los derechos de defensa del acusado ya que impone la carga de responder a múltiples cargos por los mismos hechos, con la consiguiente dilación en el procedimiento. Así, determinó taxativamente que solo la existencia de “*crímenes distintos podrían justificar la existencia de cargos cumulativos*”²⁴. Esto solo es posible si cada precepto del ECPI cuya vulneración se alega requiere de algún elemento adicional no contenido en el otro.

En este sentido, en el caso Muthaura, Kenyatta y Ali²⁵ se expuso que el artículo 7(1)(k) es “*categoría residual dentro del sistema del artículo 7 del Estatuto*” siendo inadmisibles que, si una conducta puede ser subsumida bajo un crimen específico, ésta sea perseguida mediante el crimen de otros actos inhumanos. Idéntica reflexión alcanza la Corte en el caso Katanga: “*ninguno de los hechos que constituyen crímenes de lesa humanidad de acuerdo a los artículos 7(1)(a) a (j) pueden ser simultáneamente considerados como otros actos inhumanos de acuerdo al artículo 7(1)(k) del Estatuto*”²⁶, siendo así que el cargo por el crimen de otros actos inhumanos no se confirmó debido a que la conducta quedaba ya subsumida por el crimen de asesinato y en consecuencia, no podía ser simultáneamente considerada como otros actos inhumanos²⁷.

En consecuencia, dado que se plantea la posible concurrencia del CLH de otros actos inhumanos con el CLH de encarcelación u otra privación grave de la libertad física en privación de normas fundamentales de derecho internacional, el carácter residual del artículo 7(1)(k) y la propia jurisprudencia de la Corte con respecto a la acumulación de cargos determina que esta solo será posible respecto a aquellos hechos y circunstancias descritas en los cargos que no queden cubiertos por el crimen ya imputado. Procede, por tanto, determinar cuáles son los hechos que alcanzan dicha imputación.

²³ ICC, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, *Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, No.: ICC-01/05-01/08, 15 June 2009, (en adelante, DCC Bemba), para. 202.

²⁴ Ibidem.

²⁵ DCC Muthaura, Kenyatta y Ali, cit., para. 269.

²⁶ DCC Katanga, cit., para. 452.

²⁷ Id., paras. 461 y 465.

B. El marco fáctico para la posible imputación del CLH de otros actos inhumanos

Como se ha indicado, el carácter residual del CLH de otros actos inhumanos exige que los hechos que se subsuman en este precepto no quepan en otros apartados del artículo 7 del ECPI. En lo que respecta al caso del Sr. Supremo, el CLH de encarcelación entre sus elementos requiere que *“el autor haya encarcelado a una o más personas o las haya sometido de otra manera, a una privación grave de la libertad física”*²⁸. Conforme a este crimen y siguiendo la línea jurisprudencial de la CIDH *“nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aun calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad”*²⁹.

En consecuencia, la privación de libertad y las condiciones en las que se producen forman parte de los elementos materiales del CLH de encarcelación, siendo el respeto a la libertad ambulatoria el bien jurídico protegido. En cambio, el CLH de otros actos inhumanos es una categoría genérica, solo accionable cuando una conducta no puede encuadrarse en uno de los crímenes específicamente listados en el artículo 7 del ECPI.

Es por ello que no existe fundamento para la inclusión de un cargo de CLH de otros actos inhumanos respecto de los hechos derivados directamente de la privación de libertad de los refugiados sámalos. Estos hechos y circunstancias están contemplados en el crimen imputado y previsto en el artículo 7(1)(e) del ECPI. Admitir su inclusión constituiría una vulneración del principio *non bis in idem*, consagrado en el artículo 20 del ECPI al provocar una consideración simultánea de unos mismos hechos bajo dos crímenes distintos.

El marco fáctico de la DCC acredita la existencia de una serie de lesiones, derivadas de los golpes que recibieron los refugiados sámalos durante su detención, así como siete abortos³⁰. A este respecto, no niega la Defensa que se trata de circunstancias que exceden los elementos que componen el CLH de encarcelación pero las mismas no revisten la entidad suficiente para poder dar lugar a la imputación del CLH de otros actos inhumanos.

²⁸ Artículo 7(1)(e) EC.

²⁹ CIDH, Acosta Calderón vs. Ecuador, *Sentencia, fondo, reparaciones y costas*, de 24 de junio de 2005, para. 57.

³⁰ NH 13.

C. La no concurrencia de los elementos del CLH de otros actos inhumanos con respecto a los hechos y circunstancias que exceden de los elementos que componen el CLH de encarcelación

Una vez delimitados los hechos y circunstancias establecidos en la DCC que no quedan cubiertos por el artículo 7(1)(e) del ECPI, para la imputación del CLH de otros actos inhumanos es requisito imprescindible que quede acreditado que tales hechos cumplan con los elementos previstos en relación con el artículo 7(1)(k) del ECPI.

En aras a una mayor claridad de nuestra exposición, realizaremos un análisis inverso al habitual a este respecto y haremos referencia, en primer lugar, los elementos específicos y, en segundo lugar, los elementos contextuales del artículo 7(1)(k).

El punto de partida a este respecto es el de establecer un concepto de otros actos inhumanos. El ECPI califica como CLH de otros actos inhumanos a aquellos “*de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física*”³¹. Tanto la CPI³², como los Tribunales ad hoc³³ han venido definiendo al crimen de otros actos inhumanos como “*las violaciones graves de derecho internacional consuetudinario y de los derechos básicos pertenecientes a los seres humanos en contrariedad a las normas de Derecho Internacional Humanitario...*”.

La comisión del CLH de otros actos inhumanos exige que “*el autor haya causado mediante un acto inhumano grandes sufrimientos o atentado gravemente contra la integridad física o la salud mental o física*”³⁴. Es complejo establecer cuál es el nivel de sufrimiento que reclama este artículo.

La CPI ha venido utilizando la regla 145 RPP³⁵ como herramienta interpretativa para estudiar si una conducta delictiva guarda la suficiente gravedad como para que sea de su

³¹ Artículo 7(1)(k) ECPI.

³² DCC Katanga, cit., para. 450.

³³ ICTY, Prosecutor v. Tadic, No.: IT-94-1-T, *Judgement*, 7 May 1997, para. 729; Sentencia Kupreskic, cit., paras. 562 y ss.

³⁴ Artículo 7(1)(k)(1).1 EC.

³⁵ DCC Muthaura, Kenyatta y Ali, cit., para. 50.

competencia. Esta regla prevé entre sus parámetros para determinar la pena “*la magnitud del daño causado, en particular a las víctimas y sus familiares, la índole de la conducta ilícita y los medios empleados para perpetrar el crimen*”³⁶.

Asimismo, el segundo elemento específico del CLH de otros actos inhumanos es la aplicación de la regla *eiusdem generis*. Esta necesidad deriva de la determinación de otros actos inhumanos como de “carácter similar”. La nota al pie 30 en los Elementos de los Crímenes (en adelante, EC) clarifica el término “*carácter*” de la siguiente forma: “*Se entiende que “carácter” se refiere a la naturaleza y la gravedad del acto*”. De manera más clara, los actos cometidos deben revestir una gravedad como mínimo similar, o ser superior, a la contemplada en los demás CLH.

Los hechos no cubiertos por el artículo (7)(1)(e) se encuentran muy lejos de la gravedad de otros asuntos que han sido competencia de la Corte. A modo de ejemplo, en el informe elaborado por la propia Fiscalía en el asunto de Iraq³⁷ se citaban comparativamente tres situaciones (Norte de Uganda, el Congo y Darfur) en las que se investigaban miles de muertes, violencia sexual y secuestros a gran escala lo cual provocó el desplazamiento de hasta 5 millones de personas. La Fiscalía teniendo en cuenta estos datos concluyó que el asunto de Iraq no superaba el umbral de gravedad requerido para el inicio de una investigación debido al bajo número de víctimas.

Exactamente bajo las mismas circunstancias nos encontramos ante la situación en la RdC. Los hechos no cubiertos por la imputación del CLH de encarcelación no superan el umbral de gravedad aplicable al CLH de “otros actos inhumanos” en cuanto a su comparación con el resto de apartados del artículo 7(1) del ECPI.

Pero no solo se trata de la no concurrencia de los elementos específicos del CLH de otros actos inhumanos sino que esta Defensa entiende que tampoco concurren, con respecto de los actos no subsumidos en el marco del artículo 7(1)(e) del ECPI, los elementos contextuales del CLH.

³⁶ Regla 145(1)(C) RPP.

³⁷ ICC, *Office of the Prosecutor response to communications received concerning Iraq*, 9 de February 2006. [En línea]. Disponible en <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/04D143C8-19FB-466C-AB77-4CDB2FDEBEF7/143682/OTP_letter_to_senders_re_Iraq_9_February_2006.pdf>. [Consulta 03.03.2018].

En este sentido, para encontrarnos ante un CLH el artículo 7 ECPI requiere que los hechos sean perpetrados como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra la población civil, en concordancia con una política estatal y con conocimiento de dicho ataque. La Sentencia Katanga³⁸ estableció los criterios para esta consideración, que son el análisis de la existencia del ataque en los términos del artículo 7(2) del ECPI; caracterización del ataque como generalizado o sistemático, nexo entre estos elementos y el elemento contextual subjetivo.

En primer lugar, no se puede considerar la existencia del ataque en los términos del artículo 7(2)(a) del ECPI. De conformidad con este apartado la perpetración de un CLH debe implicar la comisión múltiple de actos inhumanos, dirigidos contra la población civil, y que tales actos sean llevados a cabo en el cumplimiento de una política estatal.

En segundo lugar, el ataque no puede caracterizarse como generalizado o sistemático. Esta identificación del ataque como generalizado o sistemático, establecida en el artículo 7 EC es el fundamento principal, junto a la gravedad, que eleva una conducta punible a la categoría de acto inhumano³⁹.

El término generalizado hace referencia a aspectos cuantitativos como la naturaleza a gran escala del ataque. Debiendo producirse un ataque masivo, frecuente y que implique un alto número de víctimas⁴⁰. Mientras el adjetivo sistemático alude a la existencia de actos de violencia organizados, de un patrón de conducta repetida, y no a la simple concurrencia de actos aleatorios⁴¹.

³⁸ ICC, The Prosecutor v. Germain Katanga, *Judgment pursuant to article 74 of the Statute*, No.: ICC-01/04-01/07, 7 March 2014, (en adelante, Sentencia Katanga), paras. 1094 y ss.

³⁹ Vid. SCHABAS, W. A., *An Introduction to the International Criminal Court*, cit., p. 101.

⁴⁰ DCC Bemba, cit., para. 83.

⁴¹ ICC, The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman, *Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute*, No.: ICC- 02/05-01/07-1-Corr, 27 April 2007, para. 62.

La no caracterización del ataque como generalizado o sistemático ha sido interpretado por la CPI y los Tribunales *ad hoc* para excluir actos aleatorios o aislados de la noción de CLH⁴². En el presente caso, en relación con los abortos sufridos, hechos no cubiertos en el ámbito del cargo confirmado, no se dan tales requisitos. Únicamente ascienden a siete los embarazos perdidos⁴³ y las lesiones no se encuadran dentro de “*una campaña, operación o una serie de acciones dirigidas contra la población civil*” como ha requerido la jurisprudencia de la CPI⁴⁴. Se trata de actos aislados producidos por los excesos de agentes de fronteras ante los reclamos de algunos de los detenidos sámalos.

Tampoco concurre el elemento contextual subjetivo requerido a este respecto. Los hechos bajo análisis no permiten demostrar el grado de conocimiento necesario para entender que el Sr Supremo cumple la *mens rea* exigida. El acusado no conocía que los hechos sobre los cuales se pretende sustentar el CLH de otros actos inhumanos estaban siendo cometidos. Así los EC requiere probar que el acusado “*haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo*”⁴⁵. Teniendo en cuenta que delegó todo tipo de funciones acerca de las fronteras a sus respectivos Ministros⁴⁶, es dudosa la existencia del conocimiento del ataque.

En definitiva, no procede la modificación de la tipificación jurídica de los hechos conforme a la norma 55(2) del RCPI, ya que tal modificación excede del marco fáctico de la DCC. Las circunstancias de la detención ya fueron previstas en la DCC como CLH de encarcelación u otra privación grave de la libertad. Volver a disponer de las mismas conductas para calificarlas como “otros actos inhumanos” rompe la máxima *non bis in idem*.

Si, aun así, existe incertidumbre sobre si las lesiones causadas, o la pérdida de embarazos pudieren legitimar el cargo de CLH de otros actos inhumanos por cuanto podría

⁴² Ibid. En el marco del Tribunal Penal Internacional para Ruanda pueden citarse los siguientes casos: ICTR, The Prosecutor v. Rutaganda, *Trial Judgement*, No.: ICTR-96-3-T, 6 December 1999, paras. 67-69; ICTR, The Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, *Judgement*, No.: ICTR-95-1-T, 21 May 1999, paras. 122-123.

⁴³ NH 7.

⁴⁴ Sentencia Katanga, para. 1101.

⁴⁵ Artículo 7(1)(a) EC.

⁴⁶ NH 14

comprenderse que existen intereses jurídicos que por sí solo el CLH de encarcelación no protege⁴⁷, estos hechos no cumplen los requisitos de gravedad del artículo 7(1)(k). Ignorar esta regla supondría el recurso a la simple analogía contra el reo⁴⁸, totalmente proscrita en el ámbito penal⁴⁹.

Tampoco se encuentran los requisitos de sistematicidad o generalidad que son que el sello distintivo⁵⁰ del CLH. Simplemente nos encontramos ante una serie de actos despreciables, pero de carácter aislado en su naturaleza y consecuencias, por lo que quedan excluidos del sentido del artículo 7 del ECPI⁵¹.

En efecto, las alternativas que se plantean resultan atentatorias a las normas fundamentales del proceso y de las garantías propias del sistema penal internacional. Aceptar la emisión de la notificación requerida a este respecto supone, bien vulnerar el principio *non bis in idem*, bien atentar contra el principio de tipicidad, bien ampliar los hechos y circunstancias descritos en el caso.

Por todo ello, esta Defensa rechaza la emisión de la notificación de acuerdo a la norma 55(2) del RCPI para la inclusión adicional del cargo de CLH de otros actos inhumanos al sr. Supremo.

⁴⁷ ICC, The Prosecutor v. Dominic Ongwen, *Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen*, No.: ICC-02/04-01/15, 23 March 2016, para. 91.

⁴⁸ AMBOS, K., “Remarks on the General Part of International Criminal Law”, *Journal of International Criminal Justice*, 4 (2006), pp .660-673.

⁴⁹ Artículo 22(2) ECPI

⁵⁰ UNITED NATIONS, *Report of the Commission to the General Assembly on the work of its forty-sixth session*, Yearbook of the International Law Commission, Volume II, Part Two, A/CN.4/SER.A/1994/Add.1 (Part 2), p. 40.

⁵¹ Cfr. Sentencia Katanga, cit., para. 1124.

2.b. No debe emitirse la notificación relativa a la posible responsabilidad del Sr. Supremo en calidad de superior jerárquico conforme al artículo 28 del ECPI.

La Defensa del Sr. Carlos Alfredo Supremo se posiciona en contra de la emisión de esta notificación. Adicionalmente a los argumentos referidos a los elementos procesales atendidos en el punto 1 de este escrito, que ya se muestran suficientes para no admitir la notificación prevista en la norma 55(2) del RCPI, consideramos que la Sala no debe emitir una notificación relativa a la posible responsabilidad del Sr. Supremo en calidad de superior jerárquico conforme al artículo 28 ECPI porque los hechos no dan lugar a la responsabilidad del acusado ni a título de coautoría por omisión, ni a título de responsabilidad del superior jerárquico.

Nuestra argumentación partirá de analizar la improcedencia de la responsabilidad del acusado a título de superior jerárquico, de acuerdo al artículo 28 del ECPI, cuestión controvertida en este punto. A mayor abundamiento, posteriormente se señalará que los hechos tampoco dan lugar a la responsabilidad del acusado a título de coautoría por omisión.

A. Responsabilidad del acusado a título de superior jerárquico: artículo 28 ECPI

Esta Defensa se opone a considerar que la actuación del Sr. Supremo puede enmarcarse dentro del modo de responsabilidad previsto en el artículo 28(1)(a) del ECPI.

Para valorar la responsabilidad penal del Sr. Supremo conforme al artículo 28(1)(a) del ECPI debemos acudir al caso Bemba⁵², en el que la CPI estableció los elementos para que un superior incurra en responsabilidad penal conforme al artículo 28(1)(a) del ECPI.

El análisis de estos elementos de la jurisprudencia de la CPI se complementará con la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (en adelante, TPIY), de gran relevancia a este respecto puesto que se trata de la primera jurisdicción que introduce el concepto de la responsabilidad del superior jerárquico en un Tribunal Penal Internacional.

Los elementos que nos ofrece el caso Bemba⁵³ son los siguientes:

⁵² DCC Bemba, cit., paras. 407 y ss.

⁵³ Ibidem.

- *El sospechoso debe ser un superior militar, o una persona que actúe efectivamente como tal.*
- *El sospechoso debe tener un mando y control efectivo, o una autoridad y control efectivo, sobre las fuerzas que cometieron uno o más delitos previstos en los artículos 6 a 8 del Estatuto.*
- *Los delitos cometidos por sus fuerzas resultaron de la omisión del sospechoso de ejercitar un adecuado control sobre las mismas.*
- *El sospechoso conocía, o debido a las circunstancias vigentes al momento, hubiere debido saber, que las fuerzas estaban cometiendo o iban a cometer uno o más delitos previsto en los arts. 6 a 8 del Estatuto.*
- *El sospechoso no adoptó las medidas necesarias y razonables a su disposición para evitar o castigar la comisión de tales delitos, o dejó de informar sobre el asunto a las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento.*

En su condición de Presidente de la RdC y, como tal, Jefe de Gobierno y Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, el sr. Supremo, el cumplimiento del primer requisito establecido en el caso Bemba admite poca duda.

La cuestión esencial, para esta Defensa hace referencia al cuarto requisito. En efecto, para incurrir en responsabilidad penal deben cumplirse todos los elementos pero la representación procesal del sr. Supremo, considera que no se cumple la exigencia de que “*el sospechoso conocía, o debido a las circunstancias vigentes al momento, hubiere debido saber, que las fuerzas estaban cometiendo o iban a cometer uno o más delitos previsto en los arts. 6 a 8 del Estatuto*”.

Este requisito plantea el conocimiento del superior desde una perspectiva alternativa. Bien un conocimiento cierto o bien la obligación de haber conocido. A este respecto, la CPI en el caso Bemba expuso que el conocimiento requería que el superior tiene que haber sido realmente consciente de que sus subordinados se proponían cometer delitos o los estaban

cometiendo⁵⁴. La existencia de este conocimiento no puede presumirse, sino que debe probarse a través de prueba directa o, a falta de ésta, a través de prueba circunstancial⁵⁵.

En este sentido, conviene recordar que el Jean-Pierre Bemba era el comandante jefe del Movimiento de Liberación del Congo (en adelante, MLC). La organización del MLC incorporaba un jefe del Estado Mayor que informaba al sr. Bemba sobre la ejecución de las decisiones y coordinaba las actividades del resto de miembros del Estado Mayor⁵⁶.

A este respecto, la CPI aceptó las pruebas testificales presentadas por la Fiscalía, considerando que existían motivos sustanciales para confirmar la existencia de un sistema de información y seguimiento dentro del MLC, que permitió al imputado recibir informes orales y escritos diariamente, monitorear las operaciones desarrolladas por las fuerzas armadas y transmitir sus órdenes⁵⁷. Asimismo, la CPI tuvo en consideración el viaje realizado por el Sr. Bemba al lugar donde sucedían los crímenes, en el que conoció de primera mano todos los delitos cometidos por los soldados del MLC⁵⁸.

En el caso del Sr. Supremo la situación es radicalmente distinta. Nuestro acusado desconocía que los crímenes estuvieran ocurriendo o, incluso, que pudieran ocurrir. El sr. Supremo dictó el Decreto 76/2013, de 6 de febrero, que solo preveía la no entrada en el país de los refugiados sámalos⁵⁹ y no las detenciones y las condiciones que devinieron como resultado de aquéllas. De hecho, en el gabinete convocado para la implementación del Decreto en el que sus ministros diseñan el plan de detención que es el origen de los hechos que se someten a consideración de esta Corte, no hay pruebas directas de que se acordó que esas detenciones se desarrollasen de la forma en la que finalmente se desarrollaron, es decir, con métodos contrarios a los derechos de los encarcelados. Además, tal consideración, como hemos mencionado anteriormente, no puede presumirse.

⁵⁴ DCC Bemba, paras. 429-430.

⁵⁵ Ibid.; Prosecutor v. Delic, *Judgment*, No.: IT-04-83-T, 15 September 2008, para. 64; TIPY, The Prosecutor v. Hadzihasanovic, *Judgment*, No.: IT-01-47-T, 15 March 2006, para.94.

⁵⁶ DCC Bemba, para. 454.

⁵⁷ Id., para. 459.

⁵⁸ Id., para. 471.

⁵⁹ RPA 9.

Por tanto, no cabe comparar la situación del sr. Supremo con los hechos que dieron lugar a la decisión de esta Corte en el caso Bemba. Aquel tenía establecido un sistema de información e incluso, como ha apuntado la jurisprudencia, llegó a dar órdenes a sus subordinados, viajó al lugar de los hechos y fue plenamente consciente de lo que sucedía. A pesar de su posición no usó todas las medidas que estaban en su poder para evitarlo. El Sr. Supremo, por el contrario, delegó en sus ministros, personas con plena capacidad y responsabilidad como miembros del poder ejecutivo⁶⁰, la competencia sobre fronteras. Si hubiesen advertido alguna anomalía en el protocolo a seguir con las detenciones, deberían haber actuado de primera mano o haber comunicado al sr. Supremo la situación, ya que el acusado no podía atender todos los problemas que planteaba una Presidencia de un Estado con una tesitura como la de la RdC. Para ello, contaba con el apoyo del resto de cargos que formaban parte del Poder Ejecutivo. Si al Sr. Supremo no se le informó de la situación, era imposible que fuera consciente.

Además, la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales reafirma el rechazo de una responsabilidad por mera negligencia en la obtención del conocimiento, es necesario que el superior disponga de cierta información oral o escrita que apunte, al menos, el riesgo de la comisión de los crímenes⁶¹. El TPIY en el caso Oric, requirió que si el superior recibe información, debe poder sacar conclusiones de la existencia de los crímenes, por tanto, no toda información es válida, si no aquella que refleje que puede darse esa comisión⁶². El sr. Supremo no tenía la obligación de conocer la comisión de esos crímenes por un plan de detención necesario para establecer el orden en las fronteras de Campomarino, ya que estas detenciones podían haberse dado perfectamente dentro de un marco legal.

Los Tribunales Penales Internacionales ya abandonaron la idea de la jurisprudencia de posguerra, y exigieron que al menos el superior jerárquico tuviera o dispusiera de información que le permitiera conocer la existencia de los crímenes⁶³. Un ejemplo evidente

⁶⁰ NH 3.

⁶¹ ICTY, *The Prosecutor v. Mucic et al.*, *Appeal Judgement*, No.: IT-96-21-A, 20 February 2001, para. 238.

⁶² ICTY, *The Prosecutor v. Oric*, *Judgement*, No.: IT-03-68-T, 30 June 2006, para. 322.

⁶³ GARROCHO SALCEDO, A.M., *La Responsabilidad del Superior por Omisión en Derecho Penal Internacional*, Aranzadi, Navarra, 2016, p. 98.

es el caso mencionado anteriormente. Oric fue absuelto por falta de pruebas que constataran que efectivamente la información que disponía era suficiente para sacar la conclusión de la comisión de los crímenes.

La ausencia de ese elemento es razón suficiente para rechazar la posibilidad de imputar el modo de responsabilidad recogido en el artículo 28 del ECPI. Además, la ausencia de este requisito supone la ausencia del último aquel que exige el sospechoso no adoptara las medidas necesarias y razonables a su disposición para evitar o castigar la comisión de tales delitos, o dejara de informar sobre el asunto a las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento. Resulta imposible quien no sabe algo y no ha tenido oportunidad de conocerlo puede adoptar las medidas para evitarlo o castigarlo. En consecuencia, la ausencia del cuarto requisito establecido en el caso Bemba supone la ausencia también del quinto y, por tanto, el incumplimiento de las exigencias jurisprudenciales de esta Corte para la aplicación del artículo 28 ECPI.

Por ello, esta Defensa rechaza que se pueda considerar pertinente la emisión de una notificación relativa a la posible responsabilidad del sr. Supremo en calidad de superior jerárquico conforme al artículo 28 del ECPI.

B. Responsabilidad del acusado a título de coautoría por omisión: artículo 25(3)(a) del ECPI

La cuestión esencial a dilucidar en este punto era la posibilidad de considerar la responsabilidad del acusado por los hechos confirmados en la DCC, en el marco del artículo 28 del ECPI. No obstante, la representación procesal del sr. Supremo también se opone a considerar la responsabilidad del acusado a título de coautoría por omisión.

En efecto, el rechazo al modo de responsabilidad del artículo 28(a) conlleva, intrínsecamente, el rechazo al modo de responsabilidad vinculado al artículo 25(3)(a). A este respecto, debemos traer a colación la DCC en el caso Bemba⁶⁴ y Gbagbo⁶⁵. En ambos casos, la CPI se apoya en una interpretación sistemática al señalar que, mientras en el ámbito del

⁶⁴ DCC Bemba, cit., para. 405.

⁶⁵ DCC Gbagbo, cit., para. 262.

artículo 25 del ECPI, el imputado ha de ser consciente del resultado de su propia conducta, ya sea como autor o partícipe, en el marco del artículo 28 del ECPI el superior no necesita tener consciencia del propio resultado, porque el delito no es el resultado directo de su propia conducta, si no de la actuación de sus subordinados⁶⁶.

En relación a la cuestión relativa al modo de responsabilidad de coautoría por omisión, el artículo 25(3)(a) ECPI establece que “*será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien cometa ese crimen por sí solo con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable*”. Así, la jurisprudencia de la CPI en el caso Lubanga se ha encargado de matizar las categorías de delincuentes que cubre el artículo 25(3)(a), a saber: aquel que físicamente comete el crimen (comisión directa); aquel que comete el crimen a través de otra persona (comisión indirecta); o aquel que domina funcionalmente la acción debido a las tareas esenciales que le corresponden. Este último supuesto incluye la comisión de un delito coordinado en ejecución de un plan común⁶⁷.

Tal y como se deduce de la DCC contra el sr. Supremo, la imputación se realiza bajo la última de las modalidades, al existir en opinión de la SCP IX, un plan común dirigido a la perpetración de los crímenes que aquí se están analizando.

En concreto, de acuerdo a la jurisprudencia de la CPI ⁶⁸, para poder declarar la responsabilidad conforme al artículo 25(3)(a) debe concurrir la existencia de un plan común entre distintos coautores para cometer delitos o participar en conductas que, en el curso ordinario de los acontecimientos, darán lugar a la comisión de delitos; el acusado debe proporcionar una contribución esencial al plan común. Adicionalmente, se exige un elemento subjetivo que cubra toda la acción criminal, esto es, que el acusado tenga la intención y el conocimiento requerido con respecto a los crímenes imputados.

⁶⁶ OLÁSULO ALONSO, H., *Tratado de autoría y participación en el Derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 831

⁶⁷ DCC Katanga, cit., para. 488; ICC, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, *Decision on the confirmation of charges*, No.: ICC-01/04-01/06, 29 January 2007, (en adelante, DCC Lubanga), para. 332.

⁶⁸ ICC, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, No.: ICC-01/04-01/06, 14 March 2012, (en adelante, Sentencia Lubanga) para. 1219; DCC Bemba, cit., para. 350.

En primer lugar, en relación con el acuerdo o plan común, este es inherente al concepto mismo de coautoría, “de tal manera que [...] la intervención en la comisión de un delito sin coordinación con los propios coautores queda fuera del ámbito de la coautoría en el artículo 25(3) (a) del Estatuto”⁶⁹.

Por tanto, con esta imputación, se está presumiendo que el Sr. Supremo, en ejecución de un acuerdo común y previo, decidió, activa y conscientemente, llevar a cabo los delitos que se están juzgando, esto es, CLH de encarcelamiento en privación de normas fundamentales de derecho internacional y con las condiciones descritas en la DCC, lo que difícilmente puede aceptarse con un comportamiento omisivo.

Es más, para la CPI no es suficiente con un acuerdo o plan común, sino que éste para conformar el elemento objeto que se discute, requiere que incluya un elemento de criminalidad. Según la jurisprudencia del caso Lubanga, basta con que la realización de ese acuerdo o plan común contenga el riesgo suficiente de que si los sucesos siguen el curso ordinario se cometerá un crimen, para admitir la concurrencia del elemento de criminalidad que debe regir el acuerdo o plan común⁷⁰.

Para esta Defensa, el Decreto 76/2013 carece de carácter criminal y su contenido sería insuficiente para admitir el elemento de criminalidad exigido por la Corte, puesto que la prohibición de entrada en territorio nacional sin autorización administrativa forma parte de la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales, y de ello no puede deducirse indicio alguno de criminalidad. En especial, hay que considerar que los sámalos intentaron consumir un golpe de Estado tomando el poder por las armas en la RdA durante el año 2010. Este crucial antecedente, hace necesario que la política territorial considerara la seguridad nacional y de los ciudadanos de Campomarino un aspecto primordial ante la eventual y temida amenaza de insurrección contra la RdC. Parece, en consecuencia, legítimo, necesario y exigible al Gobierno de la República la toma de medidas, como fue la prohibición de entrada a través del Decreto, que garanticen la seguridad e integridad de la República y sus ciudadanos.

⁶⁹ DCC Lubanga, cit., para. 343; DCC Katanga, cit., para. 522.

⁷⁰ DCC Lubanga, cit., para. 155.

En segundo lugar, si bien mantenemos que nuestro representado solo tuvo una actuación durante la emisión del Decreto, y que ello debiese ser suficiente para excluir su responsabilidad por los hechos que dieron lugar a este proceso, parece necesario adentrarnos en el análisis del comportamiento del Sr. Supremo y el alcance de su contribución. Solo en el caso de que esta pueda caracterizarse como esencial puede aplicarse el artículo 25(3)(a).

En nuestro caso, los crímenes imputados lo son en la modalidad de coautoría por omisión, al haber asentido tácitamente a las propuestas de los Ministros acerca de las medidas que habrían de tomarse los refugiados sámalos. Se deduce, por tanto, que la base fáctica de la imputación recae sobre los acuerdos paralelos al Decreto 76/2013 realizados por los Ministros.

La CPI ha definido qué debe entenderse por contribución esencial al plan común: aquella actividad con entidad suficiente sin la cual no habría sido cometido o habría sido cometido de una manera significativamente diferente⁷¹. Es evidente que la actuación del Sr. Supremo es contraria a la definición aportada por la propia CPI, pues éste no formó parte del acuerdo, ni era informado de las actuaciones de la policía y el ejército en relación con los refugiados sámalos⁷².

Precisamente, lo que particulariza al artículo 25(3)(a) ECPI es que nos encontramos ante un supuesto de coautoría, es decir, una persona es considerada autor del delito en su totalidad a pesar de no haber realizado todos sus elementos porque las contribuciones de los otros autores le son atribuidas en la medida en que son llevadas a cabo de manera coordinada en ejecución de un plan común. Así, para lograr diferenciar y objetivar la responsabilidad del procesado respecto de otras, la jurisprudencia⁷³ ha incorporado la teoría del dominio funcional del hecho para afirmar que un sujeto ejecuta una contribución esencial en el desarrollo del plan común.

⁷¹ Sentencia Lubanga, cit., para. 1006.

⁷² NH 14.

⁷³ En este sentido, vid. Sentencia Lubanga, cit., para. 994; DCC Lubanga, cit., para. 347; DCC Katanga, cit., para. 525; y DCC Bemba, cit., para. 350.

Así, una persona no tiene dominio funcional a menos que se le asigne una función esencial en el desarrollo del plan común⁷⁴. Sólo entonces podría estar en posición de frustrar el plan común no llevando a cabo su contribución⁷⁵. Se nos muestra fundamental esta última aclaración sobre cómo debe considerarse el dominio funcional del hecho en un plan común. Parece evidenciarse que se exige una contribución activa, y que en contraposición fuera el comportamiento omisivo el que frustra la ejecución del plan.

Por tanto, y siguiendo la línea marcada por la CPI, el Sr. Supremo no solo no ideó y organizó, sino que no era conocedor de las circunstancias que dieron lugar tras detenciones, sustentándose la acusación en la existencia de un hipotético asentimiento tácito, el cual, de existir, no contiene base fáctica y subjetiva para considerar que tiene entidad suficiente para ser susceptible de provocar daños a los bienes jurídicos en juego, por lo que la ejecución de los elementos objetivos del delito no pudieron depender del Sr. Supremo. En conclusión, no puede admitirse que los elementos que conforman la actuación omisiva del Sr. Supremo sea susceptible del modo de participación previsto en el artículo 25(3)(a) ECPI.

Por último, en relación con el análisis del elemento subjetivo, este ratifica las consideraciones realizadas hasta ahora. Como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia de la CPI, la coautoría basada en el dominio funcional exige que se cumplan los *tres elementos subjetivos* siguientes: (i) el imputado debe satisfacer los elementos subjetivos del delito en cuestión, incluyendo cualquier dolo especial que sea exigido; (ii) todos y cada uno de los coautores, incluyendo al imputado, deben ser mutuamente conscientes y aceptar mutuamente que hay una probabilidad sustancial de que llevar a cabo su plan común resultará en la realización de los elementos objetivos del delito; y (iii) el imputado debe ser consciente de las circunstancias fácticas que le permiten dominar funcionalmente el hecho.

La necesidad de que el imputado y todos los demás coautores acepten mutuamente el delito imputado en cuanto que elemento de criminalidad exige, a su vez, el conocimiento de que (i) el plan común va dirigido a la realización de un objeto punible, y que (ii) los medios a través de los que se pretende conseguir el objetivo último del plan común son ilícitos. En este sentido, como se deduce del literal de los hechos, el Sr. Supremo no participó del plan

⁷⁴ OLÁSOLO ALONSO, H., *Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional*, cit., p. 500.

⁷⁵ Sentencia Katanga artículo 76, cit., para. 994; DCC Lubanga, cit., para. 347; DCC Katanga, cit., para. 525; DCC Bemba, cit., para. 350.

común que dieron lugar a los crímenes, sino que únicamente dictó el Decreto 76/2013 e igualmente no existen indicios que permitan concluir que una política de Estado, como es la cuestión relativa a las fronteras, contenga elementos de criminalidad, especialmente cuando éstas se incluyeron en una decisión paralela y los hechos que dieron lugar a las condiciones de las detenciones fueron circunstancias sobrevenidas e incidentales.

Asimismo, se exige que el Sr. Supremo sea consciente de que su función es esencial para la realización del plan común. Esta conciencia se desvanece cuando ha quedado constancia de la delegación que el Presidente hizo sobre sus Ministros en todo lo relativo a las fronteras. El hecho de que se afirme que exista una acción común que deba estar provista del dolo, no impide afirmar que cada coautor sólo domina su propia aportación.

Por tanto, no es que no concurra el elemento subjetivo del delito para conformar el juicio de tipicidad, sino que no existía conocimiento por parte del Sr. Supremo, por lo que no puede serle imputado un crimen que escapen de su dominio funcional de hecho y del principio de responsabilidad penal personal.

Si no cabe la responsabilidad en virtud del artículo 28, que contiene el comportamiento omisivo por esencia⁷⁶, menos aún la derivada del artículo 25(2)(a). Considerar la posibilidad de configurar la responsabilidad recogida en el artículo 25(3)(a) en comisión omisiva resulta, como afirmó el voto disidente en la DCC, contrario al ECPI y, por tanto, supone contravenir el principio de legalidad, en su configuración de principio *nullum crimen sine lege* tal y como se recoge en el artículo 22 del ECPI. Esto produciría la declaración de responsabilidad penal sobre una actuación humana sin previsión legal, lo que sitúa a los sujetos en una posición de inseguridad jurídica inadmisibles cuando se trata de juzgar los crímenes más abyectos y reprobables.

Por todo ello, la Defensa del sr. Supremo se opone a considerar la responsabilidad de su representado, ni a título de coautoría por omisión ni a título de responsabilidad del superior jerárquico.

⁷⁶ SCHABAS, W. A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 430.

V. BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, K., “Remarks on the General Part of International Criminal Law”, *Journal of International Criminal Justice*, 4 (2006), pp .660-673.

GARROCHO SALCEDO, A.M., *La Responsabilidad del Superior por Omisión en Derecho Penal Internacional*, Aranzadi, Navarra, 2016

GÓMEZ DE LIAÑO, F., *Diccionario jurídico*, 5ª edición ampliada, Forum, Oviedo, 1996.

HAENEN, I., “Classifying Acts as Crimes Against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court”, *German Law Journal*, Vol. 14, November 2007, pp. 809-810.

OLÁSOLO ALONSO, H., *Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

SCHABAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*, 3rd ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

SCHABAS, W., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

UNITED NATIONS, *Report of the Commission to the General Assembly on the work of its forty-sixth session*, Yearbook of the International Law Commission, Volume II, Part Two, A/CN.4/SER.A/1994/Add.1 (Part 2).