

**DÉCIMO CUARTA EDICIÓN DE LA COMPETENCIA INTERNACIONAL
“VÍCTOR CARLOS GARCÍA MORENO” PROCEDIMIENTO ANTE
LA CORTE PENAL INTERNACIONAL**

(2015)

SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES VIII

CASO DE LA FISCALÍA v. HASSAM FADUL

MEMORIAL DE LA DEFENSA

A. TABLA DE CONTENIDOS

A. TABLA DE CONTENIDOS	I
B. LISTA DE ABREVIATURAS	III
C. ESTABLECIMIENTO DE HECHOS	IV
D. CUESTIONES A ABORDAR	VI
E. RESUMEN DE ARGUMENTOS	VII
F. ARGUMENTOS ESCRITOS	1
I. NO EXISTEN PRUEBAS SUFICIENTES DE QUE HAY MOTIVOS FUNDADOS PARA CREER QUE SE COMETIERON CRÍMENES DE GUERRA EN LA REPÚBLICA PÉRSICA	1
A. <i>Inexistencia del contexto de un conflicto armado internacional</i>	1
1. Recurso a la fuerza armada entre dos o más Estados.....	2
a. Conflicto internacional por ausencia de las autoridades de la República Pérsica	2
b. Conflicto armado internacional por conducta de un movimiento insurreccional	5
2. Conflicto armado internacional por intervención directa	6
3. El conflicto en la República Pérsica es exclusivamente un conflicto armado no internacional por lo que no se puede configurar el crimen bajo el artículo 8 (2)(b)(iv).....	8
B. <i>Inexistencia del crimen de guerra contemplado en el artículo 8 (2)(b)(iv) del Estatuto</i>	11
1. Al-Hazin lanzó un ataque.....	12
2. El ataque al pozo “El Castaño” no fue de magnitud tal que causó pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos y duraderos y graves al medio ambiente natural manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto prevista	13
a. Pérdidas incidentales de vida	13
b. Daños a bienes civiles	14
c. Daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural.....	14
d. Ventaja militar concreta y directa de conjunto	16
e. Principio de proporcionalidad.....	17
3. Tanto Hassam Fadul como sus tropas no sabían que el ataque causaría pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto prevista.....	17
4. Las tropas eran conscientes de las circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado	18
II. EL MENSAJE ENVIADO POR EL SR. MURAT VÍA FACEBOOK DEBE SER DECLARADO INADMISIBLE	19
A. <i>Causas de inadmisibilidad de la prueba</i>	19
1. Violación a derechos humanos internacionalmente reconocidos	19

2.	La violación al derecho humano de la privacidad suscita serias dudas sobre la fiabilidad de la prueba.....	22
B.	<i>La prueba es insuficiente para confirmar los cargos al acusado.....</i>	23
C.	<i>Violación a los derechos del acusado (principio in dubio pro reo)</i>	24
D.	<i>La prueba es eximente de responsabilidad.....</i>	24
III.	HASSAM FADUL NO ES RESPONSABLE COMO SUPERIOR JERÁRQUICO	26
A.	<i>Hassam Fadul es comandante militar de iure, mas no, de facto</i>	27
B.	<i>El Sr. Fadul no tiene mando y control efectivo, o autoridad efectiva y/o el control sobre las fuerzas (subordinados) que cometieron el crimen.....</i>	27
C.	<i>Los crímenes cometidos por las fuerzas (subordinados) no resultaron de la incapacidad del Sr. Fadul por ejercer un control apropiado sobre ellos.....</i>	29
D.	<i>El acusado no sabía ni pudo haber sabido que sus subordinados cometieron crímenes.....</i>	29
E.	<i>El sospechoso tuvo diligencia necesaria y medidas razonables dentro de su alcance para prevenir o reprimir la comisión de tal crimen o de someter el asunto a las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento.....</i>	30
	PETITORIOS.....	33
G.	REFERENCIAS.....	34

B. LISTA DE ABREVIATURAS

ABREVIATURA	CONCEPTO
CAI	Conflicto Armado Internacional.
CANI	Conflicto Armado No Internacional.
CPI o Corte.	Corte Penal Internacional.
DICA	Derecho Internacional de los Conflictos Armados.
DIH	Derecho Internacional Humanitario.
EC	Elementos de los Crímenes.
ECCC	Reglamento Interno de los Tribunales de Camboya.
ECPI o Estatuto.	Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
GAO	Grupo Armado Organizado.
OTAM	Organización Trasnacional Árabe Militar.
Reglas de la Fiscalía	Regulations of the Office of the Prosecutor.
RPP ó Reglas	Reglas de Procedimiento y Prueba.
STL	Tribunal Especial para Líbano.
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia.
VCGM	Movimiento contra el Genocidio de las Comunidades Vulnerables.

C. ESTABLECIMIENTO DE HECHOS

La República Pérsica es un Estado del continente asiático dividida en cuatro regiones: Región Montañosa, Región Agrícola, Región Desértica y Región principal.

En el año de 2003, en un acto de alternancia respecto del Partido Conservador, llega al poder el Partido Islámico Demócrata, a través del Presidente Alín Al-Maclub, presentando una serie de cambios dirigidos a afianzar la presencia del Estado en el mercado mundial. Debido a esas propuestas encaminadas a la apertura económica, en el 2003, tres grupos fundamentalistas comienzan incursiones militares en contra de las propuestas del Presidente.

El grupo principal fue Al-Hazin, un grupo de fundamentalistas musulmanes, que sostenía la implementación de la Yihad como medida necesaria para combatir las propuestas del Presidente, debido a que sostenían que eran prácticas contrarias al Corán y desviarían a la República Pérsica del camino de Dios. A partir del 2003, el Grupo Armado Organizado (GAO) Al-Hazin inició un conflicto armado de índole no internacional, en contra del ejército pérsico, de tal intensidad que el Presidente Al-Maclub se vio en la necesidad de abandonar el país el 15 de diciembre de 2005, solicitando posteriormente la intervención de la Organización Trasnacional Árabe Militar (OTAM) en calidad de aliado, a través de apoyo logístico y operacional, a la estructura militar de la República Pérsica, a partir del 31 de mayo de 2006.

El 27 de agosto de 2009, las fuerzas bajo el mando de Hassam Fadul, Comandante de la Región Desértica de Al-Hazin implementaron el Plan D-L9, consistente en lanzar un ataque en contra del pozo “El Castaño”, con el objeto de obtener ventaja militar y recuperar el control sobre el pozo petrolero. Dicho plan se implementó a través del lanzamiento de un misil de largo alcance de aire a superficie tipo RBS-15 con capacidad de realizar ataques precisos.

Posteriormente, a finales de 2011, tras diversos enfrentamientos y con la colaboración de la OTAM, el ejército Pérsico logró recuperar el control de facto de la República Pérsica. A finales del 2011 ante el restablecimiento del orden el Presidente Al-Maclub regresa al país. Al cumplirse sus objetivos en el territorio, la OTAM comienza a transferir las tareas de seguridad a las fuerzas armadas pérsicas y abandona el país el 15 de septiembre de 2014.

Una vez concluido el conflicto, el Presidente solicita la cooperación de la Corte Penal Internacional (CPI) para enjuiciar a los miembros de Al-Hazin, por lo que el 13 de octubre de 2014 la Fiscalía da inicio a una investigación y el 14 de febrero emite una orden de arresto en contra del Sr. Hassam Fadul.

El Sr. Fadul fue arrestado el 1 de abril de 2015 y la Sala de Cuestiones Preliminares VIII fijó el 9 de noviembre de 2015 como fecha para iniciar la audiencia de confirmación de cargos por crímenes de guerra bajo el tipo de responsabilidad de superior jerárquico.

D. CUESTIONES A ABORDAR

- I. Inexistencia de un contexto de conflicto armado de carácter internacional.
- II. Inexistencia de pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que se cometió el crimen de guerra de lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea en la República Pérsica.
- III. Inadmisibilidad de la prueba consistente en el mensaje enviado por el Sr. Murat vía Facebook.
- IV. Hassam Fadul no es responsable como superior jerárquico por el crimen de guerra del artículo 8(2)(b)(iv) del ECPI.

E. RESUMEN DE ARGUMENTOS

- I. La Corte debe declarar que no hay pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que en la República Pérsica tuvo lugar un conflicto armado internacional, ya que las partes en el conflicto eran las fuerzas armadas pérsicas en colaboración con la Organización Trasnacional Árabe Militar y el grupo armado organizado Al-Hazin, y si bien la Organización Trasnacional Árabe Militar intervino en el territorio Pérsico lo hizo con el consentimiento del gobierno.

- II. La Corte debe declarar que no hay pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que Hassam Fadul cometió el crimen de guerra que se le imputa ya que él no tenía conocimiento de los daños extensos, duraderos y graves que se ocasionarían al implementar el ataque. En todo caso, la ventaja militar obtenida fue proporcional a los daños incidentales derivados del ataque.

- III. La Corte debe declarar la inadmisibilidad de la prueba consistente en el mensaje enviado por el Sr. Murat vía Facebook partiendo de que la prueba es violatoria de derechos humanos internacionalmente reconocidos y suscita serias dudas sobre la fiabilidad de la misma.

- IV. La Corte debe declarar que no hay pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que Hassam Fadul es responsable como superior jerárquico por cometer el crimen de guerra de lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea puesto que el Sr. Fadul tuvo la diligencia necesaria y tomó las medidas razonables dentro de su alcance para prevenir y reprimir la comisión del crimen.

F. ARGUMENTOS ESCRITOS

I. NO EXISTEN PRUEBAS SUFICIENTES DE QUE HAY MOTIVOS FUNDADOS PARA CREER QUE SE COMETIERON CRÍMENES DE GUERRA EN LA REPÚBLICA PÉRSICA

De conformidad con el artículo 8 (2)(b)(iv) del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI o Estatuto) y los Elementos de los Crímenes (EC), crimen de guerra de lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea, exclusivamente puede tener lugar en relación con un conflicto armado de índole internacional.¹

En la República Pérsica no tuvo lugar un conflicto armado de índole internacional, por lo que el crimen no puede configurarse en el presente caso.

A. Inexistencia del contexto de un conflicto armado internacional

Un conflicto armado de carácter internacional (CAI) es el recurso a la fuerza armada entre dos o más Estados² y puede configurarse de las siguientes maneras:

- i) cuando hay dos Estados en conflicto,
- ii) por intervención directa y
- iii) por intervención indirecta.³

¹ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1 de julio de 2002, U.N.T.S., No. 38544, art. 8 (2)(b)(iv) (En adelante ECPI o Estatuto); Elementos de los crímenes, 9 de Septiembre de 2002, ICC-ASP/1/3, art. 8. (En adelante Elementos de los crímenes).

² TPIY, *Prosecutor v Dusko Tadić*, Decision on the defense motion for interlocutory appeal on jurisdiction, Appeals Chamber, 2 de octubre de 1995, IT-94-1-A, párr. 70 (En adelante Tadić, *Interlocutory decision*).

³ CPI, *Prosecutor v Germain Katanga*, Judgment, Trial Chamber II, 7 de marzo de 2014, ICC-01/04-01/07-3436-tENG, párr. 1177. (En adelante Katanga, *Judgment*).

1. Recurso a la fuerza armada entre dos o más Estados

El recurso a la fuerza armada se presenta cuando el conflicto tiene lugar dentro del territorio de uno o más Estados,⁴ esto es, las hostilidades armadas entre Estados, a través de sus respectivas fuerzas armadas u otros actores actuando a nombre del Estado.⁵

De los hechos del caso no se puede desprender la configuración de un CAI por fuerza armada entre dos o más Estados a través de sus fuerzas armadas, ya que las partes en el conflicto son la Organización Trasnacional Árabe Militar (OTAM), en conjunto con las fuerzas armadas pérsicas por un lado, y por el otro, el grupo fundamentalista Al-Hazin; es decir, no existen dos Estados luchando entre sí.

Asimismo, no existe una lucha entre las fuerzas armadas de dos Estados ni a través de otros actores actuando a nombre del Estado, toda vez que Al-Hazin no se considera que esté actuando a nombre de la República Pérsica.

a. Conflicto internacional por ausencia de las autoridades de la República Pérsica

De conformidad con el artículo 9 del Articulado sobre Responsabilidad Estatal se podrá considerar como hecho del Estado la conducta de una persona o grupo de personas que ejerzan de hecho atribuciones del poder público en ausencia o defecto de las autoridades oficiales, en circunstancias tales que se requiera el ejercicio de esas atribuciones.⁶ El supuesto anterior sólo será aplicable en los casos de una revolución, un conflicto armado o una ocupación extranjera, cuando las autoridades estén disueltas o desintegradas.⁷

Para que la conducta pueda ser atribuida al Estado se necesitan tres condiciones:

⁴ Tadić, *Interlocutory decision*, párr. 70.

⁵ CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment, Trial Chamber I, 14 de marzo de 2012, ICC-01/04-01/06-2842, párr. 541 (En adelante Lubanga, *Judgment*); 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-01/05-01/08-424, párr. 78. (En adelante Bemba, *Confirmation of charges*).

⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, A/RES/56/83, 28 de enero de 2002, art. 9. (En adelante Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos).

⁷ International Law Commission, Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001, art. 9. (En adelante Commentaries to Draft articles on Responsibility of States).

- i) que la conducta tenga una relación eficaz con el ejercicio de los elementos de la autoridad gubernamental,
- ii) la conducta que se pretende atribuir debe ser llevada a cabo en la ausencia u omisión de las autoridades oficiales y
- iii) las circunstancias deben ser tales que requieran el ejercicio de esos elementos de autoridad. La conducta que se intenta atribuir, principalmente es autodefensa de los ciudadanos debido a la ausencia de las autoridades.⁸

La conducta de Al-Hazin no puede ser atribuida al Estado, porque no tuvo relación efectiva con el ejercicio de los elementos de autoridad gubernamental ya que de los hechos del caso no se puede desprender que dicho grupo haya desempeñado de facto actividades del gobierno y dichas conductas no equivalen al gobierno.

Respecto a la segunda condición la conducta de Al-Hazin no se llevó a cabo en la ausencia de autoridades ya que en ningún momento la República Pérsica se encontró con una ausencia de autoridades o un defecto. Si bien, en el presente caso tenemos un contexto de conflicto armado, no tenemos una ausencia o defecto de las autoridades, también llamado colapso del Estado, ya que si bien el Presidente Al-Maclub se encontraba en el exilio,⁹ seguía gobernando formalmente a pesar de no encontrarse físicamente en la República Pérsica.¹⁰

Por otra parte, las fuerzas de la OTAM realizaron sus operaciones dentro de Pérsica en conjunto con las fuerzas armadas del Estado¹¹ y solamente prestaron apoyo logístico y operacional a la estructura militar del país¹² de conformidad con el Convenio de Colaboración entre la OTAM y la República Pérsica firmado el 30 de mayo de 2006.¹³

En lo relativo a la tercera condición no existían condiciones tales que requirieran que personas privadas llevarán a cabo actos de gobierno ya que en ningún momento las autoridades pérsicas fallaron en sus funciones de tal manera que haya sido realmente necesario que el grupo fundamentalista Al-Hazin

⁸ Commentaries to draft articles on Responsibility of States, art. 9.

⁹ Hecho del caso, párr. 18.

¹⁰ Pregunta aclaratoria No. 11.

¹¹ Pregunta aclaratoria No. 26.

¹² Pregunta aclaratoria No. 17.

¹³ Pregunta aclaratoria No. 15.

realizara actos de gobierno. Adicionalmente, las funciones realizadas por Al-Hazin fueron contrarias a las realizadas por el gobierno Pérsico ya que dicho grupo no está interesado en participar en la política del país.¹⁴

Para determinar que hay ausencia o defecto de las autoridades, se deben considerar los elementos de una estado fallido que son, principalmente tres:

- i) el aspecto geográfico y territorial, que hace referencia a que un estado fallido básicamente está asociado con un problema interno y endógeno, aunque puede tener impactos transfronterizos, es una situación de implosión de las estructuras de poder y de autoridad;
- ii) el aspecto político se enfoca en el colapso interno del orden y la ley haciendo énfasis en el colapso total las estructuras que garantizan la ley y el orden público en lugar de la fragmentación donde se identifica claramente a rebeldes militares o paramilitares luchando con el propósito de reforzar su propia posición dentro del Estado o separarse de él; y
- iii) el aspecto funcional que se refiere a la ausencia de órganos capaces de representar al Estado en el plano internacional, así como en el aspecto de ser influenciado por el mundo exterior, es decir que no existe ninguna institución con autoridad para negociar, representar y hacer cumplir la ley o en el caso de su existencias éstas no son confiables.¹⁵

Respecto al aspecto geográfico en el territorio de la República Pérsica existían problemas internos y endógenos entre el grupo fundamentalista Al-Hazin y las fuerzas armadas pérsicas que actuaron conjuntamente con la OTAM, los cuales no tuvieron impactos transfronterizos; sin embargo, no hubo una implosión de las estructuras de poder y de autoridad ya que se seguían llevando a cabo actividades de gobierno como el comercio de hidrocarburos.¹⁶

El aspecto político tampoco se cumple, ya que no hubo un colapso interno de la ley o las estructuras que la garantizan sino que se tiene claramente distinguido al grupo rebelde Al-Hazin que lucha contra el gobierno de la República Pérsica.

¹⁴ Pregunta aclaratoria No. 34.

¹⁵ Thüerer, Daniel, "The failed State and international law", en *International Review of the Red Cross*, núm. 836, 31 de diciembre de 1999, disponible en <<https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jq6u.htm>>.

¹⁶ Hechos del caso, párr. 24.

Por último, respecto al aspecto funcional, no tenemos una ausencia de órganos capaces de representar al Estado o que no sean confiables. De los hechos del caso se puede desprender que el Presidente, ya estando en el exilio, aprobó la implementación de la Operación Dragón, incluso designando a un comandante de las fuerzas armadas,¹⁷ posteriormente somete el asunto a la OTAM¹⁸ y llevaban a cabo actos de comercio de hidrocarburos de los tres pozos petroleros más importantes de la Región Desértica.¹⁹

La República Pérsica en ningún momento pudo ser considerada como un estado fallido, debido a que no hubo una ausencia, defecto o colapso de las estructuras internas de poder, por ende no había circunstancias que hayan creado la necesidad de que un grupo de personas particulares llevaran a cabo actividades de las autoridades públicas.

Por lo tanto, las conductas de Al-Hazin no pueden ser atribuidas como conductas del Estado y no se puede configurar un CAI en el territorio del Estado Pérsico.

b. Conflicto armado internacional por conducta de un movimiento insurreccional

El comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole podrá ser atribuido al Estado siempre y cuando el grupo insurreccional se convierta en el nuevo gobierno del Estado o establezca en el territorio de un Estado preexistente un nuevo Estado, de conformidad con esto, las conductas llevadas a cabo por el grupo podrán ser atribuidas como responsabilidad del Estado.²⁰

Un grupo insurreccional puede ser entendido como fuerzas disidentes o grupos armados organizados (GAO) que se encuentran bajo la dirección de un mando responsable, ejercen control sobre una parte del territorio que les permite llevar a cabo operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949.²¹

¹⁷ Hechos del caso, párr. 19.

¹⁸ Hechos del caso, párr. 21.

¹⁹ Hechos del caso, párr. 24.

²⁰ Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, art. 10.

²¹ Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 7 de diciembre de 1978, U.N.T.S. No. 17513, art. 1. (En adelante Protocolo Adicional II).

De los hechos del caso no se puede negar que el grupo fundamentalista Al-Hazin era un GAO ya que se encontraba bajo el mando responsable del órgano supremo de decisión que es el Consejo conformado por tres líderes.²² Adicionalmente, el Partido Conservador les suministraba armas diversas.²³ También ejercían control sobre gran parte de la República Pérsica²⁴ y ese control le permitía llevar a cabo operaciones sostenidas y concertadas contra la OTAM,²⁵ con la capacidad adicional de aplicar el Protocolo Adicional II ya que se tenía la asistencia de tres asesores militares que conocían sobre el Derecho Internacional de los Conflictos Armados (DICA).²⁶

Sin embargo, a pesar de que Al-Hazin obtuvo el control sobre gran parte del territorio pérsico,²⁷ en ningún momento lo tuvo sobre la totalidad del territorio, además de que no impuso un nuevo gobierno ya que no estaba interesado en la vida política de la República Pérsica.²⁸ No existió un reconocimiento por parte de ningún Estado de la comunidad internacional,²⁹ y el Presidente Al-Maclub siguió ejerciendo formalmente sus atribuciones a pesar de estar en el exilio.³⁰

En la República Pérsica no se creó un nuevo gobierno derivado del GAO Al-Hazin que sustituyera al gobierno anterior. Tampoco se estableció un nuevo Estado en el territorio de la República Pérsica, por lo que no se pueden considerar las conductas del GAO como conductas de un Estado y derivado de esto, no se puede configurar un CAI ya que Al-Hazin de ninguna manera actuó en lugar del Estado, por lo que el conflicto armado se dio entre las fuerzas armadas de la República Pérsica actuando en conjunto con la OTAM contra el GAO Al-Hazin.

2. Conflicto armado internacional por intervención directa

Un CAI será por intervención directa cuando un Estado, con sus tropas, entra en el territorio de otro ocupando una parte o la totalidad del territorio, aunque no exista resistencia militar por el segundo

²² Pregunta aclaratoria No. 30.

²³ Pregunta aclaratoria No. 35.

²⁴ Hechos del caso, párr. 22.

²⁵ Hechos del caso, párrs. 22, 23 y 32.

²⁶ Hechos del caso, párr. 29.

²⁷ Hechos del caso, párr. 22.

²⁸ Pregunta aclaratoria No. 34.

²⁹ Pregunta aclaratoria No. 48.

³⁰ Pregunta aclaratoria No. 11.

Estado.³¹ El pie de página 34 de los Elementos de los crímenes establece que un conflicto armado internacional incluye la ocupación militar.³²

Para configurar un territorio ocupado se necesita que haya una ocupación total o parcial del territorio por parte de las tropas del Estado invasor y que el Estado invasor sustituya a las autoridades de dicho territorio ocupado.³³

Para determinar que la potencia ocupante ha sustituido a las autoridades del territorio ocupado se necesitan algunos de los siguientes factores:

- i) la potencia ocupante debe estar en posición de sustituir, con sus propias autoridades, a las autoridades del territorio ocupado, las cuales están incapacitadas de funcionar públicamente;
- ii) una administración temporal debe ser establecida en el territorio;
- iii) la potencia ocupante ha emitido y aplicado directivas a la población civil;
- iv) la potencia ocupante debe tener suficientes fuerzas presentes o la capacidad de enviar tropas en un tiempo razonable para hacer sentir la autoridad de dicha fuerza de ocupación; y
- v) las fuerzas enemigas han sido derrotadas, se han rendido o se han retirado y las resistencias locales esporádicas no afectan realmente la ocupación.³⁴

En la República Pérsica no existió una intervención directa ya que si bien la OTAM intervino con sus tropas en el conflicto, no hizo una ocupación del territorio total o parcial ni sustituyó a las autoridades del territorio ya que de los hechos del caso se puede desprender que el General a cargo de la OTAM era Antonie Terrier, comandante de las fuerzas pérsicas³⁵ y designado por el Presidente de la República Pérsica Al-Maclub. La OTAM actuaba en conjunto con las fuerzas armadas del Estado, así que de

³¹ I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en tierra, 21 de octubre de 1950, U.N.T.S No. 970, II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos miembros de las fuerzas armadas en mar, 21 de octubre de 1950, U.N.T.S No. 971, III Convenio de Ginebra relativo al tratamiento de prisioneros de guerra, 21 de octubre de 1950, U.N.T.S No. 972, IV Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, 21 de octubre de 1950, U.N.T.S. No. 973, art. 2 común. (En adelante, Convenios de Ginebra); Lubanga, *Judgment*, párr. 541; Katanga, *Judgment*, párr. 1177.

³² EC, Pie de página 34.

³³ CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the confirmation of charges, Pre-Trial Chamber I, 29 de enero de 2007, ICC-01/04-01/06-803-tENG, párr. 212. (En adelante Lubanga, *Confirmation of charges*); Lubanga, *Judgment*, párr. 542; Katanga, *Judgment*, párr. 1179.

³⁴ TPIY, *Prosecutor v. Mladen Naletilic and Vinko Martinovic*, Judgment, Trial Chamber, 31 de marzo de 2003, IT-98-34-T, párr. 217. (En adelante Naletilic and Martinovic, *Judgment*); Katanga, *Judgment*, párr. 1180.

³⁵ Hechos del caso, párrs. 19 y 32.

ninguna manera se puede decir que hubo una sustitución de autoridades puesto que la operación siempre estuvo sujeta a la autorización del Estado.

La OTAM únicamente brindó apoyo logístico y operacional³⁶ para combatir al grupo Al-Hazin, entrando en el territorio de la República Pérsica con su consentimiento, derivado del Convenio de Colaboración firmado el 30 de mayo de 2006³⁷ y de la solicitud del Presidente a la OTAM.³⁸ La organización en ningún momento estableció o mostró la intención de establecer una administración en el territorio de la República Pérsica, restringiéndose a actuar conjuntamente con las fuerzas armadas pérsicas,³⁹ y respetando en todo momento el Convenio de Colaboración.

De lo anterior no se desprende la existencia de una intervención directa por parte de la OTAM a la República Pérsica, ya que no hay un territorio ocupado de facto, no hubo sustitución de autoridades y hubo consentimiento por parte de la República Pérsica.

3. El conflicto en la República Pérsica es exclusivamente un conflicto armado no internacional por lo que no se puede configurar el crimen bajo el artículo 8 (2)(b)(iv)

Un conflicto armado no internacional se entiende como la violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y un GAO o entre GAO's.⁴⁰ Debido a que las partes en el conflicto son la OTAM en colaboración con la República Pérsica y al grupo Al-Hazin, el cual puede configurarse claramente como un Grupo Armado Organizado (GAO), nos encontramos ante este supuesto.

Un GAO, como lo es Al-Hazin, tiene las siguientes características:

- i) la fuerza o grupos deben tener una jerarquía interna;
- ii) debe existir un mando responsable y reglas;
- iii) debe tener equipamiento militar, incluyendo armas de fuego; y
- iv) debe tener la capacidad de llevar a cabo operaciones militares sostenidas y concertadas.⁴¹

³⁶ Pregunta Aclaratoria No. 17.

³⁷ Pregunta aclaratoria No.15.

³⁸ Hechos del caso, párr. 21.

³⁹ Hechos del caso, párr. 32; Preguntas aclaratorias No. 15 y 27.

⁴⁰ ECPI, art. 8 (2)(f); Katanga, *Judgment*, párr. 1184; Tadić, *Interlocutory Decision*, párr. 70.

⁴¹ Lubanga, *Judgment*, párr. 537; Katanga, *Judgment*, párr. 1185 y 1186.

De los hechos del caso podemos vislumbrar que Al-Hazin es un GAO ya que tenía una jerarquía interna de la cual el señor Hassam Fadul ocupaba el cargo de comandante en la Región Desértica⁴² y tenía tropas bajo su mando.⁴³ Respecto al mando responsable y reglas, el señor Hassam Fadul era el superior de dichas tropas, Al Hazin tenía la capacidad de imponer disciplina a sus subordinados y de sancionarlos en caso de que no fueran acatadas.⁴⁴

De la misma manera se puede desprender que Al-Hazin tenía un gran equipamiento militar ya que lograron tomar el control de casi la totalidad del país y en varias ocasiones vencieron a las fuerzas gubernamentales. Por último, es evidente que Al-Hazin tenía la capacidad de llevar a cabo operaciones sostenidas y concertadas ya que se vivió un periodo de violencia de 8 años, en los cuales Al-Hazin tuvo diversos enfrentamientos con las fuerzas armadas del Estado Pérsico e incluso con las fuerzas de la OTAM, obteniendo victoria sobre éstas y provocando la salida del país del Presidente electo Al-Maclub.⁴⁵

La violencia armada prolongada debe ser considerada para diferenciar un CANI (Conflicto Armado no Internacional) de los casos de tensiones internas y disturbios internos como los motines, actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos.⁴⁶ Se debe tener en cuenta la gravedad de los ataques y el aumento potencial de los enfrentamientos armados, su propagación por el territorio y el período de tiempo, el aumento de las fuerzas gubernamentales, la movilización y distribución de armas entre las partes del conflicto y si el Consejo de Seguridad ha puesto su atención en el conflicto.⁴⁷

El conflicto armado en la República Pérsica tuvo la intensidad en la violencia armada para ser considerado un CANI, pues los ataques se llevaron a cabo por todo el territorio del país⁴⁸ en un período de 8 años, desde el 2003 hasta el 2011.⁴⁹ A inicios del conflicto 3,500 soldados fueron trasladados a la Región Montañosa para iniciar operaciones militares,⁵⁰ y el GAO Al-Hazin tenía, aproximadamente, 3 millones de hombres en sus tropas.⁵¹

⁴² Hechos del caso, párr. 26.

⁴³ Hechos del caso, párr. 28.

⁴⁴ Hechos del caso, párrs. 28, 30 y 31.

⁴⁵ Hechos del caso, párr. 18.

⁴⁶ ECPI, art. 8(2)(f).

⁴⁷ Katanga, *Judgment*, párr. 1187; Lubanga, *Judgment*, párr. 538.

⁴⁸ Hechos del caso, párrs. 9, 11, 14, 16, 20, 22, 24, 32, 33, 34.

⁴⁹ Hechos del caso, párrs. 9 y 35; Pregunta aclaratoria No. 85.

⁵⁰ Hechos del caso, párr. 11.

⁵¹ Pregunta aclaratoria No. 40.

A pesar de que el Consejo de Seguridad no fijó su atención en el conflicto el Presidente sometió el asunto a la OTAM⁵² y ésta dio el apoyo a las fuerzas armadas pérsicas para atacar a Al-Hazin.⁵³ Respecto a la movilización y distribución de armas entre las partes en el conflicto, la República Pérsica, por ser un Estado tenía mayor y mejor armamento.⁵⁴ No obstante, Al-Hazin contaba con armamento suministrado por el Partido Conservador,⁵⁵ el cual consistía en fusiles, pistolas, lanzagranadas, ametralladoras M-60, minas antipersonas, entre otros⁵⁶

Dentro del supuesto de intervención directa, debe considerarse que si hay un conflicto armado entre autoridades gubernamentales extranjeras y un GAO, y el Estado intervino con el consentimiento del Estado en el cual está tomando lugar la confrontación, será un CANI.⁵⁷

La organización militar OTAM entró a la República Pérsica con el consentimiento del Estado. El Presidente Al-Maclub sometió el asunto a la OTAM debido a la inacción del Consejo de Seguridad⁵⁸ por lo que el posible CAI se convierte en un CANI.

Una organización internacional será entendida como aquella que es instituida por un tratado o instrumento análogo regido por el derecho internacional y dotada de personalidad jurídica internacional propia, y podrá contar entre sus miembros con Estados y otras entidades.⁵⁹

Cabe mencionar que una organización militar, como lo es la OTAM, actuará de manera individual y conjunta de manera continua y efectiva, manteniendo y acrecentando su capacidad para resistir a un ataque armado.⁶⁰ Incluso una organización militar podrá intervenir en un conflicto armado, cuando uno de sus miembros sea atacado y el Consejo de Seguridad no haya establecido medidas para solucionar la situación.⁶¹

⁵² Hechos del caso, párr. 21.

⁵³ Hechos del caso, párr. 22; Pregunta aclaratoria No. 17.

⁵⁴ Hechos del caso, párr. 11.

⁵⁵ Pregunta aclaratoria No. 35.

⁵⁶ Pregunta aclaratoria No. 36.

⁵⁷ Katanga, *Judgment*, párr. 1184.

⁵⁸ Hechos del caso, párr. 21.

⁵⁹ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de artículos sobre responsabilidad de las organizaciones internacionales, A/RES/66/100, 26 de abril al 3 de junio y 4 de julio al 12 de agosto de 2011, art. 2. (En adelante, Responsabilidad de las organizaciones).

⁶⁰ Tratado del Atlántico Norte, 24 de agosto de 1949, U.N.T.S. No. 541. (En adelante, Tratado del Atlántico Norte).

⁶¹ Tratado del Atlántico Norte, art. 5.

El Presidente Al-Maclub sometió el asunto a la OTAM debido al incremento de la violencia y la inacción del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para mantener la paz y la seguridad en la República Pérsica.⁶² El consentimiento para entrar en el territorio se traduce en un CANI, debido a que las partes en el conflicto son la OTAM y el GAO Al-Hazin. De lo anterior se desprende que en el presente caso el conflicto se caracteriza como CANI.

Dado que el crimen de lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea requiere un contexto de CAI, no existe un elemento esencial para la configuración del conflicto armado necesario para la acreditación del crimen.

No existen pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que el crimen de guerra de lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea, tuvo lugar en la República Pérsica.

B. Inexistencia del crimen de guerra contemplado en el artículo 8 (2)(b)(iv) del Estatuto

El crimen de guerra contemplado en el artículo 8 (2)(b)(iv) del ECPI requiere de los siguientes elementos:

- i) que el autor haya lanzado un ataque;
- ii) que el ataque haya sido tal que causaría pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto prevista;
- iii) que el autor haya sabido que el ataque causaría pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural

⁶² Hechos del caso, párr. 21.

que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea;

iv) que la conducta haya tenido lugar en el contexto con un CAI y haya estado relacionada con él; y

v) que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.⁶³

1. Al-Hazin lanzó un ataque

Se entiende un ataque en un crimen de guerra como actos de violencia contra el adversario, ya sea en ofensa o defensa.⁶⁴ Un ataque será entendido como una acción de combate y se refiere al uso de la fuerza armada para llevar a cabo una operación militar relacionada con un conflicto armado.⁶⁵

En el presente caso, la defensa consiente que el ataque lanzado el 27 de agosto de 2009 por el grupo Al-Hazin en contra de la torre de “El Castaño”⁶⁶ fue parte de una operación militar aprobada por el Consejo del grupo⁶⁷ que se encuentra relacionada con el CANI, el cual tiene la finalidad de recuperar el control que ostentaban sobre el pozo.⁶⁸

El ataque consistió en el lanzamiento de un misil de largo alcance de aire a superficie tipo RBS 15, capaz de realizar ataques precisos, el cual se implementó exitosamente y tuvo como resultado la destrucción de la torre.⁶⁹

Las tropas comandadas por Hassam Fadul lanzaron un ataque en contra de las fuerzas armadas Pérsicas, como parte de sus operaciones militares relacionadas con el CANI.

⁶³ EC, art. 8 (2)(b)(iv)

⁶⁴ Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 7 de diciembre de 1978, U.N.T.S. No. 17512, art. 49. (En adelante Protocolo Adicional I); 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 2014, ICC-01/04-02/06-309, párr. 45. (En adelante Ntaganda, *Confirmation of charges*); TPIY, *Prosecutor v. Kordic, Dario and Cerkez, Mario*, Appeal Judgment, Appeals Chamber, 17 de diciembre de 2004, IT-95-14/2-A, párr. 47. (En adelante Kordic and Cerkez, *Appeal Judgment*).

⁶⁵ Gasser, Hans-Peter *et. al.*, *Commentary on the additional protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva, ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, 1987, pp. 602 y 203.

⁶⁶ Hechos del caso, párr. 26.

⁶⁷ Hechos del caso, párr. 25; Pregunta aclaratoria, No. 67.

⁶⁸ Hechos del caso, párr. 25.

⁶⁹ Hechos del caso, párr. 26.

2. El ataque al pozo “El Castaño” no fue de magnitud tal que causó pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos y duraderos y graves al medio ambiente natural manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto prevista

a. Pérdidas incidentales de vida

Las pérdidas incidentales de vidas de personas civiles son aceptadas en los ataques dirigidos a objetivos militares como daño colateral. El derecho internacional humanitario consuetudinario reconoce que en la conducción de las operaciones militares debe hacerse una diferenciación entre las personas civiles y las que toman parte activa en las hostilidades, para eso se dispone que:

- i) la población civil no debe ser objetivo de operaciones militares;
- ii) debe hacerse todo esfuerzo para dejar a salvo a la población civil de los estragos de la guerra; y
- iii) deben tomarse las precauciones necesarias para evitar lesiones, pérdidas o daños a la población civil.⁷⁰

Se entenderá por civiles a aquellas personas que no formen parte de las fuerzas armadas y que por lo tanto no tomen parte activa en las hostilidades.⁷¹ La población civil comprende a todas las personas civiles, las cuales gozarán de una protección general contra los peligros de las operaciones militares y en ningún momento serán objeto de ataque.⁷²

El ataque del 27 de agosto de 2009 causó dos pérdidas incidentales de vidas de civiles que se encontraban laborando en el pozo al momento del ataque y que no alcanzaron a salir de las instalaciones a pesar de que se activó el sistema de alarma.⁷³ Adicionalmente, se ocasionaron 100 muertes más debido a la contaminación del agua.⁷⁴ Sin embargo, se tomaron las medidas necesarias para evitar que la población saliera afectada ya que al momento del ataque sólo se causaron dos bajas civiles.⁷⁵

⁷⁰ Kordic and Cerkez, *Appeal Judgment*, párr. 52.

⁷¹ Protocolo Adicional I, párr. 50; Bemba, *Confirmation of charges* párr. 78; TPIR, *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, Judgment, Trial Chamber I, 2 de septiembre de 1998, ICTR-96-4-T, párr. 629. (En adelante Akayesu, *Judgment*). Kordic and Cerkez, *Appeal Judgment*, párr. 48 y 50.

⁷² Protocolo Adicional I, art. 51.

⁷³ Hechos del caso, párr. 27; Preguntas aclaratorias No. 65 y 66.

⁷⁴ Hechos del caso, párr. 28; Pregunta aclaratoria No.71.

⁷⁵ Hechos del caso, párr. 27.

El ataque se realizó con un misil de largo alcance capaz de realizar ataques precisos, corroborado por los resultados, puesto que el objetivo específico se cumplió.⁷⁶ El ataque, en ningún momento fue en contra de la población civil, su objetivo fue el pozo “El Castaño”⁷⁷ debido a la importancia que éste tenía para las fuerzas armadas pérsicas.⁷⁸

b. Daños a bienes civiles

Se consideran bienes de carácter civil todos aquellos que no son objetivos militares y serán objetivos militares aquellos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida.⁷⁹

El pozo “El Castaño” era un objetivo militar debido a su finalidad o utilización, pues era la mayor fuente de ingresos del gobierno de Al-Maclub.⁸⁰ Las fuerzas de Hassam Fadul atacaron el pozo “El Castaño”⁸¹ en su identificación como un objetivo militar ya que su finalidad era producir hidrocarburos, los cuales serían comercializados y las utilidades obtenidas serían destinadas a mantener el gobierno en el exilio del Presidente Al-Maclub,⁸² lo que permitiría que el CANI continuara por mucho más tiempo.

El Sr. Fadul no lanzó un ataque que ocasionará daños a bienes civiles ya que el pozo “El Castaño” era un objetivo militar legítimo.

c. Daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural

Existe una prohibición en contra del empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que se pueda prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población.⁸³

⁷⁶ Hechos del caso, párr. 26.

⁷⁷ Hechos del caso, párr. 25.

⁷⁸ Hechos del caso, párr. 25; Pregunta aclaratoria No. 55.

⁷⁹ Protocolo I adicional, art. 52.

⁸⁰ Hechos del caso, párr. 24.

⁸¹ Hechos del caso, párr. 26.

⁸² Hechos del caso, párr. 24; Pregunta aclaratoria No. 55.

⁸³ Protocolo Adicional I, art. 35 y 55.

El medio ambiente natural no es una abstracción, sino que representa el espacio viviente, la calidad de vida y salud de los seres humanos, en particular, de las generaciones futuras.⁸⁴ Si bien el medio ambiente no debe ser objeto de ataques, las partes en un conflicto pueden atacarlo si determinan que es necesario y proporcional para lograr objetivos militares legítimos.⁸⁵

Se entenderá por daño extenso aquel que abarca ciertos kilómetros cuadrados. Un daño será duradero cuando se prolongue en el tiempo y será grave cuando entrañe por la seriedad un perjuicio o perturbación importante o trascendental para el medio ambiente.⁸⁶

En el presente caso, el Plan DL-9 no causó daños extensos, duraderos o graves a los mantos acuíferos de la Ciudad de Acre ya que sólo se extendió en mantos acuíferos específicos a lo largo de 10 kilómetros.⁸⁷ A pesar de que la contaminación sigue hasta el día de hoy, lo que quiere decir que se ha extendido por 6 años, las autoridades no se han interesado por realizar las investigaciones pertinentes para calificar un daño futuro o encontrar soluciones que acaben con la contaminación del agua.⁸⁸

Existen diversos métodos utilizados actualmente para limpiar el agua contaminada por los hidrocarburos, tales como la biorremediación, la fitorremediación, la restauración,⁸⁹ que si bien no son inmediatos denotan que la contaminación por hidrocarburos no es duradera ni permanente, y puede ser revertida.

Las 100 muertes ocasionadas por la contaminación del agua fueron daños incidentales del ataque y debido a ellas fue como Hassam Fadul y sus tropas se percataron de que el agua de los pozos se había

⁸⁴ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, párr. 29.

⁸⁵ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, párr. 30; Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck Louise, *El derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen I: Normas*, Argentina, CICR, 2007, p. 160.

⁸⁶ Villasante Rodríguez, José Luis y Prieto, *La protección del medio ambiente natural por el derecho internacional humanitario*, CICR, p. 12.

⁸⁷ Hechos del caso, párr. 26.

⁸⁸ Pregunta aclaratoria No. 77.

⁸⁹ Olgún, Eugenia *et. al.*, "Contaminación de manglares por hidrocarburos y estrategias de biorremediación, fitorremediación y restauración", *Revista internacional de contaminación ambiental*, México, 2007, vol. 23, no. 3, julio-septiembre; Ferrera-Cerrato, Ronald *et al.*, "Procesos de biorremediación de suelo y agua contaminados por hidrocarburos del petróleo y otros compuestos orgánicos", *Revista latinoamericana de microbiología*, México, 2006, vol. 48, no. 2, abril-junio, pp. 179-187.

contaminado⁹⁰ y fue entonces que se advirtió a la población y se evitó el uso de los pozos,⁹¹ evitando así más muertes que pudieran derivarse por el consumo del agua.

Consecuentemente, no hay pruebas suficientes de que existen motivos fundados para creer que el ataque del 27 de agosto de 2009 causó daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural.

d. Ventaja militar concreta y directa de conjunto

La “ventaja militar concreta y directa de conjunto” será entendida como una ventaja militar que fuera previsible por el autor en el momento correspondiente.⁹² Se refiere a la ventaja que se prevé obtener con un ataque militar considerado en su conjunto y no sólo cómo una parte aislada o concreta del ataque.⁹³

Dentro de la ventaja militar encontramos el principio de necesidad militar el cual permite a un Estado que se encuentra en un conflicto armado a sólo usar cierto grado o tipo de fuerza en la medida en que sea necesario para lograr un objetivo militar definido intentando causar los menores daños.⁹⁴

El ataque del 27 de agosto de 2009 fue pensado para obtener una ventaja militar sobre las fuerzas de la República Pérsica, los cuales comenzaban a ganar terreno en el país.⁹⁵ Después de implementar el ataque exitosamente, se puede inferir que las tropas de Hassam Fadul recuperaron el control sobre la Región Desértica ya que fueron ellos los que se percataron del color inusual del agua.⁹⁶

Por lo tanto, el ataque significó una ventaja militar justificada, ya que al cumplirse su objetivo obtuvo una ventaja militar reflejada en obtener nuevamente el control de la Región Desértica por un periodo de un año, pues fue hasta finales de septiembre de 2010 que la OTAM logró el control sobre la Región Desértica.⁹⁷

⁹⁰ Hechos del caso, párr. 28.

⁹¹ Pregunta aclaratoria No. 70.

⁹² EC, nota al pie de página 36.

⁹³ Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-beck, Louise, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, trad. de Margarita Serrano García, Buenos Aires, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007, Vol. 1: normas, p. 57.

⁹⁴ UK Ministry of defence, *The manual of the law of armed conflict*, Nueva York, Oxford University Press, 2004, p. 21.

⁹⁵ Hechos del caso, párr. 24.

⁹⁶ Hechos del caso, párr. 28.

⁹⁷ Hechos del caso, párr. 33.

e. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad requiere que las pérdidas resultantes de la acción militar no sean excesivas en relación con la ventaja militar que se obtenga.⁹⁸ Al día de hoy no se han hallado prácticas en contrario relacionada con CAI o CANI's; por el contrario, los Estados han condenado en general las presuntas violaciones del principio de proporcionalidad en el ataque.⁹⁹

Las pérdidas resultantes no fueron excesivas en relación con la ventaja que se obtuvo ya que se tuvieron 2 bajas civiles al momento del ataque¹⁰⁰ y 100 más derivadas de la contaminación del agua,¹⁰¹ pero derivado de esa operación militar se obtuvo nuevamente el control de la Región Desértica. El Sr. Fadul no tenía el conocimiento de que de atacarse el pozo se contaminaría los mantos acuíferos que dan agua a la Ciudad de Acre.¹⁰²

Al notar la coloración inusual, el Sr. Fadul ordena a sus tropas determinar si el ataque fue conforme al DICA,¹⁰³ por lo cual sus especialistas en Derecho Internacional Humanitario (DIH) entregan un informe de la proporcionalidad del ataque concluyendo que dicho ataque cumplió con los principios del DIH, entre los que se encuentra el de proporcionalidad.¹⁰⁴

De lo anterior se desprende que el ataque se llevó a cabo de manera proporcional, respetando el DICA.

3. Tanto Hassam Fadul como sus tropas no sabían que el ataque causaría pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto prevista

El presente elemento requiere que el autor haya hecho un juicio de valor, el cual debe fundarse en la información necesaria que hubiese tenido el autor en el momento del acto.¹⁰⁵

⁹⁸ UK Ministry of defence, *The manual of the law of armed conflict*, Nueva York, Oxford University Press, 2004, p. 25.

⁹⁹ Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-beck, Louise, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, trad. de Margarita Serrano García, Buenos Aires, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007, vol. 1: normas, p. 56.

¹⁰⁰ Hechos del caso, párr. 27.

¹⁰¹ Hechos del caso, párr. 28.

¹⁰² Hechos del caso, párr. 39; Pregunta aclaratoria No. 58.

¹⁰³ Hechos del caso, párr. 29.

¹⁰⁴ Hechos del caso, párr. 31; Pregunta aclaratoria No. 63.

¹⁰⁵ EC, nota al pie de página 37.

El Sr. Fadul tenía conocimiento de que el objetivo militar, es decir, el pozo “El Castaño”, se encontraba en funcionamiento y que sus recursos financieros eran destinados a mantener el gobierno en el exilio, información obtenida por la inteligencia de Al-Hazin.¹⁰⁶ Sin embargo, Hassam Fadul no tenía el conocimiento de que había conexiones con los mantos acuíferos que suministraban agua a la Ciudad de Acre, tanto que al percatarse de la coloración inusual del agua¹⁰⁷ conformó una comisión para verificar que el ataque había sido conforme al DICA.¹⁰⁸

En la comisión se realizó un estudio de proporcionalidad del ataque,¹⁰⁹ elaborado por el Sr. Murat, con el cual se confirmó que el ataque no había sido contrario al DICA.¹¹⁰ El Sr. Fadul, actuando con la información que tenía al momento del ataque determinó que el ataque era lícito.

Respecto a la pérdida de civiles, Hassam Fadul decidió lanzar un ataque preciso contra el objetivo¹¹¹ y debido a que desde el 2005 se implementó un sistema de alarmas anti-bombas en los pozos petroleros de la Región,¹¹² estaba consciente de que las alarmas se activarían para que las personas pudieran evacuar la torre y así evitar tener daños colaterales mayores.¹¹³

Hassam Fadul, al momento de realizar el Plan DL-9, sabía que obtendría ventaja militar sobre las fuerzas armadas pérsicas ya que al atacar “El Castaño” recuperarían el control que ostentaban sobre el mismo,¹¹⁴ dejando al gobierno en el exilio sin recursos para continuar el conflicto armado.¹¹⁵

4. Las tropas eran conscientes de las circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado

El autor no tiene la obligación de tener conocimiento legal sobre la existencia de un conflicto armado, cual sea su caracterización, sólo se necesita que el autor estuviera consciente de las circunstancias fácticas de la existencia del conflicto.¹¹⁶

¹⁰⁶ Hechos del caso, párr. 24; Pregunta aclaratoria No. 55.

¹⁰⁷ Hechos del caso, párr. 28.

¹⁰⁸ Hechos del caso, párr. 29.

¹⁰⁹ Pregunta aclaratoria No. 63;

¹¹⁰ Hechos del caso, párr. 31.

¹¹¹ Hechos del caso, párr. 26.

¹¹² Pregunta aclaratoria No. 65.

¹¹³ Pregunta aclaratoria No.66.

¹¹⁴ Hechos del caso, párr. 25.

¹¹⁵ Pregunta aclaratoria No. 55.

¹¹⁶ Kordic and Cerkez, *Appeal Judgment*, párr. 311.

Debido a las hostilidades que se presentaron desde el 2003 entre las fuerzas armadas pérsicas y el GAO Al-Hazin en su afán por implementar la Yihad para combatir las políticas occidentales del Presidente Al-Maclub,¹¹⁷ la entrada de la OTAM en convenio con el país¹¹⁸ y del hecho de que Hassam Fadul contaba con asesores en DIH,¹¹⁹ se puede desprender que el acusado era consciente de la existencia de un conflicto armado.

Por todo lo anterior, no hay pruebas suficientes de que existen motivos fundados para creer que se cometió el crimen encuadrado en el artículo 8(2)(b)(iv) del Estatuto, ya que no se cumplen los elementos especificados en los elementos de los crímenes para que dicho crimen sea configurado en un contexto de CAI.

II. EL MENSAJE ENVIADO POR EL SR. MURAT VÍA FACEBOOK DEBE SER DECLARADO INADMISIBLE

El mensaje privado de Facebook del 21 de agosto del 2009, como prueba material única, con la que se pretende demostrar la intención y el conocimiento del acusado y de sus subordinados, se obtuvo de una forma ilegal y violatoria al derecho humano a la intimidad, derecho reconocido internacionalmente, por lo que la CPI debe declarar inadmisibile dicha prueba.

A. Causas de inadmisibilidad de la prueba

1. Violación a derechos humanos internacionalmente reconocidos

El artículo 69 (7)(1)(i) del Estatuto enuncia que dentro de la práctica de las pruebas, se considerarán inadmisibles las pruebas obtenidas como resultado de una violación de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas cuando esa violación suscite serias dudas sobre la fiabilidad de las pruebas o atente contra la integridad del juicio o redunde en grave desmedro a él.¹²⁰

¹¹⁷ Hechos del caso, párr. 9.

¹¹⁸ Hechos del caso, párr. 22; Pregunta aclaratoria No. 15.

¹¹⁹ Hechos del caso, párr. 45 y 46.

¹²⁰ ECPI, art. 69(7)(a).

El valor probatorio de una evidencia en la que se conoce su emisor, se analizará teniendo en cuenta factores tales como la consistencia de la información en sí misma y su coherencia con las pruebas en su conjunto, la fiabilidad de la fuente y la posibilidad para la defensa de cuestionar la fuente, caso por caso.¹²¹ Adicionalmente, la Fiscalía tiene obligación de hacer una evaluación de las fuentes, información y pruebas, además del deber de examinar pruebas de múltiples fuentes como medio de control de la información.¹²²

Los interlocutores de la evidencia no dieron su consentimiento en la divulgación del mensaje privado de Facebook. Si bien el Sr. Murat, emisor del mensaje, lo otorga al Movimiento contra el Genocidio de las Comunidades Vulnerables (VCGM) sin consentimiento de la Sra. Yesema y el Sr. Fahir, lo hace de manera confidencial.¹²³

Por lo tanto, el mensaje privado de Facebook, tiene el carácter de información privilegiada¹²⁴ e información con este carácter no estará sujeta a divulgación de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI.¹²⁵

El Sr. Murat como emisor del mensaje privado de Facebook, dirigido a la Sra. Yesema y al Sr. Fahir, los otros dos jefes de subsección a cargo del Sr. Fadul,¹²⁶ otorgó, de manera confidencial al VCGM, no existiendo consentimiento que se desprenda de los hechos del caso, por parte de los interlocutores del mensaje para que la información sea objeto del conocimiento de la CPI.

Puesto que tal indicación suscita una expectativa razonable de confidencialidad, tal carácter, acredita a la prueba como información privilegiada, la VCGM entregó la prueba a la CPI,¹²⁷ sin el consentimiento de todos los interlocutores del mensaje.

¹²¹ CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga amd Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the confirmation of charges, Pre-Trial Chamber I, 30 de septiembre de 2008, ICC-01/04-01/07-717 párrs. 77 y 141 (En adelante *Katanga, Confirmation of charges*); CPI, *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, Decision on the Confirmation of charges, Pre-Trial Chamber I, 16 de diciembre de 2011, ICC-01/04-01/10-465-Red, párr. 49 (En adelante, *Mbarushimana, Confirmation of charges*)

¹²² Regulations of the Office of the Prosecutor, 23 de abril de 2009, ICC-BD/05-01-09, regulación 24. (En adelante Reglamento de la Fiscalía).

¹²³ Pregunta aclaratoria No. 56.

¹²⁴ ECPI, art. 73.

¹²⁵ Reglas de Procedimiento y Prueba, septiembre 2002, ICC-ASP/1/3, Regla. 73(2)(a). (En adelante, RPP).

¹²⁶ Pregunta aclaratoria No. 58.

¹²⁷ Pregunta aclaratoria No. 57.

Por ello, la clara falta de consentimiento por los receptores del mensaje de Facebook, tiene como consecuencia, la violación al derecho humano a la privacidad, norma de derechos humanos internacionalmente reconocida.

El derecho a la privacidad es reconocido como un derecho en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, así como en el artículo 11 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, consistente en que, nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su privacidad, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.¹²⁸

La interpretación internacional actual y la evolución del vocablo “correspondencia”, resultó en la obligación de preservar la integridad y que el carácter confidencial de la correspondencia estén protegidos de *iure* y de *facto*. Disponiendo que la correspondencia deba ser entregada al destinatario sin ser interceptada ni abierta o leída de otro modo, a su vez, debe prohibirse la vigilancia, por medios electrónicos o de otra índole, la intervención de las comunicaciones telefónicas, telegráficas o de otro tipo, así como la intervención y grabación de conversaciones. Los registros en el domicilio de una persona deben limitarse a la búsqueda de pruebas necesarias y no debe permitirse que constituyan un hostigamiento.¹²⁹

Asimismo, se considera violación al derecho a la privacidad, la recopilación y el registro de información personal en computadoras, bancos de datos y otros dispositivos, por los sujetos particulares o entidades privadas con el propósito de que la información privada nunca sea utilizada para fines incompatibles con los derechos humanos reconocidos internacionalmente.¹³⁰

En el presente caso no existe autorización para la publicidad del mensaje por parte de todos los interlocutores del mensaje hacia el VCGM¹³¹ y como consecuencia de ninguno de los interlocutores a la CPI. Como propietarios de las cuentas personales de dicha red social, la publicidad de sus comunicaciones privadas acredita una clara violación en cuanto al derecho humano a la privacidad,

¹²⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966, A/RES/2200, A (XXI). (En adelante Pacto Internacional).

¹²⁹ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16, 08 de abril de 1988, sesión 32, párr. 8. (En adelante Observación General No. 16).

¹³⁰ Observación General No. 16, párr. 10.

¹³¹ Hechos del caso, párr. 37.

configurándose la inadmisibilidad de la prueba de acuerdo con el ECPI, por ser una prueba que fue obtenida en el marco de una violación de normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas.

2. La violación al derecho humano de la privacidad suscita serias dudas sobre la fiabilidad de la prueba

Existen serias dudas sobre la fiabilidad fuente de la prueba,¹³² puesto que el valor probatorio de una evidencia en la que se conoce su emisor, se analizará teniendo en cuenta entre otros aspectos, la fiabilidad de la fuente y la posibilidad para la defensa de cuestionar la fuente, caso por caso.¹³³ Adicionalmente la Fiscalía tiene obligación de hacer una evaluación de las fuentes, información y pruebas, además del deber de examinar pruebas de múltiples fuentes como medio de control de la información.¹³⁴

El derecho aplicable para garantizar el cuestionamiento de la fuente, consiste en la elección de un perito, a partir del registro de expertos de la Corte,¹³⁵ en la realización de un peritaje en donde se busque la verdadera procedencia y autoría del mensaje. Si bien se sabe que está acreditado por expertos el hecho de la certificación de lectura por los interlocutores del mensaje,¹³⁶ no existe certeza plena de éste, puesto que, una prueba derivada de redes sociales puede ser susceptible de ediciones al momento de la sustracción de la red a su materialización, por no tener controles altos entorno a la seguridad.

Por lo tanto, en el presente caso, se incurre en dos fallas por parte de la fiscalía que suscitan serias dudas sobre la fiabilidad de la fuente de prueba, a partir de i) la inexistencia de pruebas múltiples que funjan como medio de control para la adecuación al estándar probatorio del cargo que se imputa y ii) la imposibilidad de cuestionar la fiabilidad de la única prueba.

Por lo anterior, se cumple con los supuestos del ECPI que tienen efecto de declarar inadmisibile la prueba del mensaje privado de Facebook.

¹³² ECPI, art. 69(7)(a).

¹³³ Katanga, *Confirmation of charges*, párr. 141; Mbarushimana, *Confirmation of charges*, párr. 49.

¹³⁴ Reglamento de la Fiscalía, Regulación No. 24.

¹³⁵ Regulations of the Court, 29 de junio de 2011, ICC-BD/01-03-11, Regulación No. 44. (En adelante Reglamento de la Corte); Reglamento de la Fiscalía, Regulación No. 51.

¹³⁶ Pregunta aclaratoria No. 61.

B. La prueba es insuficiente para confirmar los cargos al acusado

El estándar probatorio que se requiere para una audiencia de confirmación de cargos, es de pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que el imputado cometió el crimen que se le imputa. Este estándar implica que la Fiscalía deberá presentar pruebas concretas y tangibles que demuestren una clara línea de razonamiento que sustenten la comisión de crímenes.¹³⁷

El mandato de una Sala de Cuestiones Preliminares es el de determinar qué casos deberían ir a juicio, por ello, la decisión de la Sala deberá basarse en el soporte probatorio suficiente para la comprobación de cada crimen imputado, pruebas que deberán ser aportadas por la Fiscalía.¹³⁸ El propósito de una audiencia de confirmación de cargos es asegurar que ningún caso proceda sin el cumplimiento del estándar probatorio para la comprobación de los cargos al acusado, mecanismo diseñado para proteger los derechos de la defensa contra la imputación de cargos infundados.¹³⁹

Igualmente, se debe tomar en cuenta para el cumplimiento del valor probatorio, que no hay múltiples pruebas, que auxilien para comprobar la coherencia de éstas en su conjunto como medio de control de la información,¹⁴⁰ puesto que, si bien la defensa conoce el contenido del mensaje privado de Facebook, no ha tenido acceso al derecho contenido para inspeccionar la prueba que obra en poder del Fiscal¹⁴¹, con la finalidad de cuestionar la fiabilidad de la fuente para garantizar sus derechos, conforme al reglamento de la Corte.¹⁴²

Por todo lo anterior, en virtud de que la Fiscalía no brindó pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que Hassam Fadul es responsable del crimen que se le imputa,¹⁴³ la Sala no debe confirmar los cargos respecto de los cuales, las pruebas son insuficientes.¹⁴⁴

¹³⁷ ECPI, art. 61; Bemba, *Confirmation of charges*, párr. 29, Katanga, *Confirmation of charges*, párrs. 61 y 64.

¹³⁸ Ntaganda, *Confirmation of charges*, párr.100.

¹³⁹ Katanga, *Confirmation of charges*, párr. 63.

¹⁴⁰ Katanga, *Confirmation of charges*, párr. 66.

¹⁴¹ RPP, Regla 77.

¹⁴² Reglamento de la Corte, Regulación 44.

¹⁴³ ECPI, art. 61 (7).

¹⁴⁴ ECPI, art. 61 (7)(b).

C. Violación a los derechos del acusado (principio *in dubio pro reo*)

El principio *in dubio pro reo*, es un principio que se encuentra dentro del principio general de presunción de inocencia, aplicable en todas las etapas del procedimiento, incluyendo los que se encuentran en la jurisdicción de la Sala de Cuestiones Preliminares.¹⁴⁵

El reconocimiento del principio *in dubio pro reo* es extenso y generalizado. En instrumentos internacionales, se encuentra reconocido en el artículo 66 (2) y 67 (1)(i) del ECPI, en el artículo 16 (3)(b) del Tribunal Especial para el Líbano (STL) y la Regla 87 (1) del Reglamento interno de los Tribunales de Camboya (ECCC).

El principio consiste en que incumbirá a la parte acusadora probar la culpabilidad del acusado,¹⁴⁶ a que no se invierta la carga de la prueba en contra de él y que no le sea impuesta la carga de imponer contra pruebas.¹⁴⁷

En el presente caso, ante la inexistencia de pruebas suficientes, la Fiscalía, al proceder contra Hassam Fadul, incurre en la violación a los derechos del acusado contenidos en el principio de presunción de inocencia. De continuar el procedimiento confirmando los cargos y posteriormente si se acude a juicio con una única prueba, se incurre en negligencia del mandato a la Fiscalía de investigar.

Consecuentemente, se solicita a la Corte la aplicación del principio *in dubio pro reo* a favor del acusado, con el fin de que se retire el cargo imputado a Hassam Fadul por la insuficiencia de pruebas.

D. La prueba es eximente de responsabilidad

El contenido del mensaje privado de Facebook, acredita la existencia de material eximente en posesión de la Fiscalía, y con ello la obligación de la Fiscalía para divulgar la prueba con objeto de hacerla de conocimiento de la defensa, tan pronto como sea posible. La obligación de divulgar la información “tan

¹⁴⁵ Bemba, *Confirmation of charges*, párr. 31.

¹⁴⁶ ECPI, 66 (2).

¹⁴⁷ ECPI, 67 (1)(I).

pronto como sea posible” se ha interpretado en el sentido antes de la audiencia de confirmación de cargos, una divulgación posterior debe ser excepcional y debe ser limitada.¹⁴⁸

El derecho del acusado a tener acceso al material exculpatorio a una prueba eximente se entiende como las pruebas que indiquen o tiendan a indicar la inocencia del acusado¹⁴⁹ y lo comprenden instrumentos como el Reglamento 24.4 (c) del Panel Especial para crímenes serios, Tribunal Especial para el Líbano artículo 113, art. 66 del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY), Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) del ECPI regla 81(4) y 83.

Tal derecho comprende, que a la defensa debe permitírsele acceder a todo el material de la acusación relacionado con la situación en conflicto que pueda servirle para entender su trasfondo y los cargos, y, en consecuencia, la información que le ayude a preparar su estrategia.¹⁵⁰

La prueba es eximente de responsabilidad porque comprueba la falta de conocimiento del acusado sobre la posibilidad de que sus subordinados estuvieran cometiendo crímenes o estuvieran a punto de cometerlos a causa de imposibilidad de llegar a tener información que podía haber fundado sospecha para el comienzo de una investigación.¹⁵¹

En el presente caso, en primer lugar, el Sr. Hassam Fadul no fue alguno de los interlocutores del mensaje privado de Facebook.¹⁵² En segundo lugar, el mensaje fue enviado un día antes de la implementación del Plan DL-9, tiempo muy breve que no le hubiese permitido al Sr. Fadul notar indicios que le indicasen la posibilidad de la comisión de un crimen por sus subordinados de acuerdo al DIH. Finalmente, del contenido del mensaje no se desprende certeza sobre la existencia de conexión al agua del subsuelo que provee a la ciudad de Acre.¹⁵³

Por lo tanto, a pesar de que el rol de superior por parte de Hassam Fadul lo obliga a estar constantemente informado de las actuaciones de sus subordinados y tomar todas las medidas necesarias

¹⁴⁸ CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment on the appeal of Mr. Lubanga Dyilo against the Decision of Trial Chamber I of 18 January 2008, Appeals Chamber, 11 de julio de 2008, ICC-01/04-1/06-1433, párr. 121. (En adelante, Lubanga, *Judgment on the appeal*).

¹⁴⁹ ECPI, art 67 (2); RPP, Regla 121 (2).

¹⁵⁰ Lubanga, *Judgment on the appeal*, párr. 77.

¹⁵¹ Pregunta aclaratoria No. 60.

¹⁵² Pregunta aclaratoria No. 58.

¹⁵³ Pregunta aclaratoria No.60.

y razonables para este propósito,¹⁵⁴ si actuando bajo este parámetro en el cumplimiento de sus actuaciones aún carece de conocimientos de que sus subordinados están cometiendo o cometerán crímenes, la responsabilidad no se le puede atribuir a él.¹⁵⁵

III. HASSAM FADUL NO ES RESPONSABLE COMO SUPERIOR JERÁRQUICO

Para comprobar la responsabilidad bajo el art. 28(a) del ECPI, deberán acreditarse los siguientes factores:

- a) que el acusado deba ser una persona que sea un comandante militar (de *iure*) o que actúe como tal (*de facto*);
- b) el sospechoso debe tener mando y control efectivo, o autoridad efectiva y el control sobre las fuerzas (subordinados) que cometieron uno o más de los crímenes;
- c) que los crímenes cometidos por las fuerzas (subordinados) hayan sido resultado de la incapacidad del imputado por ejercer un control apropiado sobre ellos;
- (d) el acusado sabía o, a causa de las circunstancias del momento, debería haber sabido que sus subordinados estaban cometiendo o se proponían cometer uno o varios de los crímenes; y
- (e) el sospechoso no tuvo la necesaria diligencia y medidas razonables dentro de su alcance para prevenir o reprimir la comisión de tal crimen(s) o no someter el asunto a las autoridades competentes autoridades para su investigación y enjuiciamiento.¹⁵⁶

El modo de responsabilidad penal para jefe militar exige que el sujeto de imputación tenga la calidad de superior jerárquico, ya sea de *iure* o de *facto*,¹⁵⁷ dado que la responsabilidad penal que es aplicable a sujetos con tal calidad deriva de la acreditación de incumplimiento de obligaciones por la comisión de crímenes por parte de sus subordinados.¹⁵⁸

Si bien Hassam Fadul era superior jerárquico dentro del grupo Al-Hazin, éste no falló en sus obligaciones consistentes en tomar necesaria diligencia y las medidas razonables dentro de su alcance

¹⁵⁴ TPIY, *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Appeal Judgement, Appeals Chamber, 29 de julio de 2004, IT-95-14-A, párr. 61. (En adelante *Blaskic*, *Appeal Judgment*)

¹⁵⁵ TPIY, *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Judgment, Trial Chamber, 3 de marzo de 2000, IT-95-14-T, párr. 332. (En adelante *Blaskic*, *Trial Judgment*).

¹⁵⁶ ECPI, art. 28(a)(i) y (ii); Ntaganda, *Confirmation of charges*, párr. 164; Bemba, *Confirmation of charges*, párr. 407.

¹⁵⁷ ECPI, 28(a); Bemba, *of charges*, párr. 404.

¹⁵⁸ Bemba, *Confirmation of charges*, párr. 405.

para prevenir, reprimir o sancionar la comisión del crimen o de someter el asunto a las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento.¹⁵⁹

A. Hassam Fadul es comandante militar de *iure*, mas no, de *facto*

Hassam Fadul es superior jerárquico de *iure* al ser comandante de aproximadamente 700,000 tropas, divididas en tres subsecciones a cargo del Sr. Murat, el Sr. Fahir y la Sra. Yesema.¹⁶⁰ Sin embargo, diversas decisiones del TPIY, sostienen que el modo de responsabilidad de superior jerárquico, no sólo deberá ser acreditado bajo un estatus formal (*de iure*), sino que el modo de responsabilidad penal será determinado a partir, de la posición real en el grupo, y deberá ser acreditada bajo el poder de control sobre las acciones hechas por sus subordinados (*de facto*).¹⁶¹

Hassam Fadul no es comandante militar *de facto*, puesto que, en el momento de la implementación del Plan DL-9¹⁶², sus órdenes no eran efectivamente cumplidas ya que no pudo tener a su alcance la información¹⁶³ para que al igual que sus subordinados el supiera sobre el riesgo de las consecuencias a partir de la implementación del Plan. Sin embargo, sus subordinados no sólo ocultaron dicha información previamente sino que también modificaron los resultados de las investigaciones que el Sr. Fadul dirigió para cumplir con su obligación de sancionar¹⁶⁴, teniendo como consecuencia la frustración de dicha obligación por la modificación de la información.

Debido a la falta de control real sobre las actuaciones de sus subordinados, Hassam Fadul no es autoridad efectiva.

B. El Sr. Fadul no tiene mando y control efectivo, o autoridad efectiva y/o el control sobre las fuerzas (subordinados) que cometieron el crimen

Para determinar la existencia del control efectivo se debe cumplir con los siguientes factores:

¹⁵⁹ ECPI, art. 28 (a)(i) y (ii); Ntaganda, *Confirmation of charges*, párr.164; Bemba, *Confirmation of charges*, párr. 407.

¹⁶⁰ Pregunta aclaratoria No. 30; Bemba, *Confirmation of charges*, párr. 408.

¹⁶¹ TPIY, *Prosecutor vs Delalic, et al.* Appeals Judgment, Appeals Chamber, 20 de febrero de 2001, IT-96-21-A, párr. 188. (En adelante, TPIY, *Delalic, Appeals Judgment*)

¹⁶² Bemba, *Confirmation of charges*, párr. 418.

¹⁶³ Pregunta aclaratoria n. 59.

¹⁶⁴ Hechos del caso, n.30.

- i) la posición oficial del sospechoso;
- ii) su poder para emitir órdenes;
- iii) la capacidad para garantizar el cumplimiento de las órdenes emitidas;
- iv) su posición dentro de la estructura militar y las tareas que lleva a cabo;
- v) la capacidad para ordenar a las fuerzas bajo su mando que participen en las hostilidades;
- vi) la capacidad para hacer cambios en la estructura de mando;
- vii) el poder para promover, reemplazar, remover o disciplinar a cualquier miembro de las fuerzas; y
- viii) la autoridad para movilizar a sus fuerzas al lugar de las hostilidades y retirarlas en cualquier momento.¹⁶⁵

En el presente caso, no se acredita el estándar de control efectivo, puesto que existe, i) Incapacidad del Sr. Fadul para garantizar el cumplimiento de órdenes emitidas, ii) incapacidad para hacer cambios en la estructura de mando, igualmente, iii) Hassam Fadul no tiene el poder para promover, reemplazar, remover o disciplinar a sus subordinados.

A pesar de la calidad de superior *de iure*, los supuestos subordinados del Sr. Fadul bajo la estructura del GAO “Al-Hazín”, ocultaron la información al Sr. Fadul, sobre los indicios que había ante la posibilidad de conexión del pozo petrolero “El castaño” y los pozos de agua de la ciudad cercana que, de confirmarse tal conexión, podría derivar en la contaminación del agua, indicios que los subordinados de Hassam Fadul supieron un día antes de implementar el plan DL-9. Posteriormente a la implementación del Plan, al notar una coloración inusual en los pozos de agua de Acre,¹⁶⁶ el Sr. Fadul emitió una orden que consistía en formar una comisión formada por tres de sus asesores militares para investigar si la implementación del plan D-L9 había sido contrario a DICA, por haber producido la contaminación de las aguas de Acre.¹⁶⁷

Dicha orden fue imposible de concretarse cuando sus subordinados, sin tener en cuenta autoridad alguna, modificaron las investigaciones para que los resultados del informe no evidenciaran el grado de culpabilidad en la implementación del Plan D-L9¹⁶⁸, evitando bajo esa medida ser disciplinados por su

¹⁶⁵ Bemba, *Confirmation of charges*, párr. 417; Ntaganda, *Confirmation of charges*, párr. 164.

¹⁶⁶ Hechos del caso, párr. 28.

¹⁶⁷ Hechos del caso, párr. 29.

¹⁶⁸ Hechos del caso, párr. 30.

responsabilidad en relación al nexo entre la contaminación del agua de la ciudad de Acre y el ataque por la implementación del Plan DL-9.

Por lo tanto, al acreditarse que las ordenes que emitía no eran garantizadas, la incapacidad de imponer medidas disciplinarias como superior y como consecuencia la imposibilidad para hacer cambios en la estructura de mando, promover, remplazar o remover a los subordinados, se comprueba que en el tiempo en el que sucedieron los hechos, el jefe militar carecía de control efectivo, al momento de la comisión de crímenes efectuados por sus subordinados.¹⁶⁹

C. Los crímenes cometidos por las fuerzas (subordinados) no resultaron de la incapacidad del Sr. Fadul por ejercer un control apropiado sobre ellos

En el presente caso, no existe una omisión por parte del Sr. Fadul, que acredite un nexo causal directo entre la supuesta omisión y el incremento del riesgo para la comisión de crímenes por sus subordinados.¹⁷⁰ Es decir, el Sr. Fadul no falló en su obligación de prevenir la comisión de crímenes como superior jerárquico.¹⁷¹ No incurrió en responsabilidad penal como comandante militar puesto que cumplió con sus actuaciones como superior a partir de la información que tenía disponible al momento de la implementación del ataque.¹⁷² Aún adoptando las medidas necesarias y razonables a su alcance, fue posteriormente cuando la información le fue asequible para ordenar una investigación para sancionar las acciones hechas por sus subordinados que fuesen contrarios a las reglas de conflictos armados, cumpliendo así, *contrario sensu*, disminuyendo el riesgo causal que se pudiese suscitar al no investigar y sancionar.

Por lo anterior se acredita que el imputado no aceptó las conductas que fuesen ilícitas, sino que, demostró su inconformidad al investigar con el ánimo de sancionar.

D. El acusado no sabía ni pudo haber sabido que sus subordinados cometieron crímenes

Derivado del estándar “debía haber sabido” se desprenden dos elementos:

¹⁶⁹ Bemba, *Confirmation of charges*, párr. 418.

¹⁷⁰ Bemba, *Confirmation of charges*, párr. 424.

¹⁷¹ Bemba, *Confirmation of charges*, párr. 425.

¹⁷² Bemba, *Confirmation of charges*, párr. 418.

- i) el acusado tenía información general de la que se pudiera desprender que sus subordinados cometieron crímenes o tenía información general de que los crímenes iban a suceder en el curso normal de los acontecimientos;
- ii) esa información disponible era suficiente para justificar el inicio de una mayor investigación.¹⁷³

La responsabilidad de un superior jerárquico militar bajo los elementos descritos significa, *contrario sensu*, que únicamente será responsable como superior jerárquico si la información estaba disponible para él y que, como consecuencia, le habría puesto sobre aviso de los crímenes cometidos por sus subordinados.¹⁷⁴ Sin embargo, el acusado no sería penalmente responsable por tales fracasos negligentes sino por no haber tomado las medidas necesarias y razonables para prevenir, reprimir o remitirlo a las autoridades competentes para que sea sometido a investigaciones.¹⁷⁵

De los hechos del caso se desprende que el Sr. Fadul no tenía conocimiento de que sus tropas podrían cometer un crimen, toda vez que la información que él tenía disponible no daba indicios de ello. Adicionalmente, aunque su asesor en DIH creía que de lanzar un ataque podría causar afectaciones al medio ambiente, dicha información no le fue proporcionada al acusado al momento de su lanzamiento.¹⁷⁶ El acusado sólo tenía conocimiento del lanzamiento del misil RBS-15 de preciso alcance a la torre de “El Castaño” y que eso le causaría una ventaja militar.¹⁷⁷

De esta manera, se acredita que el Sr. Fadul no tenía conocimiento de que sus tropas podrían cometer crímenes ni debía haberlo sabido dada la información que tenía disponible.

E. El sospechoso tuvo diligencia necesaria y medidas razonables dentro de su alcance para prevenir o reprimir la comisión de tal crimen o de someter el asunto a las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento

En el presente caso la obligación de Hassam Fadul como superior jerárquico militar¹⁷⁸ bajo el artículo 28(a)(ii) ECPI, cumplió con adoptar las medidas necesarias y razonables a su alcance en su obligación

¹⁷³ Bemba, *Confirmation of charges*, párr. 434; Comisión de derecho internacional, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1986, Volumen I*, documento de las Naciones Unidas A/CN.4/SER.A/1986, pág. 91.

¹⁷⁴ TPIY, Blaskic, *Appeal Judgment*, párr. 62.

¹⁷⁵ ECPI, art. 28 (a)(3); Bemba, *Confirmation of charges*, párr. 436.

¹⁷⁶ Hechos del caso, párrs. 26 y 39; Pregunta aclaratoria No. 60.

¹⁷⁷ Hechos del caso, párr. 26.

¹⁷⁸ ECPI, art. 28(a)(ii).

de investigar cuando la información que le era disponible.¹⁷⁹ En un análisis de los hechos, en primer lugar, el acusado previó dentro de la estructura de Al-Hazin la incorporación de asesores militares especialistas en DICA, a los que integró dentro de una comisión con el objeto de investigar fiablemente por la posibilidad de comisión de crímenes que de haberse cometido, tenían la orden de ser duramente castigados por el Sr. Fadul.¹⁸⁰

Cuando el resultado del informe concluyó que la implementación del Plan DL-9 se realizó en un contexto de conflicto armado como derecho aplicable y dentro de las actuaciones que respetan normas de derecho internacional humanitario¹⁸¹, el Sr. Fadul decidió no iniciar procedimiento contra los subordinados responsables de dicho plan, cumpliendo con su obligación de investigar.

Si bien el acusado tenía conocimiento del ataque al Castaño, e incluso estuvo en el momento de implementar el Plan DL-9¹⁸², Hassam Fadul no sabía de la incierta posibilidad contenida en un mensaje privado en el cual ninguno de los interlocutores es el acusado,¹⁸³ que derivado de la implementación del plan DL-9, podría dañarse el agua que se distribuye a la localidad de Acre. No se desprende de los hechos que antes o al momento de la comisión del crimen, el acusado tendría conocimiento de los efectos totales en la comisión del crimen.

Posteriormente, entorno al ataque se suscitaron indicios que justificaban el inicio de una mayor investigación. El Sr. Fadul integró entonces una comisión formada por tres de sus asesores militares para determinar si el ataque al pozo petrolero “El Castaño” había sido contrario a DICA por haber producido la contaminación de las aguas de Acre,¹⁸⁴ con el propósito de ejercer disciplina al sancionar cualquier abuso por parte de sus subordinados.¹⁸⁵

Derivado de que el Sr. Fadul cumplió con sus obligaciones de superior jerárquico de facto, no es cubierto el estándar de responsabilidad como jefe militar.

¹⁷⁹ TPIY, Blaskic, *Appeal Judgment*, párr. 61.

¹⁸⁰ Pregunta aclaratoria, No. 47.

¹⁸¹ Hechos del caso, párr. 31.

¹⁸² Pregunta aclaratoria, No. 52.

¹⁸³ Pregunta aclaratoria, No. 58.

¹⁸⁴ Hechos del caso, párr. 29.

¹⁸⁵ Hechos del caso, párr. 30.

No existen pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que el Sr. Hassam Fadul es responsable como superior jerárquico del crimen de guerra de lanzar un ataque intencionalmente a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea contemplado en el artículo 8 (2)(b)(iv) del ECPI.

PETITORIOS

Por estas razones, la Representación de la Defensa solicita a esta honorable Corte:

1. Que se declare inexistente el contexto de un Conflicto Armado Internacional necesario para la comisión del crimen de guerra que se imputa;
2. Que declare la inadmisibilidad de la prueba única que consiste en un mensaje privado enviado vía Facebook;
3. Que declare que Hassam Fadul no es responsable como superior jerárquico por el crimen que se imputa; y
4. Que decline los cargos en contra del Sr. Hassam Fadul por la falta de pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que es responsable por el crimen de guerra que se le imputa.

G. REFERENCIAS

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1 de julio de 2002, U.N.T.S., No. 38544.
- Elementos de los crímenes, 9 de septiembre de 2002, ICC-ASP/1/3.
- I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en tierra, 21 de octubre de 1950, U.N.T.S. No. 970.
- II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos miembros de las fuerzas armadas en mar, 21 de octubre de 1950, U.N.T.S. No. 971.
- III Convenio de Ginebra relativo al tratamiento de prisioneros de guerra, 21 de octubre de 1950, U.N.T.S. No. 972.
- IV Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, 21 de octubre de 1950, U.N.T.S. No.973.
- Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de Diciembre de 1966, A/RES/2200, A (XXI).
- Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 7 de diciembre de 1978, U.N.T.S. No. 17512.
- Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 7 de diciembre de 1978, U.N.T.S. No. 17513.
- Reglas de Procedimiento y Prueba, septiembre 2002, ICC-ASP/1/3.
- Regulations of the Court, 29 de junio de 2011, ICC-BD/01-03-11.
- Regulations of the Office of the Prosecutor, 23 de abril de 2009, ICC-BD/05-01-09.
- Tratado del Atlántico Norte, 24 de agosto de 1949, U.N.T.S. No. 541.

JURISPRUDENCIA

Corte Penal Internacional

- 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 2014, ICC-01/04-02/06-309.

- CPI, *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, Decision on the Confirmation of charges, Pre-Trial Chamber I, 16 de diciembre de 2011, ICC-01/04-01/10-465-Red.
- CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga amd Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the confirmation of charges, Pre-Trial Chamber I, 30 de septiembre de 2008, ICC-01/04-01/07-717.
- CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga*, Judgment, Trial Chamber II, 7 de marzo de 2014, ICC-01/04-01/07-3436-tENG.
- 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-01/05-01/08-424.
- CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the confirmation of charges, Pre-Trial Chamber I, 29 de enero de 2007, ICC-01/04-01/06-803-tENG.
- CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment on the appeal of Mr. Lubanga Dyilo against the Decision of Trial Chamber I of 18 January 2008, Appeals Chamber, 11 de julio de 2008, ICC-01/04-1/06-1433.
- CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment, Trial Chamber I, 14 de marzo de 2012, ICC-01/04-01/06-2842.

Tribunal Penal Internacional para la ExYugoslavia

- TPIY, *Prosecutor v. Delalic, et al.*, Appeal Judgment, Appeals chamber, 20 de febrero de 2001, IT-96-21-A.
- TPIY, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the defense motion for interlocutory appeal on jurisdiction, Appeals Chamber, 2 de octubre de 1995, IT-94-1-A.
- TPIY, *Prosecutor v. Kordic, Dario and Cerkez, Mario*, Appeal Judgment, Appeals Chamber, 17 de diciembre de 2004, IT-95-14/2-A.
- TPIY, *Prosecutor v. Mladen Naletilic and Vinko Martinovic*, Judgment, Trial Chamber, 31 de marzo de 2003, IT-98-34-T.
- TPIY, *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Appeal Judgement, Appeals Chamber, 29 de julio de 2004, IT-95-14-A.
- TPIY, *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Judgment, Trial Chamber, 3 de marzo de 2000, IT-95-14-T.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

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

LIBROS

- Ambos, Kai, *Ensayos actual sobre Derecho penal internacional y europeo*, México, INACIPE, 2013.
- Gasser, Hans-Peter *et. al.*, *Commentary on the additional protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva, ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, 1987.
- Gutiérrez Contreras, Juan (coord.). *Derecho humanos instrumentos de protección internacional*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos Mexico/Comisión Europea, 2004.
- Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck Louise, *El derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen I: Normas*, Argentina, CICR, 2007.
- UK Ministry of defence, *The manual of the law of armed conflict*, Nueva York, Oxford University Press, 2004.
- Zappala, Salvatore, *Human rights in international criminal proceedings*, Oxford University Press, 2003.

OTROS

- Asamblea General de las Naciones Unidas, *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, A/RES/56/83. 28 de enero de 2002.
- Comisión de derecho internacional, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1986, Volumen I*, documento de las Naciones Unidas A/CN.4/SER.A/1986.
- Comité de Derechos Humanos, *Observación General no 16*, 08 de abril de 1988, sesión 32.
- Ferrera-Cerrato, Ronald *et al.*, “Procesos de biorremediación de suelo y agua contaminados por hidrocarburos del petróleo y otros compuestos orgánicos”, *Revista latinoamericana de microbiología*, México, 2006, vol. 48, no. 2, abril-junio.

- Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de artículos sobre responsabilidad de las organizaciones internacionales, A/RES/66/100, 26 de abril al 3 de junio y 4 de julio al 12 de agosto de 2011.
- International Law Commission, Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001.
- Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996.
- Olguín, Eugenia et. al., “Contaminación de manglares por hidrocarburos y estrategias de biorremediación, fitorremediación y restauración”, *Revista internacional de contaminación ambiental*, México, 2007, vol. 23, no. 3, julio-septiembre.
- Thürer, Daniel, “The failed State and international law”, en *International Review of the Red Cross*, núm. 836, 31 de diciembre de 1999, disponible en <<https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jq6u.htm>>
- Villasante Rodríguez, José Luis y Prieto, *La protección del medio ambiente natural por el derecho internacional humanitario*, CICR.