

DÉCIMO OCTAVA EDICIÓN DE LA COMPETENCIA INTERNACIONAL

“VÍCTOR CARLOS GARCÍA MORENO” PROCEDIMIENTO ANTE

LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

(2019)

SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES III

SITUACIÓN EN LA REPÚBLICA DE CELARIA

EN EL CASO DE

LA FISCALÍA v. MELINDA ROMARÓ ET. ANA BERTANI

MEMORIAL DE LA DEFENSA

A. TABLA DE CONTENIDOS

A. TABLA DE CONTENIDOS	I
B. LISTA DE ABREVIATURAS	II
C. ÍNDICE DE AUTORIDADES	III
D. ESTABLECIMIENTO DE HECHOS	IX
E. CUESTIONES ABORDAR	XI
F. RESUMEN DE ARGUMENTOS	XII
G. ARGUMENTOS ESCRITOS	1
I. NO EXISTEN PRUEBAS SUFICIENTES DE QUE HAY MOTIVOS FUNDADOS PARA CREER DE LA EXISTENCIA DE CRÍMENES DE GUERRA EN LA REPÚBLICA DE CELARIA.	1
A.No existen pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que los hechos alegados no se dan en el contexto de un Conflicto Armado Internacional.	1
B.No existen pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que se cumplen los elementos objetivos del crimen de guerra de emplear armas que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho internacional de los conflictos armados contemplado en el artículo 8(2)(b)(xx). ...	8
C.No hay evidencia suficiente de que hay motivos fundados para creer que se cumplen los elementos objetivos del crimen de guerra de causar la muerte a un combatiente que haya depuesto las armas, o que, al no tener medios para defenderse se haya rendido a discreción, contemplado en el artículo 8(2)(b)(vi).	16
D.No hay pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que se cometió el crimen de guerra de tortura de conformidad con el artículo 8(2)(a)(ii) del ECPI.	20
II.NO HAY PRUEBAS SUFICIENTES DE QUE HAY MOTIVOS FUNDADOS PARA CREER QUE MELINDA ROMARÓ Y ANA BERTANI SON RESPONSABLES COMO COAUTORAS DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 25(3)(a) DEL ECPI POR LA COMISIÓN DE CRÍMENES DE GUERRA.	22
A.No hay pruebas suficientes de qué hay motivos fundados para creer que Melinda Romaró y Ana Bertani son responsables como coautoras por el crimen de guerra de tortura.	23
B.No hay pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que Melinda Romaró y Ana Bertani son responsables por coautoría mediata a través de un aparato organizado de poder por los crímenes de guerra contemplados en los artículos 8(2)(b)(xx) y 8(2)(b)(vi) del ECPI.	27
H. REFERENCIAS	33

B. LISTA DE ABREVIATURAS

ABREVIATURA	CONCEPTO
AREHII	Artículos sobre Responsabilidad del estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos
CAI	Conflicto Armado Internacional
CANI	Conflicto Armado no Internacional
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
COIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPI	Corte Penal Internacional
CVDT	Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados
DIH	Derecho Internacional Humanitario
EB	Estado de Breña
EC	Elementos de los Crímenes
ECPI	Estatuto de la Corte Penal Internacional
FAE	Fuerzas Armadas de un Estado
FCC	Fuerza Civil de Celaria
FPLC	Frente Popular de Liberación de Celaria
MLR	Media Luna Roja
NCSL	Nullum Crime Sine Lege
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PA-I	I Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949
Programa VCGM	Programa de Apoyo para Vivienda y Comida en el Marco de la Guerra de Marzo
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

C. ÍNDICE DE AUTORIDADES

Instrumentos Internacionales.

- Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, 27 de junio de 1981, U.N.T.S. 26363
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, U.N.T.S. 17955
- Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, U.N.T.S. I-18232
- Convención II de la Haya de 1899 relativa a las leyes y usos de la Guerra Terrestre, 29 de julio de 1899
- Convenio Europeo de Derechos Humanos, 4 de noviembre de 1950, U.N.T.S. 2889
- Elementos de los Crímenes, 9 de septiembre de 2002, ICC-ASP/1/3
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1 de julio de 2002, U.N.T.S. No. 38544
- III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, 12 de agosto de 1949, U.N.T.S. 970
- IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 12 de agosto de 1949, U.N.T.S. 973
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 23 de marzo de 1976, U.N.T.S. 14668
- Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, 8 de junio de 1977, U.N.T.S. 17512
- Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 8 de junio de 1977, U.N.T.S. 17513

Asamblea de Estados Parte de la Corte Penal Internacional.

- Asamblea de Estados Parte, *Amendments to article 8 of the Rome Statute*, 12º Sesión Plenaria, 10 de junio de 2010, RC/Res.5, Anexo I y II
- Asamblea de Estados Parte, *El crimen de agresión*, 13º Sesión Plenaria, 11 de junio de 2010, RC/Res.6, Anexo I y II
- Asamblea de Estados Parte, *Informe del Grupo de trabajo sobre las enmiendas*, Anexo II. Enmienda del artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativa al uso de armas nucleares, Documento de posición, 3(d), 10º periodo de sesiones, 9 de diciembre de 2011, ICC-ASP/10/32.

- Asamblea de Estados Parte, *Resolución sobre las enmiendas al artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, 12º Sesión Plenaria, 14 de diciembre de 2017, ICC-ASP/16/Res.4, Anexos I, II, III, IV, V y VI

Corte Internacional de Justicia.

- Corte Internacional de Justicia, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 8 de julio de 1996, N° 95

Corte Penal Internacional.

- CPI, *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, Corrigendum of the “Decision on the Confirmation of Charges”, Pre-Trial Chamber I, 7 de marzo de 2011, ICC-02/05-03/09
- CPI, *Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, 8 de febrero de 2010, ICC-02/05-02/09
- CPI, *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda, Pre Trial Chamber II, 9 de junio de 2009, ICC-01/04-02/06
- CPI, *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, Decision on the confirmation of charges, Pre-Trial Chamber, 26 de diciembre de 2011, ICC-01/04-01/10
- CPI, *Prosecutor v. Charles Blé Goudé*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, 11 de diciembre de 2014, ICC-02/11-02/11
- CPI, *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, Pre-Trial Chamber II, 23 de enero de 2012, ICC-01/09-02/11
- CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the confirmation of charges, Pre-Trial Chamber I, 30 de septiembre de 2008, ICC-01/04-01/07
- CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II, 15 de junio de 2009, ICC-01/05-01/08
- CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Trial Chamber III, 21 de marzo de 2016, ICC-01/05-01/08

- CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, 29 de enero de 2007, ICC-01/04-01/06
- CPI, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Judgment*, Trial Chamber VI, 8 de julio de 2019, ICC-01/04-02/06
- CPI, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad al Bashir (“Omar Al Bashir”)*, Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 de marzo de 2009, ICC-02/05-01/09
- CPI, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, Trial Chamber I, 14 de marzo de 2012, ICC-01/04-01/06

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.

- TPIY, *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Judgement, 21 de julio de 2000, IT-95-17/1-A
- TPIY, *Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, Judgment, Appeals Chamber, 17 de diciembre de 2004, IT-95-14/2-A
- TPIY, *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*, Judgement, Appeals Chamber, 12 de junio de 2002, IT-96-23& IT-96-23/1-A
- TPIY, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeal Chamber, 2 de octubre de 1995, IT-94-1
- TPIY, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Judgement, Appeals Chamber, 15 de julio de 1999, IT-94-1-A
- TPIY, *Prosecutor v. Fatmir Limaj, Haradin Bala and Isak Musliu*, Judgement, Trial Chamber II, 30 de noviembre de 2005, IT-03-66-T
- TPIY, *Prosecutor v. Ivica Rajic & Viktor Andric*, Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, Trial Chamber, 13 de septiembre de 1996, IT-95-12-R61
- TPIY, *Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, Judgment, Trial Chamber II, 15 de marzo de 2002, IT-97-25-T
- TPIY, *Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Milojica Kos, Mlado Radic, Zoran Zigic and Dragoljub Prcac*, Judgment, Appeals Chamber, 28 de febrero de 2005, IT-98-30/1-A
- TPIY, *Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Milojica Kos, Mlado Radic, Zoran Zigic and Dragoljub Prcac*, Judgment, Trial Chamber, 2 de noviembre de 2001, IT-98-30/1-T

- TPIY, *Prosecutor v. Radislav Kristic*, Judgment, Trial Chamber, 2 de agosto de 2001, IT-98-33-T
- TPIY, *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Judgement, Appeals Chamber, 29 de julio de 2004, IT-95-114-A
- TPIY, *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Judgment, Trial Chamber, 3 de marzo de 2000, IT-95-14-T
- TPIY, *Prosecutor v. Vidoje Blagojevic and Dragan Jokic*, Judgement, Trial Chamber I, Section A, 17 de enero de 2005, IT-02-60-T
- TPIY, *Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papc , Vladimir Santic*, Judgement, Trial Chamber, 14 de enero de 2000, IT-95-16-T
- TPIY, *The Prosecutor v. Jadranko Prlic, Bruno Stojic, Slobodan Praljak, Milivoj Petkovic, Valentin Coric and Berislav Pusic*, Judgment (Volume 1 of 6), Trial Chamber III, 29 de mayo de 2013, IT-04-74-T
- TPIY, *The Prosecutor v. Jadranko Prlic, Bruno Stojic, Slobodan Praljak, Milivoj Petkovic, Valentin Coric and Berislav Pusic*, Judgement (volume 3 of 6), Trial Chamber III, 29 de mayo de 2013, IT-04-74-T

Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

- TPIR, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Judgement, Chamber I, 2 de septiembre de 1998, ICTR-96-4-T

Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- COIDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas), 30 de mayo de 1999, serie c 52
- CoIDH, *Caso Gutiérrez vs. Colombia*, Sentencia de 12 de septiembre de 2005, Serie C, No. 132
- COIDH, *Caso Kimel vs. Argentina* (Fondo, Reparaciones y Costas), 2 de mayo de 2008, serie c 177
- COIDH, *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de noviembre de 2018, serie c 371
- COIDH, *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 20 de noviembre de 2009, serie c 207

- COIDH, Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, Sentencia, 4 de julio de 2006, serie c 149

Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Court, *Case of Kokkonakis v. Greece*, 25 de mayo de 1993, Application n° 14307/88

Sistema de Naciones Unidas.

- Comisión de Derecho Internacional, Asamblea General, Proyecto de artículos sobre Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, A/RES/56/83, 28 de enero de 2001.
- Comisión de Derecho Internacional, *Comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos 53ª Sesión*, 19 de marzo, 3 de abril, 1 de mayo y 28 de junio de 2001, A/CN.4/515
- Comisión de Derecho Internacional, *Proyecto de artículos sobre Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos con comentarios*, 2001, A/56/10
- ONU, Asamblea General 217 (III), International Bill of Human Rights, 10 de diciembre de 1948
- ONU, Asamblea General del Consejo de Derechos Humanos, Informe del Grupo de Trabajo sobre el uso de mercenarios como medios para violar derechos humanos e impedir el ejercicio de las personas de autodeterminarse, Anexo: Proyecto de una posible convención sobre las personas militares y de seguridad privada (EMSP) para su examen y la adopción de medidas por el Consejo de Derechos Humanos, 2 de julio de 2010, A/HRC/15/25
- ONU, Asamblea General del Consejo de Seguridad, Carta de fecha 2 de octubre de 2008 dirigida al Secretario General por el Representante Permanente de Suiza ante las Naciones Unidas, Anexo: Documento de Montreux, sobre las obligaciones jurídicas internacionales pertinentes y las buenas prácticas de los Estados en lo que respecta a las operaciones de las empresas militares y de seguridad privadas durante los conflictos armados, 6 de octubre de 2008, A/63/467-S/2007/636
- ONU, Asamblea General, *Grupo de Expertos Gubernamentales sobre los Avances en la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional*, Asamblea General, 22 de julio de 2015, A/70/174
- ONU, Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, *Informe del Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional*, 14 de abril de 1998, A/CONF.183/2/Add.1

- ONU, Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, General Assembly (51° Session), marzo-abril y agosto de 1996, A/51/22

D. ESTABLECIMIENTO DE HECHOS

La República de Celaria se encuentra al norte del continente de Zokoro, compartiendo frontera con Romeria al norte, al sur con Troperia, al oeste con el Océano Armíátrico y al este con el Océano Atlántico.

La buena relación del Estado de Celaria con la República de Breña permitió que se consolidara una provechosa relación comercial entre ambos Estados. Sin embargo, en 2015 asumió la presidencia el señor John Lannister.

El presidente comenzó a nacionalizar la industria de Celaria, lo que provocó que las relaciones comerciales con la República de Breña se deterioraran, lo cual generó inestabilidad económica y política en el Estado.

Lo anterior provocó inconformidad en el pueblo de Celaria, el cual comenzó a manifestarse en las calles del Estado, como reacción el Estado comenzó a reprimir las protestas, siendo la más violenta la acontecida el 02 de marzo de 2016.

En consecuencia, fue creado el Frente Popular por la Liberación de Celaria, con la misión de liberar a Estado del gobierno de Lannister; este Frente estaba a cargo del General Rufus Naddeo, y se dividía en la División Norte a cargo del General Domaní, y la División Centro-Sur a cargo de la General Romaró.

En el contexto de las hostilidades y como apoyo a la población desplazada, el Estado de Celaria creó el Programa de Apoyo para Vivienda y Comida en el Marco de la Guerra de Marzo.

En el transcurso de las hostilidades Breña decidió apoyar al Frente, con la idea de que un cambio de régimen propiciaría el restablecimiento de relaciones comerciales entre ambos Estados. El apoyo fue otorgado en dos vías, en primer lugar, a través del otorgamiento de 1,500 elementos del ejército de Breña, y por otro, a través de la contratación de 1,000 miembros de la empresa WarClean, bajo el mando de la Teniente Ana Bertani, estos últimos se integrarían a la estructura del Frente.

Dentro del desarrollo del conflicto se suscitaron acciones tales como la captura e interrogación a soldados del Ejército de Celaria; como parte de la estrategia del Frente, se determinó usar un software de reciente creación, denominado Nikouls, el cual cumpliría con funciones de inteligencia y espionaje, y en una etapa posterior, inhabilitaría sistemas para facilitar las operaciones ofensivas del Frente.

Tanto la General Romaró como la Teniente Bertani se negaron a infectar sistemas que no sirvieran a propósitos militares, incluyendo el Programa VCGM, asimismo, ante los mensajes de error, solicitaron ser informadas de estos, con la finalidad de prevenir futuras fallas.

En su ofensiva el final, el Frente determinó realizar un ataque terrestre, el software Nikouls eficientemente desactivó los sistemas del Centro de Control de Ciudad Zión, así como la destrucción de este a través del lanzamiento de dos misiles, ello con la finalidad de poner fin a las hostilidades, puesto que era una estructura medular para el Ejército de Celaria.

En consecuencia, el presidente Lannister depuso el cargo y el nuevo presidente, Eliseo Volk con el fin de terminar con las hostilidades, llegó a firmar acuerdos de paz con el General Naddeo, a condición de que se llevara a todas las personas responsables de las atrocidades del conflicto ante la Corte Penal Internacional.

El 03 de octubre de 2018, la Corte Penal Internacional determinó abrir la situación de Celaria, por los hechos suscitados en la Guerra de Marzo. La Sala de Cuestiones Preliminares III libró ordenes de aprehensión en contra de la General Romaró y la Teniente Bertani.

Ambas fueron detenidas, y puestas a disposición de esta Corte, donde están a la espera de su audiencia de confirmación de cargos.

E. CUESTIONES ABORDAR

- I.** No hay pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que se cometieron los crímenes de guerra de tortura de conformidad con el artículo 8(2)(a)(ii); causar la muerte o lesiones a un combatiente que haya depuesto las armas de conformidad con el artículo 8(2)(b)(vi); y emplear armas que por su propia naturaleza surtan efectos indiscriminados en violación del derecho internacional de los conflictos armados de acuerdo al artículo 8(2)(b)(xx), todos del ECPI.
- II.** No hay pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que la General Melinda Romaró y la Teniente Ana Bertani son responsables como coautoras por el crimen de guerra de tortura, así como no hay pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que son responsables por coautoría mediata a través de un aparato organizado de poder de los crímenes de guerra contemplados en los artículos 8(2)(b)(vi) y 8(2)(b)(xx), de conformidad con el artículo 25(3)(a).

F. RESUMEN DE ARGUMENTOS

- I. La Corte deberá declarar la inexistencia de pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que los hechos que la Fiscalía pretende identificar como crímenes de guerra no se dieron en el contexto de un Conflicto Armado Internacional.
- II. La Corte deberá declarar la inexistencia de pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que la incertidumbre respecto al contenido de los elementos del crimen de emplear armas que por su propia naturaleza causen efectos indiscriminados, así como de la inexistencia de un anexo, resulta en la inoperancia de dicho artículo, y en su caso que el uso del software Nikouls no está prohibido a la luz del Derecho Internacional Humanitario.
- III. La Corte deberá declarar la inexistencia de pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que las personas fallecidas a raíz del ataque en contra del Centro de Control de Ciudad Zión no se encontraban fuera de combate al momento de su deceso, así como que dicho ataque cumplía con los principios a la luz del derecho internacional de los conflictos armados.
- IV. La Corte deberá declarar la inexistencia de pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que no se cumple el elemento objetivo de gravedad en el crimen de guerra de tortura.
- V. La Corte deberá declarar que no existen pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que la General Romaró y la Teniente Bertani son coautoras mediatas a través de un aparato organizado de poder de los crímenes contenidos en los artículos 8(2)(b)(xx) y 8(2)(b)(vi) del Estatuto de Roma.
- VI. La Corte deberá declarar que no existen pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que la General Melinda Romaró y la Teniente Ana Bertani son coautoras respecto al crimen de guerra de tortura.

G. ARGUMENTOS ESCRITOS

I. NO EXISTEN PRUEBAS SUFICIENTES DE QUE HAY MOTIVOS FUNDADOS PARA CREER DE LA EXISTENCIA DE CRÍMENES DE GUERRA EN LA REPÚBLICA DE CELARIA.

La Corte Penal Internacional (en adelante, CPI) ha manifestado que los apartados 8(2)(a) y (b) del Estatuto de Roma (en adelante, ECPI) se pueden presentar únicamente en el contexto de un Conflicto Armado Internacional (en adelante, CAI).¹ Asimismo, señala que ambos comparten elementos contextuales, a saber: (i) que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un CAI; (ii) que haya estado relacionado con él; y, (iii) que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.²

En el presente caso, no se cumple el elemento de que las conductas se hayan cometido en el contexto de un CAI, puesto que los miembros de WarClean, incluyendo a la Teniente Bertani no eran partícipes del CAI. Ello, en virtud de que WarClean no puede ser considerado como parte del Ejército de Breña.

A. No existen pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que los hechos alegados no se dan en el contexto de un Conflicto Armado Internacional.

Un conflicto armado existe cuando se recurre al uso de la fuerza armada entre Estados, o la violencia armada prolongada entre fuerzas gubernamentales y grupos armados organizados, o entre ellos dentro del territorio de un Estado.³ De ello se derivan dos tipos de conflictos por una parte los CAI, y por otra parte los Conflictos Armados No Internacionales (en adelante, CANI).⁴

¹ Corte Penal Internacional (en adelante, CPI), *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre Trial Chamber II, 15 de junio de 2009, ICC-01/05-01/08, párr. 216 (en adelante, CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo); y, CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the confirmation of charges, Pre-Trial Chamber I, 30 de septiembre de 2008, ICC-01/04-01/07, párr. 243 (en adelante, CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the confirmation of charges).

² CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the confirmation of charges, párr. 244; y, Elementos de los Crímenes, 9 de septiembre de 2002, ICC-ASP/1/3, art. 8 (introducción) (en adelante, EC).

³ CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, párr. 229; y, TPIY, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Appeals Chamber, 2 de octubre de 1995, IT-94-1, párr. 70.

⁴ CPI, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Judgment*, Trial Chamber VI, 8 de julio de 2019, ICC-01/04-02/06, párr. 702 (en adelante, CPI, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Judgment*).

La CPI ha reconocido que un CANI puede tornarse internacional si un tercer Estado interviene de manera directa a través de sus tropas.⁵ Esto sucede cuando el tercer Estado asiste al Grupo Armado Organizado en su lucha en contra del Estado,⁶ en este sentido basta con que el tercer Estado cuente con una presencia continua y significativa.⁷

En el presente caso, el Frente Popular de Liberación de Celaria (en adelante, FPLC) fue creado a raíz de la represión por parte de la Fuerza Civil de Celaria (en adelante, FCC) en contra de la población del Estado, asimismo, este grupo contaba con la capacidad de combatir a la FCC, así como al ejército de Celaria a través de campañas militares, obligando al Presidente a declarar un estado de guerra.⁸

Posteriormente, a raíz de una reunión efectuada entre Rufus Naddeo y Melinda Romaró, representantes del FPLC y Emma Rommex, representante del Estado de Breña (en adelante, EB), acordaron apoyar a la causa del FPLC otorgando 1,500 elementos de su ejército y contratando a 1,000 elementos de la empresa WarClean.⁹

En este sentido, se puede vislumbrar que el apoyo otorgado por el EB se dio en dos vertientes, en primer lugar, a través de las tropas de Breña puestas a disposición del FPLC y, en segundo lugar, a través del apoyo otorgado por WarClean y sus miembros.

Consecuentemente, se puede alegar que las tropas de Breña intervinieron en la situación de Celaria, sin embargo, no se puede concluir que los miembros de WarClean pertenecían al ejército de Breña y que, por lo tanto, no actuaban con autoridad gubernamental del EB.

De tal manera que si bien, tanto el ejército de Breña como WarClean prestaron apoyo al FPCL en su lucha, ambos apoyos fueron independientes, en el tenor de que, en todo caso, las tropas de Breña habrían participado en un conflicto de carácter internacional, mientras que WarClean como una entidad privada,

⁵ CPI, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Judgment, párr. 726; y, CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Trial Chamber III, 21 de marzo de 2016, ICC-01/05-01/08, párr. 130 (en adelante, CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute).

⁶ CPI, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Judgment, párr. 727.

⁷ TPIY, *Prosecutor v. Ivica Rajic & Viktor Andric*, Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, Trial Chamber, 13 de septiembre de 1996, IT-95-12-R61, párr. 13.

⁸ Hechos del caso, párrs. 13, 16 y 19.

⁹ Hechos del caso, párrs 27 y 28.

apoyó al FPLC en un conflicto sin carácter internacional. Cabe resaltar que la CPI ha señalado que ambos conflictos pueden coexistir.¹⁰

1. No hay pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que los miembros de WarClean pueden ser considerados como parte de las fuerzas armadas de Breña.

El Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra (en adelante, PA-I) define quiénes conforman a las fuerzas armadas de una Parte del conflicto, señalando que se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte.¹¹ En este entendido, estos deben necesariamente estar estructurados y contar con jerarquía y estar subordinados a un comando Parte del conflicto.¹²

Respecto de las empresas dentro de conflictos, el Documento de Montreaux establece que una relación contractual podría conllevar la responsabilidad del contratante si los miembros de la empresa contratada se integran a las fuerzas armadas del Estado.¹³

De los hechos del caso se desprende que 1,000 elementos de WarClean, así como 1,500 elementos del ejército de Breña fueron designados para apoyar al FPLC, estos grupos se encontraban bajo el mando de la Teniente Bertani y el Coronel Rouman, respectivamente.¹⁴ En este entendido, se puede apreciar que dos estructuras distintas llegaron a apoyar al FPLC, por una parte WarClean, miembros de una empresa privada a cargo de Bertani quienes se integraron al FPLC, y por otra, el ejército de Breña, a cargo de Rouman.¹⁵

En este entendido, si bien, los elementos de WarClean estaban involucrados dentro de la situación de Celaria, no existe conexión alguna con el ejército de Breña más allá de la relación contractual.

¹⁰ CPI, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to article 74 of the Statute*, Trial Chamber I, 14 de marzo de 2012, ICC-01/04-01/06, párr. 540; y, TPIY, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeal Chamber, 2 de octubre de 1995, IT-94-1, párr. 77 (en adelante, TPIY, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction).

¹¹ Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, 8 de junio de 1977, U.N.T.S. 17512, (PA-I) art. 43.

¹² Pictet, Jean et al., *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Países Bajos, 1987, párr. 1672.

¹³ Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU), Asamblea General del Consejo de Seguridad, Carta de fecha 2 de octubre de 2008 dirigida al Secretario General por el Representante Permanente de Suiza ante las Naciones Unidas, Anexo: Documento de Montreaux, sobre las obligaciones jurídicas internacionales pertinentes y las buenas prácticas de los Estados en lo que respecta a las operaciones de las empresas militares y de seguridad privadas durante los conflictos armados, 6 de octubre de 2008, A/63/467-S/2007/636, Parte I párr. 7(a).

¹⁴ Hechos del caso, párrs. 31 y 32.

¹⁵ Respuestas a las preguntas aclaratorias, párr. 12.

Adicionalmente, los elementos de WarClean contaban con su propia comandante, la Teniente Bertani, quien a su vez respondía a una superior del FPLC, la General Romaró, consecuentemente, no se puede concluir que los elementos de WarClean hayan estado integrados al ejército de Breña, sino que actuaban de manera separada a éste.

2. No hay pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que WarClean ejercía autoridad gubernamental otorgada por el Estado de Breña.

Respecto de este punto, se debe analizar la posible internacionalización del conflicto dentro de Celaria, puesto que uno de los elementos necesarios para determinar la existencia de un crimen de guerra previsto en los artículos 8(2)(a) y (b) es que exista un CAI;¹⁶ de esta forma, es menester determinar el papel de los elementos de WarClean dentro del conflicto en Celaria.

El TPIY ha manifestado que el Derecho Internacional Humanitario (en adelante, DIH) no incluye criterios de aplicabilidad específicos, por tanto, se puede valer de otros criterios para analizar sus elementos, como los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (en adelante, AREHII), elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, con la finalidad de verificar si existe un CAI.¹⁷

En este sentido, dicho articulado señala que el hecho internacionalmente ilícito no solamente puede ser atribuible al Estado por los actos de toda entidad o persona que tenga la condición de órgano del Estado según su derecho interno,¹⁸ sino también por los actos cometidos por toda entidad o persona que esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que la persona o entidad actúe en esa capacidad.¹⁹

Bajo esta línea, para que sea atribuible una conducta por parte de una entidad que no tenga condición de órgano del Estado se deben satisfacer tres criterios: (i) debe derivar del ejercicio de autoridad

¹⁶ EC, artículo 8 (introducción); CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, párr. 216; y, CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the confirmation of charges, párr. 243.

¹⁷ TPIY, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Judgement, Appeals Chamber, 15 de julio de 1999, IT-94-1-A, párr. 105.

¹⁸ Comisión de Derecho Internacional, Asamblea General, *Proyecto de artículos sobre Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos*, A/RES/56/83, 28 de enero de 2001, art. 4 (en adelante, *Proyecto de artículos sobre Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos*).

¹⁹ *Proyecto de artículos sobre Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos*, art. 5.

gubernamental, (ii) debe ser autorizado por ley, y (iii) durante la comisión del hecho específico no debe actuar como un ente privado, sino como autoridad.²⁰

a. *Las conductas realizadas por elementos de WarClean no derivaron del ejercicio de autoridad gubernamental ni estaban autorizadas por ley.*

Por autoridad gubernamental se entiende el desempeño de una función definida en la administración de una actividad, o bien, la esfera de actividades del Estado.²¹ Al respecto, la existencia de autoridad gubernamental se puede inferir a través del modo en que habría sido otorgada, el propósito con el que serán ejercidas y la forma que tendrá la entidad para dirigir esta capacidad;²² respecto a la autorización a través de derecho, se ha manifestado que la ley interna debe autorizar la conducta que envuelva el acto de autoridad.²³

En este sentido, el Grupo de Trabajo sobre el Uso de Mercenarios como Medios para Violar Derechos Humanos e Impedir el Ejercicio de las Personas para autodeterminarse ha identificado que acciones tales como la participación directa en las hostilidades, así como cuestiones de inteligencia y trato con prisioneros como acciones que corresponden al monopolio del uso de la fuerza, el cual es una acción gubernamental inherente al Estado.²⁴

Bajo esta línea de argumentación, la CPI entiende como actos de agresión aquellos que implican el uso de la fuerza de un Estado a través de sus fuerzas armadas en contra de otro actuando de manera incompatible con la Carta de Naciones Unidas, por ejemplo, el ECPI contempla acciones como invasión o ataque de un Estado a otro, bombardeo, bloqueo de puertos o costas, ataque a las fuerzas terrestres,

²⁰ Comisión de Derecho Internacional, *Proyecto de artículos sobre Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos con comentarios*, 2001, A/56/10, art. 5(5) (en adelante, *Proyecto de artículos sobre Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos con comentarios*); y, Tonkin, Hannah, *State Control over Private Military and Security Companies in Armed Conflict*, Nueva York, 2011, pág. 100 (en adelante, Tonkin, *State Control over Private Military and Security Companies in Armed Conflict*).

²¹ Comisión de Derecho Internacional, *Comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos 53° Sesión*, 19 de marzo, 3 de abril, 1 de mayo y 28 de junio de 2001, A/CN.4/515, pág 53; y, Tonkin, *State Control over Private Military and Security Companies in Armed Conflict*, pág. 100.

²² Proyecto de artículos sobre Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, art. 5(5).

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante COIDH), *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, Sentencia, 4 de julio de 2006, serie c 149, pág. 86 (en adelante, COIDH, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*); Proyecto de artículos sobre Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, art. 5(7); y, Tonkin, *State Control over Private Military and Security Companies in Armed Conflict*, págs. 100, 111.

²⁴ ONU, Asamblea General del Consejo de Derechos Humanos, Informe del Grupo de Trabajo sobre el uso de mercenarios como medios para violar derechos humanos e impedir el ejercicio de las personas de autodeterminarse, Anexo: Proyecto de una posible convención sobre las personas militares y de seguridad privada (EMSP) para su examen y la adopción de medidas por el Consejo de Derechos Humanos, 2 de julio de 2010, A/HRC/15/25, art. 2(i).

navales o aéreas de otro Estado, entre otras.²⁵ De tal manera que, un acto de esta naturaleza, siempre y cuando sea ejecutado por las fuerzas armadas de un Estado (en adelante, FAE), implica el ejercicio de autoridad gubernamental.

En el presente caso, el 08 de febrero de 2017, la Coronel Rommex y David Bellaca firmaron un contrato en el que se estableció que 1,000 elementos de WarClean se integrarían directamente al FPLC y que dicha empresa proveería el equipo necesario para sus actividades, y no a las FAE de Breña para posteriormente intervenir en el conflicto.²⁶

Como se demostró en el apartado anterior, atendiendo a las normas del DIH, estos elementos no formaban parte de las FAE de Breña; si bien, los elementos de WarClean estaban involucrados dentro de la situación de Celaria, el Estado de Breña no les otorgó autoridad gubernamental para recurrir al uso de la fuerza en contra de Celaria como parte de sus fuerzas armadas, sino que, como estructura distinta al Ejército de Breña, los elementos de WarClean llegaron a apoyar al FPLC de forma independiente bajo el mando de la Teniente Bertani, que a su vez respondía a la General Romaró.²⁷

En razón de lo anterior, se puede vislumbrar que el EB, a través del contrato firmado entre la Coronel Rommex y David Bellaca, se hicieron de los servicios de WarClean con la finalidad de que estos se integraran a la estructura del FPLC, proveyéndoles del equipamiento necesario para que condujeran sus actividades.²⁸

Tomando en consideración lo anterior, no se puede concluir que los miembros de WarClean ejercieron autoridad gubernamental consistente en el uso de la fuerza, ello en función de que no integraban a las fuerzas armadas del EB.

b. Durante la comisión de los hechos alegados por la Fiscalía, WarClean actuó como una entidad privada y no con autoridad gubernamental.

²⁵ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1 de julio de 2002, U.N.T.S. 38544, art. 8bis(2)(a), (b), (c), (d), (f), y (g) (en adelante, ECPI).

²⁶ Hechos del caso, párrs. 30, 31 y 32; Respuestas a las preguntas aclaratorias, párr. 12.

²⁷ Hechos del caso, párr. y 32.

²⁸ Respuestas a las preguntas aclaratorias, párr. 12.

En relación con este elemento, se ha interpretado que la conducta de un ente privado sólo puede ser atribuible al Estado si ésta se encuentra investida de autoridad gubernamental al momento de los hechos.²⁹

En este sentido, si esa Corte determina que el EB delegó autoridad estatal a WarClean, dicha autoridad se encontraba limitada por el contrato firmado entre el EB y WarClean, y se habría brindado previo conocimiento y autorización de la Coronel Rommex,³⁰ por lo que esta Representación sostiene que, teniendo en cuenta lo anterior, los actos realizados por agentes de WarClean en Celaria se deben analizar caso por caso, a fin de dilucidar si dichas acciones se llevaron a cabo con autoridad gubernamental o no.

Respecto de la implementación del software Nikouls, en la reunión del 11 de junio de 2017, la Teniente Bertani, agente de WarClean, propuso utilizar un software que les daría acceso a todos los sistemas del Ejército de Celaria.³¹ Posteriormente, el 18 de junio, con la aprobación de la General Romaró y sin el conocimiento de la Coronel Rommex, un grupo de expertos de WarClean activaron el software.³²

En relación con la operación militar al centro de control de Ciudad Zión, es importante señalar que fue coordinada y llevada a cabo por la General Romaró y la Teniente Bertani, también derivado de la implementación del software Nikouls, sin la participación de miembros del Ejército de Breña.³³

Finalmente, sobre los hechos alegados como actos de tortura, una vez capturados los soldados del Ejército de Celaria, sin el conocimiento del Coronel Rouman; la General Romaró y la Teniente Bertani, en compañía de tres elementos de WarClean, ingresaron a las celdas en donde tenían a los prisioneros y los interrogaron.³⁴

De lo anterior, esa Corte podrá advertir que, los actos que se pretenden identificar como crímenes habrían sido realizados por elementos de WarClean y la General Romaró, sin la intervención de elementos del Ejército de Breña, y sin la autorización de la Coronel Rommex, de tal manera que, los actos que la Fiscalía

²⁹ COIDH, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, párr. 86; COIDH, *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, 28 de noviembre de 2018, serie c 371, cita 303; y, Tonkin, *State Control over Private Military and Security Companies in Armed Conflict*, pág.100, 112.

³⁰ Respuestas a las preguntas aclaratorias, párr. 12.

³¹ Hechos del caso, párr. 38; y, Respuestas a las preguntas aclaratorias, párr. 16.

³² Hechos del caso, párr. 40; y, Respuestas a las preguntas aclaratorias, párr. 19.

³³ Hechos del caso, párr. 41, 54, 55, 56 y 57.

³⁴ Hechos del caso, párr. 36; Respuestas a las Preguntas Aclaratorias, párr. 14.

pretende caracterizar como crímenes, no contaban con anuencia del Estado y por lo tanto, no se realizaron con autoridad gubernamental, sino como un ente privado.

Por ello, en virtud de que WarClean no formaba parte de las FAE de Breña y de que, los 1,000 elementos de dicha empresa no ejercieron ningún tipo de autoridad gubernamental, esta Representación sostiene que no existen pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que los hechos que se pretenden imputar a las acusadas no se dieron en un contexto de un conflicto armado internacional.

B. No existen pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que se cumplen los elementos objetivos del crimen de guerra de emplear armas que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho internacional de los conflictos armados contemplado en el artículo 8(2)(b)(xx).

Sobre este crimen en particular, es importante mencionar que el artículo 8 (2)(b)(xx) del ECPI señala que las armas deberán estar prohibidas completamente y estar enumeradas en un documento anexo al ECPI con la lista de armas prohibidas, adicionalmente, los EC indican que los elementos del presente crimen se redactarán cuando se hayan indicado en un anexo del Estatuto dichas armas.³⁵

En virtud de ello, ante la ausencia del anexo en comento y elementos de los crímenes que definan el presente crimen, esta Representación sostiene que esta Corte se encuentra impedida para aplicar el crimen en comento, en virtud del principio *nullum crimen sine lege* (en adelante, NCSL). Por otro lado, en caso de que esa Corte considere que existen elementos para poder conocer del crimen contenido en el artículo 8(2)(b)(xx), esta Representación demostrará que la utilización del Software Nikouls fue concordante con el DIH.

1. La Corte se encuentra impedida para conocer del crimen de guerra de emplear armas que por su propia naturaleza causen efectos indiscriminados en virtud del principio Nullum Crime Sine Lege consagrado en el artículo 22 del ECPI.

El principio general de derecho NCSL como principio rector de legalidad penal, establecido en el artículo 22 del ECPI, menciona que nadie será penalmente responsable, a menos que la conducta de que se trate constituya, al momento en que tiene lugar, un crimen de competencia de la Corte.³⁶

³⁵ ECPI, art. 8(2)(b)(xx); y, EC, art. 8(2)(b)(xx).

³⁶ ECPI, art. 22.

Con la finalidad de dar luz y contenido del artículo, se deben considerar las reglas de interpretación de los tratados, atendiendo a la literalidad de los términos y acudiendo a los trabajos preparatorios de un instrumento con la finalidad de dar luz y contenido a sus disposiciones.³⁷

Al respecto, se puede apreciar que dentro de los trabajos preparatorios del ECPI se contempló el principio NCSL, el cual señala que no se incurrirá en responsabilidad a menos que el acto de que se trate constituya un crimen tipificado en el presente Estatuto.³⁸ También se puede encontrar dicho principio en otros instrumentos internacionales.³⁹

En este sentido, la Fiscalía pretende confirmar los cargos por el crimen de emplear armas que surtan efectos indiscriminados en violación del derecho de los conflictos armados.⁴⁰ Sin embargo, se debe considerar que: (i) no existen elementos de los crímenes que permitan identificar dicha conducta; (ii) que la Corte no puede valerse de documentos ajenos a la CPI para caracterizar tal conducta; y, (iii) que los Estados Parte del ECPI no han avalado la aplicación de dicho artículo.

a) No existen elementos que permitan a la Corte identificar el crimen contenido en el artículo 8(2)(b)(xx) del ECPI.

Dentro del comité preparatorio de establecimiento de una CPI se hizo mención que los elementos de los crímenes deberían estar establecidos en el Estatuto o en un documento anexo, con la finalidad de clarificar y precisar la conducta penal, asistir a la Fiscalía y a la Corte, garantizando los derechos del acusado, así como para evitar la manipulación política de los elementos.⁴¹

³⁷ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, U.N.T.S. I-18232, arts. 31 y 32 (en adelante, CVDT).

³⁸ ONU, Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, *Informe del Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional*, 14 de abril de 1998, A/CONF.183/2/Add.1, Art. 21.

³⁹ III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, 12 de agosto de 1949, U.N.T.S. 970, art. 99; IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 12 de agosto de 1949, U.N.T.S. 973, art. 67; PA-I, art. 75(4)(c); Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 8 de junio de 1977, U.N.T.S. 17513, art. 6(2)(c); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 23 de marzo de 1976, U.N.T.S. 14668, art. 15; Convenio Europeo de Derechos Humanos, 4 de noviembre de 1950, U.N.T.S. 2889 art. 7; Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, U.N.T.S. 17955, art. 9; Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, 27 de junio de 1981, U.N.T.S. 26363, art. 7(2); y, ONU, Asamblea General 217 (III), International Bill of Human Rights, 10 de diciembre de 1948, art. 11

⁴⁰ Hechos del caso, párr. 76.

⁴¹ ONU, *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, General Assembly (51° Session), marzo-abril y agosto de 1996, A/51/22, párr. 56 (en adelante, *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, General Assembly, 1996).

Asimismo, se hizo mención que los crímenes sobre los que conocería la Corte deberían ser definidos con la claridad, precisión y especificidad requerida por el derecho penal, con la finalidad de satisfacer el principio de legalidad.⁴² En este sentido, la definición de los crímenes de guerra debería claramente indicar bajo qué circunstancias, por qué perpetradores y en contra de qué víctimas, ciertos actos constituirían los crímenes.⁴³

En este entendido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que en la elaboración de los tipos penales, es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal.⁴⁴ Criterio concordante con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quién ha manifestado que sólo la ley puede definir un crimen y señalar su penalidad, así como el principio de que el derecho penal no de ser construido de tal manera que agravie al acusado, a través de analogías, sino que la conducta criminal debe estar claramente definida en la ley. Esta circunstancia se ve satisfecha al momento en que un individuo puede saber a través de la previsión pertinente que actos u omisiones le hacen imputable.⁴⁵

Aunado a lo anterior, la CPI ha manifestado que el objeto y propósito del artículo 9(1) del ECPI es colmar el principio de NCSL, proveyendo de certeza legal el contenido en la definición de los crímenes del ECPI, además de que la aplicación discrecional por parte de la Sala de los EC, erosionaría el principio de NCSL.⁴⁶

En este sentido, la existencia del artículo 22 del ECPI obliga a la Corte a respetar la estricta legalidad; bajo este principio, las provisiones sustantivas sobre la definición de un crimen bajo el artículo 8 así como los EC, no debe ser extendida por analogía o fuera de situaciones contempladas en el Estatuto.

Bajo este entendido la Corte no puede adoptar métodos de interpretación que vayan más allá de la definición de los crímenes, y está obligada a adherirse a la letra a las disposiciones que los redactores

⁴² *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, General Assembly, 1996, párr. 52.

⁴³ *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, General Assembly, 1996, párr. 53.

⁴⁴ COIDH, *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 20 de noviembre de 2009, serie c 207, párr. 55; COIDH, *Caso Kimel vs. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas)*, 2 de mayo de 2008, serie c 177, párr. 63; y, COIDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas)*, 30 de mayo de 1999, serie c 52, párr. 121.

⁴⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Court, *Case of Kokkonakis v. Greece*, 25 de mayo de 1993, Application n° 14307/88, párr. 52.

⁴⁶ CPI, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad al Bashir ("Omar Al Bashir")*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 de marzo de 2009, ICC-02/05-01/09, párr. 132.

pretendían criminalizar.⁴⁷ Asimismo, el artículo 22(2) señala que la interpretación de un crimen debe resolverse de tal manera que beneficie al acusado.⁴⁸ En este sentido, para sus propósitos la Corte se debe valer del artículo 21 del ECPI, en combinación con las reglas de interpretación de los Tratados.⁴⁹

Cabe señalar que el TPIY manifestó que se valió de la costumbre internacional con la finalidad de evadir violar el principio de NCSL en el caso de que no hubiera tratados específicamente aplicables.⁵⁰

En el presente caso, el Estado de Celaria es parte del ECPI, el cual es un Tratado Internacional aplicable;⁵¹ dicho Tratado contempla la conducta criminal, no obstante, no contiene los elementos que el propio ECPI requiere para identificar dicha conducta, de tal manera que existe incertidumbre sobre su contenido.

En este sentido, actuando de manera congruente con los criterios emitidos por la Corte, atentaría contra el principio NCSL el caracterizar una conducta criminal a la luz del ECPI a través de elementos inexistentes en éste o en documentos vinculantes para la CPI, de tal manera que la Corte debe abstenerse de confirmar cargos por un crimen cuyo contenido es indeterminado.

b) Los Estados parte del Estatuto no han manifestado su intención para colmar la laguna establecida en el artículo 8(2)(b)(xx).

De acuerdo con el Derecho de los Tratados, los Estados Parte tienen el poder de adoptar las enmiendas a dichos instrumentos,⁵² en este sentido, el propio ECPI contiene disposiciones que hacen referencia a su procedimiento de enmienda.⁵³

La Asamblea de Estados Parte de la CPI dentro de las Conferencias que ha convocado, ha adoptado una serie de enmiendas al ECPI y a los EC, respecto a los crímenes contenidos en los artículo 8(2)(e)(xiii),

⁴⁷ CPI, *Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute) párr. 83.

⁴⁸ CPI, *Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, párr. 84.

⁴⁹ CPI, *Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, párr. 86.

⁵⁰ TPIY, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, párr. 143.

⁵¹ Hechos del caso, párr. 4.

⁵² CVDT, art. 39.

⁵³ ECPI, art. 121.

(xiv) y (xv),⁵⁴ al crimen de agresión,⁵⁵ así como los crímenes contenidos en los artículos 8(2)(b)(xxvii), (xxviii) y (xxix); y 8(2)(e)(xvi), (xvii) y (xviii).⁵⁶

Cabe resaltar que, dentro de las propuestas a enmiendas del ECPI, ha habido Estados Parte que han manifestado que, dada la condición expresa en el artículo 8(2)(b)(xx), este será inoperante, hasta que se redacte el documento anexo contemplado en el artículo.⁵⁷

De lo anterior se puede vislumbrar que los Estados Parte de la CPI han manifestado su interés en colmar y adherir contenido a los crímenes competencia de la Corte, lo cual permite concluir que los Estados Parte no han expresado interés alguno en clarificar el contenido del artículo 8(2)(b)(xx), a diferencia de los crímenes contenidos en las enmiendas realizadas.

2. Si esta corte decide realizar una interpretación del artículo 8(2)(b)(xx), esta representación sostiene que el Software Nikouls no es objeto de una prohibición total en términos del artículo 36 del Protocolo Adicional I.

El artículo 8(2)(b)(xx) del ECPI señala que el uso de armas que causen efectos indiscriminados está prohibido, ello a condición de que dichas armas sean objeto de una prohibición total, y que se encuentren enumeradas en un documento anexo al ECPI.⁵⁸

Tal como ha sido referido, los Estados parte no han redactado el documento al que se hace referencia dentro de los EC, de tal manera que para que pueda ser considerado el uso del Software Nikouls a la luz de esta disposición, éste debería ser objeto de una prohibición completa.

a) *El uso de un software como arma no está prohibido a la luz del Derecho Internacional Humanitario.*

⁵⁴ Asamblea de Estados Parte, *Amendments to article 8 of the Rome Statute*, 12º Sesión Plenaria, 10 de junio de 2010, RC/Res.5, Anexo I y II; ECPI, arts. 8(2)(e)(xiii), 8(2)(e)(xiv), y 8(2)(e)(xv); y, EC, arts. 8(2)(e)(xiii), 8(2)(e)(xiv), y 8(2)(e)(xv).

⁵⁵ Asamblea de Estados Parte, *El crimen de agresión*, 13º Sesión Plenaria, 11 de junio de 2010, RC/Res.6, Anexo I y II; ECPI, art. 8bis, 15bis y 15ter; y, EC, art. 8bis, 15bis y 15ter.

⁵⁶ Asamblea de Estados Parte, *Resolución sobre las enmiendas al artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, 12º Sesión Plenaria, 14 de diciembre de 2017, ICC-ASP/16/Res.4, Anexos I, II, III, IV, V y VI.; ECPI, arts. 8(2)(b)(xxvii), 8(2)(b)(xxviii), 8(2)(b)(xxix), 8(2)(e)(xvi), 8(2)(e)(xvii) y 8(2)(e)(xviii); y, EC, arts. 8(2)(b)(xxvii) 8(2)(b)(xxviii), 8(2)(b)(xxix), 8(2)(e)(xvi), 8(2)(e)(xvii) y 8(2)(e)(xviii)

⁵⁷ Asamblea de Estados Parte, *Informe del Grupo de trabajo sobre las enmiendas*, Anexo II. Enmienda del artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativa al uso de armas nucleares, Documento de posición, 3(d), 10º periodo de sesiones, 9 de diciembre de 2011, ICC-ASP/10/32.

⁵⁸ EC, art. 8(2)(b)(xx)

Por prohibición completa se entiende que el uso del arma se encuentra impedido por algún Tratado Internacional, o bien, por la Costumbre Internacional.⁵⁹ En este tenor, el Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante, CICR) y la Media Luna Roja (en adelante, MLR) manifestó que los ataques conducidos mediante ciberataques deben cumplir con los principios de distinción y proporcionalidad, lo cual se satisfaría si el atacante toma todas las precauciones factibles, de tal manera que se procure reducir al mínimo las víctimas y los daños civiles incidentales.⁶⁰

El TPIY ha interpretado que los ataques en contra de infraestructuras civiles que sirvan para propósitos militares no pueden ser considerados ilegales,⁶¹ en este tenor el CICR y la MLR han manifestado que este principio es aplicable a las operaciones cibernéticas, en virtud de que se trata de un objetivo militar legítimo.⁶² Aunado a lo anterior, las operaciones encaminadas a neutralizar a un objeto constituyen un ataque en términos de las reglas de conducta de las hostilidades.⁶³

Adicionalmente, el CICR ha manifestado que los ataques se deben limitar sólo a los objetos que contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción o neutralización ofrezca una ventaja militar.⁶⁴

Cabe resaltar que la Corte Internacional de Justicia ha señalado que las normas de carácter humanitario aplicables en de los conflictos armados aplican a todos los tipos de equipamiento y armas, incluyendo las del futuro.⁶⁵

⁵⁹ PA-I, art. 36; y, Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, General Assembly, 1996, pág.8

⁶⁰ Comité Internacional de la Cruz Roja, XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, 28 de noviembre – 1 de diciembre de 2011, 31IC/11/5.1.2, pág. 43 (en adelante, XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*).

⁶¹ TPIY, *The Prosecutor v. Jadranko Prlic, Bruno Stojic, Slobodan Praljak, Milivoj Petkovic, Valentin Coric and Berislav Pusic*, Judgment (volume 3 of 6), Trial Chamber III, 29 de mayo de 2013, IT-04-74-T, párr. 1582 (en adelante, TPIY, *The Prosecutor v. Jadranko Prlic, Bruno Stojic, Slobodan Praljak, Milivoj Petkovic, Valentin Coric, and Berislav Pusic*, Judgment (volume 3 of 6)); y, TPIY, *Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, Judgment, Appeals Chamber, 17 de diciembre de 2004, IT-95-14/2-A, párr. 441 (en adelante, TPIY, *Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, Judgment, Appeals Chamber).

⁶² Comité Internacional de la Cruz Roja, XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la MLR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, 8 a 10 de diciembre de 2015, 32IC/15/15, pág. 40 (en adelante, XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la MLR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*).

⁶³ XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la MLR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, pág 41

⁶⁴ XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, pág. 42

⁶⁵ Corte Internacional de Justicia, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 8 de julio de 1996, N° 95, párr. 86

En este sentido, la declaración del CICR y la MLR implica que estos consideran que un ataque cibernético está permitido a la luz del DIH, siempre que dicho ataque respete los principios previamente señalados.

En este tenor, el software Nikouls fue implementado a raíz de la sugerencia de la Teniente Bertani y aprobado por la General Romaró, teniendo como misión el infiltrarse en los sistemas del ejército de Celaria, con la finalidad de obtener información para obtener la ventaja militar, si bien, este sistema estaba conectado a la red civil, su infiltración no resultaba ilegítima, en razón de que era un objetivo militar que permitió al FPLC lograr una ventaja tangible.⁶⁶

En este orden de ideas, se puede alegar que el ataque era necesario, en función que una ventaja de militar de esta naturaleza permitiría al FPCL poder neutralizar al enemigo de manera más breve y eficiente.⁶⁷ Asimismo, no se puede alegar que el ataque fue desproporcionado, puesto que permitió que las estrategias del FPLC se ejecutaran de manera más eficiente aun con inferioridad numérica, ello sin que el software Nikouls causare daños por sí mismo.⁶⁸

Asimismo, el uso del software Nikouls cumplió con el principio de distinción, ello en virtud de que la Teniente Bertani y la General Romaró ordenaron que su uso se limitara a las operaciones militares, de igual manera, ante los mensajes de error, se tomaron las medidas preventivas necesarias, puesto que ordenaron a los ingenieros responsables notificar de cualquier error subsecuente; si bien, no se logró evitar el daño, se tomaron todas las medidas razonables y necesarias para prevenir las fallas.⁶⁹

Finalmente, esta Representación sostiene que la sola implementación del software Nikouls no derivó en el fallecimiento de las víctimas, sino que también se debe tomar en cuenta que el Estado de Celaria no actuó conforme a sus obligaciones convencionales de salvaguardar la integridad de los civiles en su poder, ya que la única medida adoptada por dicho Estado para combatir el desabasto fue la apertura de un nuevo campo de refugiados.⁷⁰

b) El software Nikouls cumple con los requisitos contemplados en el artículo 36 del Protocolo Adicional I.

⁶⁶ Hechos del caso, párrs. 38, 39, 40, 41 y 42.

⁶⁷ Hechos del caso, párr. 42

⁶⁸ Hechos del caso, párrs. 17, 31, 41, 42, 54 y 56

⁶⁹ Hechos del caso, párr. 51, 52, 53

⁷⁰ Hechos del caso, párrs. 44, 45, 46, 47, 48 y 62; y, Respuestas a las preguntas aclaratorias, párr. 7

El CICR y la MLR han manifestado que aun cuando las nuevas tecnologías no se encuentren específicamente reglamentadas, deben cumplir con el DIH, esto observando si cumple con los requerimientos contemplados en el artículo 36 del PA-I,⁷¹ el cual obliga a determinar si su empleo está prohibido por dicho instrumento o cualquier otro aplicable.⁷²

En este sentido, a la luz del artículo 36 del PA-I, y tomando en consideración que no establece un procedimiento específico, se deben analizar los siguientes elementos: (i) determinar si el empleo del arma está prohibido o restringido por un Tratado vinculante o bien, por costumbre internacional, (ii) determinar si el empleo de esa arma cumpliría con las reglas aplicables a todas las armas; y, (iii) ante la ausencia de un tratado relevante o normas de costumbre, se debe analizar si el arma toma en consideración los principios de humanidad y la consciencia pública.⁷³

Respecto al primer elemento, la República de Breña es parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el ECPI, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus 2 Protocolos Adicionales,⁷⁴ por otra parte, la República de Celaria es parte de la Convención Relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre; los cuatro Convenios de Ginebra; los dos Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra, y el ECPI.⁷⁵

En este tenor, ninguno de los instrumentos enunciados contiene una prohibición expresa respecto al uso de un Software como un arma.

En lo concerniente al segundo elemento se debe tomar en cuenta que el Grupo de Expertos sobre los avances en la Información y Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional ha manifestado que el Derecho Internacional permea dentro de esta clase de tecnologías, en el sentido que le serán aplicables los principios de humanidad, necesidad, proporcionalidad y distinción.⁷⁶

⁷¹ XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la MLR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados* contemporáneos, pág. 50

⁷² PA-I, art. 36

⁷³ Comité Internacional de la Cruz Roja, *A Guide to the Legal Review of New Weapons, Means and Methods of Warfare: Measures to Implement Article 36 of Additional Protocol I of 1977*, Ginebra, Suiza, 2006, págs.10-11.

⁷⁴ Respuestas a las Preguntas Aclaratorias, párr. 1

⁷⁵ Hechos del caso, párr. 4

⁷⁶ ONU, Asamblea General, *Grupo de Expertos Gubernamentales sobre los Avances en la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional*, Asamblea General, 22 de julio de 2015, A/70/174, párr. 28(d); y, XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la MLR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados* contemporáneos, pág. 39

En este sentido, el uso del Software Nikouls se aplicó con la finalidad de obtener información que apoyase a la causa del FPLC, siendo únicamente infiltrado en los sistemas de índole militar, de tal manera que la intención era únicamente servir a propósitos militares.⁷⁷

Finalmente, es menester hacer referencia a la Cláusula Martens,⁷⁸ la cual hace referencia a los principios de humanidad y conciencia pública, a los cuales ese debe acudir cuando no existen reglas de DIH lo suficientemente rigurosas o precisas.⁷⁹ En este sentido se ha manifestado que en los ataques que sea incierta su legalidad, se debe analizar si existía un riesgo excesivo para los civiles, de tal manera que se atente contra las demandas de humanidad.⁸⁰

En este sentido, el Software Nikouls no vulneró ninguno de esos principios, en función de que fue implementado con la finalidad de recolectar información y posteriormente inhabilitar el centro de mando de Ciudad Zión; de lo anterior se vislumbra que este Software en su implementación no conllevaba por sí misma un ataque que pusiera en un riesgo innecesario a la población, e inclusive a los combatientes.⁸¹

C. No hay evidencia suficiente de que hay motivos fundados para creer que se cumplen los elementos objetivos del crimen de guerra de causar la muerte a un combatiente que haya depuesto las armas, o que, al no tener medios para defenderse se haya rendido a discreción, contemplado en el artículo 8(2)(b)(vi).

El ECPI contempla en su artículo 8(2)(b)(vi) el crimen de guerra de causar muerte a combatientes que se encuentren fuera de combate.⁸² En este sentido, los elementos de los crímenes señalan que para que se configure este crimen es necesario que (i) que el autor haya causado la muerte o lesiones a una o más personas; (ii) que esa persona o personas hayan estado fuera de combate.⁸³

El presente crimen de guerra requiere el elemento contextual de un CAI, sin embargo, se debe tomar en cuenta que, como ya ha sido demostrado por esta representación; los miembros de WarClean, incluyendo

⁷⁷ Hechos del caso, párr. 39 y 40.

⁷⁸ Convención II de la Haya de 1899 relativa a las leyes y usos de la Guerra Terrestre, 29 de julio de 1899, Preámbulo.

⁷⁹ TPIY, *Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papc , Vladimir Santic*, Judgement, Trial Chamber, 14 de enero de 2000, IT-95-16-T, párr. 525 (en adelante, TPIY, *Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papc , Vladimir Santic*, Judgement).

⁸⁰ TPIY, *Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papc Vladimir Santic*, Judgement, párr. 526

⁸¹ Hechos del caso, párr. 39

⁸² ECPI, art. 8(2)(b)(vi)

⁸³ EC, art. 8(2)(b)(vi)

a la Teniente Bertani, habrían sido parte de un CANI, no en un CAI, de tal manera que los miembros de dicha entidad están excluidos del contexto de un CAI.

En el presente caso, se pretende alegar que el uso del misil por parte del FPLC en contra del centro de mando de Ciudad Zión podría constituir este crimen, no obstante, el ataque al que se hace referencia cumplía con los principios de DIH de necesidad militar y proporcionalidad, en virtud de que el lanzamiento de los misiles se realizó en contra de una estructura militar, la cual concentraba el 90% de la información concerniente a la actividad militar de la parte enemiga, así como que éste contaba con mecanismos de defensa y armas resguardadas, con la finalidad de repeler un ataque; aunado a lo anterior, el ataque fue dirigido al centro de mando, sin dañar más estructuras.⁸⁴

1. Existen pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que las acciones emprendidas por la General Romaró y la Teniente Bertani cumplieron con el principio de necesidad militar.

El TPIY y el TPIR han manifestado que el crimen de homicidio requiere que la muerte de las víctimas resulte de un acto u omisión del acusado, y que éste haya tenido la intención de matar o causar serios daños a la víctima.⁸⁵

Cabe resaltar que la CPI ha reconocido la definición de necesidad militar como la necesidad de tomar las medidas que sean indispensables para asegurar los fines de la guerra, y que están permitidos por las leyes modernas y costumbres de la guerra.⁸⁶

Por otra parte, la CPI ha señalado que un ataque que viole el principio de proporcionalidad es aquel que es intencionalmente lanzado con el propósito específico de dañar a un objetivo militar, con el conocimiento que ocurrirá o pueda darse la pérdida incidental de vidas o lesiones a consecuencia del ataque,⁸⁷ adicionalmente este principio se viola si daño a objetos civiles o una combinación de estos

⁸⁴ Hechos del caso, párr. 57; y, Respuestas a las preguntas aclaratorias, párr. 29

⁸⁵ TPIY, *Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Milojica Kos, Mlano Radic, Zoran Zigic and Dragoljub Prcac*, Judgment, Trial Chamber, 2 de noviembre de 2001, IT-98-10/1-T, párr. 132 (en adelante, TPIY, *Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Judgment*); TPIY, *Prosecutor v. Radislav Kristic*, Judgment, Trial Chamber, 2 de agosto de 2001, IT-98-33-T, párr. 485 (en adelante, TPIY, *Prosecutor v. Radislav Kristic*); TPIY, *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Judgment, Trial Chamber, 3 de marzo de 2000, IT-95-14-T, párr. 217; y, TPIR, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Judgment, Chamber I, 2 de septiembre de 1998, ICTR-96-4-T, párr. 589

⁸⁶ CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, párr. 123

⁸⁷ CPI, *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, Decision on the confirmation of charges, Pre-Trial Chamber, 26 de diciembre de 2011, ICC-01/04-01/10, párr.142

(daños a bienes y pérdida de vidas), resulte excesivo en relación con la ventaja militar concreta y directa obtenida por dicho ataque.⁸⁸

Adicionalmente, el TPIY ha manifestado que un ataque puede tener un objetivo militar, aun dentro de un ambiente civil, siempre que éste no esté tenga por objetivo la población civil.⁸⁹ De igual manera, manifestó que un bien, aun cuando no sea por naturaleza militar, por su uso es útil a la actividad militar, puede volverse un objetivo militar.⁹⁰

En este tenor, es aceptado que los ataques con un objetivo militar pueden causar daño civil colateral, sin embargo, éste no se considera como un crimen por sí mismo, siempre que la población civil no sea el objetivo del ataque, se conduzcan esfuerzos por separar a los civiles del campo de batalla, y se tomen las precauciones debidas para evitar el daño a estos.⁹¹

Aunado a lo anterior, la CPI ha reconocido la definición de necesidad militar como la necesidad de tomar las medidas que sean indispensables para asegurar los fines de la guerra, y que están permitidos por las leyes modernas y costumbres de la guerra.⁹²

En este sentido, el FPLC preparó una ofensiva final, con la intención de poner fin a al conflicto que se había presentado dentro del Estado de Celaria; como parte de esta estrategia, se debía incapacitar el centro de operaciones del ejército de Celaria, ubicado dentro de Ciudad Zión.⁹³

Como parte de este ataque, se neutralizó dicho centro a través del software Nikouls, posteriormente se lanzaron dos misiles, encaminados a destruir la citada instalación, la cual era una estructura militar que almacenaba el 90% de la información acerca de las operaciones armamentísticas del ejército de Celaria, de tal manera que la neutralización o destrucción de dicha estructura conllevaría el fin de las hostilidades, situación que finalmente aconteció, puesto que, en los meses siguientes a la ofensiva, se lograron acuerdos para cesar las hostilidades.⁹⁴

⁸⁸ *The Prosecutor v. Germain Katanga*, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, párr. 895; y, PA-I, art. 51(5)(b).

⁸⁹ TPIY, *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Judgment, Appeals Chamber, 29 de julio de 2004, IT-95-114-A, párr. 438

⁹⁰ TPIY, *The Prosecutor v. Jadranko Prlic, Bruno Stojic, Slobodan Praljak, Milivoj Petkovic, Valentin Coric, and Berislav Pusic*, Judgment (volume 3 of 6) párr. 1582; y, *Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, Judgment, Appeals Chamber, párr.441.

⁹¹ TPIY, *Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, Judgment, Appeals Chamber, párr. 52.

⁹² CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, párr. 123.

⁹³ Hechos del Caso, párr. 54

⁹⁴ Hechos del caso, párr. 56 y 57; y, Respuestas a las preguntas aclaratorias, párr. 21, 67 y 68.

Cabe resaltar que las bajas civiles resultaron un daño colateral proporcional ocasionado por el uso de los misiles; y son resultado del incumplimiento por parte del Estado de Celaria de desplazar y salvaguardar a los civiles que se encontraban próximos a objetivos militares.⁹⁵

De tal manera que, el ataque conducido por el FPLC en contra del centro de mando de Ciudad Zión era un objetivo militar legítimo, en virtud de que era toral para las operaciones militares del Estado de Celaria; por otra parte, el ataque era proporcionado, en el sentido de que fue un ataque dirigido al centro de mando, sin que este haya causado daños excesivos en relación con la ventaja militar obtenida.

2. No existen pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que las personas fallecidas en el Centro del Control se encontraban fuera de combate al momento del lanzamiento del misil.

El artículo 41 del PA-I señala la prohibición de atacar a una persona cuando se encuentre fuera de combate, en este sentido, uno de los criterios para considerar a alguien como persona que estas sean incapaces de defenderse; sin embargo, el conducir actos hostiles o el tratar de evadirse de la captura conlleva la pérdida esta calidad.⁹⁶

El TPIY ha interpretado que se considera que una persona está tomando parte activa en las hostilidades al momento en que toma parte en actos de guerra, cuya naturaleza o propósito es el causar daño al personal de las fuerzas armadas enemigas, lo cual debería ser analizado de acuerdo con el caso concreto.⁹⁷ Asimismo, ha manifestado que las fuerzas armadas presentes en un Territorio de Defensa serán consideradas como combatientes, aun cuando no estén en combate o armados.⁹⁸

Tomando en cuenta lo anterior, el centro de mando de Ciudad Zión contaba con una bodega de armas, almacenadas con la finalidad de repeler una potencial amenaza, tal como la que se estaba suscitando al momento del ataque del FPLC al momento de los hechos.⁹⁹ Aunado a lo anterior, los militares presentes en dicho centro intentaron activar algunas armas automáticas que se encontraban en el centro, para posteriormente bloquear el acceso a este, con la finalidad de que este no fuese capturado.¹⁰⁰

⁹⁵ PA-I, art. 51(7), IV-CG, art. 4

⁹⁶ PA-I, art. 41(1) y (2)(c)

⁹⁷ TPIY, *The Prosecutor v. Jadranko Prlic, Bruno Stojic, Slobodan Praljak, Milivoj Petkovic, Valentin Coric and Berislav Pusic*, Judgment (Volume 1 of 6), Trial Chamber III, 29 de mayo de 2013, IT-04-74-T, párr. 146

⁹⁸ TPIY, *Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, Judgment, párr. 51

⁹⁹ Respuestas a las Preguntas Aclaratorias, párr. 22

¹⁰⁰ Respuestas a las Preguntas Aclaratorias, párr. 25

Considerando que el centro de mando era una estructura de naturaleza militar, no había indicios de que en dicho lugar se pudieran encontrar civiles; no obstante, el ataque conducido fue a través de dos misiles de corto alcance, y de los hechos del caso no se desprende que estos hayan causado daños a ninguna estructura civil.¹⁰¹

Derivado de lo anterior, se puede vislumbrar que, aun con la implementación del software Nikouls en contra del centro de mando, no había garantía de que las personas que se encontraban en dicha instalación se encontrasen fuera de combate, puesto que contaban con acceso a medios de defensa, con las cuales existía la posibilidad de que emprendieran acciones defensivas.

D. No hay pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que se cometió el crimen de guerra de tortura de conformidad con el artículo 8(2)(a)(ii) del ECPI.

Como se ha demostrado a lo largo del presente escrito, las actuaciones realizadas por los elementos de WarClean no se desarrollaron en el marco de un CAI, de tal manera que, al no comprobarse los elementos contextuales del crimen, no se acredita la existencia de pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que existió el crimen de guerra de tortura contemplado en el artículo 8(2)(a)(ii) del ECPI.

No obstante lo anterior, además de los elementos contextuales, de conformidad con el artículo 8(2)(a)(ii) del Estatuto, existirá el crimen de guerra de tortura cuando se acredite la existencia de determinados requisitos, a saber: (i) que el autor haya causado grandes dolores o sufrimientos físicos o mentales a personas; (ii) que dichas acciones tengan una finalidad específica; y (iii) que las personas sobre las que se ejecuta el crimen hayan estado protegidas en virtud de uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949.¹⁰²

En el presente caso, en virtud del principio de legalidad penal en concordancia con los derechos de las acusadas, esta Representación sostiene que, en el presente caso, no se configura el primer elemento del crimen referente a causar grandes dolores o sufrimientos físicos o mentales a los elementos del Ejército de Celaria.

¹⁰¹ Hechos del caso, párr. 41 y 57; y, Respuestas a las preguntas aclaratorias, párr. 23

¹⁰² ECPI, art. 8(2)(a)(ii); Elementos de los crímenes, art. 8(2)(a)(ii)(-1); TPIY, *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*, Judgement, Appeals Chamber, 12 de junio de 2002, IT-96-23& IT-96-23/1-A, párr. 142; TPIY, *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Judgement, 21 de julio de 2000, IT-95-17/1-A, párr. 111.

En este sentido, es importante resaltar que la gravedad del dolor o sufrimiento distingue a la tortura de cualquier otro crimen similar.¹⁰³ Es por ello que resulta necesario estudiar la gravedad de las acciones ejecutadas, y para ello se debe realizar un análisis la premeditación e institucionalización de los daños, la manera o métodos empleados, la inferioridad de la supuesta víctima respecto de sus presuntos atacantes y su condición física, así como los efectos físicos y mentales derivados del trato dado a la presunta víctima.¹⁰⁴ En ocasiones, también se toman en cuenta factores subjetivos como la edad, el sexo o el estado de salud de la persona, sin que éstas consideraciones sean limitativas.¹⁰⁵

Asimismo, debe tomarse en cuenta si la persona ha sido maltratada durante un periodo de tiempo prolongado, o si los daños infringidos se han realizado en repetidas o varias formas; estos dos aspectos a considerar deben analizarse como un todo para establecer una interrelación entre ellos.¹⁰⁶

Bajo esta misma lógica, el TPIY ha establecido que el daño provocado debe alcanzar la gravedad suficiente para generar una desventaja en la capacidad de la persona afectada para llevar una vida normal y constructiva a largo plazo.¹⁰⁷ En este sentido, hay ocasiones en el que el maltrato infringido no alcanza el nivel necesario de gravedad, por lo que no se considera como tortura.¹⁰⁸

En el presente caso, si bien, la General Romaró únicamente dio instrucciones para que los soldados celerianos fueran interrogados, la Teniente Bertani habría golpeado a dos de los elementos ante la negación de responder a los cuestionamientos.¹⁰⁹

Sin embargo, los golpes alegados que habrían sido ejecutados por la Teniente Bertani no se alcanzan un umbral de gravedad suficiente para que sea considerado un crimen de tortura, toda vez que no existió premeditación en la ejecución de los actos, y no hubo preparación de la manera o métodos por medio de los cuales podrían llevarse a cabo.

¹⁰³ TPIY, *Prosecutor v. Miroslav Kvočka*, párr. 142; TPIY, *Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Milojica Kos, Mlado Radic, Zoran Zigic and Dragoljub Prcac*, Judgment, Appeals Chamber, 28 de febrero de 2005, IT-98-30/1-A, párr. 289.

¹⁰⁴ TPIY, *Prosecutor v. Fatmir Limaj, Haradin Bala and Isak Musliu*, Judgment, Trial Chamber II, 30 de noviembre de 2005, IT-03-66-T, párr. 237 (en adelante, TPIY, *Prosecutor v. Fatmir Limaj*, Judgment).

¹⁰⁵ TPIY, *Prosecutor v. Miroslav Kvočka*, Judgment, párr. 143.

¹⁰⁶ TPIY, *Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, Judgment, Trial Chamber II, 15 de marzo de 2002, IT-97-25-T, párr. 182.

¹⁰⁷ TPIY, *Prosecutor v. Radislav Krstic*, párr. 513; TPIY, *Prosecutor v. Vidoje Blagojevic and Dragan Jokic*, Judgment, Trial Chamber I, Section A, 17 de enero de 2005, IT-02-60-T, párr. 645.

¹⁰⁸ TPIY, *Prosecutor v. Fatmir Limaj*, Judgment, párr. 236.

¹⁰⁹ Hechos del caso, párr. 36.

Además, se puede vislumbrar que las acciones realizadas en contra de los soldados celerianos, no trasgrede la capacidad de dichos militares para desarrollar su vida de forma usual posteriormente, ya que, derivado de los hechos del caso, las afectaciones causadas no van más allá de las físicas, mismas que pueden ser tratadas.

En todo caso, debió haberse realizado una evaluación bajo un protocolo de actuación, es decir, un documento que contemple parámetros para estudiar casos de tortura, como el Protocolo de Estambul, mismo que contiene las bases sobre las que se deben elaborar los estudios de este tipo de casos con la finalidad de recabar información científica y evidencia que puedan ser utilizadas por los tribunales para procedimientos futuros.¹¹⁰ Sin un análisis de este tipo, es poco probable que se pueda determinar que hubo pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que se logra configurar el crimen de tortura con la información disponible.

Por lo anterior, no se acredita que las acusadas causaron grandes dolores o sufrimientos físicos o mentales a los soldados pertenecientes al Ejército de Celaria.

En este sentido, esta representación sostiene que la General Melinda Romaró y la Teniente Ana Bertani no son responsables del crimen de tortura como coautoras de conformidad con el artículo 25(3)(a) del Estatuto de Roma.

II. NO HAY PRUEBAS SUFICIENTES DE QUE HAY MOTIVOS FUNDADOS PARA CREER QUE MELINDA ROMARÓ Y ANA BERTANI SON RESPONSABLES COMO COAUTORAS DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 25(3)(a) DEL ECPI POR LA COMISIÓN DE CRÍMENES DE GUERRA.

De conformidad con el artículo 25(3)(a) del ECPI será penalmente responsable y podrá ser sancionado por la comisión de algún crimen competencia de la Corte quien lo cometa con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable.¹¹¹

En virtud del desarrollo jurisprudencial de la CPI, este artículo contempla la responsabilidad por coautoría, mismo que se refiere a las contribuciones individuales coordinadas de dos o más personas, que resultan en la configuración de los elementos objetivos de un crimen; todos los participantes deben

¹¹⁰ CoIDH, *Caso Gutiérrez vs. Colombia*, Sentencia de 12 de septiembre de 2005, Serie C, No. 132, párr. 109; PERERA, Clifford. VERGHESE, Alice. *Implementation of Istanbul Protocol for effective documentation of torture e review of Sri Lankan perspectives*, “Journal of Forensic and Legal Medicine”, ELSEVIER, 2011, pág. 2.

¹¹¹ ECPI, art. 25(3)(a).

compartir el control sobre el crimen en cuestión, de tal forma que, cualquiera de ellos pueda llegar a frustrar la comisión del mismo.¹¹² Del desarrollo jurisprudencial de esta Corte, se puede vislumbrar que la coautoría tiene una clasificación determinada, entre las que encontramos la coautoría directa y mediata a través de un aparato organizado de poder, mismos que serán analizados a continuación, toda vez que son tema central del presente caso.

A. No hay pruebas suficientes de qué hay motivos fundados para creer que Melinda Romaró y Ana Bertani son responsables como coautoras por el crimen de guerra de tortura.

Para que se configure la responsabilidad penal por coautoría, se necesita el cumplimiento de determinados requisitos, a saber: (i) la existencia de un acuerdo o plan común entre dos o más personas, (ii) la existencia de una contribución esencial coordinada ejecutada por cada uno de los autores, que tenga como resultado la materialización de los elementos objetivos del crimen; (iii) cumplir con elementos mentales específicos del crimen en cuestión o los establecidos por el artículo 30 del Estatuto, (iv) los coautores deben ser conscientes de que la implementación del plan común puede derivar en la realización de los elementos objetivos del crimen y, (v) deben ser conscientes de las circunstancias de hecho que les permiten tener control sobre el crimen.¹¹³

A continuación, se analizará que, en el presente caso, no existen pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que Melinda Romaró y Ana Bertani tenían un acuerdo o plan común para cometer el crimen de tortura, así como tampoco que éstas hayan tenido una contribución esencial en la presunta comisión del crimen.

1. No existen pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que en el las acusadas idearon un acuerdo o plan común que derivara en la comisión del crimen de guerra de tortura.

El acuerdo o plan común debe contener un elemento de criminalidad, el cual se configura si se cumplen determinadas condiciones que den lugar a la comisión del crimen, aunque en un inicio, el acuerdo no

¹¹² CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, 29 de enero de 2007, ICC-01/04-01/06, párrs. 326 y 342 (en adelante, CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges).

¹¹³ CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, párrs. 343 y 346; CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga*, Judgment pursuant article 74 of the Statute, párr. 1399; CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, párr. 350; CPI, *Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, 8 de febrero de 2010, ICC-02/05-02/09, párr. 160.

vaya dirigido a la realización de un crimen; o si los coautores son conscientes de que la implementación del plan común conlleva el riesgo de la comisión de un crimen y se acepte ese resultado.¹¹⁴

Además, es importante mencionar que la participación en la realización del crimen sin que exista una coordinación de los individuos que participan en la acción, incluso de aquellos que realizan el crimen de forma material,¹¹⁵ quebranta la coautoría.¹¹⁶

En el presente caso, el 7 de junio de 2017, la General Melinda Romaró y el Coronel Mark Rouman llevaron a cabo un ataque militar en contra de un campamento del Ejército de Celaria, en el que lograron detener a 10 soldados celerianos que fueron llevados al campamento del FPLC.¹¹⁷ Posteriormente, Melinda Romaró, sin acuerdo previo, ordenó que se interrogaran a los 10 soldados.¹¹⁸

Por otro lado, como ya se mencionó, la Teniente Bertani agredió a los soldados de Celaria al no obtener respuesta a sus cuestionamientos realizados.¹¹⁹ Sin embargo, en ningún momento se vislumbra la existencia de acciones que reflejen la elaboración de un acuerdo o plan común entre Melinda Romaró y Ana Bertani que especificara la forma de realización del interrogatorio a los elementos celerianos.

En este sentido, se puede concluir que no existió un acuerdo o plan común por parte de las acusadas que den lugar a la realización del crimen de guerra de tortura dirigido a los soldados de la RC.

2. No existen pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que hubo una contribución esencial coordinada por parte de Melinda Romaró y Ana Bertani que diera lugar a la comisión del crimen de guerra de tortura.

Por otro lado, la responsabilidad bajo el artículo 25(3)(a) del ECPI requiere de la existencia de una contribución esencial, que se refiere a que los coautores deben desempeñar una tarea indispensable para la realización del crimen que, de no llevarla a cabo, se frustraría el plan común.¹²⁰ Es una condición que

¹¹⁴ CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, párr. 344.

¹¹⁵ CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, párr. 522.

¹¹⁶ CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, párr. 343; YANEV, Lachezar. *On Common Plans and Excess Crimes: Fragmenting the Notion of Co-Perpetration in International Criminal Law*, “Leiden Journal of International Law”, Volumen 31, Cambridge University Press, 2018, págs. 698 y 709.

¹¹⁷ Hechos del caso, párr. 34.

¹¹⁸ Hechos del caso, párr. 36.

¹¹⁹ Hechos del caso, párr. 36.

¹²⁰ CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, párr. 347; CPI, *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda, Pre Trial Chamber II, 9 de junio de 2009, ICC-01/04-02/06, párr. 104 (en adelante, CPI, *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda); CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute

requiere la participación en la realización de los elementos del crimen, sin la cual, éste no se realizaría, y cuyo peso es mayor que el requerido para la complicidad.¹²¹ En virtud de su contribución esencial sobre el crimen, debe analizarse si los participantes tenían el control sobre éste y el poder para frustrar la realización del mismo.¹²²

En suma, la contribución realizada por los coautores que no ejecutan de forma directa el crimen, debe tener un peso similar para lograr el objetivo criminal, es decir, no todo tipo de contribución es suficiente; además, una contribución será considerada como “esencial” si el objetivo común no se puede lograr sin ella.¹²³

Por otro lado, la contribución esencial debe probarse en virtud de los hechos ocurridos, y no solamente teniendo en cuenta el rol o papel que desempeñaban los presuntos responsable según el plan común concertado.¹²⁴

En el presente caso, la General Melinda Romaró dio inicio al interrogatorio de los elementos militares aprehendidos pertenecientes al Ejército de Celaria,¹²⁵ lo cual, por sí mismo, no representa una contribución esencial, toda vez que la indicación emitida por la General no dio pauta para la realización de los presuntos actos constitutivos de tortura, dentro de los interrogatorios practicados a los soldados.

Además, la sola presencia de la General Romaró dentro de las celdas no puede probar su contribución esencial. Si bien, esta Representación concluyó que no existen pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que se provocaron grandes dolores o sufrimientos a los soldados capturados, en caso de que esa Corte considere lo contrario, también sostiene que estos se habrían llevado a cabo aun sin la presencia de la General Romaró.

En este sentido, debido a la ausencia de una acción por parte de la General Romaró que desembocara en la comisión de alguno de los elementos objetivos del crimen de tortura, no existen pruebas suficientes de

on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, párr. 347-349; CPI, *Prosecutor v. Charles Blé Goudé*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, 11 de diciembre de 2014, ICC-02/11-02/11, párr. 135.

¹²¹ CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, párr. 64.

¹²² CPI, *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda, párr. 826.

¹²³ WERLE, Gerhard. *Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute*, “Journal of International Criminal Justice”, Oxford University Press, 2007, pág. 10 (en adelante, WERLE, Gerhard. *Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute*).

¹²⁴ CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, párr. 64.

¹²⁵ Hechos del caso, párr. 36.

que hay motivos fundados para creer que ésta tuvo una contribución esencial dentro de la coautoría que pretende imputar la Fiscalía.

3. No existen pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que la General Romaró y la Teniente Bertani actuaron con la intención necesaria para acreditar la responsabilidad por coautoría directa.

En caso de que esta Sala considere que se satisfacen los elementos anteriores, esta Representación hace notar que, de conformidad con la jurisprudencia de esa Corte, desempeñar una contribución esencial como parte de un plan común, garantiza la atribución recíproca de los actos realizados, pero no la atribución del elemento mental de otra persona, mismo que es esencial para comprobar la responsabilidad por coautoría.¹²⁶

En virtud del artículo 30 del ECPI, una persona será penalmente responsable solamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento.¹²⁷

En este sentido, la intención se configura cuando el autor busca participar en la realización de una conducta, propone causar una consecuencia determinada, o es consciente de que dicha consecuencia se producirá derivado del curso ordinario de los acontecimientos.¹²⁸ Además, el conocimiento se acredita cuando se comprueba que el autor era consciente de la existencia de una circunstancia o que ocurriría una consecuencia en la realización ordinaria de los actos.¹²⁹

Estos elementos subjetivos deben analizarse de forma conjunta, toda vez que no se puede ejecutar una acción o causar una consecuencia de forma intencional, a menos que se tenga conocimiento de las circunstancias en las que se realizó dicha acción o consecuencia.¹³⁰

¹²⁶ CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, párr. 349 y 350; WERLE, Gerhard. *Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute*, pág. 11.

¹²⁷ ECPI, art. 30(1). CPI, *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, Corrigendum of the “Decision on the Confirmation of Charges”, Pre-Trial Chamber I, 7 de marzo de 2011, ICC-02/05-03/09, párr. 152 (en adelante, CPI, *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, Corrigendum of the “Decision on the Confirmation of Charges”).

¹²⁸ ECPI, art. 30(2). CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, párr. 349.

¹²⁹ ECPI, art. 30(3). CPI, *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, Corrigendum of the “Decision on the Confirmation of Charges”, párr. 153; CPI, *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, párr. 121.

¹³⁰ TRIFFTERER, Otto. AMBOS, Kai. “*The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary.*” Third Edition, C.H. BECK. Hart. Nomos, 2016, pág. 1117.

En el presente caso y, como ya se ha señalado, la General Melinda Romaró ordenó la realización de interrogatorios a los miembros del Ejército de Celaria aprehendidos. Sin embargo, no buscó participar en la ejecución de los actos en contra de dichos elementos.¹³¹

Así pues, Melinda Romaró no emitió órdenes con la intención particular de ejercer violencia sobre los elementos celerianos, y por lo tanto no se acredita el elemento subjetivo de la responsabilidad.

Además, esta Representación reitera que no se ha logrado demostrar el crimen de tortura en virtud de que no se causaron grandes dolores o sufrimientos a los soldados celerianos, por lo que tampoco se puede demostrar la intención específica de cometer este elemento en particular por parte de las coautoras.

En este sentido, se concluye que no existen pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que Melinda Romaró y Ana Bertani son responsables como coautoras directas por el crimen de guerra de tortura contemplado en el artículo 8(2)(a)(ii) del ECPI.

B. No hay pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que Melinda Romaró y Ana Bertani son responsables por coautoría mediata a través de un aparato organizado de poder por los crímenes de guerra contemplados en los artículos 8(2)(b)(xx) y 8(2)(b)(vi) del ECPI.

De conformidad con la jurisprudencia de esta Corte, la responsabilidad de coautoría mediata a través de un aparato organizado de poder es aquella donde los acusados tienen control sobre las personas que llevan a cabo los elementos objetivos del crimen.¹³²

Para que se acredite este tipo de responsabilidad es necesario que: (i) los acusados sean parte de un acuerdo o plan común; (ii) los posibles coautores realicen contribuciones esenciales coordinadas que resulten en la realización de los elementos objetivos del crimen; y (iii) los acusados tengan el control sobre un aparato organizado de poder.¹³³ Asimismo, los sospechosos deben cumplir con los elementos subjetivos de los crímenes atribuidos, y para ello se requiere un análisis de la intención y el conocimiento de conformidad con el artículo 30 del ECPI.¹³⁴

¹³¹ Hechos del caso, párr. 36.

¹³² CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, párr. 488 y 500.

¹³³ CPI, *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, párr. 104.

¹³⁴ CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, párr. 528.

Subsecuentemente, esta Representación desacreditará la existencia de un acuerdo o plan común, ni la presencia del elemento mental necesario para la existencia de los crímenes de guerra imputados a las acusadas.

1. No existen pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que Melinda Romaró y Ana Bertani tenían un acuerdo o plan común para llevar a los crímenes de guerra alegados.

Como ya ha referido esta Representación, el acuerdo o plan común debe contener un elemento de criminalidad; es decir, debe contemplar la comisión del crimen alegado.¹³⁵ Este elemento puede surgir aun cuando la implementación del plan común no tiene un objetivo criminal, pero se comete un crimen si se cumplen determinadas condiciones; o, si los coautores son conscientes del riesgo de que la realización del plan común derive la comisión de un crimen.¹³⁶

a) *Las acusadas no llevaron a cabo un acuerdo o plan común consistente en emplear un arma que, por su propia naturaleza, produce efectos indiscriminados.*

En el presente caso, se tuvo como objetivo de la implementación del software Nikouls, obtener información del sistema operativo del Ejército de Celaria para repeler los ataques, así como neutralizar las operaciones que pudieran llevar a cabo sus tropas.¹³⁷

En este sentido, la General Romaró y la Teniente Bertani no realizaron un acuerdo encaminado a la utilización de un arma que causara efectos indiscriminados. No se percataron de la existencia de condiciones o riesgos que devendrían de la implementación del software, y que finalmente terminarían afectando a los miembros del Ejército de Celaria y la población civil, sin embargo, realizaron todo lo que estaba en sus manos para evitar que el software se infiltrara en otros sistemas.¹³⁸

Con lo anterior se puede concluir que, no existen pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que hubo un acuerdo o plan común con un contenido criminal consistente en el empleo de armas que, por su propia naturaleza, produzcan efectos indiscriminados.

b) *La Teniente Bertani y la General Romaró no llevaron a cabo un acuerdo o plan común por medio del cual se propusieran causar muerte y lesiones a combatientes que hayan depuesto las armas.*

¹³⁵ CPI, *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, Pre-Trial Chamber II, 23 de enero de 2012, ICC-01/09-02/11, párr. 399.

¹³⁶ CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, párr. 344.

¹³⁷ Hechos del caso, párr. 39, 40 y 41.

¹³⁸ Hechos del caso, párrs. 51, 52, 53 y 58.

Como ya se mencionó, durante la etapa final del enfrentamiento, la General Romaró y la Teniente Bertani llevaron a cabo el lanzamiento de dos misiles de corto alcance dirigidos contra el centro de control del Ejército de Celaria.¹³⁹

El plan llevado a cabo entre las acusadas, se realizó con el único objetivo de obtener ventaja militar sobre el Ejército de Celaria, y poner fin a los enfrentamientos. Además, esta Representación reitera que dicho ataque fue dirigido a un objetivo militar concreto, donde se presume que no había presencia de civiles.

Por otro lado, los elementos militares ubicados en el centro de control no se encontraban fuera de combate, pues a pesar del colapso de los servicios informáticos de dicho lugar, los combatientes no se encontraban desarmados, toda vez que dentro de la zona se hallaba una bodega que contenía armamento para repeler ataques, y se encontraban dentro de un área que puede ser considerada como territorio de defensa.

En este entendido, no existen pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que las acusadas actuaron en virtud de un plan común que comprendía el elemento de criminalidad de causar muerte y lesiones a combatientes que hayan depuesto las armas.

c) No existen pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que existió conocimiento e intención por parte de la General Romaró y la Teniente Bertani en la supuesta realización de crímenes de guerra.

Como ya se mencionó, es necesario realizar un análisis del artículo 30 del ECPI para acreditar que una persona será penalmente responsable únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento.¹⁴⁰

Además, del estudio acumulativo de la intención y el conocimiento requiere la existencia de un elemento volitivo, mismo que se manifiesta cuando (i) el acusado sabe que sus acciones u omisiones tendrán como consecuencia la realización de los elementos objetivos del crimen; y (ii) se realicen tales acciones u omisiones con la intención de materializar los elementos objetivos del crimen.¹⁴¹

¹³⁹ Hechos del caso, párrs. 54 y 57.

¹⁴⁰ ECPI, art. 30(1). CPI, *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, Corrigendum of the “Decision on the Confirmation of Charges”, párr. 152.

¹⁴¹ CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, párrs. 529 y 533.

En este sentido, la responsabilidad no se acreditará si los acusados ejecutaron sus acciones sin la intención concreta de realizar los elementos objetivos del crimen; y si existe poca probabilidad de que el resultado de sus actividades derive en la comisión de un crimen.¹⁴²

a) *La General Melinda Romaró y la Teniente Ana Bertani no tenían el conocimiento de que el software Nikouls podría calificarse como un arma prohibida por el DIH, y por ende tampoco tenían la intención de causar efectos indiscriminados al emplear dicha arma.*

Tomando como base los elementos analizados por la Fiscalía respecto al crimen contemplado, se estudiará el elemento mental consistente en que las autoras deben tener conocimiento de que el arma empleada, objeto de una prohibición completa, causa efectos indiscriminados por su propia naturaleza.

Como ya se mencionó, la General Romaró y la Teniente Bertani decidieron utilizar el software Nikouls con la finalidad de obtener información del sistema operativo del centro de control del Ejército de Celaria y neutralizar sus operaciones.¹⁴³

Debido a que dicho software era de reciente creación, las acusadas carecían de la información pertinente para conocer cuáles eran los efectos y alcances de su implementación, y mucho menos si sería considerada como un arma prohibida en virtud del DIH.¹⁴⁴

Además, es importante mencionar que el malware Nikouls funcionó adecuadamente durante los primeros meses, lo que les permitió a las acusadas determinar que no existía problema alguno con su utilización.¹⁴⁵

Sin embargo, como lo mencionan los hechos del caso, el software se infiltró de forma autónoma en el Programa de Apoyo para Vivienda y Comida en el Marco de la Guerra de Marzo (en adelante, Programa VCGM) sin que nadie se percatara de ello, generando afectaciones a los servicios de los campos de personas desplazadas y hospitales ubicados en el Estado de Celaria.¹⁴⁶

Meses después de ese evento, un ingeniero perteneciente a la empresa WarClean notificó a la Teniente Bertani sobre alertas consistentes en reportes de error en relación con el Programa VCGM. Ante esto,

¹⁴² CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, párr. 537.

¹⁴³ Hechos del caso, párrs. 38, 39 y 40.

¹⁴⁴ Hechos del caso, párr. 39.

¹⁴⁵ Hechos del caso, párr. 42.

¹⁴⁶ Hechos del caso, párrs. 43 y 61; Respuestas a las preguntas aclaratorias, párr. 20.

Romaró y Bertani ordenaron a los ingenieros no ingresar al Programa VCGM y mantuvieron una posición firme sobre mantener el software Nikouls fuera de dicho sistema.¹⁴⁷

Adicionalmente, como medida de seguridad, las acusadas ordenaron a los ingenieros de WarClean realizar una revisión de la situación actual del malware Nikouls; los resultados de dicha evaluación arrojaron que no existían irregularidades en el software. Sin embargo, la General Romaró y la Teniente Bertani solicitaron a los ingenieros reportar cualquier anomalía. Incluso hubo intentos de desactivación del software, sin obtener resultados favorables.¹⁴⁸

En este sentido, se puede vislumbrar que las acusadas emprendieron las acciones pertinentes para que el software Nikouls no provocara afectaciones a servicios y sistemas ajenos al centro de control del Ejército de Celaria. De saber que el software ocasionaría problemas y, por ende, efectos indiscriminados, las acusadas hubieran actuado con la debida diligencia en la implementación del software.

De lo anterior, se puede concluir que no existieron pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que las acusadas no son responsables como coautoras mediatas en virtud del crimen de guerra de emplear armas que, por su propia naturaleza, produzcan efectos indiscriminados en violación al DIH, toda vez que no tenían el conocimiento de que el software causaría efectos indiscriminados y, por ende, que el arma sería considerada como prohibida.

b) Melinda Romaró y Ana Bertani no tenían la intención de causar muerte y lesiones a combatientes que hayan depuesto las armas.

El lanzamiento de misiles en contra del centro de control, se realizó con la intención de atacar a los soldados del Ejército de Celaria para obtener ventaja militar y así dar por concluido el conflicto, no con la intención de causar la muerte de personas fuera de combate dentro del centro de control.

Al respecto, es importante mencionar que los soldados no se encontraban fuera de combate, pues poseían armamento para hacer frente a ataques de la parte contraria.

Por otro lado, las bajas civiles son resultado del daño colateral proporcional ocasionado por el uso de los misiles y del incumplimiento de las obligaciones de la República de Celaria en virtud del DIH, pues no

¹⁴⁷ Hechos del caso, párrs. 51 y 52.

¹⁴⁸ Hechos del caso, párr. 53; Respuestas a las preguntas aclaratorias, párr. 28.

hizo lo necesario por desplazar y salvaguardar a los civiles que se encontraban en zonas consideradas como objetivos militares.

En este sentido, se sostiene que no hay pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que la General Romaró y la Teniente Bertani no son responsables por la comisión del crimen de guerra de causar muerte y lesiones a combatientes que hayan depuesto las armas toda vez que las acusadas tenían la intención de atacar únicamente a los soldados celerianos, mismos que contaban con la capacidad de repeler ataques.

En virtud de lo anterior, esta Representación solicita a esa Corte que concluya que no hay pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que Melinda Romaró y Ana Bertani son responsables como coautoras mediatas a través de un aparato organizado de poder por los crímenes de guerra contemplados en los artículos 8(2)(b)(xx) y 8(2)(b)(vi) del ECPI.

H. REFERENCIAS

- Comité Internacional de la Cruz Roja, *A Guide to the Legal Review of New Weapons, Means and Methods of Warfare: Measures to Implement Article 36 of Additional Protocol I of 1977*, Ginebra, Suiza, 2006
- Comité Internacional de la Cruz Roja, XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, 28 de noviembre – 1 de diciembre de 2011, 31IC/11/5.1.2.
- Comité Internacional de la Cruz Roja, XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la MLR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, 8 a 10 de diciembre de 2015, 32IC/15/15
- PERERA, Clifford. VERGHESE, Alice. *Implementation of Istanbul Protocol for effective documentation of torture e review of Sri Lankan perspectives*, “Journal of Forensic and Legal Medicine”, ELSEVIER, 2011
- PICTET, Jean et al., *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Países Bajos, 1987
- TONKIN, Hannah, *State Control over Private Military and Security Companies in Armed Conflict*, Nueva York, 2011
- TRIFFTERER, Otto. AMBOS, Kai. “The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary.” Third Edition, C.H. BECK. Hart. Nomos, 2016, pág. 1117
- WERLE, Gerhard. *Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute*, “Journal of International Criminal Justice”, Oxford University Press, 2007
- YANEV, Lachezar. *On Common Plans and Excess Crimes: Fragmenting the Notion of Co-Perpetration in International Criminal Law*, “Leiden Journal of International Law”, Volumen 31, Cambridge University Press, 2018