



**Cour  
Pénale  
Internationale**  
**International  
Criminal  
Court**

Le Bureau du Procureur  
The Office of the Prosecutor

**James Stewart**  
**Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional**

El artículo 28 del Estatuto de Roma

Cámara de Comercio de Bogotá

1 de noviembre de 2018

## Introducción y antecedentes

1. Buenos días. Es un verdadero placer estar con todos ustedes esta mañana. Y sobre todo para discutir un tema tan apasionante e importante como es la responsabilidad del superior, también llamada responsabilidad del comandante o aquí responsabilidad de mando.
2. Mi presentación va a centrarse en la interpretación y aplicación del artículo 28 del Estatuto de Roma, que recoge tal forma de responsabilidad. Pero antes de empezar con este tema, voy a brevemente repasar el origen y desarrollo de la doctrina de la responsabilidad del superior.
3. Voy a hablar sobre la responsabilidad de mando y sobre el artículo 28 del Estatuto de Roma, pero también sobre algunas preocupaciones que tenemos con respecto al tratamiento que se les podría dar a las fuerzas públicas porque estos son los temas a tratar actualmente. Sin embargo, es importante recordar que, al igual que la Fiscalía General de la Nación y la Jurisdicción Especial para la Paz tienen una visión integral de cuestiones relacionadas a la justicia transicional, también lo es para la Fiscalía de la CPI. Para que complementariedad funcione, es importante para nosotros ver que se imparta justicia en nombre de las víctimas de manera simultánea, proporcional e imparcial con respecto a todos los actores del conflicto armado, ya sean con respecto a las FARC-EP, los agentes del estado o los terceros civiles.
4. La doctrina de la responsabilidad de mando surge con el proceso de codificación del Derecho Internacional Humanitario (DIH) durante la primera mitad del siglo XX. Núremberg y los posteriores juicios incluyen casos en los que se basa la responsabilidad del acusado en la falta de ejercicio adecuado de las facultades de control del acusado.
5. A su vez, el artículo 86 del Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra de 1977 incluye la primera regulación completa (responsabilidad por omisión más deberes de los comandantes, incluyendo el deber de diseminar el DIH en la propia tropa y de actuar frente a violaciones). Después llega un periodo de inactividad hasta que la responsabilidad del superior cobra notoriedad con el trabajo de los tribunales *ad hoc* (ex Yugoslavia y Ruanda, que la consagran en sus respectivos estatutos) y llega, finalmente, al Estatuto de Roma (art. 28).
6. Un punto importante a resaltar: el Estatuto de Roma no inventó nada nuevo. La responsabilidad del superior tiene carácter de norma consuetudinaria. El artículo 28

simplemente recoge dicha norma y la ajusta al contexto del sistema de justicia de la CPI.

7. La razón de ser de la responsabilidad del comandante es su posición única. El comandante es responsable de una fuente de peligro para la población civil, aun en tiempos de paz, pero mucho más en tiempos de conflicto armado. Esto lo resaltó la Sala Tercera de la CPI, que fue la Sala de Primera Instancia en el caso contra Jean Pierre Bemba Gombo (2016), y no ha sido modificado por la reciente decisión de la Sala de Apelaciones: “las responsabilidades impuestas por DIH de prevención y represión de crímenes se vincula al potencial daño irreparable que puede ocasionar el no cumplir adecuadamente con dichas responsabilidades”.
8. No solo la segunda guerra mundial, sino también los conflictos armados durante la segunda mitad del siglo XX y primer decenio del XXI demuestran los terribles sufrimientos para la población civil a los que se puede llegar cuando un comandante decide darles carta blanca a sus subordinados, o hace la vista gorda o, simplemente, se abandona a la negligencia. Este enorme potencial para el sufrimiento y la destrucción de seres y obras humanas que tiene todo grupo armado, y la posición de garante del superior con relación a dicha fuente de peligro, yace en el epicentro de la doctrina de la responsabilidad del superior.

#### **1. Análisis del Artículo 28 del Estatuto de Roma y la reciente decisión de la Sala de Apelaciones en el caso Bemba**

9. La responsabilidad del superior es una forma de responsabilidad penal *sui generis*, aun cuando su estructura se parezca más a un delito autónomo de omisión. Es alternativa a las formas directas de autoría y participación reguladas en el párrafo 3 del artículo 25 del Estatuto de la CPI. Como ya he explicado, su origen es el derecho consuetudinario y la obligación del superior de controlar adecuadamente a sus subordinados.
10. Estructura: se divide en dos: (a) un aspecto referido a comandantes militares o personas efectivamente actuando en tal capacidad, y (b) otro referido a superiores civiles (sobre la que diré menos). En mi exposición usaré frecuentemente el caso contra Jean Pierre Bemba Gombo.
11. El caso *Bemba*: como ustedes saben el Señor Bemba fue condenado por la Sala de Primera Instancia de la CPI el 21 de marzo de 2016 sobre la base del artículo 28 literal “a” por crímenes de asesinato, violación y saqueo cometidos por su milicia (basada en la República Democrática del Congo) cuando actuaban en República Central Africana. El 8 de junio de este año (2018), la Mayoría de jueces de la Sala de Apelaciones anuló la

sentencia condenatoria por varias razones. Voy a explicarles brevemente, y así aprovecho para aclarar algunos malentendidos sobre el impacto de esta decisión en la doctrina del superior.

12. *Primero*, la Mayoría consideró que el Señor Bemba no había sido adecuadamente notificado antes del juicio de la mitad de los cargos. En consecuencia, la Mayoría discontinuó los procedimientos respecto a aquellos cargos.
13. *Segundo*, y respecto al resto de los cargos (1 asesinato, 20 violaciones y 5 casos de saqueos), la Mayoría absolvió al Señor Bemba después de identificar siete errores en como la Sala de Primera Instancia había valorado la prueba. Sin embargo, los dos jueces disidentes, en su opinión separada, consideran, con razones sumamente válidas, que la absolución del Señor Bemba es el resultado de un análisis parcial e incorrecto de las pruebas realizado por la Mayoría fruto de la aplicación de un nuevo y confuso estándar de apelación para errores de hecho.
14. Hasta el momento, la Sala de Apelaciones otorgaba cierta deferencia a la valoración de la prueba realizada por las salas de primera instancia. Tiene sentido. Las salas de primera instancia tienen un conocimiento exhaustivo, directo y contemporáneo de todas las pruebas, y han observado directamente los testimonios. En consecuencia y hasta la fecha, la Sala de Apelaciones solo anularía las decisiones de las salas de primera instancia si concluye que “ningún tribunal razonable podría haber llegado a la misma conclusión”.
15. En cambio, en la decisión de 8 de Junio, la Mayoría consideró que el Estatuto de la CPI no exige deferencia en favor de las salas de primera instancia, y modificó el estándar. Así pues, según la Mayoría, basta que “una persona razonable y objetiva pueda articular serias dudas” sobre las valoraciones o conclusiones de prueba realizadas por las salas de primera instancia, “y pueda apoyar su opinión con argumentos específicos” (para. 45). Ello efectivamente implica que un mero desacuerdo sobre la prueba entre la sala de primera instancia y la Sala de Apelación permite a la última anular la decisión de la primera – a pesar que la Sala de Apelación carece del conocimiento exhaustivo, directo y contemporáneo de la prueba que la sala de primera instancia ostenta. El nuevo estándar supone un drástico cambio respecto la consistente y sólida jurisprudencia de la CPI, de otros tribunales internacionales, así como de tribunales domésticos. Tenemos confianza en que esta anomalía, que ha sido colectivamente y duramente criticada por el mundo jurídico, no se va a repetir.
16. En definitiva, la decisión de la Mayoría de la Sala de Apelaciones no modifica la interpretación y aplicación del artículo 28 literal “a” de la Sala de Primera Instancia.

Los tres jueces de la Mayoría no alcanzaron consenso suficiente para hacerlo; la Mayoría únicamente mostró su desacuerdo con la valoración de la prueba realizada en primera instancia respecto de *un elemento* de la responsabilidad del superior: el requisito de tomar las *medidas necesarias y razonables* que voy a explicar en más detalle.

17. También quería añadir que la Sala de Primera Instancia interpretó el artículo 28 literal “a” de forma consistente con el DIH y la jurisprudencia de los Tribunales para la Ex Yugoslavia y para Ruanda con una excepción. Como explicaré a continuación, a diferencia del DIH y los tribunales *ad hoc*, la Sala de Primera Instancia exigió un vínculo causal entre la violación del deber de cuidado del superior, y los crímenes de los subordinados.

## 2. Elementos de la Responsabilidad del Superior

18. La responsabilidad del Superior tiene los siguientes requisitos esenciales.
19. *Primero*. Es necesario establecer que **crímenes de competencia de la CPI** han sido cometidos por uno o más subordinados del acusado – no hace falta identificarlos por nombre, pero si en grado necesario para verificar la relación de superior-subordinado con el acusado (Bemba SJ).
20. *Segundo*. El acusado es un **comandante militar o una persona efectivamente actuando** como tal (art. 28(a)). El primero es “una persona que es formal o legalmente nombrada para desempeñar funciones de mando”, ya sea como parte de las Fuerzas Armadas estatales o de grupos armados no estatales. El segundo no tiene por qué ser formalmente nombrado, pero efectivamente debe cumplir las mismas funciones.
21. Según el artículo 28 literal “b”, el acusado también puede ser **otro tipo de superior** que no ostenta un título, ni desempeña una función militar. Puede incluir, por ejemplo, personas en organizaciones civiles que ejercen control a través de una cadena de mando formal (como la policía), pero también personas en otras estructuras civiles que ejercen control a través de otros medios (como corporaciones civiles o estructuras políticas).
22. En todo caso, debe existir una relación jerárquica: formal o informal. El acusado no tiene que ser el superior inmediato de los autores; puede estar ubicado en distintos lugares de la estructura de mando, en la medida en la que tenga el nivel de control requerido.
23. *Tercero*. El acusado tiene que tener **comando (o autoridad) y control efectivos sobre los subordinados**. “Control efectivo” es la habilidad material para prevenir o reprimir la

comisión de crímenes o para remitir el asunto a las autoridades competentes. El acusado no tiene que tener autoridad y control exclusivos. Puede haber varios superiores responsables.

24. La determinación de si un superior tiene control efectivo es una cuestión puramente fáctica y depende de los hechos de cada caso. Es pues una cuestión de hecho, y no de derecho. La Sala de Primera Instancia, así como los tribunales *ad hoc*, identifican una serie de indicadores (de forma no exhaustiva) cuyo cumplimiento permite dilucidar si un superior tiene control efectivo en cada caso concreto. Indicadores posibles de control efectivo, son, por ejemplo, el cargo del acusado, capacidad real del acusado de hacer cumplir órdenes, capacidad de promover o remover subordinados, capacidad de enviar tropas al terreno y de retirarlas, etc.
25. La decisión de la Mayoría de la Sala de Apelaciones no modifica este importante aspecto de la decisión de la Sala de Primera Instancia. La Mayoría sólo concluyó, de forma confusa, que la capacidad del Señor Bemba de investigar la conducta de sus tropas estaba limitada porque ellas operaban en la República Centro Africana (AJ, para. 171). Tal conclusión es puramente fáctica y específica del caso del Señor Bemba, y por lo tanto no constituye, ni pretende constituir, una proposición de validez general.
26. Repito que la Mayoría de la Sala de Apelaciones no modificó la doctrina del comandante ni relajó su aplicación para comandantes alejados del lugar de los hechos. La Mayoría simplemente estuvo en desacuerdo con la valoración de la prueba realizada en primera instancia.
27. No obstante, como los jueces disidentes indican en su opinión separada (paras. 54-64), la Sala de Primera Instancia – contrariamente a lo que dijo la Mayoría – *sí* había tenido en cuenta que las tropas operaban en un país foráneo, pero aun así consideró que el Señor Bemba mantenía su control efectivo debido, entre otros factores, a la cadena de mando efectiva de su milicia, los medios de comunicación disponibles y su contacto directo y diario con el coronel al cargo de la operación (TJ, para. 732).
28. *Cuarto*. El requisito de ***mens rea* o elemento subjetivo**. Tanto para superiores militares (art. 28(a)), como para otro tipo de superiores (art. 28(b)), el Estatuto precisa que el acusado *sepa* (*tenga conocimiento*) que sus subordinados han cometido, o van a cometer, crímenes. El superior no necesita conocer el nombre de los subordinados ni tampoco conocer los detalles de los crímenes en cuestión. Factores que pueden indicar conocimiento incluyen informes recibidos por el acusado indicando involucramiento pretérito en hechos punibles, o *modus operandi* y patrón de conducta, el número,

lugar y tiempo de los crímenes, la ubicación del comandante al momento de los hechos, la notoriedad de los hechos, etc.

29. Además, el artículo 28 recoge un elemento subjetivo alternativo al conocimiento actual. Este elemento alternativo es diferente para superiores militares (art. 28(a)) y para otros superiores (art. 28(b)). Empezando con el superior militar (o que actúa como tal), el artículo 28 literal "a" precisa que el acusado *conforme a las circunstancias del momento debió haber sabido* que los subordinados estaban cometiendo o iban a cometer crímenes. Es responsabilidad por negligencia: el superior militar tiene deberes de indagación especiales en virtud de su posición. Tiene también deberes positivos que apuntan a que haya un sistema de monitoreo y reporte que sea efectivo. Un comandante que tiene a su disposición información de naturaleza general que lo puede poner en aviso de que los crímenes están ocurriendo (caso Čelebići) y no ata los cabos es un claro caso de un superior que "debería haber sabido". Pero un comandante que no recibe ninguna información porque no montó ni siquiera un sistema básico de monitoreo e informes, también lo es.
30. Para otros superiores, el artículo 28 literal "b" requiere que el superior *deliberadamente hizo caso omiso de información que indicase claramente* los crímenes de los subordinados. Es decir, el superior a propósito ignoró información que claramente indicaba la comisión de los crímenes o la inminencia de su comisión.
31. *Quinto*. El comandante falló en tomar todas las **medidas razonables y necesarias** para prevenir los crímenes, o reprimirlos, o remitirlos a las autoridades competentes. Son tres deberes que aparecen en tres momentos (antes de la comisión, durante y después). El incumplimiento de cualquiera de estos deberes da lugar a la responsabilidad penal. El no prevenir cuando el comandante tenía el deber de hacerlo, por ejemplo, no puede ser remediado por el castigo posterior.
32. Prevenir la comisión incluye frustrar el comienzo de ejecución, pero también la consumación del delito en ejecución, o la continuación del proceso en el caso de delitos permanentes o continuos.
33. El deber de reprimir o de poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes tiene por objetivo que los autores sean efectivamente llevados a la justicia para evitar impunidad y prevenir crímenes futuros (el Comité Internacional de la Cruz Roja enfatiza que está empíricamente probado que el relajamiento de la disciplina militar y la ausencia de todo riesgo de sanciones fomenta la comisión de crímenes).

34. La jurisprudencia del Tribunal para la ex Yugoslavia también muestra que infracciones repetidas al artículo 28 pueden llevar a responsabilidad bajo formas directas de participación: por ejemplo, un comandante que no sólo no reprime a los subordinados que cometieron delitos, sino que también los envía a realizar nuevas operaciones militares con riesgo para la población civil, envía un mensaje de tolerancia oficial frente a la comisión de crímenes, y de este modo traspasa el umbral de la responsabilidad del superior e ingresa al ámbito de la instigación.
35. **Medidas necesarias** son aquellas medidas adecuadas para que el superior cumpla con su obligación. **Medidas razonables** son aquellas a su alcance, dependiendo de su capacidad material. El derecho internacional (humanitario y penal) no le exigen al comandante a que logre lo imposible. Si un comandante ha tomado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance, él no puede ser considerado responsable aun si los crímenes efectivamente son cometidos y/o sus autores logran la impunidad.
36. Posibles medidas serían asegurar la formación de subordinados en DIH, tomar medidas para asegurar la disciplina de los subordinados, decisiones operacionales como re-subordinar ciertas unidades o cambios en las operaciones de mando. La Mayoría de la Sala de Apelaciones tampoco modificó este aspecto de la doctrina del superior en su decisión del caso *Bemba*. Como he explicado anteriormente, simplemente estuvo en desacuerdo con la valoración de la prueba llevada a cabo en primera instancia.
37. Finalmente, artículo 28 literal “b” introduce un requisito adicional sólo para relaciones entre superior y subordinado distintos a las militares: que los “**crímenes guarden relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo**”. Es decir, superiores no-militares no serán responsables por crímenes cometidos por sus subordinados en contextos no relacionados con sus funciones. No obstante, esta es una determinación ligada a los hechos de cada caso.
38. **Vínculo causal**. Por último, quiero abordar un aspecto del artículo 28 que la Mayoría de la Sala de Apelaciones no abordó en su decisión conjunta – aunque sí lo hicieron los tres jueces en sus opiniones separadas. Como he mencionado anteriormente la Sala de Primera Instancia exigió un vínculo causal entre la conducta del superior y los crímenes.
39. La Fiscalía considera que el artículo 28 no contiene tal requisito. Sorprendentemente, dos de los jueces de la mayoría estuvieron de acuerdo con la Fiscalía en su opinión separada. Los otros tres jueces, por diferentes razones, hubiesen requerido tal vínculo. Voy a darles tres razones por las que creo que la posición de la Fiscalía es la correcta:

- Primero, la razón de ser de la responsabilidad del superior es su *deber* - de acuerdo con DIH - de controlar sus tropas, de asegurar que la fuente de peligro que supone un grupo armado o con capacidad de cometer crímenes no se exceda en sus funciones. Si el superior no cumple con tal deber, y los subordinados sobre los que tiene control efectivo cometen crímenes y él lo sabe o debería haberlo sabido, el superior es responsable. No es necesario que su conducta haya contribuido a la comisión de tales crímenes.
  - Segundo, ni el texto del artículo 28, considerando las diferentes lenguas oficiales, ni los trabajos preparatorios, confirman la existencia de un vínculo causal. Ni el DIH ni los tribunales *ad hoc* requieren tal vínculo. Si los autores del Estatuto hubiesen querido distanciarse de tales textos en un punto tan importante, hubieran debatido el tema.
  - Tercero, y desde un punto de vista lógico, es difícil de concebir como la falta de castigo o sanción puede contribuir a un crimen ya pasado.
40. Creo que es importante tomarse el tiempo para explicar el resultado del caso *Bemba*, ya que fue el primer caso importante en el que la CPI se ocupó de la responsabilidad del mando en virtud del artículo 28 del Estatuto de Roma.
41. El caso finalmente se basó en sus propios hechos específicos y la interpretación del artículo 28, tal como la hemos presentado, sigue siendo esencialmente la misma. En suma, la decisión por la mayoría de la Sala de Apelaciones en el caso *Bemba* no es un precedente útil en el que uno pueda apoyarse, dados los hechos específicos del caso y las peculiaridades de la decisión.
42. En el pasado reciente, la Fiscalía de la CPI ha expresado su preocupación sobre la posible interpretación restrictiva a la que la legislación reciente en Colombia podría prestarse con respecto a la aplicación del concepto de responsabilidad de mando. Sin embargo, no pensamos que una interpretación restrictiva sea inevitable. Las leyes nacionales aún pueden interpretarse y aplicarse en situaciones factuales específicas de una manera que se ajuste a las normas del derecho penal internacional.
43. Por invitación de la Corte Constitucional de Colombia, la Fiscalía presentó sus observaciones en un escrito expresando sus preocupaciones sobre las leyes que, en ese entonces, se encontraban ante la Corte para su revisión. Reconociendo las preocupaciones de la Fiscal, la Corte Constitucional determinó que la norma que regula la responsabilidad de mando era válida, porque no invalida el deber del Estado

de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario.

44. En sus consideraciones, la Corte estimó que los magistrados colombianos tienen una amplia gama de herramientas legales (modos de responsabilidad o formas de participación) a las que pueden recurrir al tratar casos relacionados con la responsabilidad de los superiores. De esta manera, se podría determinar la responsabilidad penal de los comandantes por los crímenes de sus subordinados, en caso éstos no cumplieran con su deber de prevenir o sancionar tales crímenes.
45. Esencialmente, la Corte Constitucional ha dejado a la Jurisdicción Especial para la Paz la aplicación de la ley a los hechos de los casos particulares que se le presenten, de una manera consistente con los principios del derecho penal internacional.

### **3. La Importancia de la Jurisdicción Especial para la Paz**

46. La razón por la cual la Fiscal de la CPI plantea tales inquietudes y sigue los acontecimientos en Colombia con sumo interés es simplemente la siguiente: Colombia es un Estado Parte del Estatuto de Roma; en virtud del Estatuto, la Fiscal tiene la responsabilidad de asegurarse de que las autoridades nacionales estén investigando y enjuiciando los crímenes del Estatuto de Roma de manera genuina – en este caso, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad que cometieron todas las partes del conflicto armado en Colombia – ya que la CPI es un respaldo que garantiza que se haga justicia, pero solo cuando el Estado no lo hace, ya sea porque no está dispuesto o porque no pueda realmente hacerlo.
47. En la situación única de Colombia, bajo el acuerdo de paz, estos crímenes se están abordando a través de medidas de justicia transicional. En el centro de estas medidas de justicia transicional se encuentra la Jurisdicción Especial para la Paz.
48. La Jurisdicción Especial para la Paz – la JEP – es el componente judicial del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición (“SIVJRN”) previsto en el acuerdo de paz.
49. La JEP está diseñada para investigar y enjuiciar a ex-miembros de las FARC-EP y a miembros de las fuerzas militares implicados en los crímenes más graves relacionados con el conflicto, incluidos los asesinatos conocidos como “falsos positivos”, crímenes sexuales y por motivos de género y desplazamientos forzados.
50. La JEP también puede investigar y enjuiciar a personas que no formaron parte de ninguna organización o grupo armado (“terceros”) en el momento pertinente, pero

que hubiesen contribuido a la comisión de los crímenes. La participación de terceros en los procedimientos ante la JEP es, sin embargo, voluntaria.

51. Todos ustedes conocen el rango de sanciones que existen bajo el marco de la JEP. Esencialmente, las sanciones son posibles si se cumplen condiciones de naturaleza restaurativa y reparatoria, como parte de un sistema de justicia transicional.
52. La JEP inició sus operaciones recién en marzo de este año. Sus Reglas de Procedimiento se aprobaron en el Congreso, por Ley 1922, en julio de este año. Autoridades nacionales, incluida la Fiscalía General de la Nación, y organizaciones de la sociedad civil, han presentado recientemente miles de documentos a la JEP, así como información sobre crímenes relacionados con el conflicto armado, cometidos tanto por miembros de las fuerzas militares como por las FARC-EP, y la JEP ha comenzado a establecer sus prioridades.
53. Sin embargo, al aprobar las Reglas de Procedimiento de la JEP, el Congreso de Colombia también dispuso en el artículo 75 que los procedimientos contra miembros de las fuerzas armadas solamente comiencen o continúen una vez que se establezca un procedimiento especial y diferenciado, dentro de un plazo de 18 meses. Esta disposición permite que las personas interesadas siguieran apareciendo ante la JEP, si así lo desean, y entendemos que, de hecho, muchos han optado por la JEP.
54. Sin embargo, la creación de una sección y un procedimiento separado para las fuerzas militares, que los separe efectivamente del marco existente de la JEP y que cree un mayor retraso en la realización de la justicia para casos que requieren atención urgente, será necesariamente visto de manera negativa por la Fiscal de la CPI, por razones que ya deben ser ampliamente conocidas - y que reiteraré en un momento.
55. La Fiscal de la CPI también ha visto con preocupación las disposiciones del segundo párrafo del artículo 11 de las Reglas de Procedimiento de la JEP, que excluye los siguientes objetivos de las investigaciones relativas a conductas presuntamente cometida por miembros de la fuerzas armadas:
  - Develar el plan criminal.
  - Establecer la estructura y el funcionamiento de la organización criminal, sus redes de apoyo y las características del ataque y los patrones macro-criminales.
  - Determinar los móviles del plan criminal y en especial aquellos que comporten razones de discriminación.

Para que el principio de complementariedad funcione, no debe haber restricciones artificiales a la minuciosidad de las investigaciones criminales.

56. La Fiscalía también ha observado que recientemente, el 27 de septiembre, se presentó ante el Congreso un proyecto de acto legislativo para la creación de “salas especiales” para las fuerzas militares, en el marco de la JEP. La propuesta, en su texto original, preveía un sistema que tendría su propio proceso de selección de magistrados; actuaría como órgano de última instancia ya que adoptaría decisiones con efecto de cosa juzgada; y podría invalidar cualquier decisión de otros órganos de la JEP y de otras jurisdicciones.
57. El proyecto además preveía que la concesión de beneficios a los miembros de las fuerzas armadas no estarían condicionados a la confesión o reconocimiento de la responsabilidad, y que la concesión de libertad sería posible después de haber cumplido un sexto de la pena.
58. Como hemos dicho en previas oportunidades – incluyendo en mi presentación de mayo de 2015 – con arreglo al segundo párrafo del artículo 17 del Estatuto de Roma, se realizarán procesos genuinos a nivel nacional cuando éstos:
  - no hayan sido adoptados con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal;
  - no haya una demora injustificada en el juicio que sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; y
  - se sustancien de manera independiente o imparcial de forma que sea compatible con la intención de hacer comparecer a las personas ante la justicia.
59. Si estos criterios respecto de la voluntad genuina de investigar se cumplen, entonces los casos no son admisibles ante la CPI y la Fiscalía no intervendrá.
60. Por consiguiente, la Fiscal debe evaluar si las iniciativas recientes, si se pusieran en práctica, pudiesen tener un impacto en la admisibilidad de los posibles casos identificados por la Fiscalía de la CPI. En este contexto, el marco inicial establecido dentro de las iniciativas nos planteó las siguientes preguntas:
  - ¿Mientras existe un sistema de justicia transicional que está operativo, podría entenderse la creación de un sistema paralelo como un intento de sustraer a los autores de su responsabilidad penal?
  - ¿Podría la creación de secciones especiales resultar en un retraso sustancial en el inicio o la continuación de los procesos que pueda ser incompatible con

una intención real de llevar a los responsables a la justicia, especialmente cuando ya existen procedimientos ante la JEP para llevar a cabo dichos procesos?

- ¿Podrían las restricciones sobre el alcance y la minuciosidad de las investigaciones sobre crímenes complejos obstaculizar procesos genuinos diseñados para establecer la verdad?
- ¿Podría el enfoque diferente para el nombramiento de magistrados de las secciones especiales, así como la propuesta de que dos de los tres jueces previstos para cada sección puedan ser oficiales militares retirados, poner en duda la independencia e imparcialidad de las secciones especiales?

61. La posibilidad de otorgar beneficios y de conceder libertad sin que se hayan cumplido las medidas de justicia transicional, como la confesión o el reconocimiento de la responsabilidad, planteó además otras cuestiones.
62. La Fiscal ha transmitido sus puntos de vista sobre la manera en que la Fiscalía debe evaluar los procesos llevados a cabo dentro de un esquema de justicia transicional, incluido con respecto a las sentencias.
63. En ese contexto, sentencias reducidas por conductas de competencia de la CPI serían concebibles en la medida que la persona condenada satisfaga condiciones que podrían justificar una sanción atenuada, incluyendo el reconocimiento de la responsabilidad y la participación plena en mecanismos para establecer la verdad, entre otras.
64. La Fiscal de la CPI es plenamente consciente de que los magistrados de la JEP son independientes y autónomos en su capacidad para interpretar la legislación aplicable. Ella respeta su independencia, imparcialidad y objetividad, como ella exige para sí misma.
65. No obstante, sería motivo de grave preocupación, si las disposiciones legislativas que regulan los procedimientos diseñados para abordar conductas que constituyen crímenes ante la CPI pudiesen resultar en: retrasos en la rendición de cuentas de los responsables, restricciones en el alcance y la minuciosidad de las investigaciones de crímenes complejos y, en general, poner en duda la autenticidad de los procesos, más allá del control de la JEP.
66. Sin embargo, la situación es evolutiva y mantenemos la confianza de que las medidas de justicia transicional que Colombia viene avanzando resulten eficaces para tratar los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

67. Debo señalar que me refiero a estos temas en particular porque son los que plantean preguntas actualmente. Dicho esto, la Fiscalía de la CPI tiene una visión amplia de la situación y está interesada en ver que se imparta justicia de manera imparcial para todos los lados del conflicto armado. Hemos abordado distintos aspectos del sistema en ocasiones anteriores, pero hoy toco los que acabo de mencionar porque estos son los que causan preocupaciones el día de hoy.
68. El marco jurídico internacional creado por el Estatuto de Roma enfatiza la importancia capital de poner fin a la impunidad de los perpetradores de los crímenes más graves. Este marco no puede suspenderse o ignorarse por consideraciones de oportunidad.
69. No obstante, este mismo marco otorga flexibilidad a los Estados que buscan impartir justicia en situaciones post-conflicto. Las medidas de justicia transicional pueden, y deben, estar en conformidad con los objetivos del Estatuto de Roma. La Fiscalía tiene un mandato legal que los Estados Partes le han conferido, y debe hacer todo lo que esté a su alcance por cumplirlo. Debe honrar sus obligaciones con arreglo al Estatuto de Roma, así como Colombia debe también cumplir sus responsabilidades como Estado Parte.
70. Para concluir: si tenemos algún mensaje que transmitir en esta ocasión, desde la perspectiva de la aplicación del principio de complementariedad de jurisdicciones según el Estatuto de Roma, entre un Estado Parte - como Colombia - y la CPI, es este: permitan que los magistrados de la JEP hagan su trabajo; apóyenlos en todos los aspectos necesarios; la paz con justicia y la rendición de cuentas es la forma más eficaz de garantizar que la paz sea sostenible y duradera.
71. Quisiera agradecer la invaluable contribución de mis colegas Meritxell Regue Blasi, Eugenia Valenzuela, Emeric Rogier y Fabricio Guariglia durante la preparación de esta presentación. También quisiera expresar mi gratitud al Centro Internacional para la Justicia Transicional, a la Embajada de Suecia y a los organizadores de este foro por la oportunidad de participar.
72. Será un placer para mí responder a sus preguntas. Aunque si no les importa, lo haré en inglés. Muchas gracias por su amable atención.

## **ANEXO: Normas pertinentes**

### **Artículo 28 del Estatuto de Roma: Responsabilidad de los jefes y otros superiores**

Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

- a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:
  - i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y
  - ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.
  
- b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:
  - i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;
  - ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y
  - iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

## **Protocolo Adicional I**

### **Artículo 86 - Omisiones**

1. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto deberán reprimir las infracciones graves y adoptar las medidas necesarias para hacer que cesen todas las demás infracciones de los Convenios y del presente Protocolo que resulten del incumplimiento de un deber de actuar.
2. El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción.

### **Artículo 87 - Deberes de los jefes**

1. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes militares, en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad, impidan las infracciones de los Convenios y del presente Protocolo y, en caso contrario, las repriman y denuncien a las autoridades competentes.
2. Con el fin de impedir y reprimir las infracciones, las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes, según su grado de responsabilidad, tomen medidas para que los miembros de las fuerzas armadas bajo sus órdenes tengan conocimiento de las obligaciones que les incumben en virtud de lo dispuesto en los Convenios y en el presente Protocolo.
3. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto obligarán a todo jefe que tenga conocimiento de que sus subordinados u otras personas bajo su autoridad van a cometer o han cometido una infracción de los Convenios o del presente Protocolo a que se tome las medidas necesarias para impedir tales violaciones de los Convenios o del presente Protocolo y, en caso necesario, promueva una acción disciplinaria o penal contra los autores de las violaciones.