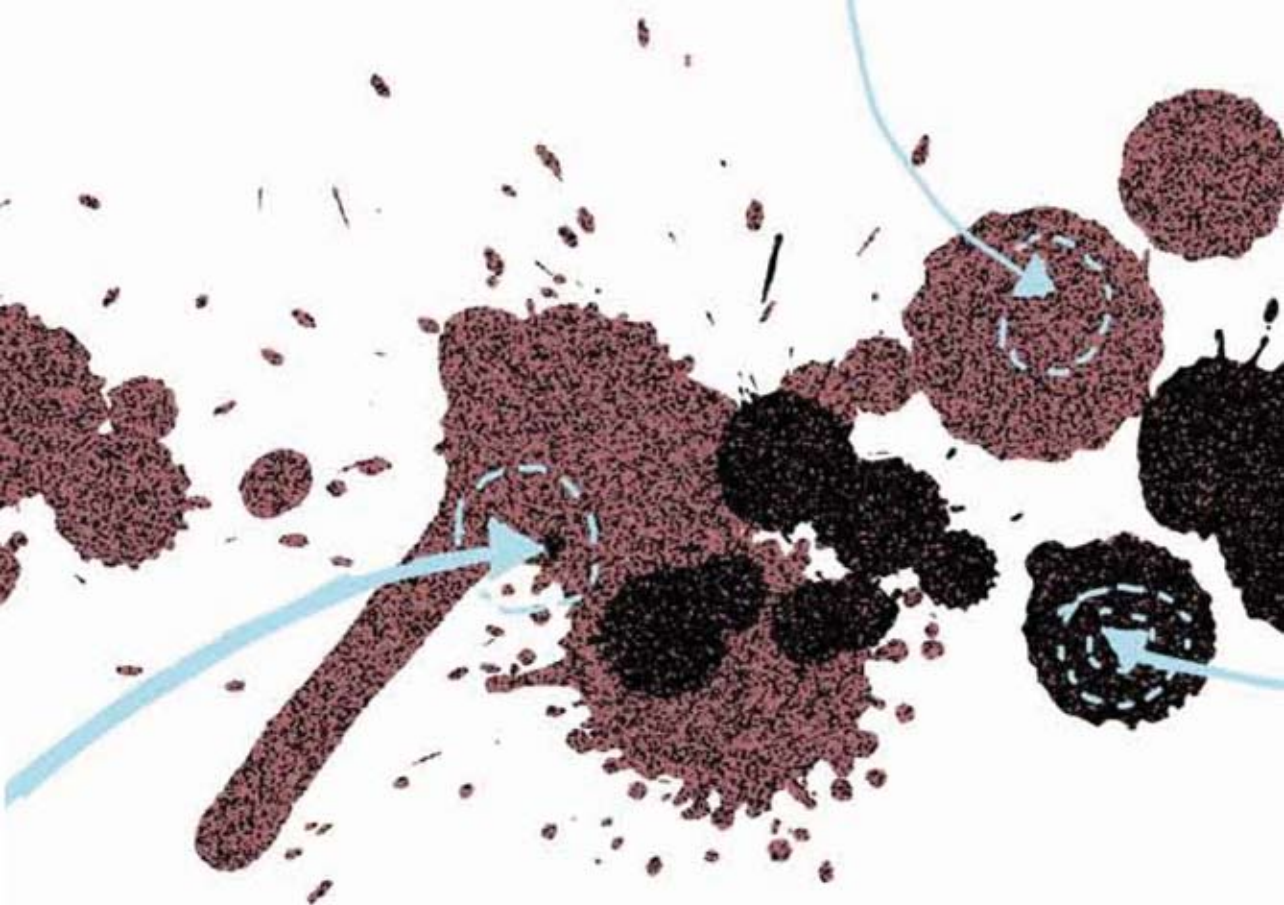




Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales

Un estudio comparado

Autor por ProFis

Kai Ambos

Coordinador

giz



Embajada
de la República Federal de Alemania
Bogotá



GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT
GÖTTINGEN

Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales

Un estudio comparado

Publicado por:

Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH.
Proyecto “Apoyo al Proceso de Paz en Colombia en el contexto de la Ley de Justicia y Paz
–un ejemplo de justicia transicional–, ProFis”.

Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales.

Un estudio comparado

© Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH.

Autores por ProFis**Coordinador:**

KAI AMBOS

Autores:

MORTEN BERGSMO

MARIA PAULA SAFFON

CHILE EBOE-OSUJI

PABLO F. PARENTI

IVÁN POLACO

CARLOS CASTRESANA FERNÁNDEZ

RENATA DELGADO-SCHEK

MARIA JOSÉ ORTÍZ

THOMAS PASTOR

RUTH A. KOK

CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ

ANDREAS FORER

Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

Directora Agencia GIZ Bogotá:

Barbara Hess

Coordinador ProFis:

Andreas Forer

Diseño Gráfico:

Mónica Cárdenas

Fotomecánica e impresión:

Alvi Impresores Ltda.

Primera edición

Bogotá, 2011

Impreso en Colombia / Printed in Colombia

ISBN 978-958-8438-53-5

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida total o parcialmente, ni registrada en, o reproducida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma o por ningún medio, sea mecánico, foto-químico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o por cualquier otro medio, sin el permiso por escrito de los editores.

Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales

Un estudio comparado

Autor por ProFis

Kai Ambos

Coordinador



Embajada
de la República Federal de Alemania
Bogotá



GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT
GÖTTINGEN

Índice

Presentación	7
ANDREAS FORER	
Introducción y resumen comparativo	9
KAI AMBOS	
I. Perspectiva internacional	23
Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales nucleares?	
MORTEN BERGSMO Y MARÍA PAULA SAFFON	
Persecución de la violencia sexual contra	113
mujeres: un componente necesario de la estrategia post-conflicto de justicia y reconstrucción social en Colombia	
CHILE EBOE-OSUJI	
II. Perspectiva nacional	131
Argentina	
PABLO F. PARENTI E IVÁN POLACO	
La Comisión Internacional Contra la Impunidad	177
en Guatemala (CICIG)	
CARLOS CASTRESANA FERNÁNDEZ, RENATA DELGADO-SCHEK, MARÍA JOSÉ ORTIZ Y THOMAS PASTOR	
Criterios para la priorización y selección de	203
casos de crímenes internacionales nucleares: la situación en los países bajos	
RUTH A. KOK	
III. Caso colombiano	229
Selección y priorización de casos como estrategia de investigación y persecución penal en la justicia transicional en Colombia	
ANDREAS FORER Y CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ, PROYECTO PROFIS	

Presentación

El presente estudio comparado, fue realizado en el marco del Proyecto Apoyo Al Proceso de Paz en Colombia en el Contexto de la Ley de Justicia y Paz, un ejemplo de justicia transicional, ProFis, ejecutado por la Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), por encargo del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Federal de Alemania; y pretende brindar elementos de juicio a los funcionarios encargados de la toma de decisiones al interior de las instituciones involucradas en el Proceso Especial de Justicia y Paz, y a los operadores judiciales en torno a la selección y priorización de crímenes y autores en procesos de justicia transicional.

Así, esta publicación reúne distintos casos respecto a la temática planteada, por medio del abordaje de experiencias localizadas en diferentes lugares del mundo como Bosnia y Herzegovina, Argentina, Guatemala y los Países Bajos.

Finalmente, el estudio hace énfasis en Colombia, con el planteamiento de una propuesta a la Fiscalía General de la Nación (FGN) para la implementación de una estrategia de investigación que a partir de la aplicación de criterios objetivos (selección de delitos), subjetivos (selección de autores y víctimas) y complementarios (capacidad actual de la FGN tras cinco años de investigación), dinamice la consecución de sentencias condenatorias.

ANDREAS FORER, marzo de 2011

Introducción y resumen comparativo

KAI AMBOS¹

|

Un dicho famoso en Alemania dice: “La máquina de la justicia trabaja lenta pero continuamente.”² Mientras que al final del siglo XIX un sistema judicial, bien organizado y dotado, normalmente no tenía problemas en manejar los casos entrados al sistema,³ en la actualidad se reconoce generalmente que la justicia trabaja lentamente pues hay “simplemente demasiados delitos, demasiados delincuentes y muy pocos recursos para manejar todo adecuadamente”.⁴ En consecuencia, la población está perdiendo la confianza en el sistema de justicia penal y sus operadores. Comentarios críticos por los medios de comunicación aumentan la desconfianza⁵ y, por lo menos en Alemania, cada informe sobre otro caso de violencia juvenil es seguido por una discusión sobre el sistema penal sobrecargado y la demanda de procesos todavía más cortos y rápidos. Ante esta situación es generalmente reconocido que ningún sistema de justicia penal puede funcionar sin mecanismos de abreviación, negociación y selección.⁶

Los mecanismos de selección pueden operar en diferentes etapas del proceso pero la más importante es ciertamente la fase de investigación o instrucción, pues en ella, en sistemas como el alemán o el colombiano, la fiscalía como “dueña” de esta fase puede decidir, con base en el principio de oportunidad, cuáles son los casos que van a ser llevados a acusación y cuáles van a ser archivados.

La necesidad de desarrollar y aplicar criterios y mecanismos de selección es aún más importante en procesos de paz o de transición donde el sistema penal está llamado a resolver casos criminales que en términos cuantitativos y cualitativos, por la naturaleza de los hechos y los responsables, muchas veces superan los problemas de un proceso penal “ordinario”. En este contexto, vale la pena repetir las recomen-

1 Catedrático de Derecho Penal, Procesal Penal, Penal Internacional y Derecho comparado de la Universidad de Göttingen, Alemania.

2 “*Die Mühlen der Justiz mahlen langsam, doch stetig*”. AMBOS, Kai (Trad.)

3 FEZER, Gerhard. *Inquisitionsprozess ohne Ende?*: Neue Zeitschrift für Strafrecht, 2010, pp. 177-178.

4 GOLDSTEIN, Abraham S. *Converging Criminal Justice Systems: Guilty Pleas and the Public Interest*, 31 Israel Law Review, 1997, p. 169: “simply too many offenses, too many offenders, and too few resources to deal with them all”. AMBOS, Kai (Trad.)

5 Véase por ejemplo. “*Mühlen der Justiz sollen schneller mahlen*” [“*Máquina de justicia debe trabajar mas rápida*”], *BADISCHE ZEITUNG*, 16 de abril de 2010. Disponible en <http://www.badische-zeitung.de/nachrichten/deutschland/muehlen-der-justiz-sollen-schneller-mahlen--29424150.html>

6 Véase entre muchos. JEHL, Jörg-Martin y WADE Marianne (eds.). *Coping With Overloaded Criminal Justice Systems*, Springer, Berlin and Heidelberg, 2006.

daciones que ya formulamos en otro lugar con respecto al procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005):

“Ante la gran cantidad de víctimas, hechos denunciados y casos tratados en los procesos de Justicia y Paz, resulta de primordial importancia empezar a diseñar una estrategia global de investigación. Actualmente, los procesos que se adelantan son de carácter fraccionado y aislado y, a pesar de los altos índices de hechos delictivos, no reflejan adecuadamente el fenómeno de la macrocriminalidad y sistematicidad. Además y más grave todavía, no parece factible que con el modo de trabajo actual se puedan terminar los procesos ya iniciados y mucho menos los todavía pendientes dentro de un tiempo razonable.

La elaboración de una estrategia global de investigación puede recurrir a *experiencias extranjeras* (por ej. de Alemania, Argentina, Chile, Perú) e *internacionales* (Tribunales Ad Hoc de Naciones Unidas, Tribunales mixtos, CPI) en la investigación y persecución penal de crímenes internacionales. Estas experiencias deberían ser transmitidas a los actores colombianos a través de foros (seminarios, conversatorios) o publicaciones (casebook sobre “selección e imputación de casos de macrocriminalidad”).

Relacionado con lo anterior sería recomendable implementar una estrategia de selección tanto de casos para imputar como de postulados. Un énfasis en casos emblemáticos y postulados con posiciones claves dentro de la estructura de los GAOML podría contribuir a la mejor visibilización de los *patrones de victimización*. Una investigación de la *macrocriminalidad* no se agota en la enumeración de los hechos delictivos cometidos por miembros de un GAOML, sino debe estar orientada también en la revelación de los *motivos y razones* que dieron lugar a los crímenes y los nexos entre estos. ... Solamente de esta manera se puede visibilizar la comisión de hechos aparentemente aislados como expresiones de un fenómeno de macrocriminalidad con todas sus complejidades en un contexto más amplio. De igual manera, el análisis de los daños colectivamente causados por parte de un GAOML solamente se deja explicar en el marco de una investigación que abarque *casos representativos* característicos de la violencia sistemática y generalizada. Sería recomendable delegar la competencia de decidir sobre la postulación colectiva de desmovilizados a las autoridades judiciales encargadas de la investigación.”⁷

El presente libro recoge una de las recomendaciones hechas en el estudio citado o sea la de preparar un casebook sobre “selección e imputación de casos de macrocriminalidad”. Se presentan experiencias tanto internacionales (Tribunales Internacionales, *infra* II.) como nacionales (Argentina, Guatemala, Países Bajos; *infra* III.) y se las compara con la colombiana (*infra* IV.). Estas experiencias proporcionan varios **criterios** de tipo objetivo/subjetivo y jurídico/político que en su totalidad constituyen la **base de una estrategia global**, en el sentido antes mencio-

7 AMBOS Kai con HUBER, Florian; GONZÁLEZ-FUENTE, Rodrigo; ZULUAGA, John. *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho penal internacional*, Bogotá: GTZ-ProFis y Temis, 2010, p. 213 ss. (par. 413-415) (énfasis en original).

nado, que son en parte **interrelacionados** y pueden operar como un umbral (o sea como criterios de **selección**) o un mecanismo de clasificación de casos (o sea como criterios de asignación de **prioridad**):

Gravedad del hecho en cuanto al crimen cometido (criterio objetivo) y en cuanto al estatus y grado de responsabilidad del sospechoso (criterio subjetivo).

Representatividad del hecho con miras a la identificación de los patrones de violencia, el grado de victimización, el efecto para una posible disuasión y reconciliación y, no por último, la obtención de la verdad (en este contexto juega también un papel el valor técnico e ilustrativo del caso).

Representatividad del sospechoso con miras a su estatus en la fuerza militar o en el grupo responsable de los hechos colectivos y su rol en estos hechos.

Interés público en la investigación/persecución del hecho (puede ser relacionado con el criterio anterior).

Viabilidad de la persecución (refiriéndose a sub-criterios como la persecución de hechos globales, es decir, varios hechos interrelacionados temporal-, territorial-, material- o personalmente,⁸ la situación probatoria, la disponibilidad del sospechoso, etc.).

Capacidad investigativa del órgano de persecución competente (esto puede variar según la zona/región del país).

8 Sobre el tema relacionado de las "imputaciones" parciales véase AMBOS et al., supra nota 6, pp. XX (párr. 18), 214-215 (para. 416 s.).

El trabajo de Morten Bergsmo y María Paula Saffon (*Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales centrales?*) ofrece un análisis profundo del establecimiento y uso de criterios para seleccionar y asignar prioridad a casos relativos a **crímenes internacionales** centrales. Los autores describen en detalle y analizan algunas de las experiencias más importantes de jurisdicciones nacionales e internacionales que se ocupan de crímenes internacionales centrales en las cuales han sido usados explícitamente criterios para la selección y asignación de prioridad de casos. Primero tratan el caso de Bosnia y Herzegovina (ByH) que constituye la experiencia seminal en la discusión de criterios, en su formulación e implementación a nivel nacional. En este caso analizan tres documentos sobre la materia (“Criterios de Orientación”, “Anexo A de la Estrategia de Crímenes de Guerra” y “Directrices de Persecución sobre Presentación de Cargos”) producidos por los representantes más importantes del sistema jurídico del país, que han demostrado que la formulación de criterios es un proceso difícil y problemático. Por un lado, destacan el trabajo hecho en Bosnia y Herzegovina en el establecimiento y formalización de una amplia gama de criterios, así como su contribución para lograr en este ámbito una administración de justicia más imparcial y transparente. Por otro, resaltan que, el último de los documentos estudiados, a diferencia de los dos primeros, fue confeccionado en el ámbito de la Fiscalía de ByH sobre la base de la preocupación por mantenerse inmune e independiente a posibles influencias externas con respeto a la forma en que deben seleccionarse y priorizarse los casos. Sobre dichos presupuestos, el documento proporciona directrices para la presentación de cargos por la Fiscalía (*vrg.*: “test del interés público en casos de crímenes de guerra”), así como criterios para determinar cuál de los casos debe perseguirse en primer lugar (*vgr.*: (i) gravedad; (ii) interés público; (iii) viabilidad y (iv) capacidad).

Luego, los autores analizan las experiencias del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) y la Corte Penal Internacional (CPI) como dos ejemplos de tribunales internacionales que han hecho contribuciones importantes a la discusión sobre formulación e implementación de criterios de selección y/o asignación de prioridad. El caso del TPIY ejemplifica los riesgos de desarrollar criterios en el curso de la práctica del tribunal, pues ni el Estatuto del Tribunal ni sus Reglas de Procedimiento y Prueba contienen referencia alguna a la selección de casos o a criterios de asignación de prioridad. Sin embargo, la Fiscalía del TPIY ha formulado una lista de criterios bastante rica en contenido, aunque aún incompleta, y que a pesar de tener en cuenta muchos intereses importantes para la selección y asignación de prioridad de casos de crímenes internacionales centrales, no dio lugar a una práctica de selección adecuada y consistente. En el documento se destaca la inclusión de cua-

tro factores no jurídicos a tener en cuenta en el marco de la formulación de criterios, basados en consideraciones generales (“otras consideraciones”) referidos al caso y su contexto, los cuales no habían sido expresamente tratados por ninguno de los documentos de ByH (*vgr.*: “la medida en que una investigación exitosa del caso podría favorecer los objetivos estratégicos”). Estos factores son indicadores esenciales de cómo es administrada racionalmente y en términos de costo-eficacia una oficina de investigación/persecución encargada de crímenes centrales. En este punto los autores piensan en términos macro, es decir, no sólo en hacer justicia en el caso en particular, sino en perseguir y juzgar casos como parte de una estrategia general, y a partir de allí proponen como necesario contar con un plan de investigación antes de tomar la decisión de llevar a cabo una investigación que debería explicar cómo se espera que el caso encaje en la estrategia (como ejemplo de ello, en la nota al pie 129 del trabajo, los autores mencionan el Proyecto de Regulaciones de la Fiscalía ante la CPI preparado en 2002-3, que contiene una exigencia estricta para el desarrollo de planes de investigación). En este contexto, destacan, sobre todo en términos de ahorro de recursos, la importancia de establecer como uno de los objetivos clave la identificación de patrones de crímenes y, por consiguiente, que la selección de casos se haga, entre otras cosas, con base en su potencial para promover tal identificación. La práctica de selección de casos del TPIY es utilizada por los autores para demostrar el riesgo de comenzar a seleccionar casos sin criterios claros y adecuados e intentar introducirlos luego, de esta forma recurren a esta experiencia para reforzar su conclusión al final del trabajo respecto a la necesidad de optimizar y racionalizar la formulación y el empleo de criterios.

El caso de la CPI, por el contrario, muestra las potencialidades de prever criterios anticipadamente y así poder desarrollarlos minuciosamente en la práctica. Es decir, en el ámbito de la CPI, a diferencia de las experiencias previas de tribunales penales internacionales, y especialmente del TPIY, la necesidad de formular criterios fue reconocida desde su creación, y en consecuencia, se dio una base estatutaria a criterios fundamentales y su aplicación fue sometida a control judicial (ver como ejemplo el art. 53 ECPI y posteriormente la interpretación del ECPI por la OF-CPI, citada en nota al pie 163 del trabajo). El proceso de selección previsto en el Estatuto incorpora en la tercera de sus cuatro etapas un criterio completamente nuevo para seleccionar las situaciones a investigar y los casos a perseguir que consiste en indagar si la investigación redundará en el “interés de la justicia”. Este criterio, debido a la naturaleza imprecisa de los factores que obliga a tener en cuenta para su consideración, puede dar lugar a interpretaciones arbitrarias y subjetivas. Por ello, los autores proponen que en principio este criterio no debería impedir la decisión de iniciar o abrir una investigación, sólo debería hacerlo cuando condiciones claramente excepcionales muestren que la decisión iría contra los fines reconocidos en el art. 53 (1) (c) y (2) (c) ECPI. Por otra parte, los autores resaltan que, a diferencia de la mayoría de los documentos sobre criterios estudiados en el trabajo, ni el ECPI ni

los documentos sobre políticas de la OF-CPI incluyen el rol y estatus de los autores como parte del criterio de gravedad en el proceso de selección.

Después de estudiar los criterios propuestos y empleados por estas jurisdicciones, los autores concluyen en que parece haber dos pilares principales y dos pilares menores en el centro del debate actual sobre criterios para seleccionar y asignar prioridad a casos de crímenes internacionales centrales. Dentro del primer grupo ubican los criterios de (a) gravedad y (b) representatividad, dentro del segundo: (c) consideraciones políticas y (d) consideraciones prácticas. En el pilar de la *gravedad* han sido incluidos criterios como la gravedad de los crímenes (aunque discrepan en los factores, todas las jurisdicciones lo han reconocido) y el grado de responsabilidad del sospechoso (con respecto a este criterio los autores reconocen que los diferentes estándares propuestos pueden parecer algo confusos). El segundo pilar de los criterios, referido como *representatividad*, consiste en que la persecución refleje el grado de victimización causada por los crímenes y resulta especialmente importante porque al estar apuntalado por preocupaciones basadas en los intereses de las víctimas, repercute sobre la capacidad de las persecuciones de crímenes internacionales centrales para contribuir a la reconciliación y a la disuasión, así como a la obtención de la verdad. Los autores ven en el equilibrio de esta aproximación un fundamento para asegurar la confianza en el sistema penal (internacional). El pilar menor de criterios consiste en consideraciones de tipo *políticas* y, aunque han sido reconocidas por la mayoría de las jurisdicciones analizadas en el trabajo, debido a que constituyen una noción poco precisa, los autores consideran que debería ser utilizada de manera cautelosa, tratando de explicar qué criterios específicos apoyan la categorización en cada caso. Con respecto a las consideraciones prácticas para los autores es dudoso que deba ser incluido como un criterio para seleccionar y priorizar casos, pero, en todo caso, si lo son, deberían ser formalizados y divulgados públicamente, de modo que se evite una interpretación arbitraria destinada a impedir la aplicabilidad de otros criterios.

A lo largo del trabajo, los autores resaltan la necesidad de establecer criterios para poder hacer racional y controlable la decisión de qué casos perseguir y cuáles perseguir primero, y la conveniencia de que estos criterios sean establecidos con anterioridad al inicio de las investigaciones y persecuciones. Para los autores, la formulación de los criterios debe ir acompañada de pautas que determinen si esos criterios operan como un umbral (y, por consiguiente, como criterios de selección) o como un mecanismo de clasificación de casos (y, por consiguiente, como criterios de asignación de prioridad), y de una jerarquía establecida entre los criterios en cuestión que pudiera hacer posible esa clasificación. Se propone, en definitiva, llevar a cabo la tarea de selección y priorización de casos de manera estratégica utilizando como punto de partida criterios claros y adecuados.

En el otro trabajo internacional Chile Eboe-Osuji analiza la “Persecución de la **violencia sexual contra mujeres**” con referencia al caso colombiano. El trabajo

comienza con una descripción de la situación de extrema crueldad que ha vivido la mujer en el conflicto colombiano y explica por qué esos actos deben ser el centro de atención por la justicia transicional. Procede a indicar que el criterio para planificar la persecución penal por parte de los Tribunales Penales Internacionales, comenzando desde las Salas Especiales del Tribunal de Camboya (SETC), se orienta a quienes tienen la mayor responsabilidad o son los más responsables. Tal criterio supone seleccionar así mismo los delitos a perseguir que serían genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. La violencia sexual contra mujeres puede hacer parte de los delitos antes mencionados caso en el cual estará dentro del programa de persecución pos-conflicto. Sin embargo, es también posible que esa violencia sexual no esté nítidamente conexa con esos delitos por lo que no sería objeto de ese programa de persecución. Este riesgo se aumenta con la teoría “bajo la apariencia del conflicto” de la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para Ruanda según la cual se requiere un nexo directo o positivo con el conflicto; este nexo se da normalmente en caso de asesinato pero no así en relación con la violencia sexual contra mujeres. Frente a esa situación la autora, apelando a la política de tolerancia cero frente a la violencia sexual contra mujeres, plantea la necesidad de aceptarse la teoría circunstancial o indirecta del nexo con el conflicto y así la agresión sexual sea comprendida dentro de los planes de persecución penal.

La autora considera como aceptable la postura de los Tribunales Penales Internacionales frente a la ausencia de un consentimiento en crímenes sexuales en conflictos armados por la situación generalizada de violencia que sufren las víctimas. Con tal postura se evitaría, según la autora, una doble victimización. Como conclusión la autora enfatiza la necesidad de colocar la violencia sexual llevada a cabo en el conflicto colombiano en el centro de la persecución penal, tengan estos actos o bien una conexión directa con el conflicto o un nexo circunstancial con el mismo.

En el primer trabajo, desde una **perspectiva nacional**, Pablo F. Parenti e Iván Polaco, exponen los criterios de selectividad de casos que fueron y son utilizados por la justicia **argentina** en la persecución de los crímenes cometidos por los gobiernos dictatoriales durante la década de los años setenta del siglo pasado. La titularidad de la acción penal para investigar los delitos se halla en cabeza del Ministerio Público Fiscal, ente sobre el cual, antes de la reforma constitucional de 1994, el poder ejecutivo tenía gran injerencia. La cabeza del ya mencionado organismo es el Procurador General de la Nación, por lo tanto es lógico que sea éste quien señale pautas generales, pero hay una serie de limitantes: primero, la obligación de investigar todos los delitos de los cuales se tenga noticia, cuyo incumplimiento es sancionable penalmente; y segundo, las amplias facultades de dirección del proceso con que cuentan los jueces argentinos, lo que conduce a que ellos tengan gran injerencia en la operatividad de los criterios de selección de casos, tales como: determinar cuándo se llama una persona a indagatoria, cuándo el caso pasa a juicio oral, cuándo y sobre qué hechos e imputados se inicia el juicio, la concreción de los hechos a imputar y su calificación jurídica.

Luego de esta introducción se comienza con el estudio de la primera fase histórica de persecución penal, en la cual, de cara a los criterios de selección de casos, tuvo una influencia determinante el poder ejecutivo, dirigido por el entonces presidente Raúl Alfonsín. Los criterios de selección que se plantearon en esa fase fueron: uno de carácter subjetivo, el cual consistía en concentrar la persecución tanto en quienes diseñaron el modelo de terrorismo estatal, es decir, quienes tenían control y mando, como en quienes ejecutaron delitos diferentes a los establecidos centralmente por ese modelo de terrorismo estatal (secuestro, tortura y desaparición de opositores políticos), excluyendo aquellos que se limitaron a concretar el plan fijado por los altos mandos militares. Otros dos de carácter objetivo: por un lado, la competencia para investigar y juzgar se dejó en manos de los tribunales militares, con una segunda instancia en los tribunales ordinarios; este criterio fue incorporado a través de una reforma procesal a cargo del parlamento que facultó a las cámaras federales (de la justicia civil) para asumir el conocimiento de aquellos procesos en los cuales se notara negligencia o demora en su tramitación ante los tribunales militares. La intervención de la justicia militar influyó sin dudas en la cantidad y clase de casos que llegaron a la instancia judicial en tiempos razonables. Por otro lado, el referente al tiempo para tramitar los procesos; se pretendió que éstos se terminaran en un corto plazo, lo que condujo a que se dictará la ley de punto final, en la que se establecía la extinción de la acción penal con relación a aquellos procesos en los que, dentro de un lapso de 60 días contados a partir de la entrada en vigencia de la ley antes aludida, no se hubiera llamado a indagatoria, salvo que la persona estuviera prófuga.

Como muestra de la operatividad de algunos de los criterios de selección que caracterizaron esta primera etapa de juzgamiento, el artículo analiza el juicio a las juntas militares de los años setenta, en el cual los fiscales procedieron a seleccionar, de entre más de 9.000 denuncias, 700 casos caracterizados por: (i) muchas pruebas, (ii) involucramiento de los diferentes estamentos de la fuerza militar y (iii) representación de todas las épocas de la dictadura y todo el país. Con este criterio operativo se culminó en poco tiempo el proceso contra las juntas militares, lográndose la condena a cadena perpetua de, entre otros, el comandante en jefe de las fuerzas armadas Jorge Rafael Videla.

Luego, el escrito alude a la segunda fase de reactivación de la persecución de los crímenes perpetrados durante la dictadura argentina. La primera parte de esta fase se caracterizó por la ausencia de criterios uniformes explícitos para encarar la persecución penal en los distintos puntos del país, por lo que se puede decir que hizo falta una política que orientara y organizara el proceso, a partir de un criterio racional de selección de casos. Durante esta fase la Procuración General de la Nación creó la “Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado”. Por medio de distintas vías de intervención –formales e informales– en el proceso de juzgamiento, esta Unidad se dedica al impulso de los juicios guiada, básicamente, por dos criterios: (i) un tratamiento en conjunto de los hechos que tengan alguna conexión, (ii) un procesamiento conjunto de la mayor cantidad de autores y partícipes contra los que haya pruebas, con la mayor celeridad posible.

El artículo concluye indicando que, no obstante coexistir aún en la actualidad criterios disímiles de actuación en las diferentes autoridades judiciales y distintos niveles de progreso en todo el país, de modo general se viene observado una consolidación del proceso de juzgamiento en el que la entidad, extensión, funcionamiento e identidad del terrorismo de Estado comienza a verse mejor captado por el sistema de justicia.

En cuanto a la situación en **Guatemala**, Carlos Castresana Fernández, Renata Delgado-Schek, María José Ortiz y Thomas Pastor hacen primero una presentación sobre el status jurídico de la Comisión Internacional contra la Impunidad. Luego proceden a señalar los criterios de selección de casos, por ellos llamados criterios de admisibilidad, a ser tenidos en cuenta por la Comisión. Tales criterios son tres: uno objetivo, que mira a la naturaleza de los hechos a investigar, otro subjetivo, que atiende a la calidad de los sujetos que ejecutan esos hechos y un tercer grupo de criterios denominado “criterios complementarios”, que buscan, mediante pautas de índole fáctica, política y social, apoyar los dos primeros criterios. Posteriormente, exponen dos criterios de ponderación del caso que miran el valor técnico e ilustrativo del caso. Luego los autores ilustran cómo ha sido la implementación de los antes aludidos criterios en el desarrollo de las tareas asignadas a la comisión internacional.

Dada la posibilidad que tiene la comisión de intervenir como querellante

adhesivo en los procesos penales guatemaltecos, ésta ha establecido una serie de niveles para determinar el grado de participación que va desde el acompañamiento del fiscal hasta la intervención directa en el proceso. En conclusión, los autores indican que el éxito de una iniciativa internacional de persecución penal depende tanto de los criterios de selección de casos como de la voluntad política del Estado donde se realiza esa actividad.

Una perspectiva europea la ofrece Ruth A. Kok con su trabajo “Criterios para la priorización y selección de casos de crímenes internacionales centrales: la situación en los **Países Bajos**”. Ella plantea en un principio que los crímenes internacionales centrales (genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra) que investigan y juzgan los Países Bajos se pueden dividir: en aquellos cuyos sospechosos se hallan en territorio nacional y en aquellos cuyos supuestos autores han solicitado refugio a los Países Bajos y se les ha negado; estos últimos se suelen conocer como “*los archivos del 1F*” (según la norma respectiva de la Convención de Refugiados que prohíbe el estatus de refugiado a supuestos criminales internacionales). La competencia para adelantar investigaciones está radicada en cabeza de la Unidad de Investigación Nacional de Crímenes de Guerra así como la Unidad de crímenes internacionales del Servicio Nacional de Investigaciones Penales (que pertenece a la Fiscalía Nacional con sede en Rotterdam) y el juzgamiento se halla asignado a la Corte Distrital de La Haya y la Corte de Apelación de La Haya. Lo anterior con base en la Ley de 1947, la Ley aprobatoria de la Convención contra el Genocidio de 1948 y actualmente por la Ley de Crímenes Internacionales de 2003.

Las políticas que orientan la persecución penal son: el principio de discrecionalidad judicial según el cual es la Fiscalía Nacional la que determina si adelanta o no un proceso penal (art. 167 del Código de Procedimiento holandés), y el de complementariedad, que alude a la adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, entre otras cosas, para cumplir con las obligaciones en él establecidas y por último el principio del “*aut dedere aut judicare*”, por el que se obligan a perseguir los delitos internacionales si no lo hiciera ningún Estado. A continuación y luego de enunciar una serie de divisiones, atinentes éstas, por un lado, a las investigaciones relativas o no al artículo 1F de la convención de refugiados y por otro, a los delitos que han sido o no denunciados o que habiéndolo sido ocurrieron antes de la ley de Crímenes Internacionales de 2003, procede a enumerar los criterios de investigación (selección de casos) frente a los crímenes internacionales. Frente a los delitos denunciados la Fiscalía determina si aplica o no las pautas contenidas en lo que se llama *Directorio sobre la tramitación de las reclamaciones* relativas a los delitos contenidos en la Ley de crímenes internacionales, y en relación con los que no han denunciados o han acaecido antes la vigencia de la dicha Ley, la Fiscalía establece si aplica las reglas comunes para su investigación y juzgamiento. Así entonces, el llamado *Directorio* es un punto de referencia y establece las siguientes pautas, criterios de investigación, que debe tener en cuenta la Fiscalía Nacional para determinar si va

a iniciar una investigación penal: (i) jurisdicción (competencia) de los Países Bajos para realizar esa investigación; (ii) si el sospechoso goza de inmunidad penal; (iii) si la información con la cual cuenta la fiscalía es suficiente para establecer que se trata de un “caso razonable”, y (iv) si existe una perspectiva suficiente y realista de éxito en la investigación en un plazo razonable. Este último criterio de selección supone preguntarse sobre la posibilidad de recaudar prueba suficiente (disposición de testigos) y si se contará con la ayuda de otros estados para cumplir con las solicitudes de ayuda judicial.

A renglón seguido, el escrito establece los criterios frente a los “*archivos del 1F*”. La Fiscalía para establecer si inicia proceso penal contra una persona que ha solicitado refugio pero se le ha negado debe adelantar una investigación que se centrará en los siguientes criterios: (i) ponderación de la información con la que se cuenta inicialmente para establecer si hay testigos, y dónde residen; (ii) el caso versa o no sobre un crimen internacional central; (iii) ponderación de las pruebas de las decisiones de los tribunales internacionales u otras instancias interesadas en el conflicto; (iv) jurisdicción de los Países Bajos; (v) vigencia de los tratados de extradición, entrega o asistencia jurídica; (vi) existencia o no de inmunidades; (vii) seguridad para investigar en los países involucrados; (viii) disponibilidad de intérpretes y traductores; (ix) independencia de las autoridades de los países involucrados; (x) garantías de seguridad de los testigos y del derecho de defensa; (xi) nacionalidad del interesado y si se halla en los Países Bajos; (xii) verificación de si el sospechoso sigue cometiendo crímenes y (xiii) verificación de si el sospechoso puede ser expulsado. Con base en la indagación de los elementos expuestos anteriormente se establece qué casos pueden o no fracasar y cuáles o bien deben ser llevados a juicio ante la justicia nacional o, alternativamente, buscar que el sospechoso sea juzgado en otro lugar.

Finaliza el artículo indicando que de los ocho casos llevados a cabo hasta ahora cinco han terminado en condena, dos en absolución y uno se halla en la Corte Suprema. Se espera, que aumenten los casos con la reforma a la Ley de Crímenes Internacionales, actualmente en trámite legislativo.

IV

En cuanto a la situación en **Colombia**, el trabajo “Selección y priorización de casos como estrategia de investigación y persecución penal en la justicia transicional en Colombia” analiza como la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz ha enfrentado desafíos por las conductas punibles a investigar y sus autores. Para lo cual, tanto la jurisprudencia como las directrices de la Unidad han brindado criterios para afrontar esos problemas. Antes de comenzar a enunciar los criterios que ha tratado de implementar la Unidad, de un lado, se hace una corta reseña sobre los antecedentes históricos que culminarían en lo que se llama “*Proceso Especial de Justicia y Paz*” y de otro, se procede a enunciar los criterios de selección de casos implementados internacionalmente, que serían un *criterio subjetivo*, el cual mira tanto a los autores como a las víctimas, otro objetivo que alude a los delitos que deben ser investigados y por último un criterio de complementariedad, el cual comprende los criterios de: (i) *factibilidad*, que supone la ponderación de la información con que se cuenta sobre un delito y la posibilidad de encontrar aquella que falta; (ii) *necesidad*, que mira a la capacidad del Estado para poder obtener una condena; (iii) *viabilidad*, el cual atiende al poder económico con el que se cuenta para desarrollar la investigación y obtener una condena; (iv) *impacto* social y político, el cual indica que se deben adelantar aquellas investigaciones que generen mayor impacto social y por último (v) el de *riqueza didáctica*, esto es, que el caso seleccionado debe producir un impacto en la investigación, persecución y jurisprudencia.

Luego de lo anterior, se comienza a señalar los criterios de selección de casos y es así como se indica que los memorandos y circulares de la Unidad de Justicia y Paz han acudido a criterios objetivos al expresar una lista no cerrada de pautas para priorizar los delitos a investigar (Memorando No. 008, Mayo 22 de 2006) que serían en primer lugar, los delitos graves (delitos de guerra), para luego pasar a otros como utilización ilegal de insignias. Ahora bien, esta jerarquización no significa que se ha de omitir la investigación de todos los delitos sino que se priorizan los delitos graves. Este criterio se ve plasmado así mismo en el Memorando número 73 de Octubre 7 de 2008.

Pero al lado del criterio objetivo hay otros criterios como: el (ya mencionado) subjetivo, el cual alude a los autores de los hechos y a las víctimas de ciertos delitos, y el de complementariedad que se reflejaría, por ejemplo, al disponerse que las confesiones, en las versiones libres, deben aludir a hechos graves conforme tanto al delito cometido como a localidad de la víctima y que sean de conocimiento de entes internacionales (Memorando No. 48 de 10 de julio de 2009).

Pasa el artículo a referirse a las tres condenas que se han proferido en el desarrollo del proceso de justicia y paz, de las cuales, una ha sido declarada nula por la Corte Suprema de Justicia y dos se hallan en apelación ante este ente judicial. El

artículo afirma que pareciera ser que dichas condenas no reflejan los criterios de selección de casos pero que realmente ello no es así puesto que, de un lado, el criterio objetivo establecido por la Unidad, es un listado abierto y de otro, se han emitido condenas por hechos que hacen parte de la priorización de casos, sin embargo se reconoce que aquella priorización no ha sido totalmente eficaz.

Por último, el trabajo menciona que las condenas hacen relación, de un lado, a hechos con víctimas con relevancia social y de otro lado, a delitos que tienen un impacto internacional dado que serían de aquellos que se hallan definidos en el Estatuto de Roma.

Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales centrales?

MORTEN BERGSMO Y MARÍA PAULA SAFFON¹

I. Introducción:

La importancia de selección de casos y criterios de asignación de prioridad.

En las últimas décadas del siglo XX se consolidó la obligación de los Estados de investigar y perseguir a los autores de graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, especialmente en lo que respecta a los crímenes internacionales centrales, esto es, el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra.² Esta consolidación es el resultado de una serie de tratados internacionales que condenan la comisión de esos crímenes y establecen procedimientos específicos para la lucha eficaz contra la impunidad,³ del desarrollo

Traducción del Prof. Dr. EZEQUIEL MALARINO y de NOELIA NÚÑEZ (candidata a Doctor, UBA). Para las citas de las disposiciones del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se utilizó la versión oficial española.

1 Morten Bergsmo es profesor visitante de derecho (Universidad de Georgetown); profesor visitante (Universidad de Stanford); investigador (Facultad de Derecho, Universidad de Oslo); y asesor de la Corte Penal Internacional y coordinador del Proyecto Instrumentos Jurídicos de la CPI. Fue becario invitado de la UC Berkeley (primavera de 2010); investigador superior, PRIO (2006-09); asesor especial de la Oficina del Director de Persecución Pública de Noruega (2007-08); asesor jurídico superior y jefe de la Sección de Asesoría Jurídica, de la Fiscalía de la CPI (2002-05); coordinador para el establecimiento de la Fiscalía de la CPI (2002-03); asesor jurídico del TPIY (1994-2002); y asesor jurídico de la Comisión de Expertos de las Naciones Unidas para la antigua Yugoslavia establecida de acuerdo con la resolución Nro. 780(1992) del Consejo de Seguridad (1993-94). Fundó y dirige la plataforma de capacitación *Case Matrix Network* y el *Forum for International Criminal and Humanitarian Law*.

María Paula Saffon es candidata al doctorado en ciencia política de la Universidad de Columbia. Es abogada (*Magna Cum Laude*) de la Universidad de Los Andes (Bogotá, Colombia), y tiene una maestría en derecho de la misma institución. Es investigadora asociada del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad de Colombia (DeJusticia).

2 Utilizamos el concepto de “crímenes internacionales centrales” para referirnos al genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, ya que creemos que estos son los crímenes con respecto a los cuales el deber de los Estados de investigar, perseguir y castigar ha quedado más claramente establecido, debido a su gravedad y a su consecuente consagración en tratados especiales destinados a prevenirlos y sancionarlos. Nótese que el término “internacional” utilizado en ese concepto se refiere a la prohibición de crímenes internacionales centrales por el derecho internacional, pero no limita su investigación, persecución y castigo a las jurisdicciones internacionales, debido a la aplicabilidad del derecho internacional en las jurisdicciones nacionales y el deber de los Estados de establecer mecanismos para garantizar la eficacia del deber de investigar, perseguir y castigar, según lo establecido en las disposiciones referidas en la nota siguiente.

3 Cfr. la Convención para la Sanción y Prevención del Delito de Genocidio, adoptada por la resolución 260 (III) A de la Asamblea General de Naciones Unidas en 1948, que establece que los Estados se comprometen a prevenir y sancionar el genocidio (art. 1), a adoptar sanciones efectivas para los autores de actos de genocidio (art. 5), y a conceder la extradición de los sospechosos de genocidio (art. 7), la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, aprobada por la resolución 2391 (XXIII) de la Asamblea General de Naciones Unidas en 1968, que prohíbe la aplicación de la prescripción a cualquiera de estos crímenes (art. 1), y establece que estas limitaciones deberían ser abolidas (art. 4) y que los Estados deberían posibilitar la extradición respecto a estos crímenes (art. 3); y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes, adoptada por

del *soft law* y los precedentes judiciales en la materia⁴ y sobre todo de la creación de tribunales especiales para juzgar esa clase de crímenes, en particular, cuando se cometen en situaciones de guerra.⁵ Estos avances en el derecho internacional han comenzado a reemplazar a las amnistías y a los indultos legales por procesos penales internacionales, híbridos o nacionales como el mecanismo principal para hacer frente a las atrocidades masivas cometidas en conflictos armados o en regímenes autoritarios.

La existencia de un claro y cada vez más exigible deber de investigar y perseguir a los autores de crímenes internacionales centrales constituye un logro significativo en la búsqueda de responsabilidad y en la prevención de futuras atrocidades, en el entendimiento de que el castigo penal proporcional y eficaz podría disuadir la comisión de esos delitos. Es un logro particularmente notable debido a que la sustitución de la impunidad por la responsabilidad penal en situaciones pos-conflicto o pos-autoritarias ha surgido principalmente de la voluntad política de los Estados. Sin embargo, este logro ha traído consigo nuevos desafíos para las instituciones encargadas de cumplir el objetivo no desdeñable de dar respuesta a las atrocidades pasadas a través de la justicia penal, que parece particularmente ambicioso cuando se enfrenta a un legado de atrocidades en masa.

la resolución 39/46 de la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984, que establece el deber de los Estados de castigar estos delitos con penas adecuadas (art. 4) y prevé mecanismos para garantizar su eficacia, tales como la jurisdicción universal (art. 5) y la extradición (art. 8).

⁴ Los documentos de *soft law* han jugado un rol muy importante en la consolidación del deber de los Estados de perseguir y castigar, estableciendo una serie de principios en la lucha contra la impunidad y los derechos de las víctimas de las atrocidades masivas a la justicia, la verdad, la reparación y la garantía de no-repetición, muchos de los cuales han sido adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas y utilizados por los tribunales para la interpretación de los tratados de derechos humanos. Los documentos más importantes en la materia son: L. Joinet, 1997: Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, 49º período de sesiones, Question of the impunity of perpetrators of human rights violations (civil and political). Revised final report prepared by Mr. L. Joinet pursuant to Sub-Commission decision 1996/119, Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev. 1; D. Orentlicher, 2004, Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, 60º período de sesiones, Independent Study on best Practices, including Recommendations, to assist States in Strengthening their Domestic Capacity to combat all Aspects of Impunity, Doc. E/CN.4 / 2004/88, y T. van Boven y M.C. Bassiouni, 2004, Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, 60º período de sesiones, Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, Doc. E/CN.4/2004/57. Por otro lado, las decisiones judiciales de los tribunales de derechos humanos también han promovido la idea de que los Estados deben perseguir y castigar graves violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario. El caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es particularmente ilustrativo de este punto, ya que la Corte ha condenado expresamente las leyes que establecen amnistías para los autores de tales violaciones, sobre la base de que ellas infringen la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en particular, los derechos de las víctimas a la justicia y verdad. En este punto, véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barrios Altos, sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C N° 75.

⁵ Los pioneros fueron los Tribunales de Núremberg y Tokio que juzgaron a algunos de los máximos responsables de las atrocidades cometidas durante la segunda guerra mundial. Después, durante la Guerra Fría tuvo lugar un largo período de letargo con respecto a la responsabilidad internacional por graves violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario. Desde principios de la década del noventa ha habido un auge de la justicia penal internacional, especialmente en relación con las situaciones pos-conflicto. El auge empezó con los tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda, establecidos por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Se ha seguido adelante con la creación de tribunales híbridos y nacionales en muchos otros contextos, como Sierra Leona, Timor Oriental, Camboya, Irak, Argentina y Colombia. Se alcanzó un punto culminante con la creación de la Corte Penal Internacional (CPI) como un tribunal internacional permanente para juzgar a los máximos responsables de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión (art. 5).

Los conflictos armados y regímenes opresivos tienden a generar una gran cantidad de crímenes internacionales centrales, que son cometidos a menudo por muchos autores. Perseguir y juzgar todos esos crímenes de manera adecuada y oportuna constituye una tarea abrumadora, incluso en contextos en los que hay un buen funcionamiento del sistema de justicia penal, por no mencionar la mayoría de los contextos en los que el poder judicial ha sido destruido o severamente debilitado por la guerra y/o el autoritarismo. En los contextos de transición, donde las jurisdicciones o los mecanismos son creados o habilitados específicamente para hacer frente a estos casos, es muy probable que las denuncias de crímenes internacionales centrales se propaguen hasta el punto de exceder la capacidad judicial. Estas jurisdicciones cargarán con una significativa acumulación de casos.

Una acumulación de casos de crímenes internacionales centrales implica la existencia de una fila de atrocidades pasadas a la espera de tener su día en la Corte. Pero muchas de esas atrocidades posiblemente nunca verán ese día, o sólo lo verán después de que hayan transcurrido años. Esta situación plantea al menos dos cuestiones fundamentales, que son complejas y delicadas.⁶ En primer lugar, ¿cómo elegir los casos que la jurisdicción en cuestión realmente perseguirá y juzgará? En segundo lugar, ¿cómo organizar y clasificar los casos seleccionados a fin de determinar el orden de prioridad en el que serán investigados y juzgados? La respuesta a estas preguntas implica necesariamente la existencia y el uso de criterios para la selección y asignación de prioridad de los casos relativos a crímenes internacionales centrales.

Sin embargo, debido a la carga de sus responsabilidades y a sus recursos limitados, a la necesidad ampliamente percibida de mostrar rápidos resultados, y a las presiones políticas que intervienen en los contextos en los que operan, las agencias de persecución podrían ser renuentes a reflexionar a fondo sobre esos criterios y a elegirlos de un modo justificado pública y estratégicamente. Como resultado, los casos de crímenes internacionales centrales pueden ser, y de hecho a menudo son, seleccionados y establecidos en un orden de prioridad, con base en criterios no intencionales, inadecuados o injustificados, que no garantizan -o incluso impiden- que los casos más importantes y apropiados sean investigados y vayan primero a juicio.

Por ejemplo, las agencias de persecución podrían aplicar la regla del orden de llegada [*first come first served*], que normalmente se aplica a las filas en general y a los casos judiciales en particular, pero que podría no ser lo más conveniente en un contexto de transición, ya que puede dar lugar a priorizar casos que no representen una contribución sustantiva mayor para los objetivos de la transición, o que simplemente no estén listos para su persecución. Por otra parte, las agencias de persecución podrían elegir conscientemente los casos con base en la facilidad de obtener

⁶ Como se verá más adelante, otros temas importantes que conlleva la acumulación de casos de crímenes internacionales centrales están relacionados con la cuestión de qué hacer con los casos no seleccionados. Sin embargo, estos problemas difieren cualitativamente de las preguntas formuladas aquí, ya que su respuesta no requiere necesariamente el uso de criterios, sino más bien la determinación de cuándo y en qué condiciones algunos de los crímenes internacionales centrales deben ser tratados a través de mecanismos diferentes de la justicia penal ordinaria, como comisiones de la verdad, reparaciones, o procesos de reconciliación.

pruebas para acusar a los sospechosos, lo que puede ser eficaz para producir resultados rápidos, pero perjudicial para el objetivo de investigar y juzgar los casos más importantes, ya que puede resultar en una mera selección de los casos fáciles [*“low hanging fruit”*].⁷ Por último, las agencias de persecución podrían elegir y priorizar los casos influenciados directa o indirectamente por presiones políticas ejercidas por otras instituciones o por interesados externos, sin prestar atención, por lo tanto, no sólo a la importancia e idoneidad de los casos, sino también y sobre todo a la independencia de la actividad de persecución.

Por el contrario, la adopción de criterios claros, adecuados y justificados públicamente para seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales centrales no sólo reduce sustancialmente el riesgo de esos efectos negativos, sino que también es crucial para garantizar el principio de igualdad ante la ley (y con él otros objetivos importantes de la transición), la coherencia, la eficacia y la independencia de la estrategia de persecución, y la legitimidad global del proceso penal.

El establecimiento de criterios para la selección y asignación de prioridad de casos de crímenes internacionales centrales es intrínsecamente importante como una cuestión de justicia distributiva, ya que requiere decidir la forma en que un beneficio escaso (rápido acceso a la justicia penal) debe ser repartido entre personas con reclamos similares (ser víctimas de un crimen internacional central) y, por lo tanto, determina si dicha decisión será respetuosa del principio de igualdad. Además, es un asunto particularmente delicado, en el sentido de que el tratamiento de esas denuncias por la judicatura es fundamental para el cumplimiento de varios de los objetivos esenciales buscados en una transición, tales como suprimir la impunidad, consolidar el estado de derecho, recuperar la confianza y garantizar la no repetición de las atrocidades.

De hecho, el uso de criterios inadecuados puede reducir la posibilidad de garantizar la asignación de responsabilidad por los crímenes considerados más importantes por las instituciones y la sociedad en general, ya sea en términos de su gravedad, autoría, carácter sistemático o masivo, entre otras cosas. Esto también puede obstaculizar el esclarecimiento de la verdad de esos crímenes, la facilitación de la reparación de sus víctimas, y la prevención de que ocurran de nuevo. Además, el uso de criterios inadecuados o injustificados puede traducirse en nuevas formas de discriminación y violaciones de derechos, que pueden socavar los objetivos de la transición consistentes en superar el pasado de violaciones de derechos humanos y establecer un nuevo orden social basado en la justicia y en la igualdad ciudadana, y puede incluso promover la renovación de la violencia mediante la regeneración de los sentimientos de injusticia y resentimiento contra las instituciones.

7 Para el uso de esta expresión por el antiguo Secretario del Departamento Especial sobre Crímenes de Guerra y el Departamento Especial sobre Crimen Organizado, Delitos Económicos y Corrupción de Bosnia y Herzegovina, véase la nota 22. [Nota de los traductores: el original utiliza la frase metafórica “low hanging fruit” que textualmente significa “fruta que cuelga debajo” y por ello que está al alcance de la mano y es fácil de obtener. Para hacer más comprensible el texto preferimos usar “casos fáciles”].

Por otra parte, los criterios para seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales centrales son relevantes para el desarrollo de una estrategia de persecución penal coherente, eficaz e independiente. De hecho, los criterios pueden operar como una guía importante para la acción de los fiscales particulares, mediante el establecimiento de una orientación general y de prioridades de la estrategia de persecución, que impidan así una selección y asignación de prioridad de casos aleatoria y arbitraria, e igualmente mejoren la calidad de las decisiones. Por otra parte, los criterios pueden contribuir sustancialmente a una asignación racional de los recursos limitados a disposición de las agencias de persecución, al asegurar que sólo los casos más idóneos para una temprana persecución –tanto en términos de la relevancia para los objetivos generales de la estrategia como de disponibilidad de las pruebas– s n tratados en primer lugar.⁸ Además, los criterios pueden ayudar a mantener la independencia de las agencias de persecución, limitando el impacto de las presiones políticas ejercidas por otras instituciones o grupos interesados en el proceso judicial con el fin de influir en el curso de las investigaciones.

Por último, los criterios de selección y asignación de prioridad son determinantes para la legitimidad de las agencias de persecución y, más en general, de todo el proceso penal que se ocupa de crímenes internacionales centrales. La forma en que se eligen los criterios y su contenido específico tiene un efecto significativo sobre la manera en que las víctimas, otros sectores sociales del contexto donde se llevaron a cabo las atrocidades y la comunidad internacional perciben el proceso penal y las instituciones encargadas de llevarlo a cabo. En efecto, la ausencia de criterios claros y públicamente justificados podría dar la impresión de que la selección y asignación de prioridad de casos se est  haciendo de una manera arbitraria, parcial o politizada y, por lo tanto, generar actitudes de desconfianza y desaprobación en contra del proceso judicial. Por el contrario, los criterios adoptados formalmente pueden ayudar a explicar las decisiones de selección y asignación de prioridad. Esto es útil para que la persecución se defienda contra las acusaciones de discriminación, y para que las víctimas y otros grupos interesados en el proceso supervisen esas decisiones y, finalmente, las cuestionen cuando no se ajusten a los criterios adoptados.

Aun cuando ayudan a cumplir objetivos generales comunes como los mencionados anteriormente, los criterios de selección y prioridad tienen diferentes propósitos concretos y, por lo tanto, funcionan de distintas maneras. Los criterios de selección sirven para determinar qué casos s n investigados y juzgados por una jurisdicción específica. Por lo tanto, inevitablemente implican la de-selección de ciertos casos.⁹ Además, los criterios de selección operan como un umbral por debajo

8 Véase: BERGSMO, Morten. “The theme of selection and prioritization criteria and why it is relevant”. En: BERGSMO, Morten (Ed.). *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*. Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2a. Ed., 2010; ANGERMAIER, Claudia. “Essential qualities of prioritization criteria: clarity and precision; public access; non-political and confidence generating formulations; equal and transparent application; and effective enforcement”. En: BERGSMO, Morten (Ed.). *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*. Op. cit.

9 Sin embargo, esto no significa necesariamente que tales casos no s n perseguidos ni juzgados. Los casos de-seleccio-

del cual los casos no serán tratados por la jurisdicción en cuestión.¹⁰ En efecto, estos criterios normalmente consisten en un catálogo de elementos importantes que deben tenerse en cuenta al decidir si se va a ejercitar la jurisdicción. Y normalmente se aplican como si fueran una lista de control, en el sentido de que cuando un caso cumple con todos o con un número determinado de ellos califica para ser investigado y juzgado.¹¹ Sin embargo, los criterios de selección no establecen per se cuál de los casos será tratado en primer lugar, dado que generalmente no establecen una jerarquía entre los casos, sino que los ubican en igualdad de condiciones una vez que han superado el umbral de selección.

Por el contrario, los criterios de prioridad sirven precisamente para clasificar los casos dentro de una jurisdicción, así como para determinar el orden en el que serán investigados y juzgados. Por lo tanto, no requieren una de-selección de los casos, dado que pueden aplicarse a los casos ya seleccionados o a casos que no han pasado por un filtro de criterios de selección, como es el caso de muchas jurisdicciones penales nacionales. Además, los criterios de prioridad no operan como un umbral, dado que todos los casos clasificados deben ser finalmente investigados y perseguidos. Esto significa que aun cuando estos criterios también se formulan como un catálogo de elementos importantes que deben ser considerados para clasificar los casos y, de hecho, en muchas jurisdicciones los criterios de selección y prioridad coinciden, estos últimos no pueden ser aplicados simplemente como una lista de control.

En efecto, especialmente cuando ha habido una selección previa, todos los casos por encima del umbral tienden a satisfacer el catálogo de criterios; por lo tanto, no puede establecerse entre ellos una jerarquía *a priori*. En consecuencia, la asignación de prioridad debe consistir en interpretaciones de los catálogos de criterios que determinan la importancia relativa de algunos criterios sobre otros, así como la importancia relativa de algunos componentes de cada criterio sobre otros, de tal manera que los casos que cumplen con todos los criterios pueden ser todavía priorizados en función de los distintos niveles o grados en los que satisfacen esos criterios.¹² De lo contrario, el mero uso de catálogos de criterios para priorizar casos puede llegar a ser un medio para justificar decisiones totalmente discrecionales que no se basan realmente en criterios de prioridad.

nados pueden ser expresamente remitidos a otra jurisdicción penal por la jurisdicción a cargo de la aplicación de los criterios de selección (como ha sido ilustrado por la práctica reciente de las remisiones a las jurisdicciones nacionales realizada por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY), en aplicación de la regla 11 bis de su Reglamento de Procedimiento y Prueba). Además, cuando el tribunal en cuestión tiene una competencia subsidiaria o residual, los casos que están excluidos de la selección pueden ser asumidos por la jurisdicción con competencia general para investigarlos y juzgarlos; como ocurre con los casos que no cumplen con los requisitos de admisibilidad establecidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), que pueden ser investigados y juzgados por las jurisdicciones nacionales.

10 La idea de que los criterios de selección funcionan como un umbral es sostenida por: DE GUZMÁN, M. "Gravity and the Legitimacy of the International Criminal Court". En: *Fordham International Law Journal*, Vol. 32, 2009, pp. 1400-65.

11 Véase también *ibidem*.

12 Véase también *ibidem*, donde la autora propone la aplicación de la gravedad relativa como el principal criterio para priorizar los casos en la Fiscalía de la CPI y critica a esta última por no establecer una distinción entre los criterios de selección y prioridad.

La difícil tarea de seleccionar y priorizar los casos de crímenes internacionales centrales es enfrentada por jurisdicciones penales de Estados territoriales, internacionales, híbridas y de Estados extranjeros. Sin embargo, al dedicarse a esa tarea, esas jurisdicciones tienen desafíos de alcance y naturaleza distintos. De hecho, las jurisdicciones penales de Estados territoriales llevan la carga más pesada en términos del número de casos que deben perseguir y juzgar, debido a que las atrocidades se llevaron a cabo en el territorio del Estado en cuestión, que la mayoría de las víctimas y autores residen habitualmente en él y que su mandato de perseguir y juzgar los crímenes normalmente es general o muy amplio. En esta materia, los Estados territoriales son seguidos por tribunales internacionales *ad hoc* e híbridos creados específicamente para ocuparse de los crímenes más importantes cometidos en un conflicto o en un régimen autoritario, y después por jurisdicciones con competencia general pero subsidiaria para perseguir y juzgar crímenes internacionales centrales, como la CPI y los Estados extranjeros en aplicación del principio de jurisdicción universal.

Se podría decir que la tarea de seleccionar casos es mucho más importante y exigente para las jurisdicciones que enfrentan un número menor de casos, mientras que la tarea de priorizar casos es más importante y difícil para las jurisdicciones que tienen que lidiar con una gran cantidad de casos acumulados. Esto es así porque, en relación con el primer tipo de jurisdicciones, la selección opera como un gran filtro destinado a garantizar que sólo se ocuparán de los casos más significativos, dada la naturaleza subsidiaria de la justicia penal internacional, híbrida y universal. Por consiguiente, la aplicación de criterios de selección tiene un gran impacto práctico y simbólico, dado que excluye muchos crímenes (de hecho, en la mayoría de los casos, la mayoría de los crímenes cometidos en la situación de conflicto o de autoritarismo en cuestión) de la competencia de la jurisdicción respectiva, los cuales de este modo son librados a la posibilidad incierta de ser perseguidos o juzgados por otra jurisdicción, y pueden ser fácilmente etiquetados como casos menos importantes por no haber sido seleccionados. Además, el impacto y los resultados de estas jurisdicciones probablemente serán juzgados sobre la base de la naturaleza e importancia de los casos seleccionados para ser perseguidos y juzgados.

Por el contrario, como se mencionó anteriormente en el caso de las jurisdicciones penales de Estados territoriales, la dimensión de los casos acumulados tiende a ser enorme, tanto como resultado de las condiciones de contexto como de la amplia competencia de esas jurisdicciones para juzgar los crímenes cometidos en el Estado en cuestión. Aunque esta competencia puede ser modificada o restringida en una situación de transición o pos-conflicto a fin de hacer frente a una enorme cantidad de casos, dado el desarrollo del deber internacional de perseguir antes descrito, esas modificaciones o restricciones tienden a consistir menos en la exclusión de casos como resultado de amnistías generales y más en la creación

de jurisdicciones especiales para los crímenes más importantes y en la investigación y enjuiciamiento del resto de los casos por las jurisdicciones ordinarias o mediante mecanismos alternativos.

En consecuencia, la cantidad de casos acumulados que enfrentan estas jurisdicciones no es sustancialmente reducida por medio de los criterios de selección y, por lo tanto, los criterios de prioridad adquieren un rol crucial. De hecho, es muy probable que muchos casos sólo sean juzgados después de muchos años de su comisión, si es que ello sucede alguna vez, ya que el paso del tiempo puede conducir a la muerte del sospechoso antes del juicio o a una erosión significativa de las pruebas. Además, los criterios de prioridad son determinantes para establecer cuáles serán los casos que recibirán una respuesta judicial tardía o incierta. Esto puede afectar notablemente el impacto global del proceso penal en términos de su capacidad para hacer frente a los casos más importantes, así como las percepciones sociales y de las víctimas de las contribuciones de esos procesos a la lucha contra la impunidad, el esclarecimiento de la verdad y la satisfacción de las necesidades de las víctimas.

A pesar de la importancia de los criterios de selección y prioridad para hacer frente a la acumulación de casos (asegurando que los casos que son investigados y sometidos a juicio sean los más importantes e idóneos) se debe reconocer que, por sí mismos, estos criterios no son capaces de resolver el problema de la acumulación de casos. De hecho, en situaciones de atrocidades masivas, aunque los criterios de selección y asignación de prioridad hayan sido formulados y aplicados de la forma más coherente, clara y justificada, los casos de crímenes internacionales centrales posiblemente seguirán siendo demasiados para que la jurisdicción penal en cuestión pueda atender oportunamente a todos ellos. Por lo tanto, la formulación rigurosa y la aplicación adecuada de estos criterios necesariamente debería complementarse con una profunda reflexión sobre y la consecuente implementación de procedimientos penales abreviados, así como de mecanismos alternativos a través de los cuales los casos que no sean remitidos a la justicia aún puedan ser atendidos de manera satisfactoria, como por ejemplo a través de comisiones de la verdad o procesos de reparaciones o reconciliación.

Las limitaciones de los criterios de selección y asignación de prioridad para resolver por sí mismos el problema de la acumulación de casos no reducen su importancia fundamental para atender adecuadamente los casos de crímenes internacionales centrales. Sin embargo, la literatura sobre el tema sigue siendo muy escasa.¹³ Este artículo pretende contribuir a llenar este vacío, ofreciendo una primera reflexión sobre el tema, centrándose principalmente en la práctica de la selección y asignación de prioridad de casos que ha sido desarrollada hasta la fecha por diversas jurisdicciones.

13 Para algunos trabajos seminales sobre el tema, véase: BERGSMO, M., HELVIG, K., UTMELIDZE, I. y ZAGOVIC, G. *The Backlog of Core International Crimes Cases in Bosnia and Herzegovina*. Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2a. Ed., 2010, pp. xx-xx (1a. Ed., 2008); BERGSMO, Morten (Ed.). *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*. Op. cit., y DE GUZMAN, M. "Gravity and the Legitimacy of the International Criminal Court". Op. cit..

Para ello, la segunda parte de este artículo se inicia con un estudio muy detallado de los diversos esfuerzos que ha hecho la jurisdicción penal nacional de Bosnia y Herzegovina (ByH) para formular y discutir públicamente criterios de selección y asignación de prioridad. El caso de ByH recibirá particular atención, dado que en muchos sentidos ha sido el principal laboratorio de justicia penal en relación con atrocidades, que constituye tal vez la primera jurisdicción territorial donde esta cuestión ha sido explícitamente afrontada y que sin duda ofrece los desarrollos más avanzados a nivel nacional sobre la cuestión de los criterios en relación con estos crímenes.

Más adelante, el apartado siguiente del artículo analizará los criterios para la selección y asignación de prioridad de casos de crímenes internacionales centrales formulados y utilizados por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) y por la Corte Penal Internacional (CPI). El estudio de estos criterios es relevante no sólo para entender la forma en que algunos de los principales tribunales penales internacionales han abordado esta cuestión, sino también para indagar si han desarrollado criterios que podrían ser útiles para corregir y complementar los criterios de ByH y para ofrecer un precedente para futuros desarrollos sobre el tema por otros tribunales internacionales y por las jurisdicciones nacionales.

Finalmente, el último apartado de este artículo intenta sintetizar las conclusiones relativas a los criterios utilizados por las distintas jurisdicciones estudiadas, agrupándolos en cuatro grupos de criterios que faciliten la comprensión del estado actual de la práctica de formular y aplicar criterios de selección y asignación de prioridad de casos. También se propone una dirección para avanzar en el debate internacional sobre los criterios.

II. Bosnia y Herzegovina:

La experiencia seminal en la formulación de criterios de selección y asignación de prioridad de casos

Como se sugiere en la introducción, Bosnia y Herzegovina (ByH) ha sido en muchos sentidos el principal laboratorio de la justicia penal relativa a atrocidades. La magnitud de los crímenes cometidos en el conflicto armado entre 1992 y 1995, junto con el hecho de que se hayan cometido en una fase avanzada del desarrollo del deber jurídico internacional de castigar los crímenes internacionales centrales, ubica la persecución y enjuiciamiento de esos crímenes como prioridad clave de las agendas nacionales e internacional. En 1993, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) fue creado específicamente para la persecución de los crímenes cometidos en los conflictos armados de los Balcanes durante la década de 1990.¹⁴ Sin embargo, en una etapa muy temprana se entendió que el Tribunal sólo sería capaz de ocuparse de una cantidad limitada de casos. En consecuencia, pronto el TPIY comenzó a remitir casos a las jurisdicciones nacionales que eran capaces y estaban dispuestas a perseguir y juzgar esos crímenes bajo las reglas de un juicio justo (*fair trial*).¹⁵

En Bosnia y Herzegovina, esas remisiones y la presión pública para perseguir otros crímenes atroces generaron la necesidad de desarrollar un sistema judicial eficiente e independiente, capaz de procesar la mayor parte de los casos de crímenes

14 El Tribunal fue creado por las resoluciones 808 y 827 del Consejo de Seguridad del 22 de febrero de 1993 y 25 de mayo de 1993, respectivamente

15 En su mayor parte, las remisiones fueron el resultado de la implementación del “Proyecto de las *Rules of the Road*” y de la “estrategia de conclusión” del TPIY. Creado por el Acuerdo de Roma de 1996, alcanzado entre los países de la antigua Yugoslavia y el TPIY, las *Rules of the Road* establecieron un mecanismo especial con el fin de, *inter alia*, evitar juicios injustos o parciales. En virtud de este mecanismo, las jurisdicciones domésticas enviaron los expedientes al Tribunal para su revisión y aprobación. Una vez que se reconoció que esos casos merecían ser perseguidos y que estaban en conformidad con los estándares jurídicos internacionales, fueron devueltos a las autoridades locales para su tramitación. En 2004, la función de control fue transferida a la Corte del Estado de Bosnia y Herzegovina. A su vez, en 2002, el Consejo de Seguridad previó la estrategia de conclusión del TPIY para poner un límite temporal al funcionamiento del Tribunal y, por lo tanto, para restringir sus esfuerzos a los casos concernientes a “los líderes de mayor jerarquía sospechosos de ser los mayormente responsables por los crímenes de competencia del TPIY” y, en consecuencia, remitir otros casos a las autoridades locales. Éstos pueden incluir casos en los cuales ya se ha formulado una acusación (regla 11 bis de las Reglas de Procedimiento y Prueba, modificadas en 1994) y casos que han sido investigados pero que a finales de 1994 (fecha límite bajo la estrategia de conclusión del TPIY) no han conducido a una acusación. Véase: BERGSMO, M., Helvig, K., UTMELIDZE, I. y ŽAGOVEC, G. *The Backlog of Core International Crimes Cases in Bosnia and Herzegovina*. Op. cit.; MUJKANOV, Z. “The Orientation Criteria document in Bosnia and Herzegovina”. En: BERGSMO, Morten (Ed.), *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*. Op. Cit.; BRAMMERTZ, S. “The interaction between international and national criminal jurisdictions: developments at the ICTY”. En: BERGSMO, Morten (Ed.), *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*. Op. cit. Como veremos en el siguiente apartado, el TPIY ha desarrollado criterios para la selección tanto de los casos de las *Rules of the Road*, como de casos que serían remitidos a las autoridades locales en virtud de la estrategia de conclusión.

internacionales centrales cometidos durante los conflictos. De hecho, a pesar de que los tribunales de ByH comenzaron a asumir la tarea de perseguir crímenes de guerra inmediatamente después de los conflictos, el poder judicial era muy débil y corría el riesgo de sucumbir a la parcialidad política y étnica.¹⁶ En 2003 se desarrollaron importantes reformas legales e institucionales que incluyeron la creación de la Corte del Estado de ByH y la Fiscalía de ByH, con jurisdicción primaria sobre casos relativos a crímenes de guerra.¹⁷ Estos avances incrementaron notablemente la confianza en el sistema judicial de ByH y en 2004 la Fiscalía del TPIY decidió transferir a la Fiscalía de ByH la función de revisar los casos de las “Rules of the Road” [hoja de ruta], es decir, los casos enviados por las jurisdicciones domésticas al TPIY para que éste determine si pueden ser perseguidos por las jurisdicciones locales con base en la prueba disponible y su consistencia con los estándares jurídicos internacionales.¹⁸

Por consiguiente, la Fiscalía de ByH repentinamente tuvo que hacer frente a una carga muy pesada de casos para revisar y aprobar su persecución por otras entidades, por un lado, y procesar por sí misma, por el otro. Los casos que esta jurisdicción debe tramitar se componen de casos remitidos por el TPIY (en la mayoría de los cuales todavía no hay una acusación y, por lo tanto, es aún necesario un importante trabajo de investigación y persecución),¹⁹ de casos presentados directamente ante la Fiscalía de ByH desde su creación, y de casos presentados a esta última oficina por otras fiscalías de ByH.²⁰ Los análisis preliminares sugieren que en resumidas cuentas los casos de crímenes internacionales centrales que tienen que ser tramitados en ByH involucran entre 10.000 y 13.000 sospechosos.²¹

Frente a tal escenario la necesidad de criterios para la selección y asignación de prioridad de casos de crímenes internacionales centrales se ha convertido en una de las principales preocupaciones de ByH. De hecho, aun cuando se incrementa considerablemente la velocidad con la que se tramitan los casos, a través de mejoras en el sistema, la persecución y el enjuiciamiento de todos los casos existentes en un

16 BERGSMO, M., HELVIG, K., UTMELIDZE, I. y ŽAGOVEC, G. *The Backlog of Core International Crimes Cases in Bosnia and Herzegovina*. Op. cit.

17 *Ibidem*.

18 *Ibidem*.

19 Para los diferentes mecanismos de remisión, véase *supra* nota 14. Según Bergsmo, Helvig, Utmelidze y Žagovec, sólo un número muy pequeño de los casos remitidos por el TPIY a la jurisdicciones de ByH caen bajo la regla 11 bis (5 casos en enero de 2008); esto significa que en la mayoría de los casos remitidos no había aún una acusación, aunque sí habían sido investigados por el TPIY (como en los casos remitidos en virtud de la estrategia de conclusión) o revisados para determinar si existían pruebas suficientes para justificar la persecución (como en los casos de las *Rules of the Road*). Estos últimos casos constituyen la mayoría de los casos remitidos de los cuales tiene que ocuparse el poder judicial de ByH. *Ibidem*.

20 Algunos del último grupo de casos han sido presentados a la Fiscalía de ByH por otras fiscalías de ByH en virtud del artículo 6(2) del *Libro de Reglas sobre la revisión de casos relativos a crímenes de guerra* de la Fiscalía de Bosnia y Herzegovina del 28 de diciembre de 2004. Véase: BERGSMO, M., HELVIG, K., UTMELIDZE, I. y ŽAGOVEC, G. *The Backlog of Core International Crimes Cases in Bosnia and Herzegovina*. Op. cit.

21 Según Bergsmo, Helvig, Utmelidze y Žagovec, “el presidente Medždžida Kreso de la Corte de ByH escribió en julio de 2007 que un reporte del HJPC (Alto Consejo Judicial y de Persecución de Bosnia y Herzegovina) “mostró que todas las fiscalías en ByH indicaron a 12.484 personas como posibles autores de crímenes de guerra en el periodo comprendido entre 1992 y 2006”, p. 161 (*ibid.*). Otros en el sistema de justicia penal a nivel estatal han sugerido que, mientras que se rumorea que hay 16.000 criminales de guerra en ByH, en realidad hay 10.534 “personas identificadas (...)”.

tiempo razonable (es decir, antes de la muerte natural de muchos sospechosos y testigos) no parece ser una tarea posible.²² Por lo tanto, la formulación e implementación efectiva de criterios de selección y asignación de prioridad parece fundamental para garantizar que los casos más importantes y más idóneos irán primero a juicio. Como señaló David Schwendiman, un funcionario de la Fiscalía del Estado,

*[N]o es realista esperar que todos los casos serán juzgados o esperar que todas las personas que deberían ser consideradas criminalmente responsables por lo que hicieron durante la guerra serán declaradas responsables por un tribunal. Muchas cosas que no se pueden controlar, como el tiempo, la muerte de los posibles imputados y la edad y la falta de memoria de los testigos, por ejemplo, conspiran contra ello. No es, sin embargo, irrazonable esperar que una persona deberá responder ante un tribunal o en algún otro foro en Bosnia y Herzegovina por lo que ella o él hizo como individuo, por actos que tuvieron y todavía tienen un gran impacto en la comunidad.*²³

[...]

*El tiempo conspirará contra todos los casos que estén en una sala de audiencias, un fenómeno que se produce a pesar de los mejores esfuerzos de la Corte y la Fiscalía. El problema que la carga de trabajo plantea para la Fiscalía es un problema de gestión, que puede ser resuelto, en parte, a través de la articulación de criterios destinados a identificar los casos que deberían [ser] hechos [perseguidos] primero, y de la adopción de pautas para ayudar a asegurar que en esos casos sean presentados cargos de manera apropiada con el fin de utilizar los recursos de la manera más efectiva, preservando de este modo recursos para que más casos puedan ser hechos [perseguidos]. La Fiscalía también debe tener el coraje político de contar a los afectados por las decisiones que clasifican casos para investigar y perseguir cómo y por qué ello fue realizado así. La selección de casos debe ser coherente, pero flexible, y debe tener en cuenta prueba recién adquirida o desarrollada o información que pueda mover un tema hacia arriba o hacia abajo en la lista de prioridades.*²⁴

22 Según Bergsmo, Helvig, Utmelidze y Žagovec, dicha tarea no sería posible aun cuando se duplicara la velocidad con la que se tramitan los casos a través de mejoras administrativas, de procedimiento y de prueba. *Ibidem*.

23 Documento de trabajo preparado por la Secretaría para uso de la Fiscalía de ByH, "Selecting war crimes cases for investigation and prosecution: avoiding the opportunity costs of picking low hanging fruit" ("Selección de casos de crímenes de guerra para investigación y persecución: evitar los costos de oportunidad de tomar los más fáciles") (Nota de los traductores: sobre la traducción de "low hanging fruit" véase nuestra nota al final de la nota al pie 6), por David Schwendiman. El documento fue enviado a uno de los autores de este trabajo vía correo electrónico el 6 de noviembre de 2007 y una versión revisada del mismo fue posteriormente entregada en persona al mismo autor el 10 de octubre de 2009 en Bosnia y Herzegovina. El documento es referido aquí con autorización de su autor, hecha por vía de correo electrónico el 22 de noviembre de 2007.

24 Documento preparado por la Secretaría para uso de la Fiscalía de ByH, "Managing domestic war crimes caseloads" ["Gestión del número de casos de crímenes de guerra domésticos"] por David Schwendiman, enviado a los autores de este trabajo vía correo electrónico el 6 de noviembre de 2007, pp. 6-7 (se cita aquí con permiso del autor del trabajo enviado a través de correo electrónico el 22 de noviembre de 2009) (corchetes agregados).

Con el objetivo de hacer frente a este desafío, en ByH se han hecho varios esfuerzos institucionales para formular criterios claros y adecuados de selección y asignación de prioridad de casos de crímenes internacionales centrales. Un estudio minucioso de estos esfuerzos es relevante, no sólo porque ByH es quizás la primera jurisdicción territorial donde el tema de la selección y asignación de prioridad de casos ha sido explícitamente afrontado, sino también porque se ha avanzado sustancialmente en la formulación y justificación de los criterios, de manera tal que constituye un precedente de gran importancia para otras jurisdicciones territoriales, así como un interlocutor muy importante para las jurisdicciones penales internacionales que se ocupan de crímenes atroces.

En lo que sigue describiremos y analizaremos los tres documentos principales en los que se propusieron criterios de selección y asignación de prioridad en ByH: (a) “Criterios de Orientación para Casos Sensibles de las *Rules of the Road*” (en adelante: Criterios de Orientación) adoptados por el Colegio de Fiscales de ByH; (b) los criterios incluidos en el Anexo A de la Estrategia de Crímenes de Guerra adoptada por el Consejo de Ministros de ByH, (c) y los criterios elaborados por el Departamento Especial sobre Crímenes de Guerra de la Fiscalía de ByH en el marco de las Directrices de Persecución sobre Presentación de Cargos.

1. Los Criterios de Orientación

Como consecuencia de la transferencia por la Fiscalía del TPIY de la competencia para supervisar los casos de *Rules of the Road*, el Departamento Especial para Crímenes de Guerra de la Fiscalía de ByH recibió 877 casos respecto de los cuales se consideraba que contenían suficiente prueba de acuerdo con los estándares jurídicos internacionales (designados por el TPIY como los casos “A”), 2.398 que aún no contaban con suficiente prueba para concluir que los potenciales sospechosos posiblemente cometieron los crímenes en cuestión (designados por el TPIY como casos “B”) y 702 casos que no contenían suficiente información (designados por el TPIY como casos “C”).²⁵ En vistas de los estudios presupuestarios, el Departamento Especial para Crímenes de Guerra de la Fiscalía decidió concentrarse principalmente en el primer tipo de casos.²⁶

Con el propósito de organizar los expedientes y distribuirlos entre las diferentes jurisdicciones del país, el 12 de octubre de 2004 el “Colegio de Fiscales” de ByH adoptó el documento titulado “Criterios de Orientación para Casos Sensibles de

25 Mientras el TPIY ejerció la función de revisión, clasificó los casos de las *Rules of the Road* en varias categorías con base en la prueba existente en cada uno de ellos: los casos fueron designados con la letra A, cuando se consideró que contenían suficiente prueba de conformidad con los estándares jurídicos internacionales; con la letra B, si no había suficiente prueba como para concluir que los potenciales sospechosos posiblemente cometieron los crímenes en cuestión; con la letra C, si no contenían suficiente información para determinar si eran casos A o B; y con las letras D, E, F o G si tenían que ser clasificados por motivos distintos a los de la calidad de la prueba. Véase Z. Mujkanovic, “The Orientation Criteria document in Bosnia and Herzegovina”, *Op. cit.*

26 *Ibidem.*

las *Rules of the Road*” y lo incorporó como anexo del *Libro de Reglas sobre la revisión de casos relativos a crímenes de guerra* [*Book of Rules on the Review of War Crimes Cases*].²⁷ El documento pretendía clasificar los casos identificados como “A” en dos sub-categorías: violaciones “altamente sensibles” y “sensibles”. Mientras el primer tipo de casos debía ser tramitado por la Fiscalía del Estado, el segundo podía ser remitido a las jurisdicciones penales de los distritos o de los cantones.²⁸ El principal objetivo de los Criterios de Orientación es guiar la distribución de los casos entre las jurisdicciones o los niveles jurisdiccionales (la Corte del Estado y las cortes en el nivel de los cantones/distritos); sin embargo, también han sido concebidos como una herramienta para asignar prioridad a los casos dentro de cada jurisdicción.

De acuerdo con el Libro de Reglas, los Criterios de Orientación “formarán parte integral de las Reglas” y “proporcionarán una guía para la Fiscalía de Bosnia y Herzegovina en la determinación de la competencia persecutoria sobre el caso”.²⁹ Más concretamente, el Libro de Reglas establece que los Criterios de Orientación ofrecen “una base para la selección de los casos a ser juzgados ante la Sección I para Crímenes de Guerra de las Divisiones en lo Penal y de Apelación de la Corte de Bosnia y Herzegovina”³⁰ y dicha Sección I “se ocupará de los casos más graves teniendo plenamente en cuenta los recursos de la Corte”.³¹ Además, de acuerdo con el mismo documento Criterios de Orientación “[e]n principio es deseable que sólo los casos más graves sean juzgados por la Corte de ByH, ya que la Corte no contará con los recursos ni con el tiempo para tratar todos los casos de crímenes de guerra”.³² Ahora, el mismo establece que los criterios “no pretenden ser ‘fijados en piedra’ o exhaustivos”,³³ ya que “no es aconsejable adoptar criterios estrictos, [sino] más un modelo de trabajo que pueda separar los casos más sensibles”.³⁴

Aun cuando la principal función de los criterios sea servir como guía para la evaluación general de cuál es el foro adecuado para un caso, el proceso de evaluación de expedientes descrito en el documento Criterios de Orientación sugiere un rol adicional para los criterios y en particular para los criterios relacionados con la gravedad, que, como veremos, son uno de los criterios principales en el documento: ofrecer una base para determinar cuál de los casos considerados adecuados por la Corte del Estado deben recibir un trato prioritario. De hecho, en el proceso de

27 *Book of Rules on the Review of War Crimes Cases*. Op. cit., art. 10(3).

28 Véase: BERGSMO, M., HELVIG, K., UTMELIDZE, I. y ŽAGOVEC, G. *The Backlog of Core International Crimes Cases in Bosnia and Herzegovina*. Op. cit.

29 *Ibidem*, art. 10(3).

30 *Ibidem*, art. 10(1).

31 *Ibidem*, art. 10(2).

32 Segundo párrafo de los “Criterios de Orientación para casos sensibles de las *Rules of the Road*”, Anexo al *Book of Rules on the Review of War Crimes Cases*, *Ibidem*. La sección 2, párrafo 3 de los Criterios de Orientación reitera que “los juicios por crímenes de guerra en la Corte de ByH estarán limitados por la capacidad, los recursos y la limitación de tiempo, por no mencionar la prioridad que habrá de darse a los casos remitidos por el (TPIY) en virtud de la regla 11 bis de sus Reglas de Procedimiento y Prueba (*sic*)”.

33 *Ibidem*, sección 2, primer párrafo.

34 *Ibidem*, sección 1, segundo párrafo.

evaluación la consideración de los criterios es requerida en tres etapas diferentes.³⁵ En primer lugar, los criterios en su conjunto deben ser usados para determinar si el foro para un caso particular debería ser la Corte de ByH o la Corte del cantón o distrito. En segundo lugar, los casos que parecen ser adecuados para ser juzgados en el nivel del cantón o distrito deben ser revisados por un segundo abogado para asegurarse de que su remisión es apropiada, y esa revisión parece implicar también la consideración de los Criterios de Orientación. En tercer lugar, en relación con los casos que son considerados adecuados para ser juzgados ante la Corte de ByH, los criterios, y especialmente los criterios de gravedad, deben ser considerados por segunda vez para determinar qué casos deben ser tratados en primer término. De acuerdo con el documento Criterios de Orientación, los casos contra personas en posiciones de liderazgo o relacionados con crímenes graves normalmente deberían tener prioridad.³⁶

El documento Criterios de Orientación en su último párrafo aboga por ulteriores asignaciones de prioridad de casos dentro de las jurisdicciones:

*También puede ser necesario priorizar casos dependiendo de la etapa de la investigación y de si los casos individuales están listos para proceder, y si no, establecer el periodo de tiempo probable para su conclusión de modo de no establecer plazos irrazonables. **De acuerdo a ello, los casos que entran en una categoría particular pueden ser priorizados ulteriormente con base en la prontitud para proceder.** Hasta ese momento que los casos “altamente sensibles” han sido aislados y revisados, es imposible afirmar qué casos deberían tener prioridad. Como punto de referencia, **la responsabilidad por el mando y los crímenes cometidos por funcionarios públicos todavía en ejercicio de funciones y por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley pueden tener prioridad.**³⁷*

35 El documento Criterios de Orientación describe siete etapas del proceso de evaluación: (a) “Evaluar si el foro para cualquier caso particular debe ser la Corte de ByH o las Cortes de los cantones o distritos, utilizando los criterios [...]”; (b) “En relación con los casos que parecen ser adecuados para ser juzgados en el nivel cantonal o de distrito, antes de ser remitidos, un ‘segundo ojo’, es decir, un fiscal diferente o uno de los asesores jurídicos debe examinar el expediente para asegurarse de que es adecuado para ser remitido” (*sic*); (c) “Una vez que se ha establecido que un caso es adecuado para ser juzgado en la Corte de ByH, la siguiente parte del ejercicio debe ser la evaluación de su gravedad, por ejemplo, las denuncias fueron formuladas en contra de una persona en posición de liderazgo, la naturaleza del presunto crimen; si no ser un líder, si la persona está en la zona en que supuestamente se cometieron y/o se siguen cometiendo los crímenes y, por lo tanto, es un obstáculo para la reconciliación en la zona. Si los casos están sujetos a (iv) y (v) mencionados abajo deberían tener prioridad (*sic*, no hay “(iv) y (v)” en el resto del documento); (d) “Luego, deben considerarse los cargos apropiados basados en la prueba disponible y si la información parecería indicar que, con un poco de investigación, delitos más graves saldrían a la luz. Si esto es así entonces claramente perdería parte de su nivel de prioridad”; (e) “La siguiente parte del ejercicio es evaluar qué trabajo se requiere antes de que un caso esté listo para ser juzgado. Esto incluiría consideraciones como la disponibilidad de los testigos, si se necesita tomar otras declaraciones a los testigos o a nuevos testigos, si los testigos necesitarán medidas de protección y de ser así en qué medida, si los documentos traducidos están disponibles, si otros documentos están disponibles, etc.” (nota al pie omitida); (f) “La siguiente etapa es evaluar la posibilidad de un arresto rápido o la entrega del acusado, una vez que se ha formulado la acusación”; y (g) “Lo último que se evaluará es la posible duración del juicio”. “Orientation Criteria for Sensitive Rules of the Road cases”, Anexo al *Book of Rules on the Review of War Crimes Cases*, *ibidem* (subrayados agregados).

36 *Ibidem*, sección 2, cuarto párrafo.

37 *Ibidem*, sección 2, último párrafo (negrita agregada).

Este pasaje hace dos afirmaciones relativas a la asignación de prioridad. Por un lado, la asignación de prioridad de casos en las jurisdicciones puede ser necesaria —y se puede hacer— con base en la prontitud para proceder con los casos. Por otro lado, como pauta general, se dará prioridad a los casos que contienen: (i) la forma de responsabilidad por el mando; (ii) crímenes cometidos por funcionarios públicos que continúan en el cargo, independientemente de la forma de responsabilidad; o (iii) por funcionarios encargados del cumplimiento de la ley, independientemente de la forma de responsabilidad. El segundo punto parece corresponder tanto a la gravedad como a la jerarquía del sospechoso. Como tal no puede añadir nada nuevo a la consideración de los casos que han sido valorados como adecuados para ser juzgados por la Corte del Estado, pero parece extender esa consideración de la gravedad a todos los casos. Además, la referencia a estos tres criterios de gravedad parece sugerir que los casos de alta sensibilidad deben priorizarse con base en las posiciones de liderazgo del funcionario más que en la gravedad de los crímenes.

Por lo tanto, el documento Criterios de Orientación sugiere un doble papel de los criterios: en primer lugar, ellos guían la *selección* de los casos para tribunales diferentes; en segundo lugar, los criterios de gravedad, y en particular los criterios relacionados con la jerarquía del autor, también guían la *asignación de prioridad* de los casos en las distintas jurisdicciones. Vamos a proceder a examinar la clasificación y el contenido de estos criterios de selección y asignación de prioridad.

El documento Criterios de Orientación organiza los criterios en tres grupos principales: (1) “*Naturaleza del presunto crimen (‘crimen’)*”, (2) “*Circunstancias del presunto autor (‘autor’)*” y (3) “*Otras consideraciones (‘otras’)*”. Los grupos (1) y (2) corresponden al criterio general de gravedad, que incluye tanto la gravedad del crimen como la jerarquía del autor. El grupo (3) normalmente hace referencia a los criterios generales de la “prontitud para proceder”. Estos grupos de criterios son aplicables a la selección y a la asignación de prioridad tanto de los casos “sensibles” como de los “altamente sensibles”, dado que cada grupo tiene dos listas de criterios que corresponden a cada una de estas categorías de casos.

Así, el grupo (1), que se refiere a la naturaleza de los crímenes, contiene dos listas de delitos, una para cada una de las categorías de casos “*altamente sensibles*” y “*sensibles*”, estructuradas en lo que puede ser un *orden de gravedad*.³⁸ Las listas

38 La lista de casos para la “Categoría I – altamente sensibles” contiene los siguientes crímenes: (a) “*Genocidio*”, (b) “*Exterminio*”, (c) “*Asesinatos múltiples*”, (d) “*Violación y otras agresiones graves como parte de un sistema, por ejemplo, en campos o después de ataques*”, (e) “*Esclavitud*”, (f) “*Tortura*”, (g) “*Persecuciones en una escala sistemática o generalizada*”, y (h) “*Detenciones forzadas en masa en campos*” (sic). La lista de casos para la “Categoría II – sensibles” contiene los siguientes crímenes: (a) “*Asesinato cometido como parte de, o después de un ataque o en un campo*”; (b) “*Violación y otros delitos sexuales graves*”; (c) “*Agresiones graves cometidas como parte de un sistema*”; (d) “*Trato inhumano y degradante cometido como parte de un sistema*”; (e) “*Deportaciones en masa o traslados forzados*”; (f) “*Destrucción o daño a instituciones religiosas y/o culturales en una escala generalizada o sistemática*”; (g) “*Destrucción de la propiedad en una escala generalizada o sistemática*”; (h) “*Negación de derechos humanos fundamentales, por ejemplo, atención médica en una escala generalizada o sistemática*”, y (i) “*Crímenes que, aunque no tienen el nivel de gravedad de la Categoría I, son, sin embargo, célebres*” (sic).

abarcan una amplia gama de delitos contra la vida, la integridad física, la libertad personal, la libertad de movimiento, la protección de las instituciones religiosas o culturales y la destrucción de la propiedad. Pero el documento no hace ninguna referencia a estos intereses protegidos por los delitos; ni mucho menos discute esos intereses o justifica su selección. Además, el documento no dice en qué se basa la jerarquía de los delitos establecida o la distinción de los delitos entre las dos listas.

A su vez, el grupo (2), que se refiere a las circunstancias de los autores, tiene dos listas de posiciones o roles, pasados o actuales, del sospechoso y menciona el hecho de que el sospechoso tenga “*mala reputación*”.³⁹ Las categorías enumeradas abarcan militares, paramilitares, policías, políticos y cadenas de autoridad judiciales. Incluso si sólo se incluyen segmentos seleccionados de estas cadenas, el lenguaje es lo suficientemente vago como para permitir una amplia discreción en la aplicación de los criterios relevantes a los casos individuales. Las listas también abarcan roles muy prácticos como comandantes de campo y otras personas “*conectadas con la administración de los campos*”, e incluye roles selectivos temáticos como “[v]ioladores múltiples” y personas “*con una mala reputación pasada o presente*”; uno se refiere al importante tema de la agresión sexual y los crímenes de género; el otro a la reputación del presunto sospechoso, supuestamente en gran medida en el grupo de la víctima. La selección de estos dos roles prácticos tiene un peso importante en las expectativas de la justicia penal respecto a los crímenes internacionales centrales en el contexto específico de ByH.

Es justo decir que las categorías incluidas en el grupo (2) cubren muy bien todo el espectro de sospechosos en posición de liderazgo o prominentes. Pero de nuevo el documento no indica una justificación para la aparente jerarquía en las posiciones y roles enumerados, o para las diferencias entre las listas. No hay referencia alguna a las formas de responsabilidad o las formas de participación en la presunta conducta penal, sino a grupos de posiciones y roles y a la mala reputación, las cuales son categorías fácticas y no nociones de derecho penal. Hay una referencia limitada a las estructuras y organizaciones específicas a las que pertenecían los presuntos sospechosos, así como a las jerarquías formales de las posiciones en estas organizaciones.

Finalmente, el grupo (3) que se refiere a “*Otras consideraciones*” contiene dos listas que incluyen un total de ocho criterios relativos a consideraciones prácticas.⁴⁰

39 La “Categoría I” incluye: (a) “*Comandantes militares actuales o pasados (incluidas las formaciones paramilitares)*”; (b) “*Líderes políticos actuales o pasados (incluidos los presidentes de los Municipios y el personal de crisis)*”; (c) “*Miembros actuales o pasados del poder judicial*”; (d) “*Jefes de policía actuales o pasados (CSB/SJB)*”; (e) “*Comandantes de campo*”; (f) “*Personas con mala reputación actual o pasada*”; (g) “*Violadores múltiples*” (sic). La “Categoría II” incluye: (a) “*Funcionarios policiales actuales o pasados*”; (b) “*Miembros del ejército actuales*”; (c) “*Personas que actualmente o en el pasado ocupan/ocuparon cargos políticos*”; y (d) “*Personas relacionadas con la administración de los campos*”.

40 La “Categoría I” incluye: (a) “*Casos con testigos ‘de adentro’ [insider witnesses] o ‘sospechosos’*”; (b) “*Posibilidades realistas de intimidación de testigos*”; (c) “*Casos que involucran autores en un área que simpatiza con él o donde las autoridades tienen un interés personal en evitar el escrutinio público de los crímenes*”. La “Categoría II” incluye: (a) “*Cuestiones relativas a la protección de testigos*”; (b) “*Cuestiones difíciles de derecho*”; (c) “*Crímenes que pueden suscitar una pena de prisión prolongada*”; (d) “*Denuncias relacionadas con hechos que ya han sido objeto de un juicio anterior en el TPIY*” y (e) “*Casos con mucha documentación*”.

Algunos de estos criterios no son controvertidos, por ejemplo, si hay testigos de adentro [*insider witnesses*]. Otros criterios de este grupo -como los relativos a “*Cuestiones difíciles de derecho*” y “*Casos que involucran autores en un área que simpatiza con él o donde las autoridades tienen un interés personal en evitar el escrutinio público de los crímenes*”- exigen una justificación adicional para que sean inmediatamente evidentes. Uno de los criterios en el grupo (3) también parecería estar cubierto por la gravedad, es decir, “*Crímenes que pueden suscitar una pena de prisión prolongada*”. El criterio general de “*Prontitud para proceder*” no está específicamente enumerado como un criterio en el grupo (3), pero cuatro de los ocho criterios en el grupo caen dentro de este interés (ver “*Casos con testigos ‘de adentro’ [insider witnesses] o ‘sospechosos’*”, “*Denuncias relacionadas con hechos que ya han sido objeto de un juicio anterior en el TPIY*”, y “*Casos con mucha documentación*”, así como el controvertido “*Cuestiones difíciles de derecho*”). De acuerdo con el documento Criterios de Orientación, todos estos criterios pueden considerarse durante la asignación de prioridad de los casos en las jurisdicciones.

De los cuatro criterios restantes en el grupo (3), dos se refieren a la seguridad de los testigos (“*Posibilidades realistas de intimidación de testigos*” y “*Cuestiones relativas a la protección de testigos*”) y dos han sido mencionados anteriormente (“*Cuestiones difíciles de derecho*”, “*Casos que involucran autores en un área que simpatiza con él o donde las autoridades tienen un interés personal en evitar el escrutinio público de los crímenes*”). El documento Criterios de Orientación dice que estos cuatro criterios pueden considerarse en la distribución de los casos entre la Corte del Estado y las cortes de los cantones o distritos.

Como puede observarse, el documento Criterios de Orientación es un instrumento flexible y bastante completo en lo que respecta al uso de criterios para la distribución de los casos de crímenes de guerra entre las jurisdicciones de ByH y para la asignación de prioridad de esos casos dentro de cada jurisdicción. El documento abarca una amplia gama de criterios razonables, de los cuales casi todos pueden agruparse bajo las consideraciones de gravedad y prontitud para proceder. De acuerdo con la letra del documento, estos criterios también pueden utilizarse después de que los expedientes han sido distribuidos entre la Corte del Estado y las cortes de los cantones o distritos, es decir, en la asignación de prioridad de los casos dentro de las jurisdicciones o, más exactamente, en las fiscalías. Así, la utilidad del documento no debe ser pasada por alto o subestimada en la búsqueda de instrumentos apropiados para hacer frente a la gran acumulación de casos de crímenes internacionales centrales en ByH. Además, su existencia y alcance debe informar discusiones más amplias sobre los criterios de selección y asignación de prioridad, cualquiera que fuera el foro del discurso, ya que establece un precedente muy importante para otras jurisdicciones territoriales, así como para los tribunales internacionales e incluso para tribunales en ejercicio de jurisdicción universal. Los redactores de los Criterios de Orientación y del Libro de Reglas merecen un recono-

cimiento por haber tenido la previsión de formalizar los criterios de este modo, por incluir una gama tan amplia de criterios y por postular la aplicación de los criterios incluso después de que los casos han sido distribuidos entre la Corte del Estado y las cortes de los cantones o distritos.

A pesar de ello, los Criterios de Orientación parecen tener algunas posibles limitaciones y enfrentar importantes desafíos. Por un lado, el hecho de que puedan operar tanto como criterios de selección como de prioridad es un paso importante en el reconocimiento de la importancia crucial de la última función para hacer frente a una cantidad de casos acumulados en ByH, así como en otras jurisdicciones territoriales. Sin embargo, este hecho también es problemático porque no permite una diferenciación clara de la forma en que los criterios deben funcionar para cumplir cada una de esas tareas. En efecto, como se mencionó en la introducción, las listas de criterios son muy útiles para seleccionar o distribuir casos entre las jurisdicciones, ya que fácilmente pueden funcionar como un umbral por debajo del cual los casos son remitidos a jurisdicciones de menor rango. Pero su función con respecto a la asignación de prioridad de casos es diferente. Dado que todos los casos a los que debe asignarse prioridad ya han sido seleccionados por cumplir con los criterios en cuestión, las listas de criterios no arrojan mucha luz sobre la forma en que deben ser clasificados, a menos que específicamente establezcan una jerarquía entre los grupos de criterios, así como entre los criterios específicos contenidos en cada grupo. El documento Criterios de Orientación de ByH no hace explícitamente esto y, por lo tanto, parece dejar a las jurisdicciones encargadas de priorizar los casos un espacio muy amplio de discrecionalidad para la interpretación de los criterios.

Sin embargo, el documento sugiere al menos dos elementos importantes que podrían ser utilizados con el fin de definir claramente la forma en que los criterios deben ser interpretados para asignar prioridad a los casos y, por lo tanto, ofrece motivos para contrarrestar esta posible deficiencia. En primer lugar, como se mencionó anteriormente, cuando el documento Criterios de Orientación posibilita una ulterior asignación de prioridad de los casos en las jurisdicciones, parece reconocer que la jerarquía es un criterio de clasificación más importante o de mayor rango a los fines de la asignación de prioridad, al indicar que, “*como un punto de referencia, la responsabilidad por el mando y los crímenes cometidos por funcionarios públicos todavía en ejercicio de sus cargos y de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, pueden tener prioridad*”.⁴¹ Si es correcta esta interpretación del texto, entonces se podría establecer un orden de prelación entre la jerarquía y la gravedad de los crímenes para asignar prioridad a los casos graves, pero la clasificación de estos casos y aquellos elegidos sobre la base de su prontitud para ser perseguidos debería aún determinarse. En segundo lugar, el documento Criterios de Orientación también parece definir, de una manera mucho más explícita, la forma en que deben clasifi-

⁴¹ *Ibidem*, sección 2, último párrafo (cursiva agregada).

carse los criterios dentro de cada grupo de criterios. De hecho, cada grupo contiene dos listas de criterios que pueden considerarse jerárquicamente relacionadas, la lista de criterios para casos altamente sensibles es más importante que la lista para casos

sensibles. Además, el grupo que se refiere a la naturaleza de los crímenes (grupo (1)) enumera delitos de manera tal que sugiere un *orden de gravedad*.⁴² Por lo tanto, este orden podría ser usado como un orden de prelación con base en el cual podrían priorizarse los casos graves.

Por otra parte, los Criterios de Orientación enfrentan un desafío relacionado con la clasificación original del caso sobre la cual ellos fueron formulados. En efecto, se basan en la distinción hecha por el TPIY entre casos “altamente sensibles” (tipo A) y “sensibles” (tipo B). Así, el documento Criterios de Orientación prevé que los criterios que formula sólo deben aplicarse a este tipo de casos. Además, es con base en estas categorías que cada grupo de criterios se divide en dos listas diferentes, que han de ser aplicadas a los casos así clasificados con el fin de establecer la jurisdicción competente y la prioridad que se les debe asignar. Ahora, como señaló Zekerija Mujkanović (fiscal del Distrito de Brčko en Bosnia y Herzegovina y miembro del Consejo de Fiscales del país), el problema es que:

Hemos aprendido con el tiempo que el proceso de revisión inicial llevado a cabo por el TPIY no era muy confiable. Muchos de los expedientes recibidos eran ‘viejos’. La información contenida en las copias electrónicas que habían sido devueltas era a menudo de mala calidad, bajo el punto de vista de todos los estándares relevantes, y como tal no pudo ser autenticada. En muchos casos, resultó que las víctimas, testigos o sospechosos habían muerto o eran inhallables. Utilizando un enfoque analítico se estableció que incluso los expedientes a los que el TPIY denominó “B” contienen información que, conectada con otra información, conduce a sospechosos y pruebas que pueden ayudar a las persecuciones penales en Bosnia y Herzegovina

[...]

Algunas deficiencias también se observaron en el proceso de revisión. Para poder completar la misión, el personal encargado de la revisión tuvo que tomar la información de los expedientes como confiable, mientras que el tiempo y la experiencia demostró que, en realidad, no lo era. Además, debido a limitaciones financieras, el personal que dirigió la revisión en 2005 se vio obligado a procesar un gran número de casos en un período de tiempo muy limitado. Los expedientes no sólo eran incompletos, sino que también contenían declaraciones y otros documentos en idiomas que el personal no podía entender. La revisión y las decisiones se hicieron sobre la base de las traducciones y los sumarios preparados apresuradamente.

⁴² Véase: *supra* nota 48.

Por lo tanto, es posible que la clasificación original de los casos con base en la cual han de ser aplicados los Criterios de Orientación no sea del todo adecuada para determinar la distribución de los casos entre las jurisdicciones y la prioridad que se les debe asignar dentro de ellas. Aunque esto no es un problema intrínseco a la formulación de los criterios, puede afectar profundamente su operatividad y sus chances de éxito en afrontar de manera adecuada y oportuna la acumulación de casos en ByH. Por lo tanto, el poder judicial de ByH enfrenta actualmente el desafío adicional de asegurar que los casos revisados originalmente cumplan en la práctica con los criterios para seleccionarlos y asignarles prioridad. Para la discusión más general sobre los criterios, esta situación ofrece una lección importante para las jurisdicciones encargadas de seleccionar y asignar prioridad a los casos: que siempre se aseguren que las clasificaciones originales de esos casos estén en conformidad con los objetivos que se pretenden alcanzar con el establecimiento de criterios.

2. Criterios en el Anexo A de la Estrategia Nacional sobre persecución de crímenes de guerra.

A pesar de la existencia de los Criterios de Orientación, recientemente se ha elaborado y aprobado en Bosnia y Herzegovina un segundo instrumento que incluye criterios de selección y asignación de prioridad de casos como mecanismo para hacer frente a la pesada acumulación de casos de crímenes internacionales centrales. Este instrumento es la “Estrategia Nacional sobre Crímenes de Guerra de Bosnia y Herzegovina”, elaborado por un Grupo de Trabajo establecido por el Ministerio de Justicia en septiembre de 2007, y formalmente aprobado por el Consejo de Ministros de Bosnia y Herzegovina en diciembre de 2008.⁴³ Aunque el documento sólo se refiere a los crímenes de guerra, desde el principio especifica que utiliza el término de forma tal que también incluye “los crímenes cometidos durante la guerra en ByH (1992-1995), previstos en el *Capítulo XVII del Código Penal de Bosnia y Herzegovina, Crímenes contra la humanidad y los valores protegidos por el derecho internacional cometidos en relación con la guerra en ByH*”.⁴⁴

El documento Estrategia contiene un Anexo A titulado “Criterios para la revisión de los casos de crímenes de guerra”, que fue redactado por la Corte del Estado y la Fiscalía, en acuerdo con otras fiscalías y otros tribunales del país, con el fin de garantizar que “la selección y evaluación de la complejidad de los casos sea hecha de manera uniforme y objetiva”.⁴⁵ De acuerdo con la estrategia, el Anexo A constituye

43 *National War Crimes Prosecution Strategy of Bosnia and Herzegovina*, aprobado por el Consejo de Ministros de ByH en diciembre de 2008. Una traducción del documento al inglés está impresa como anexo en BERGSMO, M., HELVIG, K., UTMELIDZE, I. y ŽAGOVEC, G. *The Backlog of Core International Crimes Cases in Bosnia and Herzegovina*. Op. cit.

44 *Ibidem.*, p. 3. Como puede observarse, entonces, se refiere en realidad a un concepto más amplio que el de “crímenes de guerra” en un sentido técnico.

45 De acuerdo con la Estrategia, las siguientes instituciones participaron en el proceso y acordaron los criterios: “la Fiscalía de la República de Srpska, la Fiscalía de la Federación de ByH, la Fiscalía del Distrito de Brčko de ByH, la Corte Suprema de la Federación de ByH, la Corte de Apelaciones del Distrito de Brčko de ByH” [Nota del los

una “*parte integral*”⁴⁶ de la misma y, por lo tanto, tiene la misma fuerza vinculante que las restantes medidas implementadas en el documento. El Anexo A se basa significativamente en el documento Criterios de Orientación;⁴⁷ sin embargo, incluye algunas variaciones muy relevantes en cuanto a los objetivos y el alcance de los criterios, que parece explicar en parte por qué el Grupo de Trabajo que redactó la Estrategia y el Consejo de Ministros que la adoptó consideraron necesario introducir un nuevo documento sobre selección y asignación de prioridad diferente del de los Criterios de Orientación.

En efecto, de acuerdo con la Estrategia de Persecución, las razones de su elaboración incluyen, entre otras cosas, la preocupación por “[l]a *inconsistente práctica de revisión, asunción y transferencia de casos de crímenes de guerra entre la Corte y la Fiscalía y entre otros tribunales y fiscalías, y la falta de acuerdo sobre criterios para la evaluación de la sensibilidad y complejidad de los casos (...)*”.⁴⁸ Además, la Estrategia señala como dos de sus principales objetivos: (i) “[a]segurar un mecanismo funcional de la gestión de los casos de crímenes de guerra, es decir, su distribución entre la judicatura a nivel estatal y las judicaturas de las 5 entidades y del distrito de Brčko que facilitará una persecución eficiente dentro del marco temporal fijado”, y (ii) “[p]erseguir prioritariamente a los autores más responsables ante la Corte de ByH, con la ayuda de los criterios acordados para seleccionar y asignar prioridad a los casos (...)”.⁴⁹ Estos dos objetivos también están reconocidos en el Anexo A, según el cual los criterios en él contenidos ofrecen pautas para determinar el foro correcto de los casos, así como para decidir el orden en que los casos deben ser perseguidos ante la Corte del Estado.⁵⁰

De esta manera, los criterios contenidos en la Estrategia tratan de cumplir la doble función de servir como fundamento tanto para la selección como para la asignación de prioridad de los casos. Ahora, como vimos en la sección A de este trabajo, los Criterios de Orientación tienen un propósito similar. De hecho, su objetivo principal es servir de guía para la distribución de los casos o la selección entre las jurisdicciones, pero también ofrecen (este es el caso en particular del criterio de gravedad) fundamentos para asignar prioridad a los casos dentro de cada jurisdicción. Esto sugiere que quienes crearon e implementaron el documento Estrategia percibieron que los Criterios de Orientación eran insuficientes -al menos por sí solos- para lograr los objetivos mencionados. Esto es tanto más importante si se tiene en cuenta que quienes suscribieron el Anexo A son miembros de las más

Traductores:

la República de Srpska y la Federación de Bosnia y Herzegovina son las dos entidades políticas que componen la República Federal de Bosnia y Herzegovina]. El proceso fue asistido por el TPIY. *Ibidem*, p. 15.

46 *Ibidem*.

47 El Anexo A afirma explícitamente: “Cuando se redactaron estos criterios, en términos de contenidos, fueron utilizados los criterios de orientación para los casos sensibles de las ‘*Rules of the Road*’ de 2004”, “Annex A”, en *National War Crimes Prosecution Strategy of Bosnia and Herzegovina*. *Op. cit.*, p. 1 (subrayado agregado).

48 *Ibidem*, p. 4, sección 1.1., e (negrita agregada).

49 *Ibidem*, pp. 3-4, sección 1.2, c y d (negrita agregada).

50 *Ibidem*, p. 1.

altas instituciones judiciales encargadas de los crímenes de guerra a nivel nacional, cantonal y de distrito, es decir, precisamente las instituciones encargadas de aplicar los criterios de selección y asignación de prioridad de los casos.

Por lo tanto, aunque no lo dice explícitamente, el Anexo A de la Estrategia Nacional parece derogar los Criterios de Orientación, o, por lo menos, complementarlos de manera tal que los criterios en él contenidos no pueden continuar siendo interpretados y aplicados sin tener en cuenta el nuevo conjunto de criterios incorporados en la Estrategia. Ahora bien, la clasificación y el contenido de estos criterios no variaron sustancialmente en comparación con los Criterios de Orientación. En efecto, el Anexo A divide los criterios en los tres mismos grupos que el último documento, que en el Anexo A se titulan: “Gravedad de los crímenes”, “Capacidad y rol de los autores”, y “Otras circunstancias”.⁵¹ Además, los criterios contenidos en cada grupo no varían en forma radical, sino que parecen responder a un esfuerzo por formular los criterios ya existentes en términos más concisos y precisos. En consecuencia, los principales cambios en los criterios contenidos en el Anexo A con respecto a los Criterios de Orientación tienen que ver con el colapso de la distinción entre casos altamente sensibles y sensibles, la reducción sustancial de la lista de criterios contenidos en cada grupo -mediante la exclusión de algunas categorías y la inclusión de otras en categorías más generales-, y la formulación de las categorías restantes de una manera más precisa.⁵²

51 El primer grupo, “Gravedad de los crímenes” incluye los siguientes criterios: “a) Calificación legal de los crímenes –genocidio, crímenes contra la humanidad (mediante prueba de que fue un ataque sistemático y generalizado) y crímenes de guerra contra la población civil y los prisioneros de guerra, siempre que otros criterios también hayan sido cumplidos; b) Homicidios en masa (homicidio de un gran número de personas, homicidios sistemáticos); c) Formas graves de violación (violación múltiple y sistemática, establecimiento de centros de detención con fines de esclavitud sexual); d) Formas graves de tortura (teniendo en cuenta la intensidad y el grado de las lesiones mentales y físicas, consecuencias a gran escala); e) Formas graves de detención ilegal u otra privación grave de la libertad física (establecimiento de campos y centros de detención, traslados a y detención en los campos y centros de detención, teniendo en cuenta la gran escala de o las condiciones particularmente graves durante la detención); f) Persecución; g) Desaparición forzada (teniendo en cuenta las consecuencias, circunstancias y gran escala de la desaparición forzada); h) Formas graves de infligir sufrimientos a la población civil (hambre, bombardeos de construcciones civiles, destrucción de monumentos religiosos, culturales e históricos); i) Número significativo de víctimas (o consecuencias graves sufridas por las víctimas, grado de sufrimiento físico y mental); j) Métodos particularmente insidiosos y medios utilizados en la comisión del crimen; k) Existencia de circunstancias particulares del caso”. Por su parte, el segundo grupo, “Capacidad y rol del autor”, se refiere a las siguientes categorías: “a) Deber dentro de la unidad (comandante en un establecimiento militar, policial o paramilitar); b) Posición de dirección en los campos y centros de detención; c) Función política; d) Titular de un cargo judicial (juez, fiscal, abogado del Estado, abogado); e) Formas y grados de participación más graves en la comisión de un crimen (tomar parte en la planificación y en la dación de la orden del crimen; forma de comisión, responsabilidad intencional y particular en la planificación y en la dación de la orden de un crimen, el grado de intención debe ser tomado en cuenta)”. Por último, el tercer grupo, “Otras circunstancias”, incluye los siguientes criterios: “a) Correlación entre el caso y otros casos y los posibles autores; b) Intereses de las víctimas y los testigos (los testigos a los que se les ha garantizado medidas de protección ante el TPIY y la Corte de ByH -testigos protegidos; necesidad de proporcionar protección a los testigos, testigos incluidos en el programa de protección; testigos arrepentidos); c) Consecuencias del crimen para la comunidad local (cambios demográficos, regreso, posibles reacciones públicas y sociales o la ansiedad entre los ciudadanos y las consecuencias para el orden público en relación con la comisión o con la persecución del crimen)”, “Annex A”, en *National War Crimes Prosecution Strategy of Bosnia and Herzegovina*. Op. cit., pp. 2-3.

52 Si se lo compara con los Criterios de Orientación, el Anexo A incorpora los siguientes cambios. En lo que respecta al primer grupo, “Gravedad de los crímenes”, el Anexo A añade los siguientes criterios: “Crímenes contra la humanidad” (una categoría amplia pero también precisa que se refiere a la generalidad y sistematicidad de los diferentes delitos mencionados en los Criterios de Orientación como requisito para considerarlos de gravedad); “Formas graves de detención ilegal u otra privación grave de la libertad física” (una fórmula más abarcadora que las referencias dis-

persas hechas a los campos en los Criterios de Orientación, y que incluye: “*el establecimiento de campos y centros de detención, traslado hacia y detención en los campos y centros de detención, teniendo en cuenta la gran escala de o las condiciones particularmente graves durante la detención*”; “*Desapariciones forzadas*” (que toma en cuenta las “*consecuencias, circunstancias y la gran escala*” del crimen); “*Graves formas de infligir sufrimientos a la población civil*” (que abarca alguno de los criterios más específicos referidos en los Criterios de Orientación, formando así una categoría más amplia que incluye: “*hambre, bombardeos de construcciones civiles, destrucción de monumentos religiosos, culturales e históricos*”); “*Número significativo de víctimas (o consecuencias graves sufridas por las víctimas, grado de sufrimiento físico y mental)*”; “*Métodos particularmente insidiosos y medios utilizados en la comisión del crimen*”; “*Existencia de circunstancias particulares*” (en lugar de enumerar delitos adicionales los últimos tres criterios hacen referencia a características específicas que pueden hacer que cualquier delito tenga gravedad). Además, en relación con el primer grupo, el Anexo A excluye los siguientes criterios que están en la lista de casos altamente sensibles de los Criterios de Orientación: “*Exterminio*” (que podría estar cubierto tanto por el genocidio como por la categoría de homicidios en masa); “*Homicidios múltiples*” (los cuales ciertamente pueden incluirse en la categoría de homicidios en masa si se llevan a cabo contra una cantidad suficientemente grande de personas); “*Esclavitud*” (que podría ser incluido en la categoría de formas graves de tortura, aunque a expensas de la especificidad del crimen de esclavitud); “*Destrucción o daño a instituciones religiosas y/o culturales en una escala generalizada o sistemática*” (que parece incluirse como uno de los casos de la categoría más genérica “*Graves formas de infligir sufrimientos a la población civil*”). Además, el Anexo A excluye los siguientes criterios que aparecen en la lista de casos sensibles de los Criterios de Orientación: “*Asesinato cometido como parte de o después de un ataque o en un campo*” (que podría incluirse en la categoría de homicidios en masa si cumple con sus condiciones particulares); “*Agresiones graves cometidas como parte de un sistema*” (que sin duda está incluida en la categoría de “*Crímenes contra la humanidad*”); “*Deportaciones en masa o traslados forzados*” (que pueden estar cubiertas por una de las nuevas categorías de “*Número significativo de víctimas*”, “*Métodos particularmente insidiosos y medios utilizados en la comisión del crimen*”, “*Existencia de circunstancias particulares*”); “*Destrucción de la propiedad en una escala generalizada o sistemática*” (que también puede estar cubierta por las tres categorías incluidas en el paréntesis anterior); “*Negación de derechos humanos fundamentales, por ejemplo, atención médica en una escala generalizada o sistemática*” (que también podría caer en las tres categorías mencionadas en el mismo paréntesis); “*Crímenes que, aunque no tienen el rango de gravedad de la Categoría I, son, sin embargo, célebres*” (una categoría imprecisa que probablemente fue reemplazada por las tres categorías mencionadas en el paréntesis referido). Por último, el Anexo A se refiere a determinadas categorías en el primer grupo que formulan criterios de una manera más precisa. Así, en lugar de las categorías de “*Violación y otras agresiones graves como parte de un sistema, por ejemplo, en campos o después de ataques*” y “*Violación y otros delitos sexuales graves*” que, respectivamente, aparecen en las listas de casos altamente sensibles y sensibles de los Criterios de Orientación, el Anexo A utiliza la formulación más completa y precisa de “*Formas graves de violación (violación múltiple y sistemática, establecimiento de centros de detención con fines de esclavitud sexual)*”. Además, en lugar de las categorías de “*Tortura*” y “*Trato inhumano y degradante cometido como parte de un sistema*”, que respectivamente aparecen en las listas de casos altamente sensibles y sensibles de los Criterios de Orientación, el Anexo A utiliza la fórmula “*Formas graves de tortura (teniendo en cuenta la intensidad y el grado de las lesiones mentales y físicas, consecuencias a gran escala)*” que reduce el alcance del crimen, pero que también mitiga la exigencia de sistematicidad. Por lo demás, en lugar de la categoría “*Persecuciones en una escala sistemática o generalizada*”, el Anexo A se refiere a las persecuciones de manera general, reconociendo así la gravedad de este crimen, independientemente de su sistematicidad. Por último, en lugar de la categoría “*Detenciones forzadas en masa en campos*”, el Anexo A se refiere a la categoría más amplia pero también más precisa de “*Formas graves de detención ilegal u otra privación grave de la libertad física (establecimiento de campos y centros de detención, traslado hacia y detención en los campos y centros de detención, teniendo en cuenta la gran escala de o las condiciones particularmente graves durante la detención)*”.

En cuanto al segundo grupo, “*Capacidad y rol del autor*”, en su mayor parte el Anexo A formula los criterios de una manera más general y sin embargo más precisa; de este modo, cubre casi todas las categorías específicas mencionadas en los Criterios de Orientación, pero usando un lenguaje más técnico y completo. Así, el Anexo A utilizó la categoría más completa de “*Deber dentro de la unidad (comandante en un establecimiento militar, policial o paramilitar)*” en reemplazo de las siguientes categorías más específicas: “*Comandantes militares actuales o pasados (incluidas las formaciones paramilitares)*”, “*Funcionarios policiales actuales o pasados*”; “*Jefes de policía actuales o pasados (CSB/SJB)*”; y “*Miembros del ejército actuales*”, las dos primeras aparecen en la lista de casos altamente sensibles y las dos últimas en la lista de los casos sensibles de los Criterios de Orientación. Además, el Anexo A utiliza la categoría “*Función política*”, en lugar de las dos categorías más limitadas: “*Líderes políticos actuales o pasados (incluidos los presidentes de los Municipios y el personal de crisis)*” y “*Personas que actualmente o en el pasado ocupan/ocuparon cargos políticos*”, que aparecen, respectivamente, en las listas de casos altamente sensibles y sensibles de los Criterios de Orientación. Además, el Anexo A utilizó la categoría “*Titular de un cargo judicial (juez, fiscal, abogado del Estado, abogado)*”, en lugar de la categoría “*Miembros actuales o pasados del poder judicial*”, que aparece en la lista de casos altamente sensibles de los Criterios de Orientación. Es más, en el Anexo A se utilizó la categoría más amplia pero más precisa de “*Posición de dirección en los campos y centros de detención*”, en lugar de las categorías más específicas de “*Comandantes de campo*” y “*Personas relacionadas con la administración de los campos*”, que aparecen, respectivamente, en las listas de los casos altamente sensibles y sensibles de los Criterios de Orientación. Aparte del uso de estas categorías más generales y precisas, el Anexo A excluyó del segundo grupo las categorías muy ambiguas “*Personas con mala reputación actual o pasada*” y “*Violadores múltiples*”, las cuales aparecen en la lista de casos de altamente sensibles de los Criterios de Orientación. Por último, el Anexo A agregó al segundo grupo el criterio “*Formas y grados de participación más graves*”.

Lo anterior sugiere que la decisión de adoptar el nuevo conjunto de criterios contenidos en el Anexo A puede explicarse mucho menos en términos de la necesidad de cambiar su contenido y clasificación que en términos de la necesidad de adaptar los criterios ya existentes para que puedan servir plenamente a los nuevos y más amplios propósitos de los criterios de selección y asignación de prioridad de casos previstos en la Estrategia Nacional. En efecto, el documento denominado Estrategia amplía los propósitos de los criterios de selección y asignación de prioridad de casos al menos de tres maneras diferentes.

En primer lugar, el Anexo A del documento denominado Estrategia intenta ampliar el alcance de los criterios de selección al extender su aplicación a todas las actividades persecutorias y judiciales relativas a la distribución de casos entre las jurisdicciones, en particular, especificando que los jueces -no sólo los fiscales- deben tener en cuenta los criterios en sus decisiones. Por un lado, establece que tanto el Fiscal del Estado como la Corte del Estado de ByH deben aplicar estos criterios en las decisiones relativas a la *transferencia* de los casos de la jurisdicción estatal a las jurisdicciones de las entidades y de distrito.⁵³ De acuerdo con el documento Estrategia, las decisiones de transferencia involucran los casos que fueron llevados ante los tribunales después de marzo de 2003 (cuando la nueva legislación penal entró en vigor) y que “*caen dentro de la jurisdicción exclusiva de la Corte y la Fiscalía de ByH*”.⁵⁴ Por lo

en la comisión de un crimen (tomar parte en la planificación y en la dación de la orden del crimen; forma de comisión, responsabilidad intencional y particular en la planificación y en la dación de la orden de un crimen, el grado de intención debe ser tomado en cuenta)”, que parece ser una categoría residual destinada a cubrir los grados importantes de participación en la comisión de los crímenes que podrían quedar fuera mediante los otros criterios del grupo.

En cuanto al tercer y último grupo de criterios, “*Otras circunstancias*”, el Anexo A también intentó utilizar categorías más completas, que cubrieran la mayor parte de las mencionadas en los Criterios de Orientación, pero con una formulación mucho más precisa. Así, el Anexo A utiliza la categoría “*Correlación entre el caso y otros casos y los posibles autores*”, que parece cubrir la categoría más limitada de “*Denuncias relacionadas con hechos que ya han sido objeto de un juicio anterior en el TPIY*” incluida en la lista de los casos sensibles de los Criterios de Orientación, pero que también abarca muchas otras situaciones relevantes. Además, el Anexo A utiliza la categoría “*Intereses de las víctimas y los testigos (los testigos a los que se les ha garantizado medidas de protección ante el TPIY y la Corte de ByH -testigos protegidos; necesidad de proporcionar protección a los testigos, testigos incluidos en el programa de protección; testigos arrepentidos)*”, que comprende las categorías menos precisas y completas de “*Casos con testigos ‘de adentro’ [insider witnesses] o ‘sospechosos’*”, “*Posibilidades realistas de intimidación de testigos*” y “*Cuestiones relativas a la protección de testigos*”; los dos primeros aparecen en la lista de los casos altamente sensibles de los Criterios de Orientación, y el último en la lista de casos sensibles del mismo documento. Además, el Anexo A utiliza la categoría “*Consecuencias del crimen para la comunidad local (cambios demográficos, regreso, posibles reacciones públicas y sociales o la ansiedad entre los ciudadanos y las consecuencias para el orden público en relación con la comisión o con la persecución del crimen)*”, que cubre, aunque no se limita a ella, la categoría de “*Casos que involucran autores en un área que simpatiza con él o donde las autoridades tienen un interés personal en evitar el escrutinio público de los crímenes*”, que aparece en la lista de casos altamente sensibles de los Criterios de Orientación. Además de estas reformulaciones de los criterios, el Anexo A excluye del tercer grupo de criterios las siguientes categorías problemáticas, que aparecen en la lista de casos sensibles de los Criterios de Orientación: “*Cuestiones difíciles de derecho*”, “*Crímenes que pueden suscitar una pena de prisión prolongada*” y “*Casos con mucha documentación*”.

53 En cuanto a la Fiscalía del Estado, el Anexo A establece que: “Estos criterios establecen una guía que la Fiscalía de Bosnia y Herzegovina seguirá en la revisión de los casos de crímenes de guerra, para que la Corte emita una decisión sobre si un caso en particular, teniendo en cuenta su complejidad, será perseguido por la Fiscalía y la Corte de Bosnia y Herzegovina, o por los tribunales y las fiscalías de las entidades y del distrito de Brčko de Bosnia y Herzegovina de conformidad con el artículo 27 y el artículo 449 del Código de Procedimiento Criminal de Bosnia y Herzegovina”. Por otra parte, en relación con la Corte del Estado de Bosnia y Herzegovina, en el Anexo A establece: “Con uso de los criterios establecidos, la Corte de ByH revisará la complejidad de los casos de oficio o a propuesta de las partes o de los abogados de la defensa, a fin de decidir sobre si *transferir* o asumir un caso de conformidad con el CPC de Bosnia y Herzegovina” (negrita añadida). Ibidem.

54 *National War Crimes Prosecution Strategy of Bosnia and Herzegovina. Op. cit.*, pp. 11-12.

tanto, estos casos requieren una transferencia formal de la jurisdicción con el fin de ser tratados por las jurisdicciones de nivel inferior. Ahora bien, la ley que regula este mecanismo (artículo 27 del Código de Procedimiento Criminal de ByH (CPC)) no exige el uso de criterios de selección en las decisiones de transferencia, sino que simplemente refiere a la existencia de “razones de peso” para la transferencia del caso, que ha dado lugar a una aplicación muy escasa e ineficiente del mecanismo de transferencia, debido a las diversas interpretaciones posibles de este estándar jurídico.⁵⁵ En consecuencia, el documento Estrategia ha previsto que la ley en cuestión debe ser modificada “con trámite urgente” a fin de establecer un mecanismo más eficiente para la transferencia de los casos menos complejos a las jurisdicciones de menor nivel. Este mecanismo prevé que los criterios de selección sean tenidos en cuenta por la Fiscalía en el momento de someter a la Corte de ByH propuestas de transferencia de casos, y por la Corte en sus decisiones sobre el punto.⁵⁶

Por otra parte, el Anexo A indica que los criterios deben ser aplicados en todos los actos relativos a casos, *asumidos* por la jurisdicción del Estado, que fueron presentados antes de marzo de 2003, y que, por lo tanto, actualmente se encuentran bajo la jurisdicción de los tribunales de las entidades y de distrito.⁵⁷ La Fiscalía de ByH ha evaluado la sensibilidad de algunos de esos casos y, consiguientemente, ha propuesto a la Corte del Estado que asumiera aquéllos considerados “altamente sensibles”. Ahora bien, dado que la ley aplicable en la materia (artículo 449, párrafo 2 del CPC de ByH) no requiere que las fiscalías y los tribunales del país informen sobre los casos pendientes en sus jurisdicciones, existe el riesgo de que muchos de esos casos sean altamente sensibles y que, sin embargo, la Corte del Estado no pueda hacerse cargo de ellos *ex officio*, debido a la falta de suficiente información. De hecho, en octubre de 2008 existían 1.216 casos pendientes en esas jurisdicciones, pero la Fiscalía del Estado sólo había presentado 161 solicitudes para que la Corte del Estado asumiera el caso.⁵⁸ Por esa razón, el documento denominado Estrategia estableció que las fiscalías y los tribunales debían enviar inmediatamente a la Corte del Estado un informe sobre el número y la complejidad de los casos pendientes ante ellos, a fin de que ella pudiera decidir si los asumiría.⁵⁹

Por lo tanto, el Anexo A se diferencia de los Criterios de Orientación en cuanto introduce que los criterios de selección sean considerados en los diferentes ámbitos en los que está involucrada la distribución de los casos y, en particular, en cuanto amplía la aplicación de esos criterios a los jueces y no sólo a los fiscales. Por lo tanto, de acuerdo con el Anexo A:

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 12-13.

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 12-13.

⁵⁷ *Ib idem*, p. 14.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ La Estrategia ordenó un procedimiento de urgencia para modificar el derecho aplicable para admitir el uso de criterios en relación con el procedimiento de asunción de casos, tanto en la decisión de la Corte del Estado sobre la asunción del caso, como en las propuestas al respecto presentadas a la Corte por la Fiscalía del Estado, así como por otras fiscalías y tribunales en el país. *Ibidem*.

*Mediante el uso de los criterios establecidos, la Corte de ByH revisará la complejidad de los casos ex officio o a propuesta de las partes o de los abogados de la defensa, a fin de emitir la decisión sobre la transferencia o la asunción de un caso de conformidad con el CPC de ByH. Al presentar la moción ante la Corte para la transferencia o la asunción de un caso, la Fiscalía de ByH usará los mismos criterios. Además, todos los tribunales y fiscalías, usando estos criterios, presentarán mociones ante la Corte de ByH sobre la asunción de casos de conformidad con el artículo 449 del CPC ByH.*⁶⁰

En segundo lugar, la adopción del Anexo A parece que ha sido considerada necesaria para enfatizar la importancia de los criterios de asignación de prioridad de los casos dentro de la Fiscalía. De hecho, en contraste con los Criterios de Orientación (que sólo se refieren a la asignación de prioridad de los casos en su último párrafo), la Estrategia otorga un papel central a la asignación de prioridad de casos como una función de los criterios contenidos en el Anexo A. Por lo tanto, como se mencionó anteriormente, la Estrategia identifica la prioridad de la persecución de los autores más responsables como uno de sus objetivos principales y señala los criterios como el principal mecanismo para lograr ese propósito. Además, el Anexo A establece explícitamente que “[l]a Fiscalía del Estado de ByH aplicará esos criterios para determinar el nivel de prioridad de los casos con base en el cual se determinará el orden en que serán perseguidos los casos ante la Corte de ByH”.⁶¹

Ahora bien, a pesar de haber otorgado un papel central a la asignación de prioridad de los casos como una función de los criterios, ni la Estrategia Nacional en general, ni el Anexo A en particular avanzan mucho en distinguir las diferentes formas en que deben aplicarse los criterios a fin de cumplir sus dos funciones de seleccionar y priorizar casos. De hecho, la única referencia del Anexo A, a la interpretación o aplicación de los criterios es la siguiente:

Si el caso reúne los criterios abajo indicados en términos de la gravedad del delito y la capacidad y el rol del autor, ya sea por separado o en su interconexión, y teniendo en cuenta otras circunstancias, el procedimiento será tramitado ante la Corte de ByH. De lo contrario, el caso será juzgado ante otro tribunal en ByH con arreglo a las disposiciones legales sobre jurisdicción, transferencia y asunción de casos.

Por lo tanto, el Anexo A indica que los criterios deben ser interpretados como un umbral a partir del cual debería ser seleccionado un caso para su persecución ante la Corte del Estado en aplicación de los criterios. Sin embargo, no dice nada sobre la forma en que dichos criterios deben ser interpretados a fin de cumplir con

⁶⁰ “Annex A”. En: *National War Crimes Prosecution Strategy of Bosnia and Herzegovina*. Op. cit., pp. 1-2.

⁶¹ *Ibidem*, p. 1.

la tarea de asignar prioridad a los casos dentro de esa jurisdicción. En particular, así como los Criterios de Orientación y las Directrices de Persecución antes mencionados, el Anexo A no sugiere una posible jerarquía de los criterios que pudiera permitir determinar cuáles de ellos son más relevantes para establecer la prioridad de un caso que cumpla con alguno de esos criterios, pero no con otros, y la interpretación del umbral de los criterios no es de mucha ayuda para este propósito.

Otra limitación del Anexo A, relativa a la función de los criterios de asignación de prioridad de los casos, es que sólo se refiere a esta función en relación con la Fiscalía del Estado, ignorando así la posible utilidad de los criterios de prioridad en el nivel de las jurisdicciones de las entidades y de distrito. Estas jurisdicciones también se encuentran muy abrumadas por los casos y podría ser de gran beneficio contar con un método de asignación de prioridad claro y definido, cuya aplicación podría ser unificada estableciendo parámetros coherentes en la práctica de la jurisdicción estatal.

En *tercer* lugar, los creadores de la Estrategia Nacional parecen haber considerado importante establecer mecanismos para garantizar su aplicación efectiva y unificada y, en particular, dar a los jueces la función de supervisar dicha aplicación. De hecho, la Estrategia establece que “[l]a Corte y la Fiscalía de ByH tendrán reuniones periódicas destinadas a asegurar una aplicación coherente de los criterios acordados”.⁶² Además, en contraste con los Criterios de Orientación (que otorgaron un papel central a la Fiscalía en relación con la aplicación de criterios), la Estrategia indica a la Corte de ByH como el órgano responsable de asegurar la aplicación coherente de los criterios del Anexo A”.⁶³

En conclusión, el Anexo A de la Estrategia Nacional sobre Crímenes de Guerra constituye un avance significativo en la formulación de criterios para seleccionar y priorizar casos en ByH. Esto es así no sólo o no principalmente porque formula una lista de criterios más concisa y precisa que aquélla contenida en los Criterios de Orientación, sino también y sobre todo porque amplía el alcance y los propósitos de los criterios en él contenidos, particularmente exigiendo su uso en todas las esferas y por todas las autoridades preocupadas en la selección de casos, insistiendo en la importancia de su uso para priorizar casos dentro de la jurisdicción estatal y previendo mecanismos para supervisar su aplicación efectiva.

El Anexo A enfrenta todavía algunas limitaciones relacionadas con la forma en que han de ponerse en práctica los criterios, en particular sobre el rol de estos criterios como herramientas para priorizar casos. Además, aún está por verse si los avances del Anexo A serán suficientes para que los criterios de selección y asignación de prioridad contribuyan sustancialmente a la difícil tarea de evacuar la gran acumulación de casos de crímenes internacionales centrales que existen en ByH. Sea como fuere, lo cierto es que estos avances constituyen una importante contribución

62 *National War Crimes Prosecution Strategy of Bosnia and Herzegovina*. Op. cit., p.14.

63 *Ibidem*, p. 40.

a la discusión sobre los criterios de selección y asignación de prioridad, no sólo en ByH, sino también en otras jurisdicciones internacionales y territoriales.

3. Criterios en las Directrices para la Presentación de Cargos de la Fiscalía de Bosnia y Herzegovina

A pesar de la importancia y utilidad de los Criterios de Orientación y del Anexo A de la Estrategia sobre Crímenes de Guerra, parece que la Fiscalía de ByH consideró necesario desarrollar criterios de selección y asignación de prioridad de casos más allá de los contenidos en esos documentos. En su carta de renuncia al cargo de Secretario, David Schwendiman escribió que él y sus colegas habían “*dado inicio a lo que [él] espera que será un esfuerzo significativo para desarrollar directrices de persecución y criterios de selección de casos*”.⁶⁴ Adjuntó a la carta un documento que contenía “*las directrices de persecución recomendadas para la presentación de cargos, alegatos, declaraciones de culpabilidad o no culpabilidad, inmunidades e investigaciones*” y las describió como “*directrices esenciales que debe tener toda oficina de persecución bien administrada*”.⁶⁵

Este documento, oficialmente titulado “Directrices de Persecución”, es un trabajo en progreso que desde 2007 fue continuamente desarrollado por el Departamento Especial sobre Crímenes de Guerra de la Fiscalía de Bosnia y Herzegovina como base para sus estrategias de persecución.⁶⁶ En su versión inicial, el documento incluye una primera sección sobre directrices para las decisiones de la Fiscalía sobre presentación de cargos, que, entre otras cosas,⁶⁷ se refería al “*Test del interés público en casos de crímenes de guerra*” como una etapa en el proceso de persecución en la que la determinación depende de si en el caso deben presentarse cargos o no.⁶⁸ Este test se compone de un conjunto de factores a ser considerados por la Fiscalía, que parecían destinados a operar como criterios de selección y asignación de prioridad para establecer en qué casos deben presentarse cargos, y en cuáles se lo debe hacer primero.

64 Carta titulada “Registrar for the Special Department for War Crimes and the Special Department for Organized Crime, Economic Crime and Corruption; Notice of my resignation and report” enviada por David Schwendiman al Fiscal General Marinko Jurčević, Fiscalía de Bosnia y Herzegovina, el 28 de septiembre de 2007, p. 6 (citada aquí con autorización del autor del trabajo enviada a través del correo electrónico del 22 de noviembre de 2007).

65 *Ibidem*, p. 3.

66 SCHWENDIMAN, David. *Prosecution Guidelines*. Departamento Especial sobre Crímenes de Guerra de la Fiscalía de Bosnia y Herzegovina. La primera versión del documento fue enviada a uno de los autores de este trabajo vía mensaje de correo electrónico el 6 de noviembre de 2007. La versión más reciente del documento, de febrero de 2009, fue entregada personalmente a los autores por David Schwendiman el 10 de octubre de 2009 en Srebrenica, Bosnia y Herzegovina. El documento se menciona aquí con el permiso de su autor a través del correo electrónico del 22 de noviembre 2007.

67 DEPARTAMENTO ESPECIAL SOBRE CRÍMENES DE GUERRA DE LA FISCALÍA DE BOSNIA Y HERZEGOVINA. *Prosecution Guidelines*. 1. *Charging*, primera versión, noviembre de 2007. *Op. cit.* Aparte del test del interés público, el documento también se refiere a los principios y estándares para presentar cargos, a las pautas para determinar qué cargos presentar, a los criterios para establecer una sospecha fundada y a los estándares para las acusaciones y declaraciones de culpabilidad.

68 *Ibidem*, sección 1.7, pp. 9-10.

De acuerdo con la versión original del documento, su contenido se encontraba “a disposición del público para comentarios y críticas”.⁶⁹ En consecuencia, la Fiscalía recibió un aporte sustancial de las organizaciones internacionales y de los individuos sobre el documento en general y sobre los criterios incluidos en el mismo en particular.⁷⁰ Con base en ese aporte, el Departamento Especial sobre Crímenes de Guerra de la Fiscalía actualizó las Directrices; uno de los cambios más significativos fue incluir una sección totalmente nueva, titulada “Asignación de Prioridad”, explícitamente dedicada a la tarea de la Fiscalía de clasificar los casos de crímenes de guerra a fin de determinar cuál debe perseguirse en primer lugar.⁷¹ La sección se compone esencialmente de una lista de criterios para asignar prioridad que se corresponde de manera significativa con una versión modificada de los criterios contenidos originariamente en la sección sobre presentación de cargos, que, por consiguiente, fueron quitados de esta última sección.⁷²

A pesar de que para el momento en que se escribe este trabajo la Fiscalía del Estado de ByH no adoptó formalmente las Directrices de Persecución como un instrumento jurídico, su análisis es muy relevante para identificar las contribuciones que hace a la discusión sobre los criterios de selección y asignación de prioridad más allá de los documentos tratados en los dos apartados anteriores. En efecto, la inclusión de criterios de este tipo en las Directrices normalmente sugeriría que el Departamento sobre Crímenes de Guerra de la Fiscalía no considera que los Criterios de Orientación o los criterios contenidos en el Anexo A de la Estrategia sobre Crímenes de Guerra son adecuados o suficientes para cumplir con las tareas de la Fiscalía en relación con la selección de casos y la asignación de prioridad.

Esta consideración puede basarse en una preocupación particular de la Fiscalía del Estado por mantenerse independiente e inmune a las posibles influencias de la forma en que deben seleccionarse y priorizarse los casos. Por lo tanto, Schwendiman ha recomendado enérgicamente al Fiscal General de ByH “*resistir cualquier esfuerzo hecho por cualquiera, OSCE [Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa – Misión en Bosnia y Herzegovina], HJPC [Alto Consejo Judicial y de Persecución de Bosnia y Herzegovina], la Corte del Estado o cualquier otra persona, para determinar cuáles deben ser sus criterios para la selección de casos*”.⁷³ En su opinión,

69 *Ibidem*, p. 1.

70 El documento titulado *Some Remarks on the Handling of the Backlog of Core International Crimes Case Files in Bosnia and Herzegovina*, escrito por Morten Bergsmo, Kjetil Helvig, Ilia Utmelidze y Gorana Žagovec fue una contribución para la actualización general del documento sobre presentación de cargos y la reformulación de sus criterios.

71 DEPARTAMENTO ESPECIAL SOBRE CRÍMENES DE GUERRA DE LA FISCALÍA DE BOSNIA Y HERZEGOVINA. *Prosecution Guidelines. 5. Prioritization*, última versión de febrero de 2009. *Op. cit.*

72 En la nueva versión de la sección sobre presentación de cargos, en el lugar donde fueron originariamente formulados los criterios ahora se lee: “**1.6. Test del interés público en casos de crímenes de guerra**”. Véase: *Special Department for War Crimes, Prosecution Guidelines. 5. Prioritization, DRAFT, 09 Feb 09*. DEPARTAMENTO ESPECIAL SOBRE CRÍMENES DE GUERRA DE LA FISCALÍA DE BOSNIA Y HERZEGOVINA. *Prosecution Guidelines. 1. Charging*, versión de febrero de 2009. *Op. cit.*, p. 10.

73 “Registrar for the Special Department for War Crimes and the Special Department for Organized Crime, Economic Crime and Corruption; Notice of my resignation and report”. En: *Op. cit.*, p. 7.

*La selección de casos y la decisión de a quién, qué y si se debe investigar y perseguir, para bien o para mal, está en el corazón de la independencia del fiscal, y son conceptos nucleares en los mejores sistemas de justicia criminal. La Corte no debe estar autorizada a interferir en estas tareas centrales. Tampoco deben estar autorizadas otras instituciones, incluyendo la prensa, las asociaciones de víctimas o políticas. La independencia tanto de la Fiscalía como del poder judicial no es simplemente una aspiración, es esencial y debe protegerse.*⁷⁴

La preocupación de Schwendiman es genuina, y la idea de formular criterios específicos en las Directrices internas de la Fiscalía para responder a las realidades prácticas del trabajo de investigación y persecución es totalmente razonable y normal. Sin embargo, para que esta idea tenga resultados prácticos y gane aceptación pública, la necesidad de criterios adicionales, aparte de los incluidos en los Criterios de Orientación y en el Anexo A, así como la relación entre dichos criterios y los presentados por la Fiscalía, debe explicarse, y de ser posible, esta explicación y los criterios actuales de la Fiscalía deben ser sometidos a un debate público antes de su adopción.⁷⁵

De acuerdo con Schwendiman, los criterios de la Fiscalía están destinados a ser articulados con un:

*Análisis demográfico del conflicto para gestionar una forma más significativa y sistemática de seleccionar los casos que deben ser investigados y perseguidos. Todos los casos de crímenes de guerra son importantes, pero por diversas razones, cada una de las cuales hemos discutido en uno u otro momento, algunos deben ser hechos [perseguidos] antes que otros y algunos necesitan una atención más inmediata que otros. Algunos probablemente nunca serán hechos [perseguidos]. En lo que hemos estado trabajando es en una forma de identificar cuáles son ellos y evitar los costos de oportunidad que se derivan de simplemente tomar los más fáciles.*⁷⁶

Así, en opinión de Schwendiman, el conjunto de criterios del documento sobre presentación de cargos puede reducir el análisis demográfico del conflicto

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ Por ejemplo, esto es lo que hizo la Fiscalía de la CPI antes de adoptar su *Documento sobre políticas*: hizo circular ampliamente un proyecto para que se hicieran comentarios y realizó dos días de audiencias públicas en el Palacio de la Paz de La Haya sobre el proyecto de *Reglamento* de la Fiscalía. Ambos documentos eran de alta calidad y el fiscal se apartó de una posición de fuerza. A pesar de que la Fiscalía de ByH abrió a comentarios la versión original de las Directrices, su discusión podría ampliarse. Por otra parte, la versión más reciente de las Directrices no parece estar abierta a comentarios y críticas, aunque cambió significativamente la lista de criterios de asignación de prioridad.

⁷⁶ "Registrar for the Special Department for War Crimes and the Special Department for Organized Crime, Economic Crime and Corruption; Notice of my resignation and report". *Op. cit.*, p. 7. [Nota de los traductores: sobre la traducción de "low hanging fruit" véase nuestra nota al final de la nota al pie 6]

a “listas manejables”,⁷⁷ como un “medio de hacer operativo el análisis demográfico”⁷⁸. Mediante su aplicación sería posible “designar casos en todo Bosnia y Herzegovina que merezcan una atención cercana y temprana”.⁷⁹ Esto sugiere, entonces, que desde el punto de vista de la Fiscalía de ByH los criterios específicos para seleccionar un caso y asignarle prioridad son necesarios a fin de articular sus actividades de investigación con sus decisiones sobre en qué casos se han de presentar cargos y en cuáles se lo hace primero. En particular, estos criterios deben complementar y ser sensibles al llamado análisis demográfico asumido por esa oficina para trazar los patrones de violaciones seleccionadas en ByH entre 1992 y 1995.

Para lograr estos objetivos específicos, la versión original y la más reciente de las Directrices de Persecución incorporaron diferentes grupos de criterios, previstos para operar de manera un tanto distinta. Como mencionamos anteriormente, en la primera versión del documento los criterios fueron incluidos en la sección de las Directrices referida a la presentación de cargos como factores dirigidos a informar la decisión sobre presentar cargos o no en un determinado caso. De acuerdo con las Directrices, esta decisión debía tener lugar sólo respecto de los casos en los que ya se había considerado que existían “sospechas fundadas” -es decir, pruebas suficientes y admisibles que sugiriesen que una condena probablemente tendrá lugar y sobrevivirá la apelación.⁸⁰ Además, la decisión debería ser tomada aplicando el “Test del interés público”, a través del cual los casos en los que se presentarán cargos podrían ser seleccionados no sólo con base en la prueba disponible, sino también en su importancia desde el punto de vista del interés público.⁸¹

Por lo tanto, los criterios incluidos en la sección sobre presentación de cargos de las Directrices de Persecución tenían el propósito de hacer un test operativo de este tipo, indicando los elementos que deben tenerse en cuenta para determinar si la persecución de un caso era de interés público. Esto parece significar que los criterios debían funcionar como una lista de control de los requisitos necesarios para la selección de los casos para presentar cargos y por lo tanto como un umbral más característico de los criterios de selección. Sin embargo, en varias partes, el documento sobre presentación de cargos alude a los criterios en el sentido de que cumplían fundamentalmente una función de asignación de prioridad, consistente en la identificación de los casos en los que se debían presentar cargos primero, a pesar de que no establece una jerarquía clara entre esos criterios.

77 *Ibidem*, p. 7.

78 “Selecting war crimes cases for investigation and prosecution: avoiding the opportunity costs of picking low hanging fruit”. *Op. cit.*, p. 8.

79 “Registrar for the Special Department for War Crimes and the Special Department for Organized Crime, Economic Crime and Corruption; Notice of my resignation and report”. *Op. cit.*, p. 7.

80 Departamento Especial sobre Crímenes de Guerra de la Fiscalía de Bosnia y Herzegovina. “Prosecution Guidelines. 1. Charging”, primera versión de noviembre de 2007. *Op. cit.*, sección 1.5, pp. 7-8.

81 *Ibidem*, sección 1.7., pp. 9-10.

La versión original de las Directrices de Persecución proporcionó tres grupos de criterios en su sección sobre presentación de cargos: (a) “Factores relacionados con el acusado propuesto”; (b) “Factores relacionados con las circunstancias y el impacto del crimen cuando fue cometido”, y (c) “Factores relacionados con el impacto del caso sobre las víctimas y las comunidades afectadas”.⁸²

Con relación al grupo (a), el documento señala que “[s]e priorizará la presentación de cargos contra personas que estuvieron en posición de ordenar, permitir o crear las condiciones necesarias para la conducta, o que estuvieron en posición de prevenirla y conscientemente eligieron no hacerlo, y aquéllas en posición de autoridad o influencia que participaron directamente en los mismos acontecimientos”.⁸³ Esta formulación era muy amplia. Bien podría abarcar la mayoría de las formas de responsabilidad aplicables en los casos de crímenes internacionales centrales y, como tal, no está claro cuán útil podría ser para un proceso de selección de casos.⁸⁴ Sin embargo, el documento proporcionó una elaboración adicional, que de alguna manera especificó el alcance de los criterios:

Personas de todas las partes del conflicto que planearon y ordenaron las operaciones, o hicieron posible que ocurrieran, las que pusieron en marcha los acontecimientos que condujeron a la catástrofe, y las que simplemente formaron el escuadrón que hizo el trabajo sucio, los soldados rasos de la catástrofe, todos deberían ser candidatos para la persecución penal. En la medida que puedan comprometerse recursos para hacerlo posible, ellos deberían responder ante un tribunal, siempre que puedan ser identificados, siempre que haya prueba obtenida legalmente que pueda ser utilizada en un tribunal de Bosnia y Herzegovina que sea suficientemente fuerte como para conducir a una condena, y siempre que puede garantizarse una oportunidad justa [fair] para defenderse de manera que los resultados sean creíbles y sean respetados como creíbles en Bosnia y Herzegovina, en la región y en el mundo.

Sin embargo, con el fin de conservar los recursos y garantizar que pueda ser alcanzado el mayor número de los que deberían ser considerados responsables a través de la imposición de sanciones penales, debe darse prioridad a la persecución de aquéllos que ejercieron la mayor influencia y ocuparon o ejercieron la mayor autoridad en relación con los crímenes que, según sugieren las pruebas, fueron cometidos”.⁸⁵

82 Departamento Especial sobre Crímenes de Guerra de la Fiscalía de Bosnia y Herzegovina, “Prosecution Guidelines. 1. Charging”, primera versión de noviembre de 2007, *op. cit.*, sección 1.5, pp. 9-10.

83 *Ibidem*, p. 9.

84 Véase: BERGSMO, M., HELVIG, K., UTMELIDZE, I. y ŽAGOVEC, G. *Some Remarks on the Handling of the Backlog of Core International Crimes Cases in Bosnia and Herzegovina*. *Op. cit.*

85 DEPARTAMENTO ESPECIAL SOBRE CRÍMENES DE GUERRA DE LA FISCALÍA DE BOSNIA Y HERZEGOVINA. *Prosecution Guidelines. 1. Charging*, primera versión de noviembre de 2007. *Op. cit.*, sección 1.5, pp. 9-10 (negrita agregada).

De esta manera, el primer grupo parecía referirse a la jerarquía o al nivel de responsabilidad del sospechoso principalmente como un criterio de asignación de prioridad. Ahora bien, como hemos visto en las secciones anteriores A y B, este criterio ya está cubierto por los Criterios de Orientación y el Anexo A, a la Estrategia de Crímenes de Guerra como un grupo de criterios expreso, y está destinado a servir tanto a propósitos de selección como de asignación de prioridad. Por lo tanto, a pesar de que es un criterio perfectamente razonable, cuyos méritos materiales no necesitan ser debatidos, no es del todo claro por qué la Fiscalía consideró necesario incluirlo nuevamente en el documento Presentación de Cargos.

Por otra parte, Schwendiman parece matizar la importancia de la jerarquía como un criterio de asignación de prioridad al hacer la siguiente observación:

*En la práctica, a veces puede ser necesario por razones tácticas o estratégicas **perseguir casos más simples o pequeños** contra los autores de nivel más bajo antes de asumir los casos contra los líderes de más alto nivel. Éste puede ser el caso, por ejemplo, en el que el juicio de los delincuentes de nivel más bajo es necesario para aclarar la extensión precisa del crimen base. También puede ser necesario a fin de poner a los posibles testigos, en particular a los testigos de adentro [insider witnesses], en condiciones de declarar una vez condenado o después de declararse culpable. **Estas excepciones deberían ser hechas siempre por razones tácticas justificables, necesarias para perseguir a aquéllos con mayor responsabilidad.** Debe entenderse que la prioridad que se asigna a los delincuentes de más alto nivel de ninguna manera inviste a una persona con el derecho a no ser investigado o juzgado hasta que todos sus superiores hayan sido perseguidos.*⁸⁶

Aunque el argumento es convincente, la admisión de este tipo de excepciones es muy peligrosa cuando se está tratando con grandes cantidades de casos y escasos recursos, ya que puede ser ampliamente utilizada para ignorar o reducir la importancia de los criterios establecidos y, por lo tanto, para transformar la selección y la asignación de prioridad principalmente en actividades discrecionales que conducen a resultados insatisfactorios. Desde luego, Schwendiman es muy conciente de este hecho, tanto por sus años de experiencia y su conocimiento directo de la cartera del TPIY, que, como veremos más adelante, durante mucho tiempo se caracterizó por un elevado número de casos demandantes de recursos contra autores de nivel bajo. Copiar al TPIY en este aspecto, puede conducir a un fracaso de los procesos por crímenes de guerra en ByH.

En cuanto al grupo (b), el documento afirma que “*al decidir cuál de los asuntos atender y en qué orden, el peso debería ser puesto en aquellos casos en los que los crí-*

⁸⁶ “Selecting war crimes cases for investigation and prosecution: avoiding the opportunity costs of picking low hanging fruit”. *Op. cit.*, p. 8. (negrita agregada).

menes hayan ocasionado mayor impacto en las regiones o comunidades donde fueron cometidos”.⁸⁷ Este es un criterio de asignación de prioridad completamente nuevo, cuya naturaleza exacta es a primera vista difícil de determinar. ¿Cómo se puede medir el impacto de los crímenes de guerra en las comunidades? ¿Qué criterios se utilizan para este tipo de ejercicio? Schwendiman menciona un ejemplo de análisis del impacto:

*En el este de Bosnia y Herzegovina, por ejemplo, la conducta que resultó en la reducción de la población musulmana del municipio de Visegrad entre abril y julio de 1992 de 60% a casi cero tendrá, en conexión con la consideración del nivel de responsabilidad de las personas implicadas, un gran peso en la determinación de qué asuntos y qué personas deberían ser identificadas para su investigación y persecución por el Departamento Especial sobre Crímenes de Guerra.*⁸⁸

El Documento Presentación de Cargos proporcionó algunas orientaciones más acerca de cómo llevar a la práctica este grupo de criterios:

*Esta determinación se basará en gran medida en un análisis demográfico creíble del conflicto, incluyendo evaluaciones motivadas y bien informadas sobre el número de civiles muertos confirmados, el número de desplazados internos y el impacto porcentual en la región desde la cual fueron desplazados y sobre el número, tamaño y naturaleza de los campos en una región o comunidad. Las cuestiones de origen étnico por supuesto también están en juego, debido a la naturaleza del conflicto y a los elementos de dos de los crímenes más importantes que probablemente serán imputados, esto es, genocidio (artículo 171 del Código penal de Bosnia y Herzegovina (CP) y crímenes contra la humanidad (artículo 173 del CP). El análisis demográfico del conflicto es la forma más objetiva e imparcial a disposición de la Fiscalía para elegir qué casos deben ser investigados primero.*⁸⁹

Podemos ver, entonces, que aquí es donde los criterios se encuentran con el análisis demográfico en que Schwendiman insistía al destacar la necesidad de que la Fiscalía del Estado formule criterios. Por lo tanto, la inclusión de este conjunto de criterios podría ser un elemento clave para entender el objetivo de la Fiscalía al formular sus propios criterios, como una herramienta necesaria para conectar su análisis demográfico del conflicto con la selección y la asignación de prioridad. El análisis demográfico está destinado a proveer el mapa del lugar donde los presuntos

87 DEPARTAMENTO ESPECIAL SOBRE CRÍMENES DE GUERRA DE LA FISCALÍA DE BOSNIA Y HERZEGOVINA. *Prosecution Guidelines*. 1. *Charging*, primera versión de noviembre de 2007. *Op. cit.*, sección 1.5, p. 10.

88 “Selecting war crimes cases for investigation and prosecution: avoiding the opportunity costs of picking low hanging fruit”. *Op. cit.*, p. 10.

89 DEPARTAMENTO ESPECIAL SOBRE CRÍMENES DE GUERRA DE LA FISCALÍA DE BOSNIA Y HERZEGOVINA. *Prosecution Guidelines*. 1. *Charging*, primera versión de noviembre de 2007. *Op. cit.*, sección 1.5, p. 10.

crímenes tuvieron el mayor impacto sobre las comunidades y regiones. El impacto de los crímenes en las comunidades puede ser otra forma de describir la victimización causada por los presuntos crímenes y no sólo el desplazamiento. Los crímenes más graves normalmente causan los impactos más graves en las comunidades. Asignar prioridad a los casos que causaron una victimización más grave parecería encontrar una aceptación mayor en el público, en la medida que es otra manera de formular la consideración fundamental de gravedad, aquí con referencia a la gravedad de la presunta conducta en sí misma.

Sin embargo, el grupo (b) hizo más que reformular el criterio de la gravedad. Al decir que los presuntos delitos que causaron mayor impacto en las comunidades deberían tener prioridad, el criterio sugiere que las comunidades más afectadas deberían, hablando en términos relativos, ver más persecuciones de crímenes. Esto implica una propuesta implícita de representación: debería haber una relación de representación entre los crímenes cometidos o la victimización, por un lado, y los crímenes a los que se les asignó prioridad para la persecución o el alcance de las persecuciones, por el otro. En otras palabras, la persecución de crímenes de guerra debería reflejar el grado de victimización causada por los crímenes. Si se lo entiende correctamente, esta característica del grupo (b) es muy importante y sus posibles implicancias serán discutidas ulteriormente en las conclusiones de este trabajo.

Evidentemente, la aplicación de esta característica del grupo (b) es específica del contexto, en el sentido que requiere de un análisis previo del tipo, de las características específicas y de los resultados más importantes del conflicto en cuestión para determinar a qué crímenes y formas de victimización se debería dar prioridad. Las cuatro evaluaciones sobre cuya base el análisis demográfico de la Fiscalía del Estado de ByH fundamenta su mapa del impacto en la comunidad parecen corroborar la importancia de la especificación del contexto. Estas evaluaciones son las siguientes: (i) civiles muertos confirmados, (ii) número de desplazados internos y el impacto porcentual en la región, (iii) el número, tamaño y naturaleza de los campos, y (iv) cuestiones de la etnicidad. Tal vez con la excepción del primer factor (que es un elemento importante de evaluación en cualquier contexto), los otros tres parecen ser específicos de los conflictos de Bosnia. De hecho, las evaluaciones (ii) y (iii) dan especial importancia a dos de los muchos crímenes internacionales centrales cometidos en el conflicto, probablemente debido a la magnitud de las víctimas y a su especial impacto en determinadas regiones y/o en determinadas poblaciones. Además, la evaluación (iii) está basada presumiblemente en el reconocimiento de que los centros de detención vieron una suma de diferentes crímenes durante 1992-1995, no sólo detenciones ilegales. Por último, la evaluación (iv) se refiere explícitamente a la naturaleza étnica de los conflictos de Bosnia.

A efectos de justificar adecuadamente el uso de esta característica del grupo (b), la selección de sus componentes, y en particular de los crímenes específicos dentro de un amplio catálogo de crímenes internacionales centrales cometidos en

ByH, debería ser explicada con profundidad, a fin de evitar críticas de parcialidad o arbitrariedad que en gran medida podrían debilitar la selección de casos y la asignación de prioridad realizada por la Fiscalía. Además, a fin de evaluar la aplicabilidad y utilidad de este nuevo grupo de criterios en otras jurisdicciones nacionales, debería advertirse que el contenido específico de tales criterios necesariamente variará dependiendo de las características y los resultados de cada conflicto en particular, lo que haría posible determinar y justificar qué crímenes deberían recibir una consideración especial en términos de representatividad.

Por último, en cuanto al grupo (c), el documento Presentación de Cargos observó: *“se tendrán en consideración los casos que involucren episodios o autores cuando los resultados probablemente tendrán el mayor impacto sobre una comunidad, una región o la nación en su conjunto”*.⁹⁰ Aquí la perspectiva es prospectiva. El criterio requiere una evaluación del probable impacto que tendrá la justicia penal sobre crímenes o sospechosos en una comunidad amplia o estrecha. Este criterio aporta una nueva calidad a los criterios de selección de casos y apela al sentido común, aunque al mismo tiempo es motivo de preocupación. ¿Cómo se puede hacer de manera fiable el tipo de predicciones requeridas por el criterio? ¿Son necesarios criterios adicionales para garantizar que las predicciones sean lo más objetivas o consistentes posibles? ¿Estos criterios adicionales implican una visión de la justicia que está más orientada a las víctimas, de modo que responde a las necesidades y expectativas de las víctimas y no sólo se ocupa de administrar justicia penal mediante un juicio justo? ¿Cuáles serían las implicancias de este punto de vista? Si este conjunto de criterios fuera a aplicarse en Bosnia y Herzegovina o inspirara a otras jurisdicciones, sería útil abordar adecuadamente estas cuestiones también con el fin de evitar las críticas relacionadas con la parcialidad.

En resumen, el documento Presentación de Cargos puso sobre la mesa tres criterios para asignar prioridad a los casos en la Fiscalía del Estado: (a) la gravedad en cuanto al nivel de responsabilidad de los sospechosos, que no añadieron mucha sustancia a los Criterios de Orientación y al Anexo A de la Estrategia de Crímenes de Guerra; (b) el impacto en la comunidad de las persecuciones basado en evaluaciones centradas en crímenes seleccionados y algunos datos cuantitativos relacionados con los crímenes, que ofrecieron un enfoque representativo importante y novedoso; (c) el impacto en la comunidad de las persecuciones, que también ofrecieron elementos novedosos que no estaban presentes en los Criterios de Orientación y en el Anexo A, pero que implicaron desafíos en la implementación. Los tres criterios eran razonables y parecieron haber sido cuidadosamente considerados. Además, la introducción de los dos últimos nuevos criterios sugiere que la Fiscalía consideró necesario contar con determinados criterios para asignar prioridad a casos dentro de esa oficina más allá de aquéllos contenidos en los Criterios de Orientación y en

⁹⁰ *Ibidem*.

el Anexo A, y sobre todo que estos criterios deberían estar vinculados con su análisis demográfico de los conflictos.

Estas consideraciones parecen ser confirmadas por la versión más reciente de las Directrices de Persecución, que, como se ha mencionado, introducen una nueva sección dedicada específicamente a la asignación de prioridad de casos que incluye versiones modificadas de los grupos de criterios que figuraban anteriormente en la sección sobre presentación de cargos, así como otros criterios adicionales.⁹¹ De acuerdo con la sección sobre asignación de prioridad de las Directrices, los criterios en ella contenidos están destinados “a evitar cualquier apariencia de que la asignación de prioridad de los asuntos es arbitraria o discriminatoria, algo que puede afectar negativamente la confianza en la Fiscalía y el sistema penal en su conjunto”.⁹² Con este objetivo explícito en la mente, la sección sobre asignación de prioridad parece dar un paso adelante respecto a los documentos anteriores sobre criterios que, hasta ahora, han sido desarrollados en ByH, ya que reconoce que la asignación de prioridad de casos exige que los criterios se apliquen de una manera particular, que difiere de la utilizada para la selección de casos, y que se corresponde con las características específicas de la tarea de persecución. En efecto, el documento sobre asignación de prioridad afirma que con el propósito de asignar prioridad a los casos,

*es importante contar con un conjunto de criterios razonables defendibles compuesto principalmente de factores a considerar, en lugar de tests que deban ser aplicados, para evaluar la información y las pruebas desarrolladas a partir del análisis, de la revisión de los expedientes existentes, y de la investigación adicional para tomar una decisión razonada en cuanto a si un asunto debe ser tratado más bien antes que después.
[...]*

Y agrega:

Los siguientes criterios deben ser usados por el fiscal para decidir prioridades de investigación y persecución. Estos criterios son sólo directrices generales para gestionar la subjetividad en la selección de qué asuntos serán tratados y en qué orden. Deberían ser utilizados como un conjunto progresivo de filtros a través del cual los hechos son tamizados. Son imperfectos porque los asuntos que tienen que ser revisados son muy variados y únicos. No obstante, el fiscal debe considerarlos al tomar cualquier decisión de investigar o perseguir.⁹³

91 DEPARTAMENTO ESPECIAL SOBRE CRÍMENES DE GUERRA DE LA FISCALÍA DE BOSNIA Y HERZEGOVINA. *Prosecution Guidelines. 5. Prioritization*, versión de febrero de 2009, *Op. cit.*

92 *Ibidem*, p. 3.

93 *Ibidem*, pp. 3-4.

De esta manera, el documento sobre asignación de prioridad claramente se aleja de la tendencia de formular criterios de selección y asignación de prioridad en una única lista y de no distinguir entre las diferentes formas en que estos criterios deberían aplicarse para llevar a cabo cada una de esas funciones. En efecto, el documento establece que los criterios en él contenidos sólo servirán al propósito de asignar prioridad a los casos, y que ello debería llevarse a cabo mediante la aplicación de criterios en articulación con las actividades de investigación, revisión de expedientes, y valoración de la prueba. Además, el documento especifica que la tarea de asignar prioridad a los casos requiere que los criterios operen de una manera particular, que no debe consistir en un test -o una lista de control o umbral en la terminología que hemos estado utilizando a lo largo de este trabajo- por medio del cual se evalúa si los casos cumplen todos los criterios o elementos, sino más bien en un sistema progresivo de filtrado a través del cual los casos son evaluados con base en criterios aplicados en diferentes momentos para ir filtrando gradualmente los casos en estudio.

La sección sobre asignación de prioridad de la versión más reciente de las Directrices de Persecución formula cuatro grupos principales de criterios: (i) “*gravedad*”, (ii) “*interés público*”, (iii) “*viabilidad*” del caso, y (iv) “*capacidad*” de persecución.

El primer grupo hace referencia a la gravedad [gravity] concebida principalmente en términos de “la naturaleza y gravedad [seriousness] de los hechos que fueron cometidos en relación con las situaciones y los acontecimientos que dieron origen a la actividad criminal durante la guerra”.⁹⁴ Sin embargo, también contempla la situación y el papel del autor como uno de los factores de gravedad, al indicar que forma “parte de la ‘gravedad añadida’ el cálculo dirigido a informar más precisamente el proceso de decisión de cuándo las cosas serán hechas”.⁹⁵ Por lo tanto, el documento sobre asignación de prioridad vuelve a introducir la gravedad de los

⁹⁴ Ibidem, p. 4. El documento sobre asignación de prioridad identifica los dos criterios siguientes como los componentes principales del grupo de los crímenes graves: (i) “*Asesinato en masa*”, “medido tanto por el número de víctimas como por (...) el impacto del acontecimiento en las comunidades afectadas” (la cursiva en la última cita está en el original). (ii) “*Violencia programática contra personas, incluida violencia sexual y violación programática, tortura, asesinato, desplazamiento forzoso, traslado de personas, detención, y violencia programática contra la y robo de propiedad de importancia cultural, religiosa o social*”, cuyo carácter programático se puede determinar por “el número de actores involucrados, junto con los medios, métodos y recursos utilizados por los actores”, “[l]a escala y el nivel de la organización implicada” y “[l]a improbabilidad de ocurrencia al azar de los actos relacionados con la violencia”, así como por “[f]actores adicionales”, tales como “un plan o política, explícito o implícito, subyacentes a la violencia, la naturaleza de la violencia, patrones de violencia identificables y los resultados de la violencia”. Ibidem, pp 4-6 (negrita agregada).

⁹⁵ Ibidem, p. 7. El factor relativo al status y rol del autor, que es referido como la “parte ‘añadida’ del cálculo de la ‘gravedad añadida’”, distingue entre las siguientes categorías de autores: (i) “*Organizadores*”, que son “quienes organizaron, planearon y ordenaron las operaciones” y “en general (...) quienes estaban en posición de ordenar, permitir o crear las condiciones necesarias para que ocurrieran los acontecimientos, o quienes se encontraban en posición de prevenirlos y conscientemente eligieron no hacerlo, quienes tenían el deber de hacerlo, pero no castigaron la conducta contraria al derecho internacional cometida en conexión con los acontecimientos como es exigido una vez que se toma conocimiento, y quienes, en posición de autoridad o influencia, participaron directamente en los acontecimientos y cometieron actos por sí mismos”. (ii) “*Ejecutores*”, es decir, los que pusieron en marcha los acontecimientos que condujeron a los actos culpables, mayormente actuando de acuerdo con instrucciones, directivas o de acuerdo con planes que les eran comunicados de una manera u otra por los organizadores. (iii) “*Soldados rasos*”, que corresponde a aquellos que “cometieron los actos de crueldad individuales”. Ibidem, pp. 7-8.

crímenes como un grupo de criterios, lo que había sido excluido del documento Presentación de Cargos contenido en la primera versión de la Estrategia de Persecución, aunque estaba presente tanto en los Criterios de Orientación como en el Anexo A. Ahora bien, a diferencia de estos dos últimos documentos, no lo incluye como un grupo separado de aquél del estatus y rol de los autores. En lugar de ello, el documento incorpora el último criterio como un factor de gravedad relevante, aunque subordinado, que debe ser considerado sólo en caso de que los otros factores de gravedad no sean suficientes para concluir que un caso debería ser priorizado. Por ello, el documento se refiere al estatus y rol de los autores como un criterio “añadido” en el grupo de la gravedad, que establece “filtros adicionales” “destinados a *filtrar ulteriormente* cómo deberían ser clasificados los actores para su atención”. 96

En consecuencia, el documento de Asignación de Prioridad establece una jerarquía entre los criterios referentes a la naturaleza y gravedad de los crímenes y los criterios referentes al estatus y rol del autor, que permiten a la Fiscalía clasificar los casos en función de su prioridad para ser perseguidos, en primer lugar, con base en la gravedad de los crímenes y, sólo si esto no es suficiente, con base en el estatus y rol de los autores. Además, el documento también establece una clara jerarquía entre los criterios que componen el grupo de la gravedad,⁹⁷ por un lado, y entre los elementos que componen el factor de gravedad “añadido” del estatus y rol del autor,⁹⁸ por el otro, lo que permite clasificar casos también *dentro* cada uno de estos grupos de factores. Al hacer ello, el documento representa un avance con respecto a los tres documentos previos sobre criterios desarrollados en ByH en lo concerniente a la puesta en práctica de criterios de asignación de prioridad. De hecho, no se limita a reconocer la necesidad de aplicar los criterios de asignación de prioridad de una manera particular, sino que también establece un mecanismo concreto a través

96 *Ibidem*, p. 7.

97 Dentro del grupo de criterios de la gravedad de los crímenes, el documento sobre asignación de prioridad establece que el asesinato en masa es “*el más grave de los actos cometidos durante la guerra*” y constituye “*el presunto punto de partida para decidir cuándo los asuntos serán investigados y perseguidos por el Departamento Especial sobre Crímenes de Guerra*” (la cursiva en la última cita está en el original). Luego, el documento señala que la violencia programática “*es otro presunto punto de partida para decidir qué va a hacer el Departamento Especial sobre Crímenes de Guerra con sus recursos y cuándo*”. Sin embargo, posteriormente establece que: “*la violencia programática también puede consistir en actos diferentes del asesinato y asesinato en masa (...), pero los acontecimientos deben ser analizados en su conjunto y después del asesinato deben ser filtrados en el siguiente orden general: (...) [i] Violencia infligida sobre un grupo, definido por nacionalidad, etnia, raza o religión, que incluye la imposición de condiciones de vida destinadas a provocar la destrucción física del grupo, en todo o en parte, así como la imposición de medidas destinadas a impedir nacimientos dentro de ese grupo, traslados forzados de niños de un grupo a otro, causación de graves daños físicos y mentales a los miembros de un grupo, todos con el objetivo de destruir al grupo, en su totalidad o en parte; [ii] Desaparición forzada; [iii] Violencia sexual, incluyendo violación; [iv] Detención (prisión, grave privación de la libertad física), tortura, esclavitud, trato inhumano; [v] Desplazamiento forzado y traslado de poblaciones*”. En consecuencia, el documento clasifica los crímenes en función de su gravedad en el siguiente orden: asesinato en masa, violencia programática que conduce a asesinatos en masa o asesinatos, otras formas de violencia programática. Y luego establece una jerarquía entre los últimos actos (de [i] a [v] en la cita recién hecha). *Ibidem*, pp. 4-7.

98 En efecto, el documento sobre asignación de prioridad especifica que los autores que se considera que han actuado como organizadores “son presuntos candidatos a una atención prioritaria”, que “[l]os ejecutores también son presuntos candidatos de atención, pero en menor grado que los organizadores” (cursivas en el original) y que los soldados rasos “son los más bajos en prioridad, a menos que su comportamiento haya sido generalizado, ocurrido en grandes áreas geográficas, a lo largo de prolongados periodos de tiempo o involucrado actos de naturaleza tan violenta y cruel que tuvieron y tal vez siguen teniendo un efecto sobre las comunidades en general. *Ibidem*, pp. 7-8.

del cual estos criterios pueden ser efectivamente aplicados de esa manera. Dicho mecanismo consiste en el establecimiento de jerarquías entre diferentes conjuntos de criterios, así como dentro de los grupos de criterios, lo cual facilita la clasificación de los casos sobre la base de su prioridad.

Un avance ulterior realizado con la formulación de este primer grupo en el documento sobre asignación de prioridad consiste en el hecho de que es capaz de agrupar criterios de gravedad por medio de factores de manera más amplia y al mismo tiempo más precisos, lo que hace posible clasificar los criterios distanciándolos de las particularidades de los crímenes concretos y basarlos en categorías más amplias aplicables a diferentes tipos de casos.

El segundo grupo de criterios, denominado “interés público”, incluye seis subgrupos de criterios: (i) “*Impacto geográfico y temporal*”;⁹⁹ (ii) “*Impacto en la comunidad*”;¹⁰⁰ (iii) “*Impacto en [la probabilidad de] regreso*”;¹⁰¹ (iv) “*Impacto en [la posibilidad de] localización, recuperación y reunificación de los restos*”;¹⁰² (v) “*Impacto en el gobierno*”;¹⁰³ (vi) “*Impacto sobre el avance o el desarrollo del derecho internacional humanitario*”.¹⁰⁴ Por lo tanto, este grupo de criterios clasifica los casos de interés público en función de los diferentes tipos de impacto que pueden tener y que parecen justificar su priorización, incluso si no cumplen con los criterios de gravedad.

Si se usa este grupo amplio, el documento sobre asignación de prioridad se funde en una sola categoría, los grupos (a) y (b) de los criterios contenidos en la sección sobre presentación de cargos de la primera versión de la Estrategia de Persecución, que se refieren, respectivamente, al impacto regional y comunitario del crimen al momento de su comisión y al impacto que su investigación y persecución pueda tener sobre las comunidades. De hecho, algunos de los criterios contenidos en el documento sobre asignación de prioridad se refieren al impacto de los acontecimientos y actos cuando fueron cometidos (en particular, los criterios (i) y (ii)), y otros al posible impacto de la investigación y persecución de dichos acontecimientos y actos (criterios (iii) a (vi)). De esta manera, este segundo grupo de criterios

99 El cual se refiere a: “[l]os acontecimientos y actos que afectaron una amplia área geográfica (...) y tuvieron lugar por días u horas” y que, por lo tanto, “probablemente han resultado en un daño mayor durante la guerra”. *Ibidem*, p. 8.

100 El cual se refiere a: “[l]os acontecimiento y actos que tuvieron un impacto significativo en las comunidades afectadas (...); actos de tal crueldad y violencia sostenidas como para afectar a largo plazo la salud psíquica o física de un gran número de personas involucradas en un acontecimiento o situación”. *Ibidem*, p. 9.

101 El documento se refiere a la probabilidad de que los resultados de las “[i]nvestigaciones y persecuciones de acontecimientos y actos” “promuevan de manera significativa el o creen una probabilidad razonable de regreso”. *Ibidem*, p. 9.

102 El documento se refiere a la probabilidad de que los resultados de las “[i]nvestigaciones y persecuciones de los actos o acontecimientos” “conduzcan a la localización, recuperación y reunificación de los restos y a la identificación y repatriación de los desaparecidos”. *Ibidem*, pp. 9-10.

103 El documento se refiere a la probabilidad de que las “[i]nvestigaciones y persecuciones de los acontecimientos (...) puedan resultar en la remoción o suspensión de los individuos que ocupan posiciones actuales de autoridad o de gobierno (...) y con respecto a quienes la prueba sugiere que son penalmente responsables de la conducta de ellos durante la guerra”. *Ibidem*, p.10.

104 Con respecto a este criterio, el documento establece: “Las investigaciones y persecuciones deben llevarse a cabo con miras a desarrollar una jurisprudencia de crímenes de guerra en Bosnia y Herzegovina que sea compatible con principios establecidos del derecho internacional humanitario, tanto convencional como consuetudinario. También deben conducirse teniendo en mente el avance y desarrollo del derecho internacional humanitario”. *Ibidem*, p. 10.

no es original, ya que se basa en los criterios que ya figuran en el documento Presentación de Cargos. Sin embargo, constituye un avance con respecto a este último documento, dado que formula estos criterios de una manera más amplia y aún más precisa, identificando el elemento común entre los diferentes criterios del grupo (su posible impacto en las comunidades), pero también distinguiendo los criterios en función de los diferentes tipos de impacto que producen.

Al reconocer los nuevos criterios introducidos por el documento Presentación de Cargos, el documento sobre asignación de prioridad hace suya la aparente preocupación del primer documento respecto a la relación entre el análisis demográfico de la Fiscalía y los criterios de asignación de prioridad. Sin embargo, al hacerlo, el documento no hace grandes progresos para superar los problemas que enfrenta la formulación de esos nuevos criterios, que fueron mencionados más arriba (la necesidad de justificar el uso de criterios que señalan el grado de victimización o de representatividad como una característica importante de la asignación de prioridad, así como las dificultades de predecir el impacto de la justicia penal y de la utilización de criterios orientados a las víctimas).

Por otra parte, el segundo grupo no es tan claro como el primero en establecer una jerarquía entre los criterios en él contenidos. En efecto, se refiere a la prioridad con respecto a cada uno de esos criterios. Sin embargo, la forma en que formula esas referencias sugiere que una jerarquía existe y funciona en un orden descendente, siendo el primer criterio el más alto en la clasificación. Así, el documento establece que los acontecimientos correspondientes a los criterios (i) y (ii) son *“presuntos candidatos a una atención prioritaria”*, que los acontecimientos correspondientes a los criterios (iii) a (v) *“deberían ser considerados candidatos a una atención prioritaria”* y que el criterio (vi) *“[a]unque no es un factor determinante”* implica que *“las investigaciones y las persecuciones que ofrecen oportunidades para el avance y desarrollo del derecho internacional humanitario deben ser considerados candidatos a una atención prioritaria”*.¹⁰⁵

El tercer grupo de criterios incluidos en el documento sobre asignación de prioridad se refiere a *“La viabilidad”*, concebida como la necesidad de *“determinar si es probable que al final un acontecimiento dará lugar a persecuciones viables”*.¹⁰⁶ Según el documento, la aplicación de este grupo define *“si recursos adicionales (...) deben ser invertidos en la investigación de un asunto que es un candidato a una atención prioritaria”*.¹⁰⁷ Además, incluye como factores relevantes para tal propósito: la existencia de posibles acusados y testigos que estén vivos y disponibles; la probabilidad de que en el momento del juicio haya suficiente prueba *“para apoyar una condena penal que resistirá una apelación razonable”*; la existencia de *“teorías jurídicas ade-*

¹⁰⁵ *Ibidem*, pp. 8-10.

¹⁰⁶ *Ibidem*, pp. 10-11.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 10.

cuadas para sustentar persecuciones exitosas".¹⁰⁸ De esta manera, los criterios dentro de este grupo parecen funcionar como un umbral o test, ya que sólo si todos estos criterios se cumplen, un caso puede ser considerado viable.

Como puede verse, la inclusión de las condiciones necesarias para que un caso sea considerado viable desde el punto de vista de la persecución penal como un grupo de criterios de asignación de prioridad es nueva en el debate sobre criterios en ByH. De hecho, ninguno de los documentos previamente examinados se ha referido a la viabilidad como un criterio de selección o de asignación de prioridad, sino que han puesto de relieve la importancia de asegurar la viabilidad del caso para la estrategia de persecución. Además, este grupo de criterios parece ser jerárquicamente superior al primero y segundo, a pesar de que su aplicación depende de que previamente se superen los filtros impuestos por estos grupos. En efecto, según el documento sobre asignación de prioridad "[a] menos que un asunto probablemente produzca persecuciones viables debería dejarse de lado a favor de otros asuntos que sí lo harán".¹⁰⁹ Esto implica que aunque la gravedad y el interés público parecen ser condiciones necesarias para que un caso sea candidato a ser considerado prioritario por la Fiscalía, dicho caso en realidad sólo debería ser considerado prioritario si cumple los criterios de viabilidad. En otras palabras, la satisfacción de los dos últimos grupos de criterios es una condición necesaria, pero no suficiente para la prioridad y, a la inversa, la satisfacción del grupo de la viabilidad es una condición suficiente, pero no necesaria para la prioridad.

Asegurar que los casos seleccionados para una persecución prioritaria sean viables constituye un objetivo clave para cualquier estrategia de persecución exitosa, y en especial para hacer frente adecuadamente al problema de una gran acumulación de casos. Sin embargo, no parece del todo exacto o conveniente tratar la viabilidad del caso como un criterio de asignación de prioridad. Por un lado, la viabilidad es tan vital para la estrategia de persecución en general y para el objetivo de hacer frente al número de casos pendientes en particular, que su restricción a la tarea concreta de asignar prioridad a los casos no parece del todo apropiada. Por otro lado, al establecer la viabilidad como un criterio suficiente para asignar prioridad al caso, sin el cual un caso que cumple los criterios de gravedad e interés público no debería considerarse prioritario, se corre el riesgo de convertir a estos otros criterios en completamente irrelevantes, ya que su aplicación siempre puede ser soslayada por argumentos que indiquen la satisfacción insuficiente de los factores de viabilidad. Esto es aún más problemático, ya que con respecto a muchos de estos factores (suficiencia considerable de pruebas y existencia de teoría legal) la determinación de si se han cumplido es una cuestión de interpretación y, por lo tanto, puede ser sometida a lecturas subjetivas e incluso arbitrarias, destinadas a convertir a los otros criterios de asignación de prioridad en inaplicables. Esto no quiere decir que la viabilidad

¹⁰⁸ *Ibidem*, pp. 10-11.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 11.

no sea importante, sino, al contrario, que su importancia fundamental sugiere que debería ser una parte central de la estrategia de persecución en lugar de un simple criterio de asignación de prioridad, y también que no debería utilizarse para bloquear el funcionamiento de otros criterios de asignación de prioridad.

El cuarto y último grupo de criterios se refiere a la “*Capacidad*”, entendida como la existencia de “*recursos disponibles en el Departamento Especial sobre Crímenes de Guerra*” para perseguir los casos prioritarios.¹¹⁰ El grupo incluye como factores que deben ser evaluados para determinar si se cumple con este criterio: un “[*n*] *úmero suficiente de personal*” con “*conocimientos, habilidades y destrezas suficientes y apropiadas*”, un “*espacio e instalaciones suficientes*”, una “*capacidad de protección de testigos suficiente y apropiada*” y un “[*e*] *fectivo apoyo a los testigos*”.¹¹¹ De acuerdo con el documento, “[*a*] *l decidir si un asunto debe recibir atención prioritaria el Departamento Especial sobre Crímenes de Guerra debe hacer una evaluación cuidadosa de los recursos disponibles*”.¹¹² Por lo tanto, aun cuando el documento sobre asignación de prioridad lo pone en términos menos explícitos que en el caso de la viabilidad, parece que el factor de la capacidad también constituye una condición suficiente (pero no necesaria) para que un caso reciba una atención prioritaria, en el sentido de que un caso considerado prioritario desde el punto de vista de los criterios de gravedad e interés público, e incluso de los criterios de viabilidad, posiblemente no pueda ser perseguido de manera prioritaria si no hay suficientes recursos para ello en función de los criterios de capacidad.

Casi todas las consideraciones realizadas en relación con los criterios de viabilidad se aplican también aquí. En efecto, la existencia de capacidad para perseguir, definida en términos de recursos suficientes y apropiados, constituye un asunto fundamental adicional para las agencias de persecución, no sólo desde el punto de vista de la estrategia, sino también, en un nivel más básico, por su funcionamiento real y su producción de resultados. Como tal, la necesidad de garantizar la existencia de capacidad suficiente y apropiada no debería limitarse a una cuestión de asignar prioridad al caso. Además, el uso de la capacidad como criterio de asignación de prioridad puede ser problemático, sobre todo si se le da un estatus jerárquico superior al de los otros criterios existentes, ya que puede ser fácilmente manipulada como mecanismo para bloquear el funcionamiento de otros criterios, y por lo tanto para hacer arbitrarias decisiones sobre asignación de prioridad.

En resumen, la sección sobre asignación de prioridad de la versión más reciente de las Directrices de Persecución incorpora cuatro grupos de criterios de asignación de prioridad de casos: (i) la gravedad [*gravity*], entendida principalmente en términos de la naturaleza y gravedad [*seriousness*] de los crímenes, pero incluyendo un factor complementario relacionado con el estatus y el rol de los autores; (ii) el interés público, concebido tanto en función del impacto de los crímenes en el

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ *Ibidem*, pp. 11-12.

¹¹² *Ibidem*, p. 11.

momento en que tienen lugar como del impacto de las persecuciones; (iii) la viabilidad del caso, entendida como la probabilidad de que los casos priorizados den lugar a persecuciones factibles; y (iv) la capacidad de persecución, concebida en función del carácter suficiente y apropiado de los recursos para perseguir los casos priorizados. Los dos primeros grupos no introducen criterios nuevos con respecto a los documentos anteriores sobre criterios desarrollados en ByH, sino que más bien reorientan el enfoque y formulan las categorías en términos más amplios y/o precisos. De este modo, estos criterios refuerzan la opinión de la Fiscalía en cuanto a que ellos son necesarios para cumplir con sus tareas específicas. Sin embargo, algunas cuestiones relativas a la conveniencia y el funcionamiento de estos criterios, especialmente de aquéllos contenidos en el grupo del interés público, siguen sin respuesta. Por el contrario, los dos últimos grupos son nuevos en la discusión sobre criterios de selección y asignación de prioridad, pese a que se refieren a temas centrales para las agencias de persecución de todo el mundo. De hecho, la cuestión principal que surge de estos nuevos grupos es precisamente si deberían ser incorporados en los criterios de asignación de prioridad o si, en lugar de ello, deberían seguir siendo tratados como elementos clave de la más amplia estrategia de persecución.

Las Directrices de Persecución son el documento más reciente en Bosnia y Herzegovina que formula criterios de selección y asignación de prioridad de casos. Ellas ponen de manifiesto que el debate sobre esta cuestión se ha desarrollado de una manera bastante completa y sofisticada, lo que representa un progreso significativo hacia el objetivo de establecer criterios adecuados y aplicables para seleccionar y priorizar casos de manera imparcial y transparente en ese país, así como una contribución clave a la discusión sobre criterios en otras jurisdicciones territoriales e internacionales. El estado de la discusión sobre criterios en algunas de estas últimas jurisdicciones será analizado a continuación.

III. Contribuciones de las jurisdicciones penales internacionales a la formulación de criterios de selección y prioridad

La cuestión de la selección de casos y criterios de asignación de prioridad no sólo es importante para las jurisdicciones nacionales. Por naturaleza, los tribunales penales internacionales sólo pueden ocuparse de un puñado de casos, dado que o bien son establecidos por un periodo limitado de tiempo (como es el caso de tribunales con jurisdicción *ad hoc* para una específica situación) o tienen jurisdicción subsidiaria sobre crímenes internacionales centrales (como es el caso de la recientemente establecida Corte Penal Internacional). En este sentido, estos tribunales deben necesariamente seleccionar unos pocos casos de un universo inmenso (atrocidades cometidas a escala masiva y sistemática en una situación de conflicto armado o autoritarismo, por un lado; atrocidades cometidas a lo largo y ancho de todo el mundo, por el otro) y luego decidir cuál juzgar primero. Y ellos deben hacer eso con la consciencia de que su eficacia y legitimidad serán en gran parte evaluadas por los resultados que dichos casos producen.

Como fue mencionado en la introducción, para las jurisdicciones penales internacionales la cuestión de la selección de casos puede ser más apremiante y problemática que la de la asignación de prioridad; mientras que lo contrario puede decirse de las jurisdicciones territoriales. En efecto, dado que uno de los rasgos característicos es su incapacidad o inidoneidad para procesar la mayoría de los casos sobre los que tienen competencia potencial, la selección de casos no sólo constituye una de sus tareas más relevantes, sino también probablemente la que determine en mayor medida el impacto que ellos tendrán en términos de la lucha contra la impunidad. Sin embargo, la asignación de prioridad de casos también es bastante importante para los tribunales penales internacionales, dado que la larga duración de sus procesos junto con la ansiedad pública por obtener resultados pueden hacer que la evaluación de su desempeño se funde principalmente en los primeros casos que deciden.

A pesar de la importancia crucial de la selección y asignación de prioridad en la actividad de estos tribunales, los criterios para regular esas tareas no recibieron mucha atención en las discusiones para el establecimiento de los primeros tribunales penales internacionales contemporáneos, a saber el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR). En lugar de ello, la necesidad de formular y emplear tales criterios ha sido principalmente satisfecha en la práctica de esos tribunales, generando así en muchas ocasiones soluciones tardías –aunque interesantes– a los problemas de seleccionar los casos más importantes y decidir cuál de ellos perseguir primero. Por el contrario,

desarrollos más recientes de justicia penal internacional, particularmente el establecimiento de la Corte Penal Internacional (CPI), han reconocido la importancia decisiva de la selección y asignación de prioridad de casos y han contribuido a situar la cuestión de los criterios en el centro de las discusiones actuales y de las formulaciones legales.

En lo que sigue serán discutidos los criterios para la selección y asignación de prioridad de casos que han sido formulados y adoptados primero por el TPIY y después por la CPI. Estos tribunales ejemplifican los dos caminos diferentes en que —como recién mencionamos— fueron establecidos los criterios en los desarrollos recientes de justicia penal internacional: a través de la práctica judicial en el caso del TPIY, y durante el establecimiento del mismo tribunal en el caso de la CPI. Además, ambos tribunales son importantes por las contribuciones particularmente relevantes que pueden hacer a la discusión sobre la selección de casos y criterios de asignación de prioridad. Por un lado, la práctica del TPIY conduce al reconocimiento de la urgente necesidad de desarrollar criterios y a los primeros avances de tal desarrollo en la arena internacional. Por otro lado, el estatuto y la práctica de la CPI han reconocido la importancia de los criterios y han hecho contribuciones importantes en términos de su formulación y aplicación.

1. Criterios en el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

El TPIY, establecido por el Consejo de Seguridad de la ONU en 1993, fue la primera experiencia de justicia penal internacional después de la Guerra Fría,¹¹³ y fue seguido por un *boom* de tribunales internacionales y mixtos en diferentes partes del mundo.¹¹⁴ A pesar de que el TPIY fue creado como una jurisdicción temporaria, lo que hacía prácticamente imposible perseguir a todos los autores de atrocidades cometidas en las guerras en la antigua Yugoslavia, el Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIY no contienen ninguna referencia a la selección de casos o a criterios de asignación de prioridad. En lugar de ello, la versión inicial del Estatuto preveía un mandato bastante amplio para el Tribunal, consistente en la persecución y enjuiciamiento de “*personas responsables por graves violaciones de derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia entre*

113 Antes de la Guerra Fría, tuvieron lugar avances muy importantes en pos de la consolidación de la justicia penal internacional; y los más importantes de ellos fueron el establecimiento de los tribunales *ad hoc* de Núremberg y Tokio para perseguir y juzgar a los autores de atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, estos progresos y la tendencia por establecer tribunales penales internacionales tuvieron una parálisis durante la Guerra Fría. Ellos fueron renovados al final de los años ochenta con la aprobación de nuevos tratados (como la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes) que contenían casos internacionales centrales y mecanismos para dar eficacia a la lucha contra la impunidad (como la extradición y la jurisdicción universal). En los años noventa, estos avances y tendencias se aceleraron significativamente con la creación de tribunales *ad hoc* o tribunales híbridos (el primero fue el TPIY, seguido por el TPIR) y con el establecimiento de la CPI.

114 Además del TPIR, estos tribunales incluyen a las cortes especiales para Sierra Leona, el Líbano, Camboya y Timor Oriental.

el 1 de enero de 1991 y la fecha a ser determinada por el Consejo de Seguridad luego de la restauración de la paz”.¹¹⁵

Este mandato no sugiere la existencia de ningún criterio de selección. En efecto, no distingue los casos en términos de nivel jerárquico o de responsabilidad de los autores, o en términos de nivel de gravedad de las violaciones. Según Claudia Angermeier, aun cuando algunos han sostenido –en particular, el primer presidente del TPIY, Antonio Cassese– que una limitación de la jurisdicción del Tribunal podía ser inferida de la referencia a “graves” violaciones del derecho penal internacional

*Podría decirse que el proceso de redacción sugiere que hubo una elección deliberada de no limitar el mandato jurisdiccional a los líderes: al establecer el Tribunal, el Consejo de Seguridad no siguió el único ejemplo anterior de un tribunal internacional, el Tribunal de Núremberg, que tenía una clara división de competencias, a saber que sólo el enjuiciamiento de los principales criminales de guerra habían de ser conducidos frente al Tribunal de Núremberg y que los criminales de guerra menores debían ser perseguidos por otros tribunales*¹¹⁶

Como Angermeier señala, el hecho de que el Estatuto del TPIY no hizo una referencia explícita a una limitación de la jurisdicción o competencia del Tribunal muestra que, a diferencia del Tribunal de Núremberg, el TPIY fue concebido originalmente como un tribunal con una amplia competencia sobre todos los autores y crímenes. Lo mismo puede concluirse comparando el Estatuto del TPIY con el de tribunales más recientes, como la Corte Especial para Sierra Leona o las Salas Extraordinarias en Camboya, que respectivamente se refieren a “*personas que cargan con la mayor responsabilidad*” y “*líderes de jerarquía (...) que fueron los mayormente responsables por los crímenes (...)*”.¹¹⁷

De este modo, cuando comenzaron los procedimientos del TPIY no había restricciones en cuanto a los casos que el Tribunal debería elegir para investigar, perseguir y juzgar, ni había criterios para decidir cuál perseguir primero. En consecuencia, en la fase inicial del TPIY los casos eran seleccionados principalmente con base en la prueba disponible y el interés de los fiscales ante el TPIY en casos par-

115 CONSEJO DE SEGURIDAD DE LA ONU *Resolución Nro. 827*. “Establishing an International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia”, S.C. res. 827, 48 U.N. SCOR at U.N. Doc. S/RES/827 (1992). Desde su aprobación, el Estatuto fue modificado por las resoluciones 1166 de 13 de mayo de 1998, 1329 de 30 de noviembre de 2000, 1411 de 17 de mayo de 2002, 1431 de 14 agosto de 2002, 1481 de 19 mayo de 2003, 1597 de 20 abril de 2005, 1660 de 28 de febrero de 2006, 1837 de 29 de septiembre de 2008, y 1877 de 7 de julio de 2009.

116 ANGERMAIER, Claudia. “Case selection and prioritization criteria in the work of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”. En BERGSMO, M. (ed.). *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*. Op. cit.. Citando a: JOHNSON, Larry. “Ten Years Later: Reflections on the Drafting”, *Journal of International Criminal Justice* 2, 2004., pp. 368-9.

117 Citado en: *ibidem*.

ticulares.¹¹⁸ Aún más, las primeras acusaciones concernieron a autores de un nivel bastante bajo como los guardias de campo.¹¹⁹

Esto provocó una profunda preocupación entre los jueces del TPIY, quienes pensaban que la Fiscalía ante el TPIY estaba usando una “*aproximación de abajo hacia arriba*” según la cual los autores de bajo nivel deberían ser perseguidos primero, mientras que, en su opinión, el TPIY debería “*tener por objetivo inmediato los líderes políticos y militares u otros comandantes de alto rango*”.¹²⁰ En consecuencia, los jueces decidieron expresar su disconformidad con el enfoque del fiscal tanto en un encuentro que mantuvieron con él como en una declaración pública en la que manifestaron su preocupación acerca de la compatibilidad de la práctica de acusaciones con las expectativas de la comunidad internacional sobre el trabajo del TPIY.¹²¹

El primer fiscal ante el TPIY, Richard Goldstone, se opuso a la intervención de los jueces en los asuntos de la Fiscalía —especialmente, a sus requerimientos de informes sobre el progreso de las investigaciones— y pensó que ello era un atentado contra la independencia del fiscal y que comprometía la imparcialidad de los jueces.¹²² Sin embargo, poco después de las críticas de los jueces, en octubre de 1995, la Fiscalía decidió adoptar formalmente un documento interno, que contenía una lista de “*Criterios para investigaciones y persecuciones*”. Estos criterios fueron concebidos como un conjunto de estándares racionales que deberían permitir a la Fiscalía usar sus recursos de manera más efectiva y cumplir su mandato guiando su decisión acerca de “*si o no iniciar una investigación y/o persecución en un caso particular*”.¹²³

Indudablemente, esta lista de criterios constituye un avance significativo en la cuestión de la selección de casos y asignación de prioridad, porque implica reconocer explícitamente la necesidad urgente de criterios, y porque incluye muchos factores importantes en su mayoría para la selección de casos. Sin embargo, la adopción de una lista no parece haber sido suficiente para garantizar una práctica de selección de casos racional y estratégicamente sensata, porque ella no establece pautas claras para la aplicación de los criterios, y éstos no fueron aplicados consistentemente por los fiscales.

Los criterios de la Fiscalía se dividían en cinco grupos: (a) “*Personas*”, que refiere a “*la posición del autor*”; (b) “*Graves violaciones*”, que alude a la “*naturaleza de la violación*”; (c) “*Consideraciones políticas*”; (d) “*Consideraciones prácticas*”, y (e)

118 BERGSMO, M., HELVIG, K., UTMELIDZE, I. y ŽAGOVEC, G. *Some Remarks on the Handling of the Backlog of Core International Crimes Cases in Bosnia and Herzegovina*. *Op. cit.*

119 ANGERMAIER, Claudia. “Case selection and prioritization criteria in the work of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”. *Op. cit.*

120 CASSESE, Antonio. *Op. cit.*, p. 586. Citado en: *ibidem*.

121 ANGERMAIER, Claudia. “Case selection and prioritization criteria in the work of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”. *Op. cit.*

122 GOLDSTONE, Richard. “A view from the Prosecution”, *Journal of International Criminal Justice* 2, 2004, 380-1. Citado en: *ibidem*.

123 Fiscalía del TPIY, “*Internal Memorandum*”, de 17 de octubre de 1995. Este documento fue puesto a disposición de uno de los autores para su consulta. El trabajo de la Fiscalía del TPIY sobre criterios para la selección de casos y asignación de prioridad involucra al mismo tiempo criterios de selección e intentos por formalizar el proceso de toma de decisión sobre la selección.

“Otras consideraciones”.¹²⁴ Cada grupo tiene una lista completa de factores, que son más un catálogo de consideraciones relevantes que una lista selectiva y enfocada de criterios vinculantes. Ni los grupos de criterios, ni los factores que cada uno contiene fueron clasificados de acuerdo a la importancia. Ellos fueron pensados para ser considerados en conjunto al evaluar los méritos de investigaciones y persecuciones potenciales. Consecuentemente, fueron concebidos más como criterios de selección que como criterios de asignación de prioridad, e incluso así ellos no establecen una base sólida para la selección de casos, pues incluye una mixtura de factores que no permite una clara identificación del umbral para la selección de los casos.

En cuanto al grupo (a),¹²⁵ la lista representa en gran medida una mixtura de factores relevantes sobre el sospechoso (incluida su *“Posición, autoridad real y formal, rol y mala reputación”*), junto con consideraciones prácticas (tal como *“Detención potencial”* y *“Disponibilidad de testigos/de pruebas”*), la consideración política de dirigir el ataque hacia *“blancos”* específicos (tales como miembros de los medios, el gobierno u ONG’s), y consideraciones tácticas de naturaleza probatoria (a saber, *“Viraje potencial del testigo [potential roll-over witness] y probabilidad de prueba de enlace [probability of linkage evidence]”*). La combinación de estos factores hace difícil identificar al grupo con un particular interés, como la gravedad en el sentido de nivel de responsabilidad. De hecho, no es fácil ver qué tienen en común todos los factores del grupo.

En este sentido, esta lista quizás podría ser útil para verificar si alguno de los factores contenidos en ella no está referido explícitamente en los documentos sobre criterios desarrollados en Bosnia y Herzegovina, tal como el conocimiento del sospechoso de los actos cometidos por sus subordinados y el dirigir el ataque sobre determinados sectores (lo que podría ser incluido como un criterio de gravedad), o la existencia de testigos que viran o la probabilidad de prueba de enlace (lo que podría ser incluido en el criterio que refiere a consideraciones prácticas). Sin embargo, parece que los grupos de criterios que se refieren al rol y nivel de responsabilidad del sospechoso en los tres documentos de ByH —el grupo del *“autor”* en los Criterios de Orientación, el grupo referido a la gravedad del nivel de responsabilidad del sospechoso en el documento Presentación de Cargos de la Fiscalía de ByH, y los criterios *“adicionales”* sobre el estatus y rol del autor contenido en el grupo de gravedad de la sección sobre asignación de prioridad de la versión más reciente de las Directrices de Persecución— contienen listas de criterios vinculadas al sospecho más completas y precisas que las del grupo (a) del TPIY.

124 *Ibidem*, pp. 2-4.

125 El grupo (a) - *“Personas”* — enumera los siguientes factores: *“Posición en la jerarquía bajo investigación”*; *“Funcionario político”*; *“Funcionario militar”*; *“Comandante paramilitar”*; *“Nacionalidad”*; *“Rol/Participación en decisiones políticas/estratégicas”*; *“Culpabilidad personal por atrocidades específicas”*; *“Detención potencial”*; y *“Disponibilidad de testigos/pruebas”*. *Ibidem*.

En cuanto al grupo (b),¹²⁶ relacionado con la grave naturaleza de la violación, muchos factores se ocupan de la gravedad de la presunta conducta, tal como el número de víctimas y la duración y repetición del ataque. Sin embargo, no es claro qué significan exactamente algunos factores como “*Naturaleza de la(s) conducta(s)*”, “*Área de destrucción*” y “*Crimen patrón*”. La naturaleza de las conductas puede referir a la gravedad de los crímenes en cuestión. El área de destrucción, junto con la ubicación de los crímenes y la nacionalidad de los autores y las víctimas (también incluidos en la lista como factores), puede ser importante para la consideración de que debería haber “*representatividad*” entre la victimización penal y el ámbito de las persecuciones. Y la referencia a patrones parece sugerir que deberían priorizarse los crímenes cometidos de modo sistemático, de acuerdo con una investigación previa de las tendencias de la victimización del conflicto. Además de estos factores, la lista agrega una nueva consideración táctica: “*Conexión con otros casos*”. Por lo tanto, simplemente reproduce tres factores del grupo (a), esto es, la detención potencial, la disponibilidad de testigos y/o de pruebas y el dirigir el blanco del ataque a los medios, el gobierno y ONG’s.

Los factores incluidos en el grupo (b) parecen referirse a la gravedad de la violación más en términos de su impacto que en términos del tipo de delito que lo constituye. En este sentido, como criterios relacionados con la naturaleza de los crímenes, el primer grupo de los Criterios de Orientación (que se refiere a la naturaleza de los crímenes y parece establecer un orden de gravedad para ellos) y el primer grupo del anexo A de la Estrategia sobre Crímenes de Guerra de ByH (titulado “*Gravedad del crimen*”) son más precisos. Con todo, estos grupos pueden ser enriquecidos con algunos factores incluidos en el grupo de criterios (b) del TPIY, que se refiere a categorías fácticas que son bastante importantes para determinar la gravedad del crimen, tal como el número de víctimas y la duración y repetición de las conductas.

Por otro lado, el énfasis del grupo (b) en el impacto de los crímenes y su referencia a categorías que evocan la noción de representatividad coincide con el segundo grupo de las Directrices de Persecución de ByH, tanto de su primera versión como de la más reciente, sobre “*Factores que se refieren a las circunstancias y el impacto del crimen cuando fue cometido*” y al criterio del “*interés público*”, respectivamente. Esto es digno de poner de resalto porque muestra que hay una profunda preocupación en asegurar que los procesos criminales reflejen el nivel y los tipos de victimización que tuvieron lugar en la situación bajo análisis, preocupación compartida por las fiscalías de ByH y del TPIY.

Ahora, aun cuando todavía necesiten de un desarrollo ulterior y de una justificación adecuada, los criterios usados por la Fiscalía de ByH parecen ser catego-

126 El grupo (b) – “*Violaciones graves*”– incluye los siguientes factores: “*Número de víctimas*”; “*Naturaleza de la(s) conducta(s)*”; “*Área de destrucción*”; “*Duración o repetición del ataque*”; “*Ubicación del crimen*”; “*Conexión con otros casos*”; “*Nacionalidad de los autores/víctimas*”; “*Detención potencial*”; “*Disponibilidad de testigos/pruebas*”; y “*Crimen patrón*”. *Ibidem*.

rías más completas y precisas para tratar con esta cuestión que los ofrecidos por la Fiscalía del TPIY, dado que comprenden más formas de impacto del crimen que parecen relevantes para establecer representatividad, y sin embargo están formulados en términos que indican la idea de impacto de manera más clara y directa. Por esta razón, así como por el hecho de que –como mencionamos antes– los criterios relacionados con el impacto de los crímenes deberían ser seleccionados y aplicados sobre la base de un análisis demográfico previo, es dudoso que los documentos sobre criterios en ByH puedan ganar mucho de la consideración de los criterios del grupo (b) del TPIY.

En cuanto al grupo (c),¹²⁷ referido a “*Consideraciones políticas*”, la lista incluye una serie de factores relacionados con el impacto potencial que las persecuciones y juicios puedan tener sobre la lucha contra la impunidad, tal como la disponibilidad y capacidad de los tribunales nacionales para perseguir al presunto autor y el valor potencial, simbólico o disuasivo de la persecución, la percepción pública del desempeño del TPIY (relacionado con su respuesta inmediata, su funcionamiento y su imparcialidad y equilibrio), y el desarrollo de jurisprudencia internacional en términos de establecimiento de precedente y afirmación de la norma.

Dado que fueron creados con base en la política y estrategia del TPIY, algunos de estos factores pueden no ser directamente aplicables en contextos nacionales como ByH, tal como los referidos al avance de la jurisprudencia internacional. Sin embargo, todos ellos sugieren consideraciones interesantes que podrían servir a los objetivos políticos de jurisdicciones territoriales. Así, por ejemplo, en el nivel territorial, los factores relacionados con la jurisprudencia podrían estar dirigidos a desarrollar jurisprudencia nacional sobre crímenes internacionales centrales que sea consistente con los estándares internacionales sobre la materia, precisamente como lo está el sexto factor del segundo grupo de las Directrices de Persecución de ByH (“*Impacto sobre el progreso o desarrollo del derecho internacional humanitario*”). Por lo tanto, en el nivel territorial, los factores concernientes a la percepción pública podrían ser formulados en términos de exigencias de legitimidad de los tribunales nacionales.

Las consideraciones políticas tienden a ser realidades prácticas en las oficinas de persecución; ellas son hechas simplemente en respuesta a necesidades prácticas en el trabajo de casos. Cuando tales consideraciones son hechas, podría ser útil articularlas y hacerlas públicas en el interés de la transparencia, en tanto y en cuanto las vigencias operacionales lo permitan. Si los factores políticos como los enumerados en el grupo (c) deberían ser incluidos en una lista de criterios para la selección y asignación de prioridad de casos, es otra cuestión.

127 El grupo (c) –“*Consideraciones políticas*”– contiene estos factores: “*Desarrollo de la jurisprudencia internacional*” (“*Acusaciones*” para: “*afianzar normas y preceptos importantes existentes*”, “*construir precedentes*”, “*clarificar y desarrollar el ámbito de las protecciones existentes*”); “*Disponibilidad y capacidad de los tribunales nacionales para perseguir al presunto autor*”; y “*Valor potencial, simbólico o disuasivo de persecución*”. *Ibidem*.

Ninguno de los documentos de ByH sobre selección de casos y criterios de asignación de prioridad contiene una referencia expresa a consideraciones políticas entre los criterios enumerados. Sin embargo, alguno de los criterios incluidos bien podrían ser descritos como consideraciones políticas, tal como el factor de las “*Consecuencias del crimen para la comunidad*” contenido en el grupo “*Otras circunstancias*” del Anexo A de la Estrategia sobre Crímenes de Guerra, y el tercer grupo de la primera versión y de la más reciente de las Directrices de Persecución titulado “*Impacto de la persecución sobre la comunidad*”. En efecto, estos criterios indican que los casos deberían ser seleccionados y priorizados con base en sus potencialidades para producir un amplio y adecuado impacto sobre las comunidades, lo que indudablemente constituye una consideración política importante.

La cuestión que emerge es si agregaría algo etiquetar esos factores como consideraciones o criterios políticos. Existen al menos dos argumentos en contra de ello. Primero, sería menos transparente en cuanto tal etiquetamiento posiblemente no permita una clara identificación de los criterios específicos con base en los cuales los casos son seleccionados; más bien, así quedarían encubiertas muchas posibles categorías bajo la noción menos precisa de consideraciones políticas. Segundo, el término “*política*” es en sí mismo ambiguo y fácilmente puede ser usado como sinónimo de toma de decisión ampliamente discrecional, lo que podría socavar completamente el propósito de establecer criterios. Por consiguiente, las consideraciones políticas deberían ser usadas por los fiscales de crímenes internacionales centrales tanto en el nivel internacional como en el nacional de manera cautelosa, tratando de explicar qué criterios específicos apoyan la categorización en cada caso.

Por su parte, el grupo (d)¹²⁸ se refiere a “*Consideraciones prácticas*”, y contiene factores relacionados con la disponibilidad de recursos, información y prueba, así como a la duración de la investigación, la oportunidad y el impacto sobre otras investigaciones. Por lo tanto, el grupo (d) se refiere a la disponibilidad de recursos del mismo modo que genéricamente lo hacen los Criterios de Orientación de ByH, y como específicamente lo hace la versión más reciente de las Directrices de Persecución de ByH en su cuarto grupo de criterios relacionado con la capacidad de persecución. Como dijimos cuando analizamos el último documento, la disponibilidad de recursos constituye un elemento fundamental de toda estrategia de persecución; sin embargo, es dudoso que deba ser incluido como un criterio para seleccionar y priorizar casos, dado que parece ser un objetivo más general que no está limitado a estas tareas, y dado que podría ser fácilmente interpretado de modo arbitrario para impedir la aplicabilidad de otros criterios.

128 El grupo (d) – “*Consideraciones prácticas*” – contiene estos factores: “*Recursos de investigación disponibles*”; “*Impacto que tendrá la nueva investigación sobre las investigaciones en curso y sobre la preparación de las acusaciones existentes para el juicio*”; “*El tiempo estimado para concluir la investigación*”; “*Oportunidad de la investigación (por ejemplo, el impacto que el inicio de una investigación particular tendrá sobre la capacidad de conducir futuras investigaciones en el país)*”; y “*Probabilidad de detener al presunto autor*”. *Ibidem*.

Por otro lado, el grupo (d) se refiere a otras consideraciones prácticas relacionadas con la disponibilidad de información y pruebas. Como hemos visto, los grupos (a) y (b) de los criterios de la Fiscalía del TPIY contienen factores que constituyen consideraciones prácticas, algunos de los cuales están una vez más reproducidos en este grupo; a saber, detención potencial y completitud de prueba (descrita como disponibilidad de testigos/pruebas en los grupos (a) y (b)). Con el fin de evitar confusión, los factores repetidos deberían ser eliminados, y cada factor debería aparecer solamente en el grupo en que mejor encaja, que, en el caso de los últimos factores, es evidentemente el grupo (d). Además de la completitud de la prueba, el grupo (d) contiene tres consideraciones probatorias y de información adicionales: primero, la existencia de otro trabajo llevado a cabo en relación con el caso, aludiendo a un trabajo de esclarecimiento de los hechos, investigación o persecución, en vistas a beneficiarse de esos esfuerzos; segundo, la disponibilidad de información y prueba exculpatória, que podría tener un efecto negativo sobre la decisión de perseguir; y tercero, la existencia de otras investigaciones de la Fiscalía en la misma área geográfica, lo que podría ser concebido como una consideración probatoria hablando en un sentido amplio.

Estos nuevos factores son bastante importantes para la estrategia de persecución de una jurisdicción que se ocupa de crímenes internacionales, dado que indican la necesidad de tomar en consideración el estado del caso, y especialmente la prontitud para ser perseguido y la probabilidad de generar una acusación y una condena. Estos factores también fueron considerados en dos documentos de ByH: el tercer grupo de los Criterios de Orientación titulado *“Otras consideraciones”*, que incluye cuatro criterios relacionados con la prontitud para proceder (*“Testigos ‘de adentro’ [insider witness] o ‘sospechosos’”*, *“Denuncias relacionadas con hechos que ya han sido objeto de un juicio anterior en el TPIY”*, *“Casos con mucha documentación”* y *“Cuestiones difíciles de derecho”*), y la versión más reciente de la Directrices de Persecución de ByH, cuyo tercer grupo hace referencia a la viabilidad de casos en términos de su potencialidad para producir persecuciones viables e incluye criterios como la disponibilidad de acusados y testigos, suficiencia de la prueba y adecuación de las teorías jurídicas.

La comparación de estos diferentes factores podría ser útil para las fiscalías del TPIY y de ByH, dado que ellas podrían complementar sus listas de consideraciones prácticas relacionadas con la disponibilidad de pruebas e información. Sin embargo, aquí surge otra vez la cuestión de si tales consideraciones deberían ser formuladas como criterios de selección y/o de prioridad, o si, en cambio, ellas deberían ser concebidas como objetivos clave de la estrategia de persecución que no se restringen a la aplicación de criterios y no deberían impedirla. En efecto, dependiendo de la función que se quiera dar a los criterios para la selección y asignación de prioridad de casos, podría sostenerse que los últimos sólo deberían ser considerados después de que se hayan hecho las evaluaciones sobre elementos de cargo y de descargo,

lo que implicaría que las consideraciones probatorias no deberían ser parte de los criterios, sino que deberían ser tenidas en cuenta antes de su aplicación. Tal sería seguramente el caso de los expedientes que ya han sido investigados y que necesitan ser priorizados para su persecución y enjuiciamiento. Sin embargo, para la selección de los casos que realmente serán investigados por una jurisdicción, las consideraciones probatorias podrían ser criterios importantes.

Finalmente, el grupo (d) enumera tres factores temporales, uno de los cuales –el tiempo estimado para concluir la investigación– cae sin dudas dentro de la categoría general “*Prontitud para proceder*”. Los otros dos –impacto sobre las investigaciones en curso y sobre la preparación de las acusaciones existentes para el juicio– apuntan más allá del caso específico y aparentemente no han sido considerados por ninguno de los documentos sobre criterios de ByH. En oposición a los otros componentes del grupo (d), estos factores conciernen al impacto de las persecuciones, y en consecuencia podrían ser útiles para complementar el grupo del interés público de las Directrices de Persecución de ByH, que se refiere al impacto de las persecuciones en muchos aspectos, pero no tanto en relación con otras investigaciones o la estrategia de persecución en su conjunto como estos factores parecen hacer. Otra vez, sin embargo, el uso de criterios relacionados con el impacto de las persecuciones debería ser justificado adecuadamente para garantizar transparencia y evitar las percepciones de arbitrariedad.

El último grupo de criterios concebidos por la Fiscalía del TPIY, el grupo (e),¹²⁹ se refiere a “*Otras consideraciones importantes*”. Ofrece una interesante y bastante novedosa lista de factores, muchos de los cuales son de naturaleza jurídica. Primero, la lista se refiere al “[*delito particular de la ley o partes de él que puedan ser imputadas*”. Esto no explica qué cualidad del delito es relevante como criterio. Podemos especular que podría ser su gravedad, pero también podría referirse a la carga probatoria de los elementos del delito. Segundo, la lista incluye las “*teorías de la presentación de cargos disponibles*” en el caso, como resuenan en el quinto factor que se refiere a cada potencial sospechoso en el caso (“*Teoría de la responsabilidad y marco jurídico de cada potencial sospechoso*”). Este factor podría ser construido, razonablemente, como teorías de la responsabilidad penal, que abarca las formas de responsabilidad aplicables. Nuevamente, no es claro si el factor apunta a la gravedad de las formas de responsabilidad que pueden ser aplicables en el caso, o si su inclusión se basa en las diferencias en la carga probatoria de los elementos legales de las formas de responsabilidad. Por supuesto, como en el factor anterior, una institución o sistema jurídico estaría en libertad de llenar cada uno de los factores con el contenido considerado más importante.

Ni los Criterios de Orientación de ByH, ni el Anexo A de la Estrategia de Crímenes de Guerra contienen factores equivalentes. Por el contrario, el tercer grupo

129 El grupo (e) - “*Otras consideraciones relevantes*” – incluye los siguientes factores: “*Delito particular de la ley o partes de él que puedan ser imputadas*”; “*Las teorías de la presentación de cargos disponibles*”; “*Impedimentos jurídicos potenciales a la persecución*”; y “*Defensas potenciales*”. *Ibidem*.

de criterios contenido en la versión más reciente de las Directrices de Persecución de ByH se refiere a las *“teorías jurídicas adecuadas para respaldar persecuciones exitosas”*, lo que parece abarcar las teorías de la responsabilidad, pero sin especificar cómo debería ser evaluada la adecuación de teorías. Es razonable sugerir que cada factor debería ser definido con más precisión antes de evaluar qué valor, si alguno, podría añadir a la institución o jurisdicción interesada. Presumiblemente, la gravedad es ya un criterio general en los documentos sobre criterios de ByH, y evaluar la carga probatoria que emerge de calificaciones jurídicas alternativas parece ser un procedimiento estándar razonable en una cierta fase de la preparación de casos, sin perjuicio de si hay o no criterios de asignación de prioridad de casos. En nuestra opinión, el único modo en que la carga probatoria de los casos que deriva de las diferentes teorías jurídicas de responsabilidad puede ser concebido como un criterio importante de selección y asignación de prioridad es si esto estaba destinado a identificar los casos basados en un patrón, esto es, casos que podrían demostrar el carácter sistemático de la comisión de un crimen y/o que podrían aclarar las características de la organización criminal y su *modus operandi* más allá del caso particular.

Además de los criterios anteriores, el grupo (e) contiene otros dos factores jurídicos. Por un lado, se incluyen *“impedimentos jurídicos potenciales a la persecución”*. Este factor tiene su equivalente en el factor de *“Cuestiones difíciles de derecho”* contenido en el tercer grupo (*“Otras consideraciones”*) de los Criterios de Orientación de ByH. Por lo tanto, los méritos de este criterio pueden ser controvertidos por razones similares, a saber que las referencias a cuestionamientos de claridad jurídica o interpretación con frecuencia son percibidas como meros substitutos de otras razones que motivan las decisiones de no llevar adelante una investigación o persecución. En efecto, si hay cuestionamientos jurídicos reales, entonces el caso no debería figurar en el grupo de casos a partir del cual debe tener lugar la selección o asignación de prioridad. Por otro lado, la lista también incluye *“defensas potenciales”*. Este factor no aparece en ninguno de los documentos sobre criterios de ByH, pero habrá opiniones discrepantes en cuanto a su idoneidad como un criterio para la selección del caso, dado que los casos con pretensiones bien fundadas de causas de exclusión de la responsabilidad penal no deberían estar en el grupo de casos fuertes que una oficina de persecución debería priorizar.

Por otro lado, el grupo (e) enumera cuatro criterios no jurídicos concernientes al caso y su contexto. Primero, *“la medida en que el crimen base encaja en las investigaciones en curso y la dirección estratégica total”*, que refleja la aspiración esencial a maximizar los efectos del trabajo fáctico de la persecución tomada en su conjunto y a evitar la duplicación de tal trabajo. Esto es importante en procesos por crímenes de guerra donde con frecuencia hay una acumulación de casos extensos, ricos en hechos, que consumen considerables recursos. Recurrir a la misma prueba, por ejemplo, sobre el contexto en que los crímenes ocurren en varios casos, puede significar un ahorro de tiempo y gastos. Este factor es un recordatorio pertinente de

la necesidad de una apropiada estrategia de investigación –o, al menos, de varios planes de investigación coordinados- en las oficinas de investigación y persecución responsables por casos de crímenes de guerra. Cada caso es simplemente tan amplio que es difícil ver cómo tales agencias pueden ser administradas responsablemente sin estas herramientas básicas. Además, este criterio permite incluir la identificación de patrones de crímenes como un objetivo clave de las estrategias de persecución sobre cuya base podría ser evaluado cómo “encaja” un caso en la dirección estratégica total. Esto es absolutamente importante para asegurar que las persecuciones tengan un amplio impacto en términos de narración de la verdad (dado que podrían ser esclarecidos estructuras y patrones de conducta criminales) y de lucha contra la impunidad (dado que si las estructuras y patrones de conducta criminales son esclarecidos, pueden ser estigmatizados, lo que podría impedir su repetición).

Segundo, también se menciona como un factor *“la medida en que una investigación/persecución exitosa del caso podría favorecer los objetivos estratégicos”*. No es claro qué se quiere significar con *“objetivos estratégicos”*. Si tales objetivos difieren de la estrategia de investigación, podría no ser un concepto enteramente libre de controversia. Sin embargo, si tales objetivos incluyen como parte de una estrategia de investigación la persecución de casos con vistas a la identificación de patrones de crímenes, entonces este factor de selección podría operar como un mecanismo para determinar si la investigación de un caso específico puede contribuir a esa identificación. En todo caso, mientras que el factor anterior se refiere a la contribución de la base fáctica de un caso a la estrategia más amplia, este factor se refiere a la contribución de una condena o acusación confirmada en un caso a los objetivos estratégicos más amplios.

Tercero, el grupo (e) también enumera el factor *“la medida en que el caso puede realizar la investigación de las más altas cadenas de mando políticas, militares, policiales y civiles”*. Esto puede ser superfluo como un criterio independiente al lado de los dos criterios anteriores, dado que parece repetir con más precisión una característica principal de su contenido. La dirección y objetivos estratégicos en investigaciones por crímenes de guerra deberían estar preocupados exactamente en cómo asegurar que la responsabilidad penal sea establecida tan alto en la cadena de autoridad como la prueba lo permita. Ahora, si este factor es interpretado como parte de una estrategia dirigida a identificar patrones de crímenes, la insistencia en la jerarquía podría ser entendida como un medio para descubrir la estructura interna de organizaciones criminales y sus *modus operandi*, y, por lo tanto, podría devenir un factor muy importante digno de consideración autónoma.

Cuarto, el último factor enumerado en el grupo (e) es *“en qué medida el caso encaja en un tipo-patrón más amplio de investigaciones o persecuciones en curso o futuras”*. Esto refuerza la importancia de contar con una estrategia y planes de investigación, de modo que la relación entre investigaciones más amplias es claramente discutida, incluida la contribución de casos individuales sobre los casos de los líde-

res de mayor jerarquía en las mismas líneas de investigación. Además, la inclusión de este criterio parece confirmar que, como hemos sugerido en párrafos anteriores, los factores no jurídicos del grupo (e) están orientados hacia la selección de casos en términos de las contribuciones que ellos pueden hacer a la identificación de patrones de crímenes. Si esto es así, entonces quizás podría entenderse mejor este último factor como un grupo que comprendería a los tres factores anteriores, cada uno de los cuales apunta a diferentes modos en que los casos deberían ser evaluados con el fin de determinar si pueden contribuir a los objetivos estratégicos de la investigación en general, y al objetivo clave de identificar patrones de crímenes en particular.

Los cuatro factores no jurídicos son indicadores esenciales de cómo es administrada racionalmente y en términos de costo-eficacia una oficina de investigación/persecución encargada de crímenes internacionales centrales. Ellos podrían ser de interés directo para quienes financian y administran procesos por crímenes de guerra. Tales procesos están resultando costosos y deviniendo más largos en la mayoría de las jurisdicciones. La decisión de llevar a cabo una completa investigación o persecución normalmente implica un importante compromiso en cuanto a los recursos. Estas decisiones no deberían ser tomadas antes de que el caso haya sido considerado a la luz de una estrategia de investigación más amplia. Debería haber un plan de investigación antes de que sea tomada una decisión de llevar a cabo una completa investigación, y el plan debería explicar cómo se espera que el caso encaje en la estrategia¹³⁰. Además, este plan de investigación podría reforzarse mucho si la identificación de patrones de crímenes fue incluida como uno de sus objetivos clave y si, por consiguiente, los casos fueran seleccionados entre otras cosas con base en su potencial para promover tal identificación. Esto supondría una contribución enormemente importante para la organización y racionalidad de las investigaciones, lo que podría ser entendido como procesos macro encaminados no sólo a hacer justicia en el caso particular, sino a perseguir y juzgar casos como parte de una estrategia general destinada a la elucidación de patrones de criminalidad y victimización de una situación de conflicto específica. Indudablemente, esto también tiene un impacto positivo en términos de ahorro de recursos, dado que justificaría la persecución de casos con base en sus contribuciones potenciales a los objetivos estratégicos totales. Ciertamente, los Estados contribuidores no dejarán de advertir la importancia de estas herramientas.

Ninguno de los documentos de ByH sobre criterios de selección y asignación de prioridad trata explícitamente estos cuatro factores estratégicos. Por supuesto, esto no significa que tal tipo de consideraciones no sean hechas en las instituciones pertinentes. Ellas pueden estar reflejadas en otras partes de la infraestructura de regulación de las instituciones o en su costumbre interna. Esto plantea la cuestión de si las consideraciones relativas a la estrategia de investigación necesitan ser inclui-

130 Por ejemplo, el Proyecto de Regulaciones de la Fiscalía ante la CPI preparado en 2002-03 contiene una exigencia estricta para el desarrollo de planes de investigación, véase *Draft Regulations*, 3 de junio de 2003, Libro 3, Parte 2, Regla 6.

das en los documentos sobre criterios de selección y asignación de prioridad de casos en preferencia a otro instrumento. Compete a cada jurisdicción o institución decidir qué se adapta mejor con su marco de regulación y proceso de trabajo. Sin embargo, si se excluyen completamente tales consideraciones de la infraestructura legal se corre el riesgo de socavar la calidad de gestión y de exponer a la jurisdicción o institución a una grave crítica externa si el trabajo no satisface los objetivos o las expectativas razonables. Debería haber un fuerte interés propio institucional en contar con un criterio de estrategia formal de investigación conectado con la selección y asignación de prioridad de casos de crímenes de guerra. La elección de no formalizar un requisito de considerar de qué modo una investigación o persecución encaja en la agenda de investigación y persecución total podría beneficiarse de una explicación pública.

Como hemos visto arriba, los cuatro factores estratégicos del grupo (e) se superponen y parecen compartir un objetivo más vasto. Podría ser aconsejable fusionarlos en un grupo de criterios estratégicos, convirtiendo el interés estratégico en un conjunto de criterios de selección y asignación de prioridad. Sería útil aprender más acerca de cómo el estudio demográfico propuesto por la fiscalía en ByH podría relacionarse con consideraciones de estrategia de investigación.

En conclusión, a pesar de las repeticiones y frecuentes superposiciones, la lista de criterios de la Fiscalía del TPIY de 1995 es rica en contenido y tiene en cuenta muchos intereses importantes para la selección y asignación de prioridad de casos de crímenes internacionales centrales. Es casi un catálogo de criterios importantes, aunque incompleto y no particularmente bien editado. Como tal, puede servir como una lista de control en el esfuerzo por desarrollar criterios de selección institucionalizados. Sin embargo, está lejos de ser capaz de ofrecer una base suficiente para la selección de casos, dado que no establece si todos los criterios tienen que ser satisfechos para que un caso sea elegido para ser investigado, si los diferentes grupos de criterios tienen diferentes niveles de importancia y por consiguiente deberían ser considerados jerárquicamente en la selección de casos, y si los diferentes criterios dentro de cada grupo deberían todos ser satisfechos, o si, en lugar de ello, a unos debería dársele más peso que a otros para los fines de la selección.

Probablemente, entre otras cosas por esa razón, la lista de criterios de la Fiscalía del TPIY de 1995 no da lugar a una práctica de selección de casos adecuada y consistente. En 1998, esa oficina reconoció que sólo unas pocas personas que hasta ese momento habían sido acusadas ante el TPIY revestían posiciones de liderazgo.¹³¹ En consecuencia, intentó cambiar y focalizarse de manera mucho más explícita en “*personas con altos niveles de responsabilidad*”, lo que condujo a Louise Arbour, la en ese entonces Fiscal General, a retirar cargos contra catorce acusados.¹³² Además,

131 ANGERMAIER, Claudia. “Case selection and prioritization criteria in the work of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”. *Op. cit.*

132 *Ibidem*.

la Fiscalía consideró necesario adoptar un nuevo documento interno destinado a revisar el procedimiento para abrir nuevas investigaciones o cambiar la dirección de las existentes con miras a racionalizar la selección de casos.¹³³

Este documento, adoptado en 1998 y modificado en 2000, contenía una lista de factores que, más que criterios, conformaban un conjunto de cuestiones abiertas a ser tenidas en cuenta con el fin de justificar la selección de un caso específico para investigación.¹³⁴ Las cuestiones se dividían en siete tipos de consideraciones: (a) “*Antecedentes*” (*background*); (b) “*Consideraciones estratégicas*”; (c) “*Carácter de las violaciones y teoría de la acusación*”; (d) “*Características dell(de los) presunto(s) autor(es)*”; (e) “*Estatus de la información y de la prueba*”; (f) “*Plan de investigación*”; (g) “*Otra información*”.¹³⁵ Esta clasificación no parece tan adecuada para servir como criterios de selección del caso, dado que responde más a la más amplia preocupación de tener en cuenta toda la información relevante que es necesaria para abrir y planificar una investigación. Además, la mayoría de las consideraciones incluidas en cada grupo puede ser encontrada en la lista de criterios contenida en el documento de 1995, mientras que algunos de los criterios incluidos en el último documento no se encuentran en el documento más nuevo. Por esas razones, el documento de 1998 parece ser un útil complemento del documento sobre criterios de 1995; ese documento contiene algunos criterios nuevos e importantes y sugiere algunas reclasificaciones útiles, pero no debería ser entendido en el sentido de que revoca el documento anterior.

El primer tipo de consideraciones del documento de 1998 corresponde a los antecedentes de los casos, y tiene el propósito de contextualizar las investigaciones.¹³⁶ Ellas se refieren a cuestiones que pueden caracterizar casos en términos de lugar y tiempo, circunstancias de comisión, número de víctimas, carácter étnico de las víctimas y de los autores, y el rol y la jerarquía de los últimos. Algunas de estas consideraciones constituyen criterios de selección relevantes (como la posición del autor según el rol y la jerarquía, el número de víctimas, e incluso el carácter étnico de ellos); pero probablemente, en lugar de ser agrupadas en un grupo, ellas deberían haber sido clasificadas en diferentes grupos de criterios, pues apuntan a diferentes cuestiones relevantes para los propósitos de la selección (como jerarquía, impacto del crimen y representatividad del crimen, respectivamente). Sin embargo, algunas de las consideraciones incluidas en este primer grupo no pueden ser entendidas como

133 Fiscalía-TPIY, “Internal Circular”, modificado el 20 de noviembre de 2000. Este documento fue puesto a disposición de los autores de este informe para su consulta.

134 En efecto, el documento establece que las decisiones de abrir nuevas investigaciones deberían estar precedidas por la presentación de una propuesta escrita del Jefe del Equipo y del Fiscal de Juicio al Jefe de Investigaciones, y establece los factores que deberían ser esbozados en tal propuesta. *Ibidem*, p. 1.

135 *Ibidem*, pp. 2-3.

136 *Ibidem*, p. 2. La lista de consideraciones de “*Antecedentes*” es la siguiente: “*Área geográfica de los crímenes cometidos por magnitud, áreas urbanas principales*”; “*Fechas de los crímenes*”; “*Presuntos autor/es por nombre (si es conocido), carácter étnico, rol y posición en la jerarquía pertinente*”; “*Presunta/s víctima/s por número y carácter étnico*”; “*Breve descripción de los crímenes y el contexto en que fueron cometidos*”.

criterios de selección, sino meramente como rasgos relevantes de casos para los fines de la investigación. Este es el caso de cuestiones tales como la fecha y área geográfica de los crímenes, el nombre y la etnia de los autores, y la descripción del contexto en que los crímenes fueron cometidos. Todas las consideraciones contenidas en este grupo ya habían sido incluidas en el documento de la Fiscalía del TPIY de 1995 (particularmente en el grupo (b) de tal documento), con la excepción de la etnia de las víctimas y autores, aun cuando el documento en cuestión refería a su nacionalidad.

El segundo tipo de consideraciones se refiere a cuestiones estratégicas;¹³⁷ todas ellas ya estaban incluidas en el grupo (e) (*“Otras consideraciones relevantes”*) del documento de la Fiscalía del TPIY de 1995. Ahora bien, lo interesante de este grupo de consideraciones es que solamente incluye criterios relacionados con las características del caso que son relevantes para una investigación basada en patrones (esto es, si *“encaja el crimen base en las investigaciones en curso y la dirección estratégica total”, “qué dimensiones añadidas aportaría una investigación/persecución exitosa a dichos objetivos”, “de manera realista, qué tan alto en las cadenas de mando política, militar, policial y civil podría realizarse la investigación”,* y si el caso *“encaja en [sic] un tipo-patrón más amplio de investigaciones o persecuciones en curso o futuras”*), en lugar de combinarlas con otros tipos de consideraciones como hizo el documento de 1995. Esto sugiere una refinación focalizada de un grupo de criterios de selección consagrado a consideraciones estratégicas, reduciendo las cuestiones relacionadas con el modo en que el caso seleccionado puede contribuir al objetivo de identificar los patrones de criminalidad desarrollados durante el conflicto en cuestión.

El tercer tipo de consideraciones está relacionado con el *“Carácter de la violación y teoría de la presentación de cargos”*;¹³⁸ y también incluye cuestiones ya abarcadas, todas, por el grupo (e) del documento de la Fiscalía del TPIY de 1995. Sin embargo, una vez más, la contribución del documento de 1998 a la discusión sobre criterios de selección parece ser la sugerencia de que criterios relaciones con posibles cargos y teorías de la responsabilidad deberían ser considerados como un grupo de criterios distinto. Pero no es enteramente claro por qué estos criterios deberían estar separados de los relacionados con las características de los autores, dado que todos parecen estar dirigidos a priorizar casos que contienen a los autores mayormente responsables (tanto en términos de liderazgo como de grado de responsabilidad).

137 Estas son las *“Consideraciones estratégicas”* enumeradas en el documento: *“dónde encaja el crimen base en las investigaciones actuales y en la dirección estratégica total”; “qué dimensiones añadidas aportaría una investigación/persecución exitosa a dichos objetivos”; “de manera realista, qué tan alto en las cadenas de mando política, militar, policial y civil podría realizarse la investigación y/o dónde encaja en un tipo-patrón más amplio de investigaciones o persecuciones en curso o futuras”*). *Ibidem*, p. 2. Compárese estas consideraciones con los criterios referidos *supra* en la nota 128.

138 Las consideraciones relacionadas con el *“Carácter de la violación y teoría de la presentación de cargos”* son: *“Teoría de la responsabilidad y marco jurídico para cada potencial sospechoso”; “Probables categorías de cargos para cada potencial sospechoso”, y “Elementos de delitos potenciales, incluidos los relacionados con los apartados 1 y 3 del art. 7 del Estatuto”*. Nótese que el último se refiere a la forma de la participación criminal y las posiciones en la jerarquía criminal. De este modo, todas las consideraciones están cubiertas por el grupo (b) del documento de 1995. Véase nuevamente, *supra* en la nota 128.

El cuarto tipo de consideraciones se refiere a las “*Características del (de los) presunto(s) autor(es)*”¹³⁹, que también están incluidos en el documento sobre criterios de la Fiscalía del TPIY de 1995, esta vez en el grupo (a) (“*Personas*”). Sin embargo, muchos criterios contenidos en el último documento están excluidos de este cuarto grupo, en particular los que (como se dijo arriba) no tenían una directa relación con el grupo (como “*Detención potencial*”; “*Disponibilidad de pruebas/testigos*”; “*Dirigir el ataque contra Medios/Gobierno/ONG’s*” y “*Viraje potencial del testigo y probabilidad de prueba de enlace*”), o podrían generar muchas controversias si fueran usados como criterios de selección de casos (como la nacionalidad del autor). De este modo, el documento de 1998 hace una contribución importante a este grupo de criterios, protegiéndolo contra consideraciones extrañas o problemáticas.

El quinto tipo de consideraciones está relacionado con el “*Estatus de información y prueba*”,¹⁴⁰ y trata principalmente con la disponibilidad de las fuentes de prueba e información. Como tal, muchas de las consideraciones que contiene están cubiertas por el grupo (d) (“*Consideraciones prácticas*”) del documento de la Fiscalía del TPIY, a excepción de las categorías “*Fuentes de información; incluida la amplitud y descripción, y aquellas a ser explotadas*” y “*Lagunas probatorias apremiantes en el caso*”. Podría decirse que estas categorías están cubiertas por otros criterios referidos a la disponibilidad de información y prueba; sin embargo, ellas podrían ser útiles para definir los modos específicos en que tal prueba e información debería ser considerada relevante para el propósito de la selección del caso. Por otro lado, este cuarto tipo de consideraciones restringe el alcance de las consideraciones prácticas a las que se refiere el documento de 1995, dado que solamente incorpora cuestiones relacionadas con información y prueba y, por consiguiente, excluye los factores temporales relacionados con la duración y la oportunidad de la investigación, algunos de los cuales están incluidos en el siguiente tipo de consideraciones.

El sexto tipo de consideraciones se refiere al “*Plan de investigación*”¹⁴¹, y por lo tanto incluye factores considerados importantes para el propósito de planificar una investigación, tal como la asignación de recursos, un plan para el gasto de recursos, cronograma para investigar y acusar, y la consideración de otras investigaciones en el área en cuestión. En cierta medida, estos factores están cubiertos por el grupo

139 El documento indica lo siguiente como “*Características del(de los) presunto(s) autor(es)*”: “*El(los) rol(es) del sospechoso y la medida de su participación directa en los presuntos episodios*”; “*La posición del sospechoso en la jerarquía de mando (militar, policial o política)*”; “*La autoridad y control ejercidos por los sospechosos*”; “*La presunta noticia y conocimiento por parte del sospechoso de las conductas de sus subordinados*”.

140 Estas consideraciones se refieren a la “*disponibilidad actual de*”: “*Testigos/víctimas de crímenes*”; “*Prueba e información general*”; “*Fuentes de información; incluida la amplitud y descripción, y aquellas a ser explotadas*”; “*Lagunas probatorias apremiantes en el caso*”; “*Presuntos autores para la detención*”; “*Prueba e información exculpatoria*”; “*Todo trabajo llevado a cabo en relación con el caso (incluido un control con los casos de las Rules of Road)*”; “*Posibilidad o probabilidad de la detención*”.

141 El documento indica lo siguiente como consideraciones relacionadas con el plan de investigación: “*Recursos requeridos y/o asignación de los recursos existentes*”; “*Plan detallado del empleo de los recursos*”; “*Cronograma para investigar y acusar*”; “*Consideración de otras investigaciones de la Fiscalía en la misma área geográfica, particularmente las referidas a autores y víctimas de la 'etnia opuesta'*”.

(d) del documento de la Fiscalía del TPIY de 1995. El propósito principal de un plan de investigación en casos de crímenes internacionales que insumen tiempo y mucho dinero es informar apropiadamente la decisión de emprender una completa investigación. Como tal, es uno de los instrumentos más importantes en el proceso de construir una cartera de casos racional.

El séptimo y último tipo de consideraciones se refiere genéricamente a “*Otra información*”, que podría cubrir “*cualquier otra área de interés directo e información que ayude a justificar que el caso devenga una investigación oficial*”. Si es concebido como un grupo de criterios para la selección del caso, la inclusión de este tipo de consideraciones es muy problemática, dado que abre la puerta a que toda información y característica de los casos consideradas relevantes por el fiscal sea usada como justificación para seleccionar el caso y, por lo tanto, a que consideraciones subjetivas replacen la existencia de criterios bien establecidos, y a que la arbitrariedad tome el lugar de una selección de casos razonada. Por consiguiente, este tipo de consideraciones no debería ser considerado como una nueva categoría de criterios de selección.

Resumidamente, el documento de la Fiscalía del TPIY de 1998 es un complemento útil del documento de 1995, que, si bien no añade muchos criterios de selección de casos importantes a la lista contenida en el último, sugiere, sin embargo, algunas reclasificaciones interesantes de tales criterios.

Dejando de lado el contenido y la formulación de los criterios en los documentos de 1995 y 1998 de la Fiscalía del TPIY, su suerte dentro de la Fiscalía del TPIY puede enseñar importantes lecciones al sistema de justicia penal de ByH y a otras jurisdicciones nacionales e internacionales. De la cartera de casos del TPIY es evidente que la institución no tuvo éxito en seleccionar y priorizar casos de manera estratégica. Siguen existiendo muchas acusaciones contra autores de nivel bajo, en contra de la política declarada de concentrarse en los niveles más altos, lo que sugiere que los criterios de selección de casos nunca fueron empleados de manera efectiva. El alto número de esos casos no puede justificarse en razones tácticas. Los criterios no fueron incorporados consistentemente en la práctica de la Fiscalía, si es que fueron explícitamente mencionados en los procesos actuales de selección de casos, controlados por equipos de investigación y equipos de fiscales, aun cuando a veces los casos fueron seleccionados por el Fiscal General por razones de política.¹⁴²

Ha sido sugerido que los esfuerzos de la Fiscalía del TPIY por introducir criterios de selección de casos y un proceso de toma de decisión formalizado para seleccionar casos fueron encabezados por un pequeño número de miembros de la Fiscalía que no provenían de la justicia penal tradicional, y que fueron resistidos

¹⁴² Para mostrar que el Tribunal en sus inicios pudo responsabilizar personas (Tadic); que pudo responder a temas delictivos tales como crímenes sexuales (Furundzija); que persiguió crímenes particularmente graves (Srebrenica) y que siguió un enfoque equilibrado con respecto a las diferentes partes de los conflictos (casos de musulmanes bosnios y de croatas bosnios, especialmente durante el mandato de Goldstone). La Fiscal en Jefe Arbour también jugó un rol clave retirando 14 acusaciones en 1998 hechas durante el mandato de Goldstone, principalmente porque no satisfacían los criterios de los “*autores de mala reputación*” o “*mayormente responsables*”.

por algunos investigadores y fiscales que querían que la selección de un caso fuese realizada con base en todas las consideraciones fácticas y de oportunidad.

Sea como fuera, la selección de casos del TPIY ilustra el riesgo de comenzar a seleccionar casos sin criterios claros y adecuados, y luego intentar introducir criterios. Esto podría resultar en una selección de casos al azar (involucrando a muchos autores de nivel bajo), en la expansión de esta práctica al punto de devenir el modo estándar de operación, y en un subsiguiente intento reactivo para racionalizar *ex post facto* y justificar una cartera de casos amplia, fragmentada y costosa, luego de que las investigaciones han sido conducidas y las acusaciones confirmadas. En dicho estadio, podría ser demasiado tarde para asegurar una selección de casos óptima y razonable. En efecto, los contribuyentes y otros interesados principales en los procesos por crímenes de guerra normalmente sólo podrán ocuparse de la capacidad de la cartera de casos para reflejar la victimización causada por el conflicto en la última etapa de trabajo de la Fiscalía en cuestión.

Dada la preocupante situación de la cartera de casos del TPIY, no sorprende que desde 2001 en adelante la llamada “*estrategia de conclusión*” de la Fiscalía del TPIY limitó cada vez más todos los nuevos casos a los líderes del nivel más alto, excluyendo casos contra delinquentes de mala reputación de niveles bajos. A primera vista, la estrategia de conclusión es un plan diseñado por el TPIY destinado a asegurar la conclusión exitosa y oportuna de la misión del Tribunal. La política fue explícitamente apoyada por el Presidente del Consejo de Seguridad en 2002¹⁴³, y después enfatizada y formalmente adoptada por las resoluciones 1503 de 2003 y 1534 de 2004 del Consejo de Seguridad.¹⁴⁴ No es un secreto, sin embargo, que muchos Estados querían que el TPIY desarrolle y adopte una estrategia de conclusión.

En la resolución 1503 de 2003, el Consejo de Seguridad reafirmó “*en los términos más enérgicos*” que el TPIY debería concentrarse en la persecución y enjuiciamiento de “*los líderes de mayor jerarquía sospechados de ser los mayormente responsables de los crímenes*”.¹⁴⁵ En efecto, esto representa un cambio en la definición política del alcance de la discreción persecutoria con respecto a la selección y asignación de prioridad de casos en el TPIY. Además, en la resolución 1534 de 2004, el Consejo instó a los fiscales del TPIY y del TPIR “*a revisar la cantidad de casos*” y a, “*al revisar y confirmar toda nueva acusación, asegurar que cada una de esas acusaciones se concentre en los líderes de mayor jerarquía sospechados de ser los mayormente responsables de los crímenes de la jurisdicción del tribunal respectivo tal como ha sido establecido en la resolución 1503 (2003)*”.¹⁴⁶ Aunque la interferencia del Consejo parece estar dictada por la “*necesidad*” política de poner un fin al trabajo y a la vida del Tribunal, es difícil

143 Declaración del Presidente del Consejo de Seguridad del 23 de julio de 2002, S/PRST/2002/21.

144 Resolución del Consejo de Seguridad Nro. 1503 del 28 de agosto de 2003, S/Res/1503(2003); resolución del Consejo de Seguridad Nro. 1504 del 4 de septiembre de 2003, S/Res/1504(2003); resolución del Consejo de Seguridad Nro. 1534 del 26 de marzo de 2004, S/Res/1534(2004).

145 Resolución del Consejo de Seguridad Nro. 1503 (2003), párrafo séptimo del preámbulo.

146 CONSEJO DE SEGURIDAD, *Resolución Nro. 1534*, 2004, párrs. 4 y 5.

separarla del problemático estado en que se encontraba la cartera del Tribunal en 2003 y 2004 con vistas a la conclusión de su trabajo. Esto es muy importante.

Además, con posterioridad a la resolución 1534 del Consejo de Seguridad, en 2004 los jueces modificaron las Reglas de Procedimiento y Prueba, e incluyeron la Regla 28(A), que los autorizaba a revisar las acusaciones hechas por la Fiscalía con el fin de verificar si ellas se centraban *“en uno o más de los líderes de mayor jerarquía sospechados de ser los mayormente responsables de los crímenes de la jurisdicción del Tribunal”*.¹⁴⁷ De este modo, los jueces se auto-assignaron el rol de determinar si los proyectos de acusaciones satisfacían el criterio adoptado por el Consejo de Seguridad de los *“líderes de mayor jerarquía sospechados de ser los mayormente responsables”*, antes que tenga lugar el procedimiento de confirmación de la acusación. Esto es de gran importancia, dado que pone en evidencia el reconocimiento por parte del TPIY del fracaso de la Fiscalía en formular adecuadamente y aplicar criterios de selección del caso capaces de asegurar la persecución de los autores mayormente responsables, y el reconocimiento de la necesidad de establecer una revisión judicial de la selección del caso con el fin de garantizar el cumplimiento de tal objetivo.

Aunque importantes, los remedios adoptados después de la estrategia de conclusión probablemente sean muy tardíos para solucionar el problema de una inadecuada selección de casos en el TPIY. En efecto, estos remedios involucrarán solamente casos seleccionados luego del comienzo de la estrategia de conclusión, y, por consiguiente, dejarán intactos una gran cantidad de casos previamente seleccionados, la mayoría de los cuales, como ha sido observado arriba, se refieren a autores de nivel bajo.

En suma, la experiencia del TPIY con criterios para seleccionar y priorizar casos envía una fuerte señal en el sentido de que su desarrollo e implementación son difíciles de alcanzar por las autoridades de persecución, y que la oportunidad es de fundamental importancia en el sentido de que los criterios desarrollados cuando las actividades de persecución ya han iniciado podrían no ser aplicados apropiadamente. El riesgo de interferencia política o judicial en la selección de casos de crímenes de guerra aumenta significativamente si los fiscales fracasan en seleccionar los casos adecuadamente y emerge una cartera de casos menos que óptima. El costo de la justicia penal para autores de crímenes internacionales centrales es tan alto que una selección racional del caso deviene un asunto de interés y preocupación general.

La práctica del TPIY muestra que el desafío principal es hacer cumplir los criterios. Los criterios deberían ayudar a asegurar que la selección y asignación de

¹⁴⁷ La regla 28(A), modificada el 6 de abril de 2004, establece: “Al recibir una acusación del fiscal para revisar, el Secretario consultará con el Presidente. El Presidente remitirá el asunto al Bureau, que determinará si la acusación, prima facie, se centra en **uno o más de los líderes de mayor jerarquía sospechados de ser los mayormente responsables de los crímenes de la jurisdicción del tribunal**. Si el Bureau determina que la acusación satisface este estándar, el Presidente designará a uno de los jueces permanentes de la Sala de Juicio para la revisión de acuerdo con la regla 47. Si el Bureau determina que la acusación no satisface este estándar, el Presidente devolverá la acusación al Secretario para que comunique esta decisión al Fiscal” (negrita añadida) [Nota de los traductores: el Bureau es un cuerpo integrado por el Presidente y el Vice-presidente del TPIY y con los jueces que presiden las salas de juicio de ese Tribunal, cfr. regla 2 A de las Reglas de Procedimiento y Prueba].

prioridad de casos refleje las políticas de una oficina de persecución. Si su decisión de seleccionar un caso específico para la persecución es cuestionada, la oficina puede defenderlo con base en criterios racionales, formales. En el caso *Celebici* ante el TPIY, por ejemplo, uno de los acusados argumentó, sin éxito, que había sido sometido a una estrategia de persecución selectiva en contra del principio de igualdad consagrado en el art. 21(1) del Estatuto del TPIY. Definió la persecución selectiva como una “*en la cual los criterios para seleccionar personas para la persecución no están basados sólo en consideraciones de aparente responsabilidad penal, sino en razones políticas extrañas, como el carácter étnico, el género, o la conveniencia administrativa*”.¹⁴⁸ La Sala de Apelaciones sostuvo que, aunque el fiscal tiene una amplia discreción con respecto a la iniciación de investigaciones y la preparación de acusaciones, tal poder no es ilimitado, sino que puede ser sometido a ciertas restricciones contenidas en el Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal.¹⁴⁹ Sostuvo que el fiscal sólo estaba autorizado a ejercer sus funciones “*en pleno respecto del derecho*”, incluidos los “*principios de derechos humanos reconocidos*”¹⁵⁰, uno de los cuales es la igualdad ante el Tribunal. Es evidente que las oficinas de persecución pretendan protegerse a sí mismas contra dichos cuestionamientos o similares usando criterios formales para la selección y asignación de prioridad de casos. Si el fiscal hubiera desarrollado y hecho públicos tales criterios, en este caso podría haber ocurrido una historia diferente.

2. Criterios en la Corte Penal Internacional

La creación de la CPI es en mucho el paso más importante en el proceso de consolidación de la justicia penal internacional. En efecto, la CPI es un tribunal permanente con jurisdicción territorial abierta, lo que le permite investigar muchas situaciones diferentes en las que, presumiblemente, se están cometiendo crímenes en el territorio de o por nacionales de Estados que han aceptado su jurisdicción, y eventualmente perseguir muchos de esos crímenes.¹⁵¹ De ese modo, la CPI difiere de todas las experiencias previas de tribunales penales internacionales, incluido el TPIY, caracterizados por tener una jurisdicción temporaria y *ad hoc* restringida a

148 *Prosecutor v. Mucic et al.*, IT-96-21, sentencia de la Sala de Apelaciones, 20 de febrero de 2001, párr. 596.

149 *Ibidem*, párr. 602.

150 *Ibidem*, párr. 604: “*La discreción del fiscal siempre está circunscrita de un modo más general por la naturaleza de su posición como un funcionario investido con deberes específicos impuestos por el estatuto del tribunal. El Fiscal está obligado a cumplir esos deberes en pleno respeto del derecho. A este respecto, el Informe del Secretario General enfatizó que el Tribunal, lo que comprende a todos sus órganos, incluida la Fiscalía, debe respetar los principios reconocidos de derechos humanos*”

151 Según el art. 12 del Estatuto de Roma, las siguientes son las dos condiciones básicas o preliminares para el ejercicio de la jurisdicción de la CPI:

(...) la Corte podrá ejercer su competencia si uno o varios de los Estados siguientes son Partes en el presente Estatuto o han aceptado la competencia de la Corte de conformidad con el párrafo 3:

a) El Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o si el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, el Estado de matrícula del buque o la aeronave;

b) El Estado del que sea nacional el acusado del crimen.

la investigación de crímenes cometidos en una situación específica en un período limitado de tiempo.

La competencia mucho más amplia de la CPI no significa que pueda o deba investigar todas esas situaciones o perseguir todos los crímenes cometidos en ellas. Todo lo contrario, desde la elaboración del Estatuto la necesidad de elegir situaciones para investigar y casos para perseguir ha sido reconocida como una cuestión clave en el ejercicio de la competencia de la Corte. Por consiguiente, un conjunto de criterios básicos de selección fue incorporado en el mismo Estatuto de Roma, y su aplicación por la Oficina del Fiscal (OF-CPI) fue sometida a control judicial por la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte.¹⁵² Estos criterios de selección han sido interpretados y desarrollados con detalle por la OF-CPI en algunos documentos sobre políticas, y específicamente en el documento de trabajo “Criterios para la selección de situaciones y casos”, que identificó los elementos que son necesarios para aplicar dichos criterios y también formuló criterios para asignar prioridad a las situaciones y los casos seleccionados sobre esa base.¹⁵³

Así, a diferencia de las experiencias previas de tribunales penales internacionales, y especialmente del TPIY, la necesidad de formular criterios fue reconocida desde la creación de la CPI y, en consecuencia, se dio una base estatutaria a criterios fundamentales y su aplicación fue sometida a control judicial.

Esto ilustra la existencia de un amplio consenso de parte de los Estados que negociaron el Estatuto acerca de la necesidad de adoptar formalmente y aplicar adecuadamente criterios. Al mismo tiempo, su incorporación en el Estatuto de Roma dio a los criterios específicos allí incorporados una autoridad mucho más fuerte, y ofreció bases sólidas para su refinación y para la formulación de criterios de asignación de prioridad más allá de ellos.

La regla principal del Estatuto de Roma concerniente a criterios de selección es el art. 53, que establece:

1. *El Fiscal, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto. Al decidir si ha de iniciar una investigación, el Fiscal tendrá en cuenta si:*
 - (a) *La información de que dispone constituye fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de la competencia de la Corte;*
 - (b) *La causa es o sería admisible de conformidad con el artículo 17; y*

¹⁵² Véase en particular el art. 53 del Estatuto de Roma apartados 1 y 2 para los criterios de selección y 3 para el control judicial de su aplicación.

¹⁵³ Véanse los documentos sobre políticas de la Oficina del Fiscal (disponible en: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Policies+and+Strategies/>), y en particular el documento: OF-CPI, “*Criteria for selection of situations and cases*”, proyecto de junio de 2006, en posesión de los autores.

- (c) *Existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia.*

El Fiscal, si determinare que no hay fundamento razonable para proceder a la investigación y la determinación se basare únicamente en el apartado c), lo comunicará a la Sala de Cuestiones Preliminares.

2. *Si, tras la investigación, el Fiscal llega a la conclusión de que no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento, ya que:*

- (a) *No existe una base suficiente de hecho o de derecho para pedir una orden de detención o de comparecencia de conformidad con el artículo 58;*
- (b) *La causa es inadmisibile de conformidad con el artículo 17; o*
- (c) *El enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen.*

Notificará su conclusión motivada a la Sala de Cuestiones Preliminares y al Estado que haya remitido el asunto de conformidad con el artículo 14 o al Consejo de Seguridad si se trata de un caso previsto en el párrafo b) del artículo 13.

3. (a) *A petición del Estado que haya remitido el asunto con arreglo al artículo 14 o del Consejo de Seguridad de conformidad con el párrafo b) del artículo 13, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá examinar la decisión del Fiscal de no proceder a la investigación de conformidad con el párrafo 1 o el párrafo 2 y pedir al Fiscal que reconsidere esa decisión;*
- (b) *Además, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá, de oficio, revisar una decisión del Fiscal de no proceder a la investigación si dicha decisión se basare únicamente en el párrafo 1 c) o el párrafo 2 c). En ese caso, la decisión del Fiscal únicamente surtirá efecto si es confirmada por la Sala de Cuestiones Preliminares*
- (c) *El Fiscal podrá reconsiderar en cualquier momento su decisión de iniciar una investigación o enjuiciamiento sobre la base de nuevos hechos o nuevas informaciones.*¹⁵⁴

Por lo tanto, el art. 53 del Estatuto de Roma ofrece motivos razonablemente claros y precisos para que la OF-CPI decida si inicia una investigación de una situación y una persecución de un caso, y somete estas decisiones a cierto control de la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI.

Como puede verse, el art. 53 establece una distinción clara entre la decisión de elegir una situación para iniciar una investigación y la decisión de elegir un caso

¹⁵⁴ *Ibidem*, art. 53(1) y (2).

para abrir una persecución, y proporciona criterios de selección similares para cada decisión. Como señaló la OF-CPI al interpretar el art. 53: “[e]n el Estatuto de Roma, el Fiscal debe considerar los criterios de selección en diferentes fases, incluida la selección de las situaciones para investigar y la selección de casos para perseguir”.¹⁵⁵ De acuerdo con la OF-CPI, “[e]l Estatuto no define una ‘situación’ o un ‘caso’”, pero ellos pueden ser definidos en los siguientes términos:

*(...) una situación puede ser descrita como un contexto general, definido con parámetros objetivos como un alcance territorial y temporal, en el cual se presume que han sido cometidos crímenes, sometidos a consideración del fiscal a través de una remisión de un Estado parte o del Consejo de Seguridad o a través de información derivada de otras fuentes. (...) [U]n ‘caso’ es un concepto más restringido, y comprende presuntos crímenes particulares y sospechosos particulares presuntamente involucrados en esos crímenes.*¹⁵⁶

Por lo tanto, de acuerdo con el documento sobre criterios de la Oficina del Fiscal, el proceso de selección de casos está dividido en dos fases principales: primero, luego de analizar las diferentes situaciones o los contextos generales en que presuntamente se han cometido crímenes que han sido puestos a consideración de la Corte por diferentes fuentes posibles, la OF-CPI decide cuál de esas situaciones ha de seleccionar para investigarla; segundo, luego de formular de manera informada una hipótesis del caso para cada situación, desarrollando una investigación sobre su base y evaluando la prueba colectada, la OF-CPI determina si confirma o rechaza la hipótesis y, en consecuencia, decide si persigue el caso y solicita una orden de detención, o si cierra la investigación.¹⁵⁷

Para cada una de estas dos decisiones el Estatuto proporciona criterios de selección bastante similares, pero que en cada etapa del proceso tienen un alcance diferente. Como apuntó la Oficina del Fiscal, en ambos casos el Estatuto divide la decisión para seleccionar una situación o un caso en tres diferentes pasos, que son secuenciales en el sentido de que si las condiciones de uno precedente no están satisfechas, entonces no hay necesidad de considerar el siguiente y la situación o caso en cuestión es descartada para los fines de la investigación o persecución.¹⁵⁸ Evidentemente, cada una de estas secuencias forma parte de la secuencia más general según la cual la decisión de perseguir un caso sólo puede ser tomada si una decisión de abrir una investigación sobre la situación a la que pertenece dicho caso ha sido tomada e implementada.

La división en fases de las decisiones de selección, que no fue hecha en las otras experiencias aquí analizadas —ni, en cuanto es conocido a los autores, en otras juris-

¹⁵⁵ OF-CPI, “Criteria for selection of situations and cases”, p. 1. *Op. cit.*

¹⁵⁶ *Ibidem.*

¹⁵⁷ Véase la útil presentación gráfica de este proceso contenido en *ibidem*, p. 10.

¹⁵⁸ Esto fue apuntado en *ibidem*, pp. 3-6.

dicciones que tratan con crímenes internacionales centrales-, es una contribución importante para la adecuada formulación y aplicación de criterios de selección de casos. Ella refleja, ante todo, el interés de los Estados en que el ejercicio de la discreción persecutoria para seleccionar casos sea razonable, y si es necesario sometida a revisión por la Sala de Cuestiones Preliminares. En efecto, establece un procedimiento claro a través del cual tales criterios pueden ser fácilmente controlados por la Oficina del Fiscal, lo que implica establecer un orden de prioridad para evaluar los criterios en consideración, y, por lo tanto, identificar un rol muy definido y distinto para cada criterio.

El primer paso del proceso de selección consiste en determinar si hay motivos para proceder o iniciar una investigación de una situación, o para abrir una persecución de un caso en el contexto de tal situación. En el primer supuesto, el Estatuto se refiere a un “fundamento razonable para creer *que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de la competencia de la Corte*” (art. 53(1)(a)). De acuerdo con la interpretación del Estatuto hecho por la OF-CPI “(...) *el test del ‘fundamento razonable’ requiere un grado de certeza mayor que una mera sospecha*”.¹⁵⁹ Sin embargo, dado que tal grado de certeza concierne a la posible comisión de crímenes y no a la participación o modo de responsabilidad de los autores, puede ser satisfecho si se establece que:

- (a) ocurrió el evento en cuestión,
- (b) el evento constituye una actividad criminal según el art. 5 del Estatuto de Roma, y
- (c) *el crimen entra en la competencia temporal y personal o territorial de la Corte*.¹⁶⁰

La segunda (b) condición del test está satisfecha si la actividad criminal en la situación analizada puede ser considerada constitutiva de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra o agresión, que son los crímenes que según el Estatuto de Roma entran en la competencia material de la Corte (arts. 5 y 12). Para poder afirmar esto, deben ser consideradas las definiciones de esos crímenes contenidas en el Estatuto.¹⁶¹ Esta consideración implica necesariamente una evaluación preliminar de la gravedad, dado que sus definiciones sugieren elementos particulares de gravedad que les son inherentes.¹⁶² Por su parte, la tercera (c) con-

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 3.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ Estatuto de Roma, arts. 6-8.

¹⁶² Esto es señalado por la doctrinaria de Guzmán, pero solamente en relación con el genocidio y los crímenes contra la humanidad, *op. cit.*, p. 1407. Según ella:

En relación con el genocidio y los crímenes contra la humanidad, los aspectos contextuales de las definiciones buscan distinguir estos crímenes de los crímenes ‘comunes’ al menos en parte a través de elementos que sugieren la gravedad. Así, para el genocidio el Estatuto requiere la intención de destruir en todo o en parte uno de los grupos enumerados, y los Elementos de los Crímenes ordenan que la conducta ocurra ‘en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción’. De manera similar, los crímenes contra la humanidad son definidos como uno o más actos inhumanos enumerados ‘cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático’ contra una población civil. El requisito ‘ataque’ es ‘una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos [enumerados] ... a fin de cumplir o promover

dición está satisfecha si esos crímenes fueron cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto y en el territorio o por los nacionales de uno de los Estados que lo ratificó; estos factores definen, respectivamente, la competencia temporal, territorial y personal de la Corte (art. 12).¹⁶³

En cuanto a la decisión de perseguir un caso, según el Estatuto de la CPI el primer paso implica la determinación de si existe “una base suficiente de hecho o de derecho para pedir una orden de detención o de comparecencia de conformidad con el artículo 58” (artículo 53(2)(a)). Por supuesto, esta determinación se hace con base en la información y prueba colectada durante la investigación, que puede indicar patrones de criminalidad y responsabilidades individuales.¹⁶⁴ De acuerdo con la OF-CPI, el “test” para determinar la viabilidad de una persecución es “más exigente”, dado que apunta a obtener una orden de detención o comparecencia, y en consecuencia requiere establecer que haya motivos razonables para creer que una persona específica participó en la comisión de los crímenes investigados. De este modo, el test no sólo tiene en cuenta esos crímenes, sino también “un individuo particular (sospechoso) y un modo particular de responsabilidad y de elemento subjetivo (...)”.¹⁶⁵

Nótese que la primera etapa del proceso de selección de situaciones y casos se refiere a factores que, aunque no explícitamente establecidos en los documentos analizados anteriormente sobre criterios de selección y asignación de prioridad, deben ser considerados en toda decisión sobre selección de un caso. Ellos cubren condiciones muy básicas para que sea ejercida la competencia de un tribunal, tales como una firme creencia en que el crimen ha sido cometido, y que entra en la competencia material, temporal y territorial o personal de la Corte, así como para que sea iniciada una persecución, tal como la creencia en que una persona particular participó en los crímenes en cuestión. Como tales, esas condiciones no son en sentido propio criterios para la asignación de prioridad, dado que la asignación de prioridad sólo tiene lugar cuando hay dos o más casos que cumplen esos requisitos preliminares.

Sea como fuere, parece útil que estos factores preliminares, que pueden ser objeto de interpretación y desacuerdo, sean claramente especificados por los instrumentos que establecen los tribunales considerados, o en su ausencia por los mismos tribunales de modo que las potenciales controversias que puedan provocar sean minimizadas y reguladas por dichos factores.

La segunda fase del proceso de selección prevista por el Estatuto de Roma se refiere a la satisfacción de las condiciones de admisibilidad contenidas en el art.

la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos ...’. Además, algunos de los actos enumerados contienen referencias a la gravedad. Por ejemplo, formas de violencia sexual diferentes que las enumeradas deben ser de una ‘gravedad comparable’ a los actos enumerados y ‘otros actos inhumanos’ deber ser ‘de carácter similar’. Así, los elementos del genocidio y los crímenes contra la humanidad tratan de asegurar que sólo una conducta grave sea capturada a través requisitos tales como el grupo objeto del ataque, la escala, y sistematicidad.

La definición de crímenes de guerra, por su parte, no contiene elementos que aseguren su gravedad.

163 Véase; *supra* nota 150.

164 OF-CPI, “Criteria for selection of situations and cases”, p. 3. *Op. cit.*

165 *Ibidem*, p. 4.

17.¹⁶⁶ Según el art. 53(1)(b), la decisión de seleccionar una situación requiere que el caso bajo análisis “*es o sería admisible de conformidad con el artículo 17*”, mientras que la decisión para perseguir un caso requiere que éste sea de hecho admisible según tal disposición (art. 53(2)(b)). Aun cuando ambas reglas se refieran a la admisibilidad del caso, de acuerdo con la OF-CPI la evaluación de las condiciones de admisibilidad como criterios de selección varía en las decisiones de investigar una situación y perseguir un caso en cuanto a su grado de generalidad. En efecto, dado que “*en la fase de iniciación de una investigación aún no hay un ‘caso’ (...), es necesario considerar la admisibilidad de una manera generalizada, tomando en cuenta el probable conjunto de casos que emergerían de la investigación de la situación*”.¹⁶⁷ Por el contrario, “[*la*] evaluación de la gravedad en la fase de selección del caso considera la gravedad del ‘caso’ particular en cuestión”.¹⁶⁸

Aunque el art. 17 se refiere a varias condiciones de admisibilidad, parece que sólo dos de ellas entran en consideración para el propósito de la selección de investigaciones y casos: la suficiente gravedad de los crímenes en cuestión (art. 17(1)(d)) y la naturaleza complementaria de la jurisdicción de la CPI con respecto a las jurisdicciones nacionales (art. 17(1)(a) y (c) y (2)). En efecto, el art. 1 del Estatuto de Roma reconoce estas dos condiciones como las restricciones centrales de la jurisdicción de la CPI, cuando establece que la Corte “*estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional (...) y*

166 El texto completo del art. 17 es el siguiente:

1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:

- a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre el salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;
- b) El asunto haya sido objeto de investigación por el Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;
- c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda incoar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20;
- d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.

2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

- a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5;
- b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;
- c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

3. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.

[Nota de los traductores: La versión inglesa del art. 17 utiliza “*case*” (caso), “*prosecution*” (persecución) y “*genuinely to carry out*” (genuinamente llevar a cabo) en los supuestos que la versión española emplea “asunto”, “enjuiciamiento” y “no pueda realmente”]

167 *Ibidem*, p. 5.

168 *Ibidem*.

tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales".¹⁶⁹ Además, al interpretar la referencia al art. 17 hecha por el art. 53 del Estatuto, la OF-CPI determinó que la evaluación de los factores de admisibilidad requeridos por el art. 53(1) (b) y (2)(b) implica la consideración de "*gravedad y complementariedad*". Según la OF-CPI, ambos factores deberían ser considerados como criterios distintos que deben ser satisfechos de manera conjunta¹⁷⁰ para que una situación o un caso, del cual se determinó que existía una base razonable para proceder, sea seleccionado para la investigación o persecución en la segunda etapa del proceso.

Por otro lado, como un criterio de selección, la gravedad no se reduce a la condición de que los crímenes examinados encuadren en la definición de los crímenes que constituyen la competencia material de la CPI o satisfagan los específicos elementos de gravedad identificados por algunas de esas definiciones. En efecto, como fue mencionado arriba, esta condición de gravedad es ya necesaria para superar la primera etapa del proceso de selección. Por lo tanto, el hecho de que el Estatuto se refiera a la gravedad nuevamente con respecto a la segunda etapa del proceso de selección presupone que se trata de una consideración de gravedad que va más allá de esos requisitos iniciales. Esto parece estar confirmado por el art. 8(2) del Estatuto, que define "*crímenes de guerra*" sin ninguna referencia a su nivel de gravedad, pero que también establece que la CPI debería ejercer su jurisdicción sobre tales crímenes "*en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes*", sugiriendo así que la presencia de estos factores de gravedad de los crímenes de guerra no es una condición para determinar que hay una base razonable para proceder, sino que sirve como criterio para seleccionar investigaciones y casos concernientes a tales crímenes en una etapa de evaluación más avanzada.

Por estas razones, la OF-CPI concluye: "*incluso cuando la competencia material está satisfecha, debe aún ser determinado si el caso tiene la gravedad suficiente como para justificar una acción ulterior de la Corte*".¹⁷¹ Con el fin de llegar a esa determinación, en su documento borrador sobre criterios de selección, la OF-CPI propone cuatro factores relevantes para la evaluación de la gravedad: la "*escala*", la "*naturaleza*", el "*modo de comisión*" y el "*impacto*" de los crímenes en cuestión.¹⁷² Además, la Oficina del Fiscal identifica los elementos que deberían ser tomados en consideración para evaluar cuándo cada uno de esos factores ofrece motivos que justifiquen la selección de situaciones o casos con base en la gravedad

¹⁶⁹ *Ibidem*, art. 1.

¹⁷⁰ Según la OF-CPI, "[e]l Estatuto no estipula ninguna secuencia obligatoria en cuanto a la gravedad y complementariedad, pero el fiscal debe considerar cumplidos ambos aspectos de la admisibilidad (gravedad y complementariedad) antes de avanzar en el procedimiento", OF-CPI, "Criteria for selection of situations and cases". *Op. cit.*, pp. 3-4.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² *Ibidem*.

De ahí, primero, en cuanto a la escala de los crímenes, la OF-CPI reconoce que el “*número de víctimas*” es el elemento principal a ser considerado,¹⁷³ pero también señala “[l]a *extensión geográfica y cronológica del crimen*” como otro elemento que debería ser examinado.¹⁷⁴ Segundo, de la consideración de la naturaleza de los crímenes la Oficina del Fiscal deriva la conclusión de que los “*crímenes más graves*” son los que resultan en una “*muerte deliberada*”, seguida de cerca por la violación.¹⁷⁵ Tercero, en cuanto al modo de comisión de los crímenes, la Oficina del Fiscal proporciona una lista de factores que deberían ser considerados para evaluar la gravedad: la sistematicidad, la naturaleza organizada o planificada de los crímenes, el uso de métodos particularmente crueles, la dirección del ataque contra víctimas vulnerables, la comisión de crímenes con base en consideraciones discriminatorias, y el abuso de poder.¹⁷⁶ Cuarto, la Oficina del Fiscal interpreta el impacto de los crímenes en términos de sus amplias consecuencias para la comunidad en donde los crímenes fueron cometidos y para la “*paz regional y la seguridad*” en general.¹⁷⁷

Según la OF-CPI, estos factores deberían ser considerados “en conjunto” para evaluar la gravedad de las situaciones y casos en consideración, de manera de que “*ningún peso fijo debería ser asignado a los criterios, sino más bien una decisión tendrá que ser alcanzada con base en los hechos y las circunstancias de cada situación*”.¹⁷⁸ Por consiguiente, la determinación de si un caso es “*suficientemente grave*” para merecer ser investigado y perseguido por la CPI aún dependerá de la discreción de la Oficina del Fiscal. Sin embargo, esta discreción está gobernada por factores de gravedad bastante claros y precisos y por indicadores que miden la presencia de esos factores, que deberían guiar y justificar la decisión sobre la selección del fiscal, reduciendo así el riesgo de que sea producto de arbitrariedad y subjetividad. Por lo tanto, el Estatuto de Roma no se limita a señalar la gravedad de los crímenes como criterio o a enumerar los elementos que deben ser considerados al evaluarla, sino que especifica el modo en que esos elementos deberían ser evaluados e interpretados para lograr una decisión sobre la selección.

Es digno de notar que, a diferencia de la mayoría de los documentos sobre criterios analizados en este trabajo, ni el Estatuto de Roma ni los documentos sobre políticas de la OF-CPI que lo interpretan y desarrollan incluyen el rol y estatus de los autores como parte del criterio de gravedad en el proceso de *selección*, el cual, por lo tanto, se restringe a la gravedad de los crímenes. Como veremos, para la OF-

173 Según la Oficina del Fiscal, esto está justificado, dado que con frecuencia la información sobre crímenes mortales es la más confiable. Sin embargo, la Oficina del Fiscal admite que, si está disponible, también puede ser tomada en consideración información sobre cualquier otro tipo de crímenes. *Ibidem*, p. 5.

174 *Ibidem*.

175 *Ibidem*.

176 *Ibidem*.

177 De acuerdo a la Oficina del Fiscal, este último factor incluye: “*daños ambientales, económicos y sociales duraderos*”, y particularmente acciones como “*ataques contra personas involucradas en asistencia humanitaria y misiones de mantenimiento de la paz, así como crímenes dirigidos a obstruir la justicia (particularmente los dirigidos contra testigos o el personal de la CPI) y crímenes cometidos con la intención de diseminar terror*”. *Ibidem*.

178 *Ibidem*.

CPI los criterios relacionados con el autor solamente son relevantes para decidir qué situaciones o casos se han de elegir para la investigación y persecución de todos aquellos que satisfacen los criterios de selección incluidos en el Estatuto. Como tales, ellos parecen ser tratados como criterios para asignar prioridad a un caso más que como criterios para seleccionar un caso en el sentido que el Estatuto de Roma da a estos últimos.

Por otro lado, la segunda etapa del proceso de selección de la situación y el caso previsto en el Estatuto de Roma se refiere a la complementariedad como el segundo criterio a ser considerado junto con la gravedad. Si se aplican las categorías del art. 17 del Estatuto de Roma (particularmente (1)(a) y (b), (2) y (3)), la complementariedad debería existir siempre que la jurisdicción de la CPI sea ejercida en relación con un caso que: (i) no está siendo investigado o perseguido por el Estado que es en principio competente, (ii) está siendo investigado o perseguido por ese Estado, pero este último no está dispuesto o no pueda llevar a cabo genuinamente estas tareas o (iii) ha sido investigado y se ha decidido no perseguir a la(s) persona(s) involucrada(s), pero esa decisión fue el resultado de que el Estado no tuvo disposición o no pudo genuinamente llevar a cabo la persecución.^{179*}

Como indica la OF-CPI, el análisis del criterio de la complementariedad debería hacerse en dos pasos: un primer paso destinado a responder “*la cuestión empírica de si ha habido o hay procedimientos nacionales en relación con los casos que serían probablemente el centro de atención de la CPI*”, y un segundo paso destinado a solucionar “*la cuestión normativa de si los pretendidos procedimientos están viciados por falta de voluntad o incapacidad para llevarlos genuinamente a cabo*”.¹⁸⁰ Sin embargo, el segundo paso sólo debería ser realizado si la cuestión empírica que corresponde al primero ha sido respondida de manera afirmativa, dado que de otro modo el criterio de la complementariedad estaría satisfecho con la mera determinación de que no ha habido investigaciones o persecuciones relacionadas con los crímenes que le interesan a la CPI en el Estado que tiene competencia primaria sobre ellos. De este modo, la evaluación del criterio de la complementariedad no implica necesariamente la difícil consideración de la falta de voluntad o de la capacidad de los Estados territoriales para actuar, lo que solamente debería tener lugar cuando el Estado ha realizado investigaciones o persecuciones en relación con los crímenes en cuestión.

Ahora bien, si tienen lugar procedimientos de este tipo, la falta de voluntad y la incapacidad del Estado para llevar genuinamente a cabo las persecuciones deberían ser evaluadas recurriendo a los factores reconocidos en el art. 17. Según esta disposición, la incapacidad de un Estado para investigar y perseguir un crimen puede ser evaluada considerando “*si el Estado, debido al colapso total o sustancial de*

179 * Nota de los traductores: La versión en español del art. 17 del Estatuto de Roma utiliza los términos “enjuiciamiento” y “no pudo realmente” en lugar de “persecución” y “no pudo genuinamente llevar a cabo” utilizados, respectivamente, por la versión inglesa, seguida por los autores del texto.

180 *Ibidem*, p. 6.

su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio” (art. 17(3)). Por otro lado, la falta de voluntad de un Estado para investigar y perseguir un crimen puede ser establecida si tales procedimientos cumplen con una de las siguientes condiciones (a) ellos son realizados “*con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal*”; (b) han sido demorados injustificadamente de modo “*incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia*”; ellos no han sido o no estén siendo “*sustanciado[s] de manera independiente o imparcial y haya[n] sido o esté[n] siendo sustanciado[s] de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia*” (art. 17(2)).

Aquí nuevamente, aun cuando los factores considerados necesarios para evaluar el criterio de complementariedad –y, en particular, los relacionados con situaciones en que las investigaciones y persecuciones están teniendo lugar en el Estado territorial que tiene la competencia primaria– requieren que la OF-CPI haga un juicio sobre si ellos están satisfechos en cada caso concreto, la formulación de esos factores y la indicación de los elementos específicos que deberían ser tomados en consideración para analizarlos reduce significativamente la probabilidad de arbitrariedad o de decisiones enteramente subjetivas, e impone el deber de justificar esas decisiones.

Aunque el criterio de la complementariedad puede ser descrito como un criterio de selección, es más apropiado referirse a él como un principio fundamental de admisibilidad, necesario por la naturaleza complementaria de la jurisdicción de la CPI.¹⁸¹

181 La selección de casos es una tarea crucial para los tribunales internacionales, dado que determina en gran medida el modo en que su eficacia será percibida por las comunidades internacional y nacionales, y por consiguiente el grado de legitimidad que ellos obtendrán. Estas percepciones no parecen depender solamente del tipo de casos que dichos tribunales seleccionan, sino también del modo en que, al seleccionarlos, ellos contribuyen a garantizar la responsabilidad y enfrentar la impunidad en los Estados territoriales en cuestión. Y la consideración de la necesidad de la intervención de tribunales internacionales –concebida en términos de ausencia de investigaciones y persecuciones en relación con los crímenes en cuestión, o la falta de capacidad o voluntad del Estado para llevar a cabo tales procedimientos– parece ser bastante importante para ese propósito.

Sin embargo, esta consideración no ha sido usada como un criterio de selección preciso en las experiencias previas de justicia penal internacional, y especialmente no lo ha sido en la del TPIY. Todo lo contrario, este último Tribunal ejerció inicialmente una jurisdicción no subsidiaria sobre los crímenes cometidos en las guerras de los Balcanes, lo que lo condujo a nunca seleccionar casos con base en qué investigaciones y persecuciones eran más necesarias debido a la ausencia de procedimientos nacionales de este tipo, o a la incapacidad o falta de voluntad de los Estados nacionales para llevarlas a cabo. Antes bien, la competencia del TPIY parecía estar basada en la suposición general de que las jurisdicciones nacionales eran incapaces y no tenían voluntad de llevar adelante tales procedimientos. Aun cuando esto era verdad en muchos casos, especialmente en el periodo subsiguiente a las guerras, no era necesariamente cierto para todas las jurisdicciones o para todos los casos por igual. Pero la falta de un criterio destinado a identificar cuándo el ejercicio de la jurisdicción del TPIY era más necesario para complementar los esfuerzos nacionales impidió identificar posibles diferencias importantes. La consideración de estas diferencias probablemente habría sido relevante por la masiva remisión de casos a las jurisdicciones nacionales que acabó por ocurrir, y que puso en manos de tribunales nacionales la responsabilidad principal de investigar y perseguir casos de crímenes internacionales centrales, asumiendo así repentinamente que todos ellos tenían igual capacidad y disposición para llevar a cabo esas tareas.

El uso del criterio de la complementariedad no garantiza, por sí mismo, que una jurisdicción penal internacional realmente investigará y perseguirá los casos en los que su intervención es mayormente necesaria. Por ejemplo, muchas de las críticas contra las primeras actividades de la CPI parecen apuntar al hecho de que la Corte ha aplicado ese criterio para seleccionar casos solamente donde no están teniendo lugar investigaciones y persecuciones, ignorando así las muchas situaciones, en ciertas ocasiones mucho más complejas y conducentes a impunidad, donde tales procedimientos están teniendo lugar pero con el único propósito de sustraer a los autores de la intervención de la CPI. Por consiguiente, la incorporación del criterio de la complementariedad siempre debería estar acompañada de una aplicación adecuada y una justificación rigurosa de la selección de casos con base en dicho criterio.

La tercera etapa del proceso fundamental de selección previsto en el Estatuto de Roma incorpora un criterio completamente nuevo para seleccionar las situaciones a investigar y los casos a perseguir: los “*intereses de la justicia*”. Según el art. 53, este criterio implica indagar si la investigación o persecución en cuestión redundaría en los intereses de la justicia. En relación con las decisiones para seleccionar situaciones para investigar y casos para perseguir requiere que esta indagación tenga en consideración la “*gravedad del crimen*” y los “*intereses de las víctimas*” ((1)(c) y (2)(c)). Y exclusivamente en lo que concierne a las decisiones para seleccionar casos para perseguir también requiere tener en cuenta “*todas las circunstancias, entre ellas (...) la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen*” ((2)(c)).

Como puede verse, en relación con ambas decisiones, el criterio de los “*intereses de la justicia*” opera de un modo negativo, en el sentido que, si es satisfecho, entonces la situación o caso en cuestión no será seleccionado. Como lo expresara la OF-CPI en su reciente documento de trabajo dedicado específicamente al criterio de los “*intereses de la justicia*”:

El test de los intereses de la justicia es una consideración potencial que contrasta, que podría producir una razón para no proceder (...). [E]l fiscal no debe establecer que una investigación o persecución es en los intereses de la justicia. Más bien, él iniciará una investigación a menos que haya circunstancias específicas que brinden razones sustanciales para creer que ello no redundará en ese momento en los intereses de la justicia.”¹⁸²

Dada la naturaleza secuencial del proceso de selección, este criterio sólo tiene que ser considerado si una situación o un caso ha cumplido las condiciones de la primera y segunda etapa del proceso y si, en consecuencia, se considera que hay una base razonable para proceder, están involucrados crímenes de gravedad suficiente y

¹⁸² OF-CPI, “The interests of justice”, documento sobre políticas, septiembre de 2007, pp. 2-3.

está justificada la intervención de la CPI con base en la complementariedad. En esta fase del proceso, parece haber razones muy poderosas para iniciar una investigación de una situación o para abrir una persecución. Por esa razón, la OF-CPI consideró que una decisión de no investigar una situación o perseguir un caso con base en este criterio solamente debería tener lugar en “*circunstancias excepcionales*”.¹⁸³ Además, consideró que existe “*una presunción a favor de la investigación o persecución siempre que haya sido alcanzado el criterio establecido en el art. 53(1) (a) y (b) o en el art. 53(2) (a) y (b)*”.¹⁸⁴

De este modo, como regla general, el criterio de los “*intereses de la justicia*” no debería impedir que se tome una decisión de iniciar una investigación o abrir una persecución. Solamente debería hacerlo cuando condiciones excepcionales claramente muestren que tal decisión iría contra los importantes fines reconocidos en el art. 53(1)(c) y (2)(c). La OF-CPI ofrece algunos ejemplos en los que esto sería el caso. Según la Oficina del Fiscal, si “*un derecho del sospechoso hubiera sido gravemente violado de manera que podría desacreditar la administración de justicia*”,¹⁸⁵ o si el sospechoso estuviera “*enfermo de manera terminal*” o hubiera “*sido sometido a abusos que importen violaciones graves de los derechos humanos*”,¹⁸⁶ su persecución iría contra los intereses de la justicia, incluso si se toma en consideración la gravedad de los crímenes cometidos y los intereses de las víctimas en que se haga justicia.

Por otro lado, la OF-CPI ha indicado que el criterio de los “*intereses de la justicia*” debería ser distinguido del criterio de los “*intereses de paz*”, dejando en claro que una decisión de no investigar o perseguir no debería tomarse con base en las contribuciones que pudiera hacer a un proceso de paz. Esto es así, porque la noción de intereses de la justicia tiene como objetivos “la prevención de graves crímenes y garantizar un respeto duradero por la justicia internacional”, y porque los intereses de paz caen “dentro de la competencia de instituciones diferentes que la Oficina del Fiscal”.¹⁸⁷

Así, parece que el nuevo criterio de los “*intereses de la justicia*” muy raramente será aplicado por la OF-CPI y, si lo es, operará como un criterio para no seleccionar más que para seleccionar situaciones y casos. Por lo tanto, es bastante evidente que, debido a su naturaleza, la interpretación de este criterio requerirá siempre de altas dosis de discreción, desde que el factor al cual se refiere es impreciso y ofrece grandes y fértiles razones para justificar decisiones de no investigar o perseguir. En consecuencia, este criterio fácilmente podría abrir la puerta a interpretaciones arbitrarias o subjetivas destinadas más a restringir la justicia y los objetivos de la prevención del crimen y el respeto de la justicia internacional que a preservar los intereses de la justicia. Estos riesgos parecen estar en alguna medida contrarrestados

183 *Ibidem*, p. 1.

184 *Ibidem*.

185 *Ibidem*, p. 4.

186 *Ibidem*, p. 7.

187 *Ibidem*, pp. 8-9.

por la posibilidad, abierta por el art. 53(3)(b), de revisión judicial de las decisiones de no proceder con base en los intereses de la justicia. Sin embargo, es aún dudoso que este criterio deba ser reproducido en documentos sobre criterios de selección y asignación de prioridad de otras jurisdicciones internacionales o nacionales.

Además del criterio antes estudiado que corresponde al proceso de selección de la situación y el caso, el Estatuto de Roma parece señalar criterios adicionales de selección referidos a consideraciones prácticas. En particular, esos criterios tienen que ver con lo que la OF-CPI debería hacer para cumplir con las obligaciones contenidas en el art. 54(1)(b), que establece que el fiscal “*respetará los intereses y las circunstancias personales de víctimas y testigos, entre otros la edad, el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, y la salud, y tendrá en cuenta la naturaleza de los crímenes, en particular los de violencia sexual, violencia por razones de género y violencia contra los niños*”. Además, según la OF-CPI esas consideraciones también tienen que ver con la necesidad de examinar la “*disponibilidad de prueba y cuestiones de seguridad de las víctimas, los testigos y el personal, con vistas a planificar una investigación potencial*”.¹⁸⁸ Para la OF-CPI, estos elementos deberían ser tomados en cuenta “[a] demás de considerar los factores enumerados en el artículo 53”,¹⁸⁹ y, por consiguiente, deberían ser considerados probablemente como otro grupo de criterios de selección de situaciones y casos.

En resumen, el Estatuto de Roma y su interpretación por la OF-CPI indican cuatro grupos de criterios diferentes para seleccionar las situaciones a investigar y los casos a perseguir, que tienen que ser evaluados de modo secuencial: (i) criterios relacionados con la jurisdicción de la CPI, destinados a establecer que existe una base razonable para proceder (para investigar o perseguir); (ii) criterios relacionados con la admisibilidad de los casos, que se refieren a la gravedad de los crímenes y a la naturaleza subsidiaria de la intervención de la CPI; (iii) el criterio negativo consistente en los intereses de la justicia a través del cual podría ser excepcionalmente justificada una decisión de no investigar una situación o no perseguir un caso, y (iv) criterios relacionados con consideraciones prácticas que la Oficina del Fiscal debe tener en cuenta al seleccionar un caso. Los grupos (i) y (ii) establecen criterios relativamente nuevos y factores precisos a través de los cuales esos criterios pueden ser evaluados y estimados. Se trata de exigencias fundamentales relativas a la jurisdicción y admisibilidad. El grupo (iii) es más problemático por cuanto deja abierta la posibilidad de interpretaciones arbitrarias que de hecho podrían ir contra los intereses de la justicia. Y el grupo (iv) no añade mucho a los grupos de criterios previamente analizados que se ocupan de consideraciones prácticas de la persecución.

Aun cuando estos son todos los criterios a los que se refiere el Estatuto de Roma, la contribución hecha por la experiencia de la CPI a la discusión sobre criterios de selección y asignación de prioridad no se termina aquí. En efecto, las

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

interpretaciones del Estatuto de Roma de la OF-CPI, y particularmente su documento de trabajo sobre criterios han sugerido convincentemente que, además de estos criterios de selección, la CPI puede y debe aplicar criterios de asignación de prioridad con el fin de elegir que sólo algunos entre las situaciones y los casos que satisfacen los criterios de selección sean investigados y perseguidos. En palabras de la Oficina del Fiscal:

*La selección de casos va más allá de la admisibilidad: todo caso, para ser considerado para que sea perseguido ante la Corte, debe satisfacer los requisitos probatorios y de competencia, así como los requisitos de admisibilidad del Estatuto (gravedad y complementariedad). Además de ello, sin embargo, la política de la Oficina del Fiscal es presentar sólo unos pocos casos de cada situación. **No todo caso que alcance el umbral de admisibilidad será sometido a persecución; es necesario seleccionar los casos que más justifiquen la persecución.** Entre los casos que alcanzan el umbral de admisibilidad, la Oficina del Fiscal considerará **factores tales como la política de concentrarse en las personas mayormente responsables de los crímenes más graves, así como la maximización de la contribución a la prevención del crimen.***¹⁹⁰

De ahí que la OF-CPI reconozca explícitamente que la aplicación de los criterios de selección incorporados en el Estatuto no son suficientes para seleccionar los casos que finalmente serán perseguidos por la CPI. En consecuencia, la Oficina del Fiscal interpreta esos criterios como un “umbral” o filtro, cuya superación determinará qué casos *podrían* ser analizados por la CPI, pero no necesariamente que *serán* de hecho analizados o en qué orden de prioridad. Además, señala la necesidad de formular otros criterios para cumplir con estos dos últimos propósitos, como aquellos relacionados con la responsabilidad de los autores y las contribuciones potenciales de los casos a la prevención del crimen.

La posibilidad de formular este tipo adicional de criterios y de concebirlos como criterios de asignación de prioridad parece estar implícitamente reconocida en el art. 53(4) del Estatuto de Roma. Según esta disposición, “[e]l Fiscal podrá reconsiderar en cualquier momento su decisión de iniciar una investigación o enjuiciamiento sobre la base de nuevos hechos o nuevas informaciones”. En efecto, podría considerarse que esta posibilidad implica que situaciones y casos que satisfacen el umbral impuesto por los criterios de selección contenidos en el Estatuto de Roma, pero que, sin embargo, no fueron seleccionados por una decisión específica de investigar o perseguir no están de-seleccionados en el sentido que ellos están excluidos de la competencia de la CPI, sino, más bien, han sido relegados en la lista de prioridades de la Corte, pero eventualmente pueden ser investigados y perseguidos. En este

190 OF-CPI, “Criteria for selection of situations and cases”. *Op. cit.*, p. 11 (negrita incluida).

sentido, todas las situaciones y casos que superan el umbral de selección son candidatos potenciales para la investigación y persecución, y por lo tanto, podrían ser clasificados según criterios de prioridad.

Siguiendo una lógica similar, en su documento de trabajo sobre criterios, la OF-CPI propuso una lista de criterios que no están incluidos en el Estatuto de Roma, y que erróneamente son etiquetados como “*criterios de selección*”, cuando, de hecho, son criterios de prioridad.¹⁹¹ La lista de criterios indica factores que deberían ser considerados en las decisiones para seleccionar las situaciones y los casos que, respectivamente, deberían ser investigadas y perseguidos con prioridad entre las/los que superan el umbral de selección. Esos factores están clasificados en términos de las decisiones que pueden ser necesarias para priorizar regiones, episodios, grupos, personas, cargos, y crímenes. Esta clasificación es interesante y novedosa para la discusión sobre criterios de asignación de prioridad, porque está basada en diferentes niveles de análisis o detalles a partir de los que puede ser considerada una situación de violación de derechos, desde el nivel más amplio o macro de los territorios hasta el nivel micro de los crímenes específicos cometidos por personas específicas en un tiempo determinado.

Así, en cuanto a las regiones, la OF-CPI expresa que en territorios que han sido seleccionados como situaciones relevantes para la investigación, la asignación de prioridad a una región específica puede ser necesaria para centrar la investigación y hacerla manejable. Además, la Oficina del Fiscal propone que esa asignación de prioridad esté “*basada primariamente en la gravedad de los crímenes y en el potencial impacto preventivo de la investigación, así como en consideraciones de seguridad*”.¹⁹² Por lo tanto, para el propósito de la asignación de prioridad de una región, la Oficina del Fiscal señala los criterios de la gravedad y las consideraciones prácticas que han sido reconocidos por prácticamente todos los documentos analizados en este trabajo. Pero también señala el criterio en parte novedoso referido al “*potencial impacto preventivo de la investigación*”, que, si bien ha sido reconocido por otros documentos sobre criterios en el sentido de considerar el impacto de la investigación como un factor de selección y asignación de prioridad, aquí se le añade especificidad al identificar a la prevención como el rasgo más importante del impacto de las investigaciones.

Con respecto a los episodios, la Oficina del Fiscal reconoce que no todas las situaciones graves que tienen lugar en la región seleccionada pueden ser investigadas por la CPI y, por lo tanto, establece que la Oficina del Fiscal inevitablemente tendrá que seleccionar “*una cantidad comparativamente pequeña de episodios como base para la persecución*”. Al respecto, la Oficina del Fiscal propone seleccionar esos episodios de modo de, en cuanto sea posible, “*proporcionar una muestra que refleje los episodios más graves y los principales tipos de victimización*”, dada la necesidad de garantizar la

¹⁹¹ *Ibidem*, pp. 11-12.

¹⁹² *Ibidem*, p. 11.

seguridad y la protección de testigos, víctimas y personal, así como el acceso a la prueba, particularmente en situaciones de conflicto en curso.¹⁹³ Por consiguiente, la Oficina del Fiscal propone y defiende el uso de un criterio de representatividad para la selección de los episodios a investigar y perseguir, sosteniendo que la provisión de una muestra de los episodios más graves y de las principales formas de victimización puede contrarrestar la imposibilidad de la CPI de “establecer un registro histórico completo”.¹⁹⁴ Como mostramos en secciones anteriores, este tipo de criterio también ha sido reconocido por el sistema de justicia penal de Bosnia y Herzegovina y por el TPIY. Es muy significativo que la CPI esté considerando su uso, porque ilustra que la representatividad está deviniendo un criterio cada vez más aceptado para la selección y asignación de prioridad de casos.

Con respecto a los grupos, la OF-CPI indica que en contextos de comisión masiva de crímenes, éstos frecuentemente son cometidos por varios grupos u organizaciones, como los grupos armados. En consecuencia, sugiere que la responsabilidad por los crímenes más graves y el potencial impacto preventivo de sus investigaciones deberían ser los principales factores a considerar al decidir priorizar la investigación o persecución de un grupo sobre otro.¹⁹⁵ El primer factor es absolutamente estándar en la lista de criterios de selección y asignación de prioridad, mientras que al segundo ya se ha hecho referencia en relación con la asignación de prioridad de regiones. Lo que es interesante aquí no es tanto los factores propuestos, sino el objetivo al que intentan servir, que es priorizar entre diferentes grupos responsables de crímenes a gran escala, un objetivo que no ha sido reconocido por otros documentos sobre criterios analizados en este trabajo.

Con respecto a las personas, la Oficina del Fiscal propone la noción, bastante común y ampliamente aceptada, de los “mayormente responsables de los crímenes más graves” como base para priorizar la persecución de personas que han cometido crímenes en el contexto analizado por la CPI. Además, la Oficina del Fiscal define esa noción con referencia a los criterios, también bastante comunes, de “comandantes y otros superiores, si quienes son sus subordinados efectivos están involucrados en los crímenes”, de “aquellos que tienen un rol causal importante en los crímenes” y de “autores de mala reputación que se distinguen por su directa responsabilidad en crímenes particularmente graves”.¹⁹⁶ Finalmente, hace una clarificación, también bastante común, al sostener que los funcionarios de rango medio y bajo podrían ser investigados y perseguidos si ello es considerado “necesario para el caso en su conjunto”.¹⁹⁷ La Oficina del Fiscal justifica el uso de este criterio estableciendo, como hacen casi todas las oficinas de persecución que se ocupan de crímenes internacionales, que “la política de la Oficina del Fiscal es centrarse sobre los que cargan con la mayor responsabilidad”.¹⁹⁸

193 *Ibidem*.

194 *Ibidem*.

195 *Ibidem*.

196 *Ibidem*.

197 *Ibidem*, p. 12.

198 *Ibidem*.

Por consiguiente, los criterios propuestos por la Oficina del Fiscal concernientes a la responsabilidad y el estatus de los autores no son innovadores en cuanto a su contenido ni en cuanto a su alcance. Lo novedoso es que la Oficina del Fiscal excluyó los criterios relacionados con el rol y estatus del autor de las consideraciones acerca de la selección de situaciones y casos, y sólo los incorporó en la discusión sobre la asignación de prioridad. Esto puede ser explicado al menos en parte por el hecho de que el Estatuto de Roma no indicó el grado de responsabilidad como un factor de selección relevante, y, en lugar de ello, restringió la consideración de la gravedad (presente tanto en el examen de la competencia como en el de la admisibilidad) a los crímenes, sin ninguna referencia a los autores. Sin embargo, será interesante ver si la utilización de estos criterios exclusivamente como factores de prioridad y no de selección provocará resultados diferentes que los obtenidos en jurisdicciones centradas exclusivamente o principalmente en seleccionar casos relativos a los autores mayormente responsables.

En cuanto a los cargos, la OF-CPI expresa que su política es seleccionar entre los crímenes considerados aquéllos respecto a los que se presentarán cargos, y formular cargos focalizados. Por consiguiente, propone la *“disponibilidad de prueba”* como el criterio principal que debería guiar la asignación de prioridad de los crímenes respecto a los cuales se presentarán cargos.¹⁹⁹ Sin embargo, también reconoce como criterios relevantes para este propósito: *“los crímenes más graves, representación de los patrones de crímenes más importantes, impacto y la necesidad de juicios rápidos y focalizados”*.²⁰⁰ Además, establece que tomará *“particularmente en cuenta crímenes que involucran violencia sexual y violencia contra niños”*.²⁰¹ Como puede verse, con el objetivo de priorizar los crímenes respecto de los cuales se habrán de presentar cargos, la Oficina del Fiscal se refiere a una variedad de criterios que no tienen mucho que ver uno con otro, sino que, más bien, deberían pertenecer a diferentes grupos de criterios, tal como ellos están presentados en otros documentos analizados en este trabajo.

La elección de la consideración práctica de la disponibilidad de prueba, que busca que los juicios más fáciles y más rápidos sean realizados en primer lugar, como criterio principal para priorizar la presentación de cargos es entendible, pero podría ser criticada por dejar de lado otras consideraciones más importantes, tal como la relativa gravedad de los crímenes y el impacto de las investigaciones. La sospecha de que esto podría ser así es confirmada por el hecho de que la Oficina del Fiscal se refiere específicamente a la necesidad de juicios rápidos como otro factor (menos importante) a tener en cuenta al priorizar los casos sobre los que se presentarán cargos. Por otro lado, es digno de mencionar que la Oficina del Fiscal otra vez parece defender la noción de representatividad cuando se refiere a la representación de los patrones de crímenes más importantes.

¹⁹⁹ *Ibidem*.

²⁰⁰ *Ibidem*.

²⁰¹ *Ibidem*.

La cuestión más importante en esta lista de criterios es, quizás, la introducción de lo que parecen ser “persecuciones temáticas”, esto es, la prioridad de persecución de ciertos tipos de crímenes (aquí, violencia sexual y violencia contra niños). Esto no parece estar basado en su gravedad (aun cuando la Oficina del Fiscal considera a la violación como uno de los crímenes más graves, la referencia a ella no se vincula aquí con su gravedad), sino, más bien, en su “tema” o “tópico”, quizás porque tradicionalmente han sido sub-representados en la justicia penal. Como tal, las persecuciones temáticas parecen ser usadas aquí como un criterio de asignación de prioridad bastante novedoso, que está ausente o al menos no está explícitamente reconocido en las otras jurisdicciones estudiadas, y que en consecuencia requiere una justificación clara y potente en términos de su necesidad y conveniencia.

Finalmente, la OF-CPI se refiere al impacto de la investigación, y particularmente a sus posibles contribuciones a la prevención de crímenes, como un criterio adicional a ser considerado al priorizar “*casos suficientemente graves*”.²⁰² Como ilustración de la importancia de este criterio en el marco de la CPI, señaló que

*la Oficina puede, por ejemplo, prestar atención particular a grupos o individuos responsables de graves crímenes en curso, desde que la detención y persecución de tales personas puede poner un fin a los crímenes. La consideración del impacto puede también conducir a presentar cargos sobre materias tales como el uso de niños soldados, pues éste es un crimen frecuente que no es ampliamente perseguido (...).*²⁰³

Como mencionamos antes, el impacto de la investigación es un criterio bastante relevante, y su especificación en términos de posibles contribuciones de la investigación a la prevención de los crímenes constituye un importante paso hacia la definición del contenido y alcance del criterio del impacto. Además, esta especificación tiene el mérito de centrarse en el objetivo principal que la justicia penal internacional debería perseguir (la prevención del crimen), y de indicar modos particulares en que la aplicación de este criterio por la CPI podría contribuir al logro de este objetivo. Sin embargo, no es enteramente claro por qué este criterio está mencionado de manera independiente de otras categorías de clasificación. Por un lado, no se corresponde enteramente con la lógica que subyace la clasificación (de los fenómenos más generales a los más detallados); y por otro lado, contiene un criterio que ya fue referido en varias de las otras categorías. En este sentido, sería útil si en futuras versiones de documentos sobre políticas, la Oficina del Fiscal explica el modo en que este criterio se relaciona con los otros criterios de prioridad.

Brevemente, además de los criterios de selección incorporados en el Estatuto de Roma, la OF-CPI ha formulado criterios de asignación de prioridad destinados

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ *Ibidem*.

a elegir situaciones para investigar y casos para perseguir entre las situaciones y casos que satisfacen el umbral impuesto en el Estatuto por tales criterios de selección. Las contribuciones hechas mediante la formulación de estos criterios no consisten tanto en la novedad de su contenido como en el modo en que ellos son clasificados, lo que no es un lugar común en los documentos sobre criterios basados en grupos tópicos de criterios. En el documento de la Oficina del Fiscal, más bien, la asignación de prioridad es considerada relevante en diferentes niveles de análisis. Así, yendo del nivel macro al micro, los criterios son concebidos para asignar prioridad a regiones dentro de territorios, a episodios dentro regiones, a grupos que cometen esos episodios, a personas pertenecientes a esos grupos, y a cargos que pueden ser imputados a esas personas. De este modo, los criterios a los que refieren estas diferentes categorías de clasificación no necesitan estar ordenados jerárquicamente para ser aplicados como criterios de prioridad, dado que ellos pueden fácilmente servir para asignar prioridad en cada nivel de análisis.

III. Consideraciones conclusivas

Este trabajo se funda en la firme creencia de que la formulación y aplicación apropiada de criterios para seleccionar y asignar prioridad a casos de crímenes internacionales centrales son cruciales para enfrentar grandes acumulaciones de casos de un modo adecuado y justificable a nivel nacional e internacional. Aun cuando los criterios no pueden por sí mismos solucionar el problema de la acumulación de casos, ellos pueden, si son aplicados correctamente, asegurar que los casos más idóneos sean investigados y perseguidos en primer lugar. Esto es esencial cuando la capacidad del sistema de justicia penal en cuestión no puede procesar todos los casos acumulados. Esto reduce y racionaliza la administración de los casos acumulados y, al hacer eso, puede aumentar significativamente la eficacia y legitimidad de las oficinas de persecución.

Con el fin de iniciar la discusión sobre criterios de selección y asignación de prioridad, este trabajo describe en detalle y analiza críticamente algunas de las experiencias más importantes de jurisdicciones nacionales e internacionales que se ocupan de crímenes internacionales centrales en las cuales han sido usados explícitamente criterios para la selección y asignación de prioridad de casos.

El trabajo se ocupa, primero, del caso de Bosnia y Herzegovina, que constituye la experiencia seminal en la discusión sobre criterios, en su formulación e implementación a nivel nacional, y, lo que sin dudas constituyó uno de los avances más importantes, en la consolidación de grupos de criterios relevantes para seleccionar y priorizar casos. Hizo esto a través de tres documentos sobre la materia, producidos por los representantes más importantes del sistema jurídico del país, que han demostrado que la formulación de criterios es un proceso difícil y problemático.

Luego, el trabajo examinó las experiencias del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) y de la Corte Penal Internacional (CPI), como dos ejemplos de tribunales internacionales que han hecho contribuciones importantes a la discusión sobre formulación e implementación de criterios por medio de sus fundamentadas sentencias y sus errores. En particular, el TPIY ejemplifica los riesgos de desarrollar criterios en el curso de la práctica del Tribunal, mientras que la CPI muestra las potencialidades de prever criterios anticipadamente y así poder desarrollarlos minuciosamente en la práctica.

Después de haber estudiado los criterios propuestos y empleados por esas jurisdicciones, es posible concluir que parece haber dos pilares principales en el centro del debate actual sobre criterios para la selección y asignación de prioridad de casos de crímenes de guerra: (a) “*gravedad*” y (b) “*representatividad*”, y dos pilares menores: (c) consideraciones políticas y (d) consideraciones prácticas.

El pilar de la “*gravedad*” tiende a abarcar dos tipos de criterios: la gravedad del presunto crimen y la gravedad de la responsabilidad del sospechoso. Ambos pueden

estar combinados o presentarse separadamente, y ellos pueden ser usados como criterios de selección y/o prioridad. En lo que concierne al primer tipo de criterios, una serie de factores puede servir de base para determinar la gravedad de los crímenes, incluidos: (i) el número de víctimas, (ii) el área de destrucción, (iii) la duración y repetición del ataque, (iv) la naturaleza de los crímenes, (v) el *modus operandi* de la conducta criminal (en particular, la crueldad, el desprecio flagrante por el derecho), (vi) un motivo discriminatorio, (vii) el nivel de control del presunto autor. La gravedad de los crímenes ha sido reconocida por todas las jurisdicciones analizadas en este trabajo, pero ellas discrepan en cuanto a los factores que indican esa gravedad.

La gravedad de la responsabilidad del sospechoso depende, *inter alia*, de la autoridad *de jure* y *de facto* o del rol del sospechoso, así como de la forma de participación o modo de responsabilidad. Este criterio ha sido interpretado de un modo un tanto diferente por las jurisdicciones analizadas en este trabajo. Así, en relación con el TPIY y el TPIR, el Consejo de Seguridad de la ONU formuló este criterio como “los líderes de mayor jerarquía sospechados de ser los mayormente responsables de los crímenes”. Por su parte, tratándolo como un criterio de asignación de prioridad, el fiscal ante la Corte Penal Internacional lo ha definido como “aquellos que cargan con el mayor grado de responsabilidad”.²⁰⁴ Puede decirse que cuanto más alto es el rango del sospechoso y más directamente esta persona es responsable de los crímenes en cuestión, más alto es su nivel de responsabilidad. La categoría de los “delincuentes de mala reputación” comúnmente usada no debería ser vista probablemente como una subcategoría de los que tienen la mayor responsabilidad; más bien, debería ser vista en el sentido de dar más peso al criterio de gravedad de los crímenes basado en una decisión política de dedicarse a tipos de crímenes específicos o de ocuparse de las preocupaciones de víctimas específicas. La determinación de quién carga con la mayor responsabilidad debería ser hecha con base en factores objetivos. Es en interés de la transparencia que deben mantenerse conceptualmente separadas las consideraciones políticas de las prácticas.

Hay que reconocer que estos diferentes estándares en cuanto al umbral de la gravedad de la responsabilidad de un sospechoso pueden parecer algo confusos. Cada jurisdicción o institución que se ocupa de la formulación de criterios debe elegir qué sirve mejor a sus necesidades. La formulación elegida debería proporcionar una guía adecuada a quienes quieren trabajar con ella; debería ser suficientemente

²⁰⁴ Otras jurisdicciones que se ocupan de casos de crímenes internacionales centrales también han reconocido este criterio, y lo han formulado de maneras algo diferentes. Así, el Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona (CESL) limita la jurisdicción de la Corte a las “personas que cargan con la mayor responsabilidad”, reiterando la resolución 1315 de 2000 del Consejo de Seguridad (véase el art. 1(1) y 15(1) del Estatuto de la CESL y S/RES/1315 (2000), párrafo 3). Además, el Acuerdo sobre el Establecimiento de Salas Extraordinarias en Camboya y los artículos 1 y 2 de la Ley sobre el Establecimiento de Salas Extraordinarias establecen que las Salas tienen jurisdicción sobre los “líderes jerárquicos de la Kampuchea Democrática y aquellos que fueron los más responsables” de los crímenes cometidos entre 1975 y 1979 (véase el artículo 2 del *Draft Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia concerning the Prosecution under Cambodian Law of Crimes Committed during the period of Democratic Kampuchea* anexo a la resolución de la Asamblea General 57/228, A/RES/57/228 (22 de mayo de 2003)).

clara para el público, y debería ser adecuado para servir el interés de igual tratamiento de todos los casos.

El segundo pilar de criterios puede ser referido como “*representatividad*”. Significa simplemente que al fin de un proceso de persecuciones de crímenes internacionales centrales, la cartera de casos acumulada debería reflejar —o ser representativa de— la victimización global causada por los crímenes en el conflicto o situación en cuestión. Los crímenes más graves y los líderes de mayor jerarquía que son sospechados de ser los mayormente responsables de ellos deberían haber sido perseguidos al fin al proceso de persecuciones. Las áreas y comunidades más afectadas por los crímenes deberían haber visto más crímenes perseguidos que las comunidades menos afectadas. Los grupos de víctimas más afectados deberían haber visto perseguidos más crímenes que causaron su victimización que otros grupos. Las organizaciones o estructuras que causan los crímenes más graves deberían tener perseguidos más miembros responsables —o más crímenes causados por ellas— que otras organizaciones o estructuras. La razón que está detrás de este criterio parece ser más bien auto-evidente. Está apuntalado por preocupaciones basadas en los intereses de las víctimas, así como por la capacidad de las persecuciones de crímenes internacionales centrales para contribuir a la reconciliación y a la disuasión, así como a la obtención de la verdad. El equilibrio de esta aproximación parecería necesario para asegurar la confianza en el sistema de justicia penal.

El primer pilar menor de criterios consiste en consideraciones políticas. Este tipo de consideraciones casi siempre existe en las oficinas de persecución, aunque quizás ellas no sean tan visibles para el público. Sin embargo, en la medida de lo posible ellas deberían ser articuladas y divulgadas públicamente. La transparencia está en el interés de las oficinas de persecución y su trabajo. Los criterios políticos para la selección y asignación de prioridad de casos de crímenes internacionales centrales deberían ser formalizados y hechos cumplir de manera igualitaria en todos los casos. Ellos han sido reconocidos por la mayoría de las jurisdicciones analizadas en este trabajo.

Finalmente, las consideraciones prácticas son el sustento de la justicia penal. Son consideraciones muy importantes que afectan la selección y asignación de prioridad de casos de crímenes internacionales centrales. Con todo, no es claro si estas consideraciones deberían ser tratadas como criterios en sí mismos. En todo caso, si lo son, también deberían ser formalizadas y divulgadas públicamente. Esto sirve al interés de las propias oficinas de persecución. Nuevamente, la mayoría de las jurisdicciones estudiadas en este trabajo han reconocido estas consideraciones como criterios.

Es necesario insistir en el hecho de que no es suficiente adoptar formalmente criterios adecuados para la selección y asignación de prioridad si no se establece claramente el modo en que ellos deberían ser aplicados. Uno de los problemas principales que enfrentaron la mayoría de las jurisdicciones analizadas en este trabajo es que con frecuencia la formulación de criterios no está acompañada de pautas que determinan

si esos criterios operan como un umbral (y, por consiguiente, como criterios de selección) o como un mecanismo de clasificación de casos (y, por consiguiente, como criterios de asignación de prioridad), y en el último caso que no se establece una jerarquía entre los criterios en cuestión que pudiera hacer posible esa clasificación.

Por otro lado, la adopción formal de criterios e incluso de un claro conjunto de pautas para su aplicación no garantiza que esta aplicación siempre será hecha de manera adecuada. Arriba hemos visto, en la sección III, que los jueces, tanto del TPIY como de la CPI, pueden jugar un rol en asegurar que los criterios de selección sean respetados. Esto no sorprende si consideramos las dificultades de seleccionar solamente casos idóneos para la persecución en jurisdicciones penales internacionalizadas. No sólo el TPIY ha enfrentado dificultades al respecto. De hecho, no es fácil indicar ninguna oficina de persecución internacionalizada que sin dudas haya tenido éxito al seleccionar y priorizar casos. Éste es un desafío y un problema común.

La comprensión de los criterios que han sido más comúnmente usados por jurisdicciones que se ocupan de crímenes internacionales centrales podría ser útil para toda jurisdicción que enfrente el problema de una gran acumulación de tal tipo de casos. La gestión de tal cúmulo de atrocidades pasadas puede mejorar en gran medida en eficiencia, imparcialidad, transparencia y legitimidad, si son formalmente adoptados y apropiadamente aplicados criterios de selección y asignación de prioridad de casos. Y la discusión, formulación y aplicación de tales criterios puede ser mucho más fácil si las jurisdicciones tienen una idea clara del menú de opciones existentes en la práctica, así como de las potencialidades y limitaciones de esas opciones. Se espera que este trabajo haya contribuido de alguna manera a este objetivo.

Persecución de la violencia sexual contra mujeres: un componente necesario de la estrategia post-conflicto de justicia y reconstrucción social en Colombia

CHILE EBOE-OSUJI¹

Introducción

El conflicto armado colombiano. Una guerra prolongada “librada en el cuerpo de las mujeres”

En un informe de 2004 Amnistía Internacional observó que en el conflicto armado colombiano “el cuerpo [de la mujer] se ha convertido en un campo de batalla en el que está comprometida la violencia más brutal”. Algunas veces esto ha alcanzado proporciones horribles como el desgarro del vientre de las mujeres embarazadas a fin de extraer el feto. “*No dejar ni la semilla*”, una expresión que se remonta a las atrocidades perpetradas durante *La Violencia* en los años ‘50, pero que hoy en día todavía se utiliza, es un reflejo de la extrema crueldad involucrada. Muchos hombres también han sido castrados por razones similares en el contexto de masacres y asesinatos selectivos cometidos durante el conflicto armado.² Después de su visita a Colombia en 2001 para investigar y evaluar el impacto del conflicto armado sobre la protección de los derechos de la mujer, la Relatora de Naciones Unidas sobre la violencia contra mujeres, sus causas y consecuencias informó que con el conflicto “se reproduce y se incrementa la discriminación entre los distintos grupos y las mujeres padecen discriminación en distintas vertientes, por motivos de sexo, origen étnico o pertenencia cultural. Aunque los hombres son más frecuentemente víctimas de ejecuciones sumarias y matanzas, la violencia contra mujeres, en particular la violencia sexual perpetrada por grupos armados, se ha hecho habitual en medio de un conflicto que degenera paulatinamente y de la falta de observancia del derecho internacional humanitario”.³

Traducción del inglés de Noelia Trinidad Nuñez (Universidad de Buenos Aires).

1 Asesor legal de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Anteriormente trabajó como asesor legal para el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, como procurador sénior en el Tribunal Internacional para Ruanda y como fiscal de apelaciones en el Tribunal Especial para Sierra Leona.

2 AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Colombia: Scarred bodies, hidden crimes - Sexual Violence against Women in the Armed Conflict*, Doc No AI Index: AMR 23/040/2004, 13 de octubre de 2004, p. 11-12.

3 NACIONES UNIDAS. *Report submitted by Ms Radhika Coomaraswamy, Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences: Mission to Colombia (1-7 November 2001)*, E/CN.4/2002/83/Add.3, 11 de marzo de 2002, (par. 42.)

El conflicto armado colombiano, abarcando más de medio siglo, es uno de los conflictos armados más prolongados en el mundo moderno.⁴

Una característica llamativa de este conflicto armado -y la consecuente violación de derechos humanos-, como se señaló en las primeras líneas de este trabajo, ha sido la prevalencia de violencia sexual contra las mujeres. Según Oxfam Internacional “[e]n el curso de los más de 50 años del conflicto colombiano, todos los grupos armados -fuerzas militares del Estado, paramilitares y grupos guerrilleros- han abusado o explotado sexualmente a las mujeres, tanto a las civiles como a sus propias combatientes. Las mujeres pueden ser víctimas directas o colaterales de distintas formas de violencia, como resultado de sus relaciones afectivas como hijas, madres, esposas, compañeras o hermanas”.⁵ La violencia es sistemática. Según Oxfam, “[l]ejos de ser esporádico, el uso de la violencia sexual es una práctica habitual que ha pasado a formar parte integral del conflicto armado”.⁶

En este trabajo se sostiene que la persecución de la violencia sexual cometida durante el conflicto armado colombiano -independientemente de la motivación demostrada por el delito- debe constituir un elemento cardinal de las iniciativas de justicia transicional en el post-conflicto colombiano.

Persecución de la violencia sexual cometida durante los conflictos armados. ¿Una cuestión de opciones?

Dos de los principales desafíos que enfrentan los programas de persecución en (o para) las sociedades post-conflicto son invariablemente los siguientes: (a) la existencia de un gran número de crímenes y sospechosos que merecen ser perseguidos frente a la escasez de recursos y tiempo para juzgarlos a todos en un tribunal regular, y (b) la existencia de otras necesidades de reconstrucción social, rehabilitación y reconciliación y proyectos de una prioridad ostensible e igualmente alta que necesariamente compiten con la prioridad de justicia por el tiempo y los recursos limitados.⁷

Una consecuencia de todo esto ha sido la necesidad de contar con un enfoque centrado especialmente en los programas de persecución inspirados en conflictos en sociedades post-conflicto. Esto se reduce directamente a la pregunta: ¿Cómo se debe hacer la elección de quién debe ser perseguido?

La evolución de la preocupación que subyace a esta pregunta ahora parece sugerir, como un consenso emergente, que la atención de la persecución debe recaer en “las personas que tienen la mayor responsabilidad” por los crímenes cometidos. Esta noción fue introducida en el vocabulario del derecho penal internacional a

4 Ver LEECH, Gary. 50 Years of Violence, COLOMBIA JOURNAL, 2000 Disponible en: <http://colombiajournal.org/special-reports/fiftyyearsofviolence>

5 OXFAM INTERNACIONAL. *Sexual Violence in Colombia: Instrument of War*, 9 de septiembre de 2009, p. 11.

6 *Ibidem*, p.12.

7 Véase, por ejemplo, el discurso de la Sra. Navanethem Pillay, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en: *UN Approach to Transitional Justice: Dialogue with Member States on rule of law at the international level organized by the Rule of Law Unit*, 2 de diciembre de 2009.

través del Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona (CESL)⁸ y de la resolución del Consejo de Seguridad que la promovió.⁹ La siguiente aparición del concepto -o una variante de ello- fue en el contexto de la creación de las Salas Especiales del Tribunal de Camboya (SETC) para perseguir los crímenes cometidos durante el periodo de la Kampuchea Democrática. Según la ley que las establece, las Salas Especiales tienen competencia “para juzgar a los más altos dirigentes de la Kampuchea Democrática y a aquellos a quienes incumbe la mayor responsabilidad por los crímenes y las graves transgresiones del derecho penal de Camboya, el derecho internacional humanitario y las normas consuetudinarias en la materia, así como los instrumentos internacionales en los que Camboya es parte, cometidos en el periodo comprendido entre el 17 de abril de 1975 y el 6 de enero de 1979”.¹⁰

Aunque originariamente no fue parte del texto de los instrumentos constitutivos del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en 1993 o del Tribunal Penal Internacional para Ruanda en 1994, para el año 2003, sin embargo, se había cristalizado la idea de que para aquellos Tribunales la estrategia de persecución debía concentrarse únicamente en “quienes tienen la mayor responsabilidad” o en aquellos “más responsables” por los crímenes sistemáticos o generalizados cometidos durante el periodo del conflicto armado. En las resoluciones posteriores del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, relacionadas con la estrategia de persecución del TPIY, del TPIR o ambos, hay una referencia constante a este tema. Por ejemplo, en la Resolución 1503 (2003) que da inicio a las estrategias de conclusión tanto del TPIY como del TPIR, el Consejo de Seguridad solicitó a ambos Tribunales que a partir de ese momento se concentraran en “la persecución y juzgamiento de los más altos dirigentes de quienes se sospeche que les cabe la mayor responsabilidad por los crímenes” de la competencia respectiva de ambos tribunales.¹¹ Un llamado similar, también con respecto al TPIY y al TPIR contiene la Resolución 1534 (2004) del Consejo de Seguridad.¹²

Notable en el lenguaje de las resoluciones 1503 (2003) y 1534 (2004) del Consejo de Seguridad es el cambio hacia el punto de vista aún más reducido de “los más altos dirigentes de quienes se sospeche que les cabe la mayor responsabilidad por los crímenes”. Podría decirse que en ese momento de la vida del TPIY y TPIR esta estrategia de conclusión basada en un enfoque muy reducido se justifica, dado que ambos Tribunales existen desde 1993 y 1994 respectivamente. Por otra parte, cabe destacar que en su informe sobre el establecimiento de la CESL, el Secretario

8 Véase: *Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona*, art.1.

9 Véase: CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. Resoluciones. “Resolución 1315 (2000)”, 14 de agosto de 2000, Doc. No S/RES/1315 (2000).

10 Véase art. 2 de la ley sobre el establecimiento de las Salas Especiales, con inclusión de las enmiendas, tal como fue promulgada el 27 de octubre de 2004 (NS/RKM/1004/006).

11 Véase: CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. Resoluciones. “Resolución 1503 (2003)”, 28 agosto de 2003, Doc. No S/RES/1503 (2003).

12 Véase: CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. Resoluciones. “Resolución 1534 (2004)”, 26 de marzo de 2004, Doc. No S/RES/1534 (2004).

General de Naciones Unidas acertadamente sugirió que estos enunciados indican una orientación (de la selección de los acusados) hacia aquéllos en una posición de “liderazgo político o militar” u “otras personas con autoridad de mando” en niveles jerárquicos inferiores.¹³ El hecho de que esta interpretación sea propuesta en relación con la estrategia de persecución de la CESL, puede en efecto sugerir, a su vez, que los modos de las estrategias de conclusión del TPIY y TPIR pueden ser irrelevantes para una clara expresión de esa interpretación en las resoluciones 1503 (2003) y 1534 (2004) del Consejo de Seguridad. En otras palabras, el Consejo de Seguridad, como una cuestión de principios básicos, fue incorporando en cada oportunidad una apreciación emergente en el trabajo del TPIY y TPIR.

De cualquier modo, a raíz de la exigencia de que la CESL y las SETC desde su inicio se concentren en “quienes tienen la mayor responsabilidad” o en aquellos “más responsables” por los crímenes cometidos en el contexto de los conflictos armados parece inevitable concluir que las reflexiones en desarrollo sobre los programas de persecución inspirados en el conflicto deben concentrarse en “quienes tienen la mayor responsabilidad” o en aquellos “más responsables” por los crímenes en cuestión.

Como se indicó anteriormente, un enfoque tan restringido es totalmente comprensible en vista de los desafíos en el campo de la criminalidad (que demandan la atención de la justicia) en medio de la competencia por los recursos y el tiempo requeridos por otras necesidades de una sociedad que ha salido recientemente de un conflicto armado.

Cuando la atención se coloca sobre “quienes tienen la mayor responsabilidad” o sobre aquellos “más responsables” por los crímenes originados en el conflicto, sobre todo cuando tal atención sugiere una orientación hacia las personas en posiciones de liderazgo o mando, la lógica de dicha investigación tiende a producir, a su vez, un foco de atención relacionado sobre ciertos tipos de crímenes que demandan mayor prioridad en la estrategia de persecución. Aquí la atención tiende a recaer en los crímenes sistémicos intrínsecamente relacionados con los conflictos armados. Por lo general, estos crímenes sistémicos son el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra. En consecuencia, la estrategia de persecución tiende a descansar en la persecución de personas que ejercen el liderazgo o se encuentran en la cadena de mando de empresas criminales que involucran la comisión de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Esto puede justificarse conciente o inconcientemente en que la intervención del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, por lo general en virtud del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas y especialmente en el caso de la creación del TPIY

13 CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. *Report of the Secretary General on the Establishment of the Special Court for Sierra Leone*, 4 de octubre de 2000, Doc. No S/2000/915, párrs. 29-31, especialmente en el párr. 30.

y TPIR, se asienta en la necesidad de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacional. Además, los crímenes sistémicos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra son fácilmente considerados como amenazas para la paz y seguridad internacionales, dada su manifestación en conflictos armados nacionales o internacionales.

Estos crímenes son sistémicos porque exigen ciertos requisitos previos que deben vincularlos con un conflicto armado -incluyendo ataques violentos contra un grupo de personas-. En el caso del genocidio, el crimen en cuestión debe haber procedido de la intención de *destruir* total o parcialmente un *grupo* racial, étnico religioso o nacional¹⁴ (el énfasis, por lo tanto, está en la destrucción del grupo); en el caso del crimen contra la humanidad la conducta penal específica debe considerarse parte de un *ataque* generalizado o sistemático contra una población civil¹⁵ (el énfasis está en el ataque contra el grupo), y en el caso de los crímenes de guerra, el delito específico debe considerarse estrechamente relacionado con el *conflicto armado*, en el sentido de la “capacidad del autor para cometerlo, su decisión de cometerlo, el modo en que fue cometido o el propósito por el que fue cometido” (así, el énfasis está en el ataque contra el grupo).¹⁶

Así entendido, cualquier crimen que cumpla con estos parámetros normalmente entrará en el ámbito del programa de persecución post-conflicto en cuestión.

14 Véase: Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, art. 2(2); Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, art. 4(2) y Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 6. Ver también, artículo 17 del Proyecto de Código acerca de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional de 1996. En el caso *Akayesu*, el TPIR sostuvo que la violencia sexual puede ser un acto de genocidio, en la medida que encuadra en la conducta de “causar lesiones graves a la integridad física o mental” de los miembros de alguno de los grupos protegidos por la Convención de Genocidio de 1948: *Prosecutor v. Akayesu (Judgment)* 2 de septiembre de 1998 [TPIR Sala de Juicio], párrs. 731-734.

15 Véase: Estatuto del TPIR, art. 3; Estatuto del TPIY, art. 5; Estatuto de la CPI, art. 7; Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona, art.2 y Proyecto de Código acerca de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional de 1996, art. 18.

16 TPIY SALA DE APELACIONES. *Prosecutor v. Kumarac & ors (Judgment)* 12 de junio de 2002, párr. 58. Véase también *Prosecutor v. Tadić (Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction)* 2 de octubre de 1995, párr. 70.

II. La importancia de perseguir la violencia sexual

A pesar de las consideraciones precedentes, un crimen al que se debe prestar especial atención, cuando es cometido en el contexto de un conflicto armado, es el crimen de violencia sexual contra mujeres. Es decir, la violencia sexual contra mujeres (en tiempos de paz o de guerra) es un mal verdaderamente excepcional en razón de su tenacidad y sus dimensiones históricas, sociales e incluso culturales: como tal, los esfuerzos encaminados a su erradicación en cuanto mal no deben estar limitados por la lógica del nexo con conflictos armados. Las razones de esta propuesta se harán evidentes en el siguiente análisis.

La violencia sexual contra mujeres sobre todo es un flagelo sobre la humanidad y es reconocido como tal por numerosos documentos internacionales contemporáneos, incluyendo varias resoluciones, declaraciones e informes de Naciones Unidas.¹⁷ El 25 de noviembre está consagrado por Naciones Unidas como Día Internacional para la Eliminación de la Violencia contra la Mujer. En febrero de 2008, el Secretario General de Naciones Unidas emprendió la campaña “Únete para poner fin a la violencia contra las mujeres”.¹⁸ La campaña para poner fin a la violencia contra las mujeres ha sido una de las cuestiones más importantes de la

17 Véase por ejemplo, CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. Resoluciones, “Resolución 1820 (2008)”, 19 de junio de 2008, Doc. No S/RES/1820; ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resoluciones, “Resolución 48/104 (1994)”, 23 de febrero 1994; Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, Doc. No A/RES/48/104; ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resoluciones, “Resolución 54/134 (2000)”, 7 de febrero de 2000; Día internacional de la eliminación de la violencia contra la mujer, Doc. No A/RES/54/134; ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resoluciones, “Resolución 61/143”, 30 de enero de 2007; Intensification of efforts to eliminate all forms of violence against women, Doc. No A/RES/61/143; ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resoluciones, “Resolución 62/133 (2008)”, 7 febrero de 2008; Intensification of efforts to eliminate all forms of violence against women, Doc. No A/RES/62/133; ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resoluciones, “Resolución 62/134 (2008)”, 7 de febrero de 2008; Eliminating rape and other forms of sexual violence in all their manifestations, including in conflict and related situations, Doc. No A/RES/62/134; Naciones Unidas, Report of the Secretary-General to the Security Council on the Protection of Civilians in Armed Conflict, Doc. S/1999/957, 8 de septiembre de 1999, párr. 18; NACIONES UNIDAS. Report of the Secretary-General to the Security Council on the Protection of Civilians in Armed Conflict, Doc. S/2002/1300, 26 de noviembre de 2002, párr. 31; Vienna Declaration and Programme of Action of 1993, the World Conference on Human Rights, Doc. No UNGA/CONF.157/23, 12 de julio de 1993, párr. 28; NACIONES UNIDAS., Review and Appraisal of the Implementation of the Beijing Platform for Action (Report of the Secretary General), Doc. E/CN.6/2000/PC/2, 19 enero de 2000, párr. 328; NACIONES UNIDAS. Report of the United Nations Development Fund for Women on the Elimination of Violence against Women (Note by the Secretary-General), Doc. E/CN.6/2004/8–E/CN.4/2004/117, 19 de enero de 2004, párrs. 6 y 17; NACIONES UNIDAS. Women’s Equal Participation in Conflict Prevention, Management and Conflict Resolution and in Post-Conflict Peace-Building (Report of the Secretary-General), Doc. E/CN.6/2004/10, 22 de diciembre de 2003, párr. 19; NACIONES UNIDAS., Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery like Practices during Armed Conflict (Report of the High Commissioner for Human Rights), Doc. E/CN.4/Sub.2/2000/20, 27 junio de 2000, especialmente párr. 20; NACIONES UNIDAS., Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery like Practices during Armed Conflict (Final report submitted by Ms Gay J McDougall, Special Rapporteur), Doc. E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 de junio de 1998, párrs. 7 y 9; NACIONES UNIDAS., Review of Reports, Studies and Other Documentation for the Preparatory Committee and the World Conference, Doc. A/CONF.189/PC.3/5, 27 de julio de 2001, párrs. 4, 14, 15, 29 y 117 et seq; UNICEF, Armed Conflict, Disponible en: <http://www.unicef.org/protection/index_armedconflict.html>.

18 Véase : <<http://www.un.org/en/women/endviolence/>>.

lista de prioridades de los sucesivos Altos Comisionados de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Especialmente este es el caso de la Sra. Navi Pillay, la actual Alta Comisionada. Raramente hay un discurso público en que ella no haga hincapié en el tema.¹⁹

De hecho, con frecuencia los crímenes sexuales suficientemente misóginos, cometidos en el contexto de un conflicto armado podrían satisfacer los elementos de conexión -o estar comprendidos en el núcleo jurídico- de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra. En muchos casos, por lo tanto, la persecución de crímenes sexuales contra mujeres se ajustará naturalmente al esquema conceptual general de un proyecto de persecución post-conflicto que tiene como objetivo los crímenes cometidos durante un conflicto armado. Sin embargo, existe la posibilidad de que un crimen sexual sea cometido durante un conflicto armado sin quedar nítidamente comprendido en el sistema de los crímenes indicado.

El riesgo de esta posibilidad resulta evidente de la explicación de la exigencia de un nexo para los crímenes de guerra ofrecida por la Sala de Apelaciones del TPIR (integrada por los mismos jueces que integran la Sala de Apelaciones del TPIY). Partiendo de la jurisprudencia que sostiene que cualquier delito cometido “bajo la apariencia” (*under the guise*) de un conflicto armado normalmente debe considerarse estrechamente conectado con el conflicto armado,²⁰ la Sala de Apelaciones del TPIR en *Rutaganda* intentó explicar el punto. Señaló que “bajo la apariencia del conflicto armado” no significa simplemente “al mismo tiempo que el conflicto armado” y/o “en cualquiera de las circunstancias en parte creadas por el conflicto armado”. Por ejemplo, si un no combatiente se aprovecha de la disminución de la efectividad de la policía, dadas las condiciones de desorden creadas por un conflicto armado, para asesinar a un vecino al que odiaba desde hace años, ello no constituiría sin más un crimen de guerra ...”.²¹ Por el contrario, el crimen será un crimen de guerra si los combatientes se aprovechan de sus posiciones militares de autoridad para violar individuos cuyo desplazamiento fue un objetivo específico de la campaña militar en la que ellos participaron.²² Sin embargo, la exclusión articulada por

19 Véase, por ejemplo, OACDH de las Naciones Unidas, declaración de prensa: Stop treating Migrants as Second-class Human Beings-Statement by the UN High Commissioner for Human Rights, Navi Pillay, on International Migrants Day, 18 de diciembre de 2009. Disponible en <http://www.huffingtonpost.com/navi-pillay/stop-treating-migrants-as_b_400825.html>; discurso de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, Navi Pillay, Día de los Derechos Humanos, 10 de diciembre de 2009. Disponible en <<http://www.unhchr.ch/huricane/hurricane.nsf/vie w01/6E4844D43B709B5BC1257688005FB92B?opendocument>>; OACDH de las Naciones Unidas, comunicado de prensa (8 de marzo de 2008): Women still face discrimination worldwide. Disponible en <<http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=25893>>; OACDH de las Naciones Unidas, comunicado de prensa (23 de noviembre de 2008): Real Equality and End to Impunity Needed to Stop Violence against Women. Disponible en: <<http://www.unhchr.ch/huricane/hurricane.nsf/0/76C1FC885920DEB4C125739C0034A5AF?opendocument>>; opinión editorial de Louise Arbour: Impunity for War Crimes against Women in Daily News of Egypt, 8 de marzo de 2008, Disponible en <<http://www.dailystaregypt.com/article.aspx?ArticleID=6025>>.

20 *Prosecutor v. Kunarac*, *supra*, párr. 58.

21 *Prosecutor v. Rutaganda (Judgment)* del 26 de mayo de 2003 [TPIR Sala de Apelaciones], párr. 570.

22 *Ibidem*.

la Sala de Apelaciones también dejaría fuera de consideración la persecución de una persona que, aprovechándose de la atención desviada de la policía durante un conflicto armado, violó a una vecina a la que había deseado durante años. La pregunta es la siguiente: ¿es correcto excluir este caso de violencia sexual del programa de persecución post-conflicto?

El peligro de la explicación de *Rutaganda* es que puede conducir a una limitación de la concepción del nexo únicamente al *nexo positivo o directo*. Es particularmente perspicaz que la Sala de Apelaciones haga alusión al asesinato y a la violencia sexual para ilustrar la limitación en cuestión. Esta limitación puede admitirse en el caso del asesinato. El asesinato siempre es percibido como el crimen por excelencia que aterroriza por igual a cada miembro de la sociedad, de ahí la repulsión uniforme de todos los que no son cómplices o simpatizantes de la comisión del asesinato concreto. La plaga general del terror al asesinato y las implicancias derivadas del interés personal (o incluso las fatalidades corporales de sus consecuencias) tradicionalmente han garantizado que los hacedores de la política lo consideren un mal fundamental que en todo momento debe ser controlado. Sin dudas esto ayuda a asegurar que el asesinato siga considerándose una aberración, especialmente en los tiempos de paz anteriores o posteriores al conflicto. Dado que siempre se lo vio como un mal fundamental que ejercita las ansiedades y esfuerzos de hombres, mujeres y hacedores de la política, puede que no haya una gran necesidad de temer que la sociedad se haya habituado al asesinato al punto de permitir su tolerancia post-conflicto como nuevo hábito social derivado de la guerra.

Esta constante asimilación del asesinato a una aberración le otorga una cualidad distintiva que puede excusar -a su respecto- la teoría del nexo positivo o directo anunciada por la Sala de Apelaciones del TPIR en *Rutaganda*.

Por el contrario, proporciona una fórmula insuficiente para el crimen de violencia sexual contra mujeres durante conflictos armados. La razón es que la elevada frecuencia de la violencia sexual durante los conflictos armados y en tiempos de paz hizo del crimen un particular mal que ha afligido a la humanidad durante siglos, y continúa afligiendo a la comunidad internacional en los tiempos modernos. La elevada frecuencia de violencia sexual contra mujeres resulta, sin dudas, de que tradicionalmente los hombres no asocian la conducta con un acto de terror o de repulsión -hacia ellos- a diferencia del crimen de asesinato. Recientemente en el año 2008, por ejemplo, Louise Arbour, quien entonces se desempeñaba como Alta Comisionada para los Derechos Humanos, lamentó que la discriminación contra la mujer persistiera en todos los países. Según su opinión: “Quizá una de las formas más perniciosas y peligrosas de discriminación es aquella que involucra el abuso sexual y que no es reconocido como tal bajo las leyes de un país, o que es en efecto tolerado por la legislación al ser vaga o por su falta de aplicación”. “La violación sexual es reconocida como delito por casi todos los sistemas legales”, dijo Arbour. “Pero aun cuando existe esta prohibición, la existencia de una legislación inadecuada”

cuada o de ciertas costumbres locales, generalmente significa que las leyes no son propiamente implementadas. Además, al menos 53 Estados todavía no prohíben la violación dentro del matrimonio, y los hombres con frecuencia gozan de total impunidad al ejercer violencia psicológica y sexual en contra de sus esposas”.²³

Contrariamente a la existencia en los hombres de un impulso natural para erradicar la violencia sexual contra mujeres, algunos estudiosos darwinianos explicaron que la alta frecuencia de violencia sexual contra mujeres se debe a una estrategia evolutiva que presagia ventajas para los hombres.²⁴ Al menos, es muy razonable aceptar que la frecuencia sexual de la violencia contra mujeres es consecuencia de “un desprecio general por la integridad corporal de las mujeres”.²⁵ Como observó recientemente el Secretario General de Naciones Unidas, Ban Ki-Moon: “La mayoría de las sociedades prohíben este tipo de violencia, sin embargo, la realidad es que con mucha frecuencia se la encubre o consiente tácitamente”.²⁶ Sin duda, una explicación para el encubrimiento o consentimiento tácito es que la violencia sexual contra mujeres nunca fue seriamente considerada por los hacedores de la política, tradicionalmente del sexo masculino, como una conducta cuya eliminación es de suma prioridad -o aun deseable-, seguramente nunca en el mismo grado que el asesinato.

Un combate efectivo contra la violencia sexual contra mujeres en tanto mal requiere una estrategia compuesta que involucre necesariamente una política de tolerancia cero contra la conducta. La política de tolerancia cero debería justificar todos los esfuerzos realizados para evitar cualquier crecimiento de la retorcida cultura de violencia sexual contra mujeres en tiempos de paz u originadas en el conflicto. Dicho crecimiento puede resultar de una falta de persecución de los delitos sexuales cometidos contra las mujeres durante los conflictos armados, basada en que fueron actos de violencia sexual oportunistas no cometidos por aquellos más estrechamente vinculados con los conflictos armados. La brecha de impunidad resultante naturalmente exagera el temor a la violencia sexual en tiempos de guerra convirtiéndose en una realidad de las mujeres en tiempos de paz.²⁷

Para prevenir esto, debe aceptarse una teoría *circunstancial* o *indirecta* del *nexus* que permita la persecución de la violencia sexual contra mujeres cometida durante un conflicto armado. Por lo tanto, una verdadera política de tolerancia cero contra la violencia sexual misógina debería incluir en el programa (de la persecución post-conflicto de los crímenes originados en el conflicto) la violencia sexual contra mujeres cometida por cualquier persona que se aprovechó de la situación de anarquía ocasionada por la guerra -o del desvío de la atención de las fuerzas de seguridad- para cometer actos de

23 Disponible en: <<http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=25893>>

24 THORNHILL, R. y PALMER, C. T., *A Natural History of Rape: Biological Bases of Sexual Coersion*. Cambridge: Mass: MIT Press, 2000.

25 BROWNMILLER, S., *Against Our Will: Men, Women and Rape*. New York: Simon & Schuster, 1975, p. 37.

26 NACIONES UNIDAS, Violence against Women Fact Sheet. Disponible en: < <http://www.un.org/en/women/endviolence/pdf/VAW.pdf>>.

27 Este fue el tema de la reunión de altos expertos celebrada del 22 al 24 de junio de 2009, bajo auspicio de UNIFEM. Disponible en: http://www.unifem.org/news_events/story_detail.php?StoryID=894.

violencia contra las mujeres durante un conflicto armado. Por lo tanto, es totalmente necesaria para incluir dentro de las estrategias de persecución post-conflicto el caso del hombre que violó a una mujer a la que había deseado por años, aprovechándose del desvío de la atención de la policía durante un conflicto armado.

Como se indicó anteriormente, la necesidad de esta propuesta es cerrar la brecha de impunidad que podría resultar si los esfuerzos de persecución post-conflicto se limitaran a la violencia sexual claramente vinculada con los conflictos armados; con todo, en muchos casos los crímenes tendrían esos vínculos y, por lo tanto, podrían ser perseguidos sin mucha dificultad. Como se explicará a continuación, esta brecha de impunidad resulta especialmente odiosa teniendo en cuenta la posibilidad de una deformación de las costumbres sociales post-conflicto, al punto que podría tolerar la violencia sexual contra mujeres en una sociedad que ha crecido tan acostumbrada a tales crímenes cometidos durante un conflicto armado.

III. (Re) ingeniería social post-conflicto como un objetivo de la estrategia de persecución.

En la naturaleza de las cosas los conflictos armados son conmociones sociales ardientes que proporcionan oportunidades y posibilidades para realizar conductas sociales indeseables, tales como la violación y otras formas de violación sexual contra mujeres. Éste es el caso aun cuando el periodo del conflicto armado sea breve. Además, cuanto más tiempo dura un conflicto en particular, mayores serán las posibilidades de que dichas conductas sociales indeseables puedan consolidarse en nuevas normas sociales. Los autores, las víctimas y la sociedad pueden llegar a estar tan acostumbrados a los malos comportamientos que tales conductas pierden algo de su cualidad de infamia social con percepciones alteradas de las normas sociales tolerables. El proceso social por el cual los conflictos armados generan esos hábitos culturales ignominiosos en gran medida es asimilable al proceso físico de formación de las rocas ígneas a partir del magma fundido tras una erupción volcánica.

Especialmente en el caso de la violencia sexual, el riesgo de tales desajustes (una incidencia del conflicto armado) aumenta en las sociedades -y hay muchas en todo el mundo- en que la discriminación y la violencia contra mujeres han disfrutado de una preexistente o larga historia.

De acuerdo con los trabajos de investigación disponibles, el conflicto armado colombiano es un caso estudiado en este tipo de desajustes de los paradigmas sociales. En la literatura publicada existe un consenso general en que la violencia contra mujeres ha sido una característica endémica del conflicto armado colombiano, con frecuencia se percibe como un arma de guerra estratégica utilizada por ambos bandos.²⁸ En Colombia, al igual que en muchas partes del mundo, la incidencia de la discriminación y la violencia contra mujeres gozan de una larga historia.²⁹ Este contexto más amplio de discriminación y violencia sexual contra mujeres ha hecho aún

28 Véase en general: AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Colombia: Scarred bodies, hidden crimes - Sexual Violence against Women in the Armed Conflict*, *supra*. Véase también: OXFAM INTERNACIONAL. *Sexual Violence in Colombia: Instrument of War*, *supra*.

29 Como observó Amnistía Internacional, “La violencia sexual y de género no es un fenómeno nuevo en Colombia. Ha sido una constante en la historia del país y una característica del conflicto, en el que las fuerzas de seguridad y los paramilitares apoyados por el ejército se enfrentan a varios grupos guerrilleros, cada uno de ellos disputándose el control del territorio y los recursos económicos. La violación, utilizada como método de tortura o como forma de lesionar ‘el honor al enemigo’, ha sido algo habitual” (AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Colombia: Scarred bodies, hidden crimes - Sexual Violence against Women in the Armed Conflict*, *supra*, p. 8). También se recuerdan las observaciones de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre violencia contra la mujer, quien señaló que el conflicto: “reproduce e incrementa la discriminación entre los distintos grupos y las mujeres padecen discriminación en distintas vertientes, por motivos de sexo, origen étnico o pertenencia cultural” (NACIONES UNIDAS, *Report submitted by Ms Radhika Coomaraswamy, Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences: Mission to Colombia*, *supra*, párr. 42). Véase también: ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS., COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS., *Violence and Discrimination against Women in the Armed Conflict in Colombia*, párrs. 3 y 42-46.

más ingrata la presencia de estos males en el conflicto armado colombiano. Como ha señalado Amnistía Internacional:

En Colombia las mujeres y las niñas no sólo padecen el peligro, las penalidades y el sufrimiento inherente a cualquier conflicto armado, sino que tienen que soportar la discriminación por motivos de género, habitual en Colombia al igual que en muchas sociedades de todo el mundo. Es este continuo de violencia contra las mujeres, que va de la violencia doméstica a la relacionada con el conflicto, lo que resulta particularmente corrosivo.³⁰

El asunto fue elaborado aún más por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la Organización de Estados Americanos de la siguiente y convincente manera:

La CIDH ha manifestado reiteradamente que tanto los hombres como las mujeres colombianas que hacen parte de la población civil, ven sus derechos menoscabados dentro del conflicto armado colombiano y sufren sus peores consecuencias. Sin embargo, a pesar que los dos sufren violaciones de sus derechos humanos y cargan con las consecuencias del conflicto, los efectos son diferentes para cada uno. La fuente de esta diferencia es que las mujeres colombianas han sufrido situaciones de discriminación y violencia por el hecho de ser mujeres desde su nacimiento y el conflicto armado se suma a esta historia ya vivida. Para las mujeres, el conflicto armado es un elemento que agrava y perpetúa esta historia. La violencia y discriminación contra las mujeres no surge sólo del conflicto armado; es un elemento fijo en la vida de las mujeres durante tiempos de paz que empeora y degenera durante el enfrentamiento interno.

En el ámbito del conflicto armado, todas las características que han expuesto a las mujeres a ser discriminadas y a ser sujetas a un trato inferior históricamente, sobretudo sus diferencias corporales y su capacidad reproductiva, así como las consecuencias civiles, políticas, económicas y sociales para ellas de esta situación de desventaja, son explotadas y abusadas por los actores del conflicto armado en su lucha por controlar territorio y recursos económicos. Una variedad de fuentes, incluyendo las Naciones Unidas, Amnistía Internacional y organizaciones de la sociedad civil en Colombia, han identi-

30 AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Colombia: Scarred bodies, hidden crimes - Sexual Violence against Women in the Armed Conflict*, *supra*, p. 10.

ficado, descrito y documentado las múltiples formas en que los derechos de las mujeres son menoscabados en el contexto del conflicto armado, por el simple hecho de ser mujeres.³¹

Un resultado lamentable de todo esto es el peligro de la aparente aceptación de estas inconductas como parte de la vida de Colombia. En una nota informativa a fines de 2009, Oxfam Internacional observó una tendencia en la sociedad colombiana a aceptar como normal la violencia sexual y que “... muchas mujeres no se consideran víctimas porque no creen o no saben que la violencia sexual sea un delito”.³²

La duración del conflicto armado colombiano, que sin dudas es en parte responsable de esta actitud deformante, obliga a una cierta necesidad de esfuerzos elevados y concientes a través de una determinada (re-)ingeniería social dirigida a corregir cualquier malformación cultural mediante la disminución del oprobio que normalmente está asociado a la violencia sexual contra las mujeres. Una forma de lograrlo sería aceptar abiertamente la idea de tolerancia cero para los casos de violencia sexual en la sociedad colombiana. Además, una forma concreta de comunicar este mensaje sería la de perseguir -como algo natural- todos los casos de violencia sexual contra mujeres cometidos durante el conflicto armado. Sin dudas este debería ser el caso independientemente de que el *nexus* entre el crimen y el conflicto armado sea directo o indirecto.

31 ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Violence and Discrimination against Women in the Armed Conflict in Colombia*, *supra*, párrs. 45 y 46.

32 OXFAM INTERNACIONAL. *Sexual Violence in Colombia: Instrument of War*, *supra*, p. 2.

IV. La necesidad de evitar la doble victimización de la mujer

No es inusual que las buenas intenciones resulten bastante mal en la práctica. La persecución de la violencia sexual carga con ese riesgo en la forma de la posibilidad de una doble victimización de las víctimas con la persecución de los autores. El riesgo es particularmente inherente a cómo es concebida la violación y cómo es realizada la persecución desde la perspectiva de su definición.

Una concepción tradicional de la violación en varias jurisdicciones nacionales se asienta en la visión de la violación como un acto sexual sin el consentimiento de la víctima (usualmente de sexo femenino). Un ejemplo clásico de esta definición es el que se encuentra en la Ley sobre Delitos Sexuales de 1956, tal como fue modificada por la Ley (de enmienda) sobre Delitos Sexuales de 1976, de Inglaterra. La sección 1 (1) de la ley de 1956 prohibía la violación por medio de la simple disposición: “es un delito que un hombre viole a una mujer”. Sin embargo, la violación no fue definida hasta que la ley de 1976 estableció:

A los fines de la sección 1 de la Ley sobre Delitos Sexuales de 1956 (referida a la violación) un hombre comete violación si:

- (a) él mantuvo una *relación sexual* contraria a derecho con una mujer que al momento de la relación *no la consintió*; y
- (b) en el momento él sabía que ella no consentía la relación o desatendió temerariamente (*reckless*) si ella la consentía o no;
- (...).³³ (resaltado agregado)

El hecho de que la violación fuese considerada como “una relación sexual con una mujer que al momento de la relación no la consintió” provocó en su momento un genuino debate, relacionado con el consentimiento, acerca de si el oprobio jurídico de la ley de violación debería centrarse en el sexo o en la violencia de la situación. La esencia de este debate quedó apropiadamente plasmada en la siguiente cita:

³³ Véase: Disponible en : http://www.opsi.gov.uk/RevisedStatutes/Acts/ukpga/1976/cukpga_19760082_en_1. Esta definición de la violación fue esencialmente modificada en 1994 por medio de la Ley de Justicia Criminal y Orden Público, cuya sección 142 actualmente dispone:

(1) Es un delito que un hombre viole a una mujer o a otro hombre

(2) Un hombre comete violación si:

(a) tiene una relación sexual (sea vaginal o anal) con una persona que al momento de la relación no la consintió; y

(b) al momento él sabía que la persona no consintió la relación o desatendió temerariamente (*reckless*) si la persona la consentía o no.

(3) Un hombre también comete violación si induce a una mujer casada a tener relaciones sexuales con él haciéndose pasar por su marido.

Disponible en: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1994/ukpga_19940033_en_16#pt11-pb1-11g142.

Entre las cuestiones conceptuales de la violación debe preguntarse ... si es un caso de sexo, violencia o ambas. Suponiendo que la violación es *algún* tipo de relación sexual (una suposición que bien puede merecer cuestionamientos), ¿debe ser considerada como sexo forzado, sexo violento, sexo bajo coerción, sexo obligado, sexo no consentido, sexo bajo presión, sexo explotado, sexo involuntario, sexo expropiado, sexo objetivado, sexo no querido, sexo no recíproco, o mal sexo?³⁴

Esta cuestión es ampliamente debatida en el contexto de las violaciones cometidas en los conflictos armados: independientemente de cómo se resuelva el debate en las tierras de origen -es decir, EE.UU., Canadá, y Reino Unido-, donde un gran número de las violaciones involucran hombres que violan a sus esposas, novias y conocidas en el hogar, en el campus universitario o en el trabajo.

En particular, en el ámbito del derecho penal internacional han de regularse los crímenes sistémicos cometidos en el contexto de conflictos armados. En el derecho penal internacional hay un reconocimiento general de que la investigación judicial de la violación debe poner énfasis en la violencia de la situación en la que se cometió la violación. Estas violaciones son cometidas en el contexto de genocidios, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. En el caso del genocidio tiene que haber una intención de destruir total o parcialmente un grupo;³⁵ en el caso del crimen contra la humanidad tiene que haber un ataque generalizado o sistemático contra una población civil³⁶ y la conducta en cuestión tiene que ser parte de ese ataque;³⁷ y en el caso de crímenes de guerra tiene que existir un nexo entre la conducta bajo consideración y un conflicto armado, en el sentido de que la conducta se considere parte del conflicto armado.³⁸

Las circunstancias de la violencia -que estos episodios traen aparejadas- justifican plenamente la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales en cuanto consideran la violencia de la situación como el factor determinante del crimen de violación en el derecho penal internacional.

El caso *Prosecutor versus Akayesu* marcó un hito en esta jurisprudencia. Al centrarse en las circunstancias coercitivas en las que se cometen las violaciones durante los conflictos armados, una de las Salas de Juicio del TPIR brindó la siguiente definición de violación: “una invasión física de naturaleza sexual cometida sobre

34 BURGESS-JACKSON, Keith. *Introduction* en BURGESS-JACKSON, Keith(ed.), *A Most Detestable Crime: New Philosophical Essays on Rape*. New York: Oxford University Press, 1999, p. 4 (énfasis en el original).

35 Véase: Convención del genocidio, art. 2, 1948; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda art.2(2); Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, art.4(2), Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 6. Véase también: Proyecto de Código acerca de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional, art. 17, 1996.

36 Véase Estatuto del TPIR, art. 3; Estatuto del TPIY, art. 5; Estatuto de la CPI, art. 7; Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona, art. 2 y Proyecto de Código acerca de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional, art.18, 1996.

37 TPIY SALA DE APELACIONES. *Prosecutor v. Blaškić (Judgment)*, *supra*, , párr. 126.

38 TPIY SALA DE APELACIONES. *Prosecutor v. Tadić (Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction)* 2 de octubre de 1995, párr. 70. Véase también: TPIY SALA DE APELACIONES. *Prosecutor v. Kunarac*, *supra*, , párr. 58.

una persona bajo circunstancias coercitivas”.³⁹ Esta definición fue motivada en la opinión de la Sala de Juicio de que la prohibición de agresiones de naturaleza sexual fue el objetivo central del derecho internacional al penalizar la violación. Esta definición fue adoptada en su totalidad por una de las Salas de Juicio del TPIY en el caso *Celebići*.⁴⁰

Aunque en otros casos de los tribunales penales internacionales no se siguió la definición de violación ofrecida en *Akayesu* y adoptada en *Celebići*,⁴¹ sigue existiendo un acuerdo general en todos los casos acerca de que el objetivo central del derecho internacional al prohibir la violación es abjurar agresiones de naturaleza sexual.⁴²

La importancia de centrarse en las circunstancias violentas en las que normalmente se cometen las violaciones durante los conflictos armados, en lugar de en el consentimiento de las víctimas, no es un ejercicio académico. Si se centra la investigación en el consentimiento de la víctima se corre el grave riesgo de centrar la atención de la investigación en la conducta de la víctima. El resultado de ello es que muchas víctimas encontrarán tal atención del derecho tan horriblemente incómodo que, justificadamente, podrían sentirse doblemente victimizadas. El resultado real podría ser una persecución abortada que resulta en impunidad, en la medida que las víctimas se nieguen a participar en un ejercicio que haga de ellas el objeto de la atención judicial.

39 TPIR SALA DE JUICIO. *Prosecutor v. Akayesu (Judgment)* 2 de septiembre de 1998, párrs. 598 y 688.

40 TPIY SALA DE JUICIO. *Prosecutor v. Delalić & Ors (Judgment)* 16 de noviembre de 1998, párrs. 478 y 479.

41 En particular, en *Prosecutor v. Furundžija*, una Sala del TPIY formuló una definición diferente de la violación, a través de las siguientes palabras: “[L]a Sala de Juicio considera que pueden aceptarse como elementos objetivos de la violación los siguientes:

(i) la penetración sexual, aunque leve:

(a) de la vagina o del ano de la víctima mediante el pene del autor o cualquier otro objeto utilizado por el autor,

(b) de la boca de la víctima mediante el pene del autor;

(ii) mediante fuerza o coerción o amenaza de fuerza contra la víctima o una tercera persona”

TPIY SALA DE JUICIO. *Furundžija, Judgment*, 10 de diciembre de 1998, párr. 185). Ver también: TPIY SALA

DE JUICIO. *Prosecutor v. Kunarac & Ors Judgment*, 22 de febrero de 2001, párr. 438; TPIR SALA DE JUICIO.

Prosecutor v. Semanza, Judgment and Sentence, 15 de mayo de 2003, párrs. 344-346; TPIY SALA DE JUICIO.

Prosecutor v. Kajelijeli, Judgment and Sentence, 1 de diciembre de 2003, párrs. 910-915; y TPIY SALA DE JUICIO

Prosecutor v. Kamuhanda, Judgment and Sentence, 22 de enero de 2004, párrs. 705-710.

42 Ver *Furundžija, supra*, párrs. 175, 180.

V. Conclusión

La necesidad de acabar tanto con el legado histórico de la violencia sexual contra mujeres como con la cultura distorsionada de su aceptación o tolerancia, inducida o alentada por la guerra, impone un lugar especial para la violencia sexual en cuanto componente necesario del programa de justicia post-conflicto y reconstrucción social colombiano. Esta necesidad está acentuada por las constantes quejas de falta de acción dirigidas contra las autoridades legítimas en Colombia con el fin de que hagan esfuerzos firmes para perseguir los crímenes sexuales cometidos.

Los delitos sexuales que han de ser perseguidos deben incluir aquellos que fueron cometidos como una parte integral de los conflictos armados, tales como cuando un determinado delito fue empleado como un arma del conflicto armado o fue cometido por personas que abusaron de sus posiciones militares. Además, han de ser incluidos los crímenes cometidos por personas que se aprovecharon del lapsus en la seguridad pública creado por el conflicto, tales como los delitos sexuales cometidos durante el desvío de la atención de las fuerzas de seguridad.

I. Introducción

El tratamiento penal de los crímenes masivos cometidos desde la estructura estatal durante los '70 en Argentina ha pasado por diferentes etapas con características propias que es interesante analizar y evaluar comparativamente. A grandes rasgos, podemos referirnos a una etapa inicial -que tuvo lugar apenas caída la dictadura- de sometimiento a juicio de los máximos responsables del terrorismo de Estado, seguida de un período de inacción judicial casi absoluta, y finalmente una fase de reactivación, aún en desarrollo, y con pretensiones de consolidación.

En los dos períodos de actuación considerados se presentan criterios de selectividad de casos y priorización de las investigaciones muy diferentes. A su vez, tanto la modalidad de intervención en este proceso como las autoridades encargadas de hacerlo han sufrido modificaciones relevantes.

El análisis de cada una de estas etapas por la que atravesó la persecución penal pondrá especial atención en los argumentos que pretenden fundar distintas decisiones orientadas a distinguir universos de hechos y autores a los cuales dedicar mayor dedicación en un momento determinado con miras a lograr su pronto enjuiciamiento.

¹ Pablo F. Parenti. Abogado con maestría en Jurisdicción Penal Internacional en la Universidad Internacional de Andalucía, España. Actualmente es profesor de derecho penal internacional en la Universidad de Palermo (Argentina). Integra el Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional. Desde principios del año 2007 es coordinador de la Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de causas por violación a los Derechos Humanos durante el Terrorismo de Estado de la Procuración General de la Nación (Argentina).

Iván Polaco. Abogado con orientación en derecho penal y criminología por la Universidad de Buenos Aires. Actualmente, profesor adjunto en la Universidad de Palermo (Argentina), donde dicta un curso de derecho procesal penal. Desde 2007 se desempeña como secretario de la Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de causas por violación a los Derechos Humanos durante el terrorismo de Estado de la Procuración General de la Nación (Argentina).

II. Descripción fáctica del fenómeno y derecho aplicable

1. La modalidad delictiva y extensión de los efectos del terrorismo de Estado durante la dictadura

Tal como quedó probado en la histórica sentencia por la que se condenó a algunos de los integrantes de las juntas militares que ostentaron el poder desde el golpe de Estado del 24 de marzo de 1976 hasta la recuperación de la democracia el 10 de diciembre de 1983, en todo el territorio del país se implementó un plan sistemático de eliminación del oponente político al que se caracterizó como subversivo o terrorista. Con tal propósito, se asignaron clandestinamente los resortes del Estado al secuestro, la tortura y el homicidio masivo de miles de personas. El mismo esfuerzo se dedicó al ocultamiento de la práctica criminal.

Se ha dicho en este sentido “que los comandantes establecieron secretamente un modo criminal de lucha contra el terrorismo. Se otorgó a los cuadros inferiores de las fuerzas armadas una gran discrecionalidad para privar de libertad a quienes aparecieran, según la información de inteligencia, como vinculados a la subversión; se dispuso que se los interrogara bajo tormentos y que se los sometiera a regímenes inhumanos de vida, mientras se los mantenía clandestinamente en cautiverio; se concedió, por fin, una gran libertad para apreciar el destino final de cada víctima, el ingreso al sistema legal (Poder Ejecutivo Nacional o justicia), la libertad o, simplemente, la eliminación física”².

La clandestinidad del sistema se cristaliza en la modalidad delictiva escogida: *la desaparición*. El período que se iniciaba con la detención de personas -generalmente depositadas en centros clandestinos de detención (CCD) donde sufrían tormentos-, hasta su liberación o eliminación física, tenía lugar en la más absoluta oscuridad. Se procuraba impedir el hallazgo de los cuerpos de las personas asesinadas, borrar toda huella de la actividad. Para ello era común recurrir, por ejemplo, al lanzamiento de los cuerpos al mar en los denominados *vuelos de la muerte*, su enterramiento en fosas comunes, etc. El destino de las víctimas se ocultaba a sus familiares y otros interesados, a las autoridades nacionales no comprometidas con los crímenes y a la comunidad internacional en general.

Apenas finalizada la dictadura, el gobierno constitucional electo creó la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas (CONADEP)³, encargada de esclarecer en un plazo muy breve los casos de desaparición ocurridos. En septiembre de 1984 el organismo presentó su informe final⁴, donde estimó que había 8.960

2 Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, causa 13/84, “originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del Decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional”, sentencia del 9 de diciembre de 1985, considerando segundo, capítulo XX, publicada en Fallos: 309.

3 Organismo creado por decreto N° 187 del Poder Ejecutivo Nacional, el 15/12/83 (Boletín Oficial: 19/12/83).

4 *Informe de la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas*, mundialmente conocido como el informe *Nunca Más*, Buenos Aires: Eudeba, 6ª Ed, 2003.

personas que continuaban desaparecidas, aunque aclaró que ese número no podía considerarse definitivo dado que se sabía que muchas desapariciones no habían sido denunciadas. Algunas organizaciones de derechos humanos estiman que la cifra podría elevarse a unos 30.000 casos.

2. Marco jurídico de las políticas de persecución

Para referirnos a las posibilidades de una política de selección de casos en el marco del proceso de persecución de los crímenes cometidos durante el terrorismo de Estado debemos partir de algunas aclaraciones normativas que dan particularidad al caso argentino.

La limitación más seria para la adopción de decisiones acerca de qué casos investigar y llevar a juicio, en qué momento y de qué modo, viene determinada por la vigencia del *principio de legalidad procesal*. La obligatoriedad de perseguir todos los crímenes sobre los que se tenga conocimiento acota las posibilidades de concentrar los recursos limitados con que se cuenta en busca del avance de *algunas* investigaciones sobre la base de criterios racionales determinados. Sin embargo, ello no excluye totalmente la posibilidad de implementar políticas apoyadas en una administración de las acciones tendiente a maximizar el rendimiento del trabajo y a desincentivar las prácticas que puedan disminuir la eficacia en la persecución penal.

En todo caso, la cuestión es muy delicada, pues los límites pueden ser difusos y dar lugar a que decisiones ilegítimas o antijurídicas sean presentadas bajo un ropaje de racionalidad legal o, por el contrario, que decisiones legítimas tendientes a establecer pautas o prioridades sean percibidas como una renuncia solapada a la persecución de ciertos crímenes o autores.

Definir quién se encuentra habilitado para llevar adelante una actividad de este tipo y por qué medios obviamente se vincula con el contexto normativo.

En este sentido, el sistema normativo argentino tiene un primer límite en el artículo 71 del Código Penal, que establece como principio que deberán iniciarse de oficio *todas* las acciones penales⁵. A su vez, el art. 274 refuerza el mandato al prever pena de prisión e inhabilitación absoluta para el funcionario público que faltare a la obligación a su cargo al dejar de “promover la persecución y represión de los delincuentes”⁶. Por su parte, el Código Procesal Penal de la Nación vigente ubica en

5 Las pocas excepciones se refieren a los delitos dependientes de instancia privada (mencionados en el art. 72 del Código Penal) y los delitos de acción privada (enumerados en el art. 73 del Código Penal) taxativamente previstos. Se aclara aquí que salvo los casos violación –dependientes de instancia privada–, la totalidad de los delitos involucrados en las investigaciones por crímenes contra la humanidad en curso se tratan de delitos de acción pública que deben ser iniciados de oficio.

6 Corresponde aclarar que se trata sólo de una obligación legal, la Constitución Nacional nada dice al respecto. Esto dio lugar a que doctrinariamente se hayan alzado muchas voces a favor de una reforma que introduzca criterios de oportunidad que permitan una administración más racional de los recursos asignados al sistema penal. Al respecto ver los trabajos de GUARIGLIA, Fabricio. *Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad*, en AA VV, “El Ministerio Público en el proceso penal”, Ad-Hoc, p. 83; CAFFERATA NORES, José, *El principio de oportunidad en el derecho argentino. Teoría, realidad y perspectivas*, NDR, 1996/A. Buenos

cabeza de los fiscales la obligación de ejercer la acción penal e indica que “su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos en la ley” (art. 5).

Salvo en lo que concierne a las disposiciones del Código Penal que prescriben la observancia del principio de legalidad procesal, el sistema jurídico formal y real vigente desde el inicio del proceso de juzgamiento de los crímenes masivos cometidos al amparo estatal ha sufrido varias modificaciones.

La reforma constitucional operada en 1994 ha marcado un cambio en términos institucionales con relación al período en el que tuvieron lugar los primeros procesos, apenas recuperada la democracia en 1983, durante administración del presidente Raúl Alfonsín.

En primer lugar se destaca que el Ministerio Público Fiscal (que agrupa a todos los fiscales federales del país y en cuya cúspide jerárquica organizativa se ubica el Procurador General de la Nación) fue erigido como órgano extra poder, con independencia funcional y es la institución a la que se le encarga la responsabilidad por la promoción de la acción penal en defensa de los intereses generales de la Nación⁷.

A partir de ello se ha regulado legislativamente⁸ su actividad, definiendo sus facultades y obligaciones, su modo de actuación y organización. Se estableció expresamente la independencia funcional de cada uno de los fiscales que lo integran, quienes sólo pueden recibir instrucciones de carácter general de la máxima autoridad institucional, el procurador general, pero nunca del Poder Ejecutivo.

Las posibilidades de influencia legalmente reconocidas al presidente en este ámbito se han limitado expresamente. Sólo se lo faculta para “proponer”⁹ al procurador general de la Nación por medio del ministro correspondiente la emisión de instrucciones generales para coordinar esfuerzos dirigidos a hacer más efectiva la defensa de la causa pública y la persecución penal¹⁰.

Refiriéndose a la situación institucional anterior a estas reformas, Maier indica que “los últimos gobiernos, validos de la ausencia de reglas constitucionales o legales, han sostenido la tesis de la pertenencia del ministerio público a la administración del Estado (Poder Ejecutivo), representada por los fiscales, y, también, la facultad de dar instrucciones, tanto externas (Ministerio de Justicia) como internas (jerarquía) a los funcionarios del ministerio público. Sin embargo, vale la pena acla-

Aires: Editorial del Puerto, 1996, p. 3; POCHAK, Andrea y HONISCH, Paula. *Démosle una oportunidad al principio de oportunidad*; CDJP, N° 9 B. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, p. 303; y MARTÍNEZ, Santiago. *Algunas cuestiones en torno al los principios de legalidad y oportunidad*, CDJP, Año VIII, N° 14, , Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, pp. 513/533.

7 Artículo 120, Constitución Nacional.

8 Ley Orgánica del Ministerio Público (LOMP) N° 24946 (Boletín Oficial: 11/3/98).

9 LOMP, art. 27.

10 Un fuerte celo por esta independencia probablemente se explique a partir de considerar los importantes y muchos escándalos de corrupción que sacudieron a la opinión pública de este país, con un marcado crecimiento durante los dos gobiernos sucesivos del ex presidente justicialista que inició su mandato luego de la salida de Raúl Alfonsín en 1989. En este contexto, resultaba lógico poner en duda la legitimidad y conveniencia de cualquier *directiva* impartida por el presidente o su ministro de justicia o del interior, en relación con la persecución penal de tal o cual caso.

rar, en este sentido práctico, que el derecho de instruir al inferior –sin regulación jurídica- no es moneda corriente en el Ministerio de Justicia hacia los funcionarios del ministerio público, ni funcionó regularmente entre estos entre sí, aunque se ha utilizado en casos de interés público evidente para el estado”¹¹.

Las instrucciones dadas a los fiscales encargados de la investigación y acusación de los crímenes cometidos por la dictadura son el mejor ejemplo de ello¹². De hecho, la ley 23.183 (Boletín Oficial: 24/7/85), que introdujo modificaciones en art. 116 del viejo Código de Procedimiento en Materia Penal para facultar al procurador general a emitir instrucciones a los fiscales “atendiendo a la unidad y coherencia de su accionar” (inc. 3º)¹³, se sancionó al tiempo en que ello se entendió imprescindible para el Poder Ejecutivo por las presiones que existían alrededor de los límites a estos juicios¹⁴.

Zaffaroni hace recordar que “la práctica respecto del Ministerio Público ha sido de permanente injerencia del Poder Ejecutivo, con instrucciones a los representantes del mismo, es decir, que se ha hecho un generoso uso de ese poder, el Ejecutivo, de modo que tampoco la tradición es a este respecto ninguna garantía. Entre las instrucciones del Poder Ejecutivo a los fiscales son famosas la impartida para que se promoviese acción contra el ex-presidente Frondizi en 1962, que fue resistida por el fiscal, quien fue destituido, las impartidas durante la dictadura militar que obligaban a apelar todos los recursos de *habeas corpus* concedidos en primera instancia; las conocidas como de ‘punto final’ en los juicios contra militares en el anterior gobierno constitucional, etc., todas las cuales podían ser cumplidas por los fiscales con el único derecho de dejar a salvo su opinión en contrario”¹⁵.

11 MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal. Parte General*, T. II. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003, pp. 327-328.

12 Otros ejemplos de instrucciones generales del procurador general en materias de diversa índole emitidas entre 1977 y 1991, anteriores y posteriores a la existencia de este régimen legal, pueden verse en BERTONI, Eduardo A. *La Organización del Ministerio Público*. En: AA VV, MAIER, Julio B. J., (Comp) “El Ministerio Público en el Proceso Penal”, Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 1993, pp. 229-224. También puede consultarse la compilación de resoluciones de la Procuración General de la Nación en materia de política de persecución y gobierno del Ministerio Público Fiscal, ordenada temáticamente, elaborada por la Secretaría General de Coordinación Institucional de la Procuración General de la Nación en: <http://www.mpf.gov.ar/ResolucionesPC/PoliticaCriminal.PDF>.

13 “Art. 116. Corresponde al procurador general de la Suprema Corte: [...] 3. Cuidar de que los encargados de ejercer el Ministerio Fiscal en estos juzgados, promuevan las gestiones que les correspondan y desempeñen fielmente los demás deberes de su cargo, atendiendo a la unidad y coherencia en su accionar. A tal efecto podrá impartir instrucciones de carácter general. 4. Disponer la intervención conjunta o alternativa de funcionarios de la Procuración General o de otros integrantes del Ministerio Público, que coadyuvarán en toda causa del fuero en que, por la importancia o dificultad del asunto lo estime aconsejable. El funcionario coadyuvante actuará bajo la dirección del titular [...]”. En el mensaje de elevación del proyecto de ley del Poder Ejecutivo se señala que: “La idea de un ministerio público organizado jerárquicamente a partir de la procuración general de la Nación y actuando orgánicamente, es la que ha dominado un sin número de proyectos que nunca lograron consagración legislativa” (Cfr. *Antecedentes Parlamentarios de la Ley 23183*, en: “Servicio de Información Parlamentaria N° 94”, p. 7628).

14 Evidencian lo afirmado varios pasajes de la discusión parlamentaria donde se remarca el apremio con que se contaba para la aprobación de la ley; así, por ejemplo, la intervención del senador Brasesco: “Existe urgencia en su aprobación; nadie puede ignorar que si no se sanciona esta modificación y llegan a ocurrir algunos acontecimientos o hechos desgraciados como el fallecimiento de un fiscal, u otra circunstancia similar, pueden lisa y llanamente paralizarse causas y juicios muy importantes que se tramitan en este momento” (Cfr. *Antecedentes Parlamentarios de la Ley 23183*, *Op.cit.*, p. 340).

15 ZAFFARONI, Eugenio R. *La independencia del Poder Judicial en su marco histórico*. En: “El Sistema Penal Argentino”, AA VV, , Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 1992, p. 63. Respecto a esta problemática corresponde traer a colación el Proyecto de Ley Orgánica para la Justicia Penal y el Ministerio Público de 1988, que establecía que frente a la

En síntesis, luego de una etapa en la que se discutía la pertenencia orgánica del Ministerio Público Fiscal a otros poderes y en la que el Poder Ejecutivo se arrogó la facultad de dar instrucciones a los fiscales, actualmente (desde la reforma constitucional de 1994), (i) ni el presidente de la República tiene potestad para instruir al procurador general, (ii) ni este último pertenece ni tiene vínculo alguno de dependencia con la Corte Suprema de Justicia, (iii) ni representa al Poder Ejecutivo, sólo a los intereses generales de la sociedad.

En cuanto al poder interno del procurador general de la Nación dentro del Ministerio Público Fiscal, sus posibilidades para decidir políticas de persecución básicamente se limitan a las de dar instrucciones generales con carácter vinculante a los fiscales, esto es, directivas emanadas de la máxima autoridad de esta institución jerárquicamente organizada para establecer pautas generales de actuación o de interpretación legal en supuestos controvertidos, como un modo de garantizar los principios de unidad y coherencia en la actividad de todos los fiscales y así llevar adelante la política criminal en forma eficiente¹⁶. En ningún caso el procurador general de la Nación puede dar instrucciones cuyo contenido sea la adopción de una medida concreta en una causa determinada. Como se verá luego, el actual procurador general de la Nación dictó, en marzo de 2007, una instrucción general vinculada con la persecución de los crímenes cometidos en el marco del terrorismo de Estado y creó una instancia dirigida a llevar a cabo el seguimiento de todos los procesos en curso en el país, así como la de coordinar la actuación de los fiscales que intervienen en ellos.

Cabe efectuar finalmente una última precisión sobre el sistema procesal penal de la justicia federal argentina que tiene incidencia en las posibilidades de llevar a la práctica las pautas de persecución penal que defina el Ministerio Público. Si bien, como ya se ha dicho, actualmente se ha puesto en cabeza del Ministerio Público la potestad de impulsar la acción penal, lo cierto es que el Código Procesal Penal de la Nación atribuye a los jueces el poder de definición de muchos aspectos del proceso que son relevantes para la concreción de estrategias de investigación y de implementación de criterios de persecución penal. Por ejemplo, (i) la decisión de unificar o separar investigaciones, (ii) la decisión de cuándo llamar a prestar declaración indagatoria (intimar penalmente) a cada uno de los posibles imputados, (iii) la definición de los hechos que concretamente se imputarán y su calificación jurídica, (iv) la determinación de que la etapa de instrucción se encuentra concluida y de que es posible entonces elevar un caso a juicio, entre otras, son entendidas (en virtud del ordenamiento procesal y de la tradición jurídica de raíz inquisitiva que lo interpreta) como potestades propias del juez. Como se verá en la parte final de este

negativa de la máxima autoridad del Ministerio Público Fiscal a cumplir con una instrucción del Poder Ejecutivo, era el Poder Legislativo el que tenía la palabra.

16 Ver más ampliamente acerca los fundamentos, antecedentes, contenido, alcances y carácter obligatorio de estas instrucciones generales en la Resolución PGN 130/04, del 9 de septiembre de 2004.

trabajo, ello limita las posibilidades de que el Ministerio Público pueda implementar políticas de persecución sin depender de decisiones externas.

III. El inicio de los juicios. Una etapa de marcada influencia del Poder Ejecutivo en el diseño de la persecución penal

Desde las condiciones de posibilidad más elementales, tales como la afirmación política de la necesidad de enjuiciar criminalmente los sucesos cometidos durante la dictadura, hasta cuestiones mucho más complejas como la decisión acerca del alcance, la duración y la logística de los juicios, esto es, el *si* y el *cómo* de la persecución penal, fueron objeto de un intenso debate aún antes de las elecciones presidenciales de 1983 que devolvieron la democracia.

Cabe recordar que antes de entregar el Estado, el poder militar intentó garantizar su impunidad. La dictadura estableció quince condiciones para el traspaso del poder, incluyendo la “no revisabilidad” de la “guerra sucia contra la subversión” y de los hechos de corrupción, así como la preservación de la continuidad del sistema judicial. Los partidos políticos no admitieron estas condiciones, mientras se preparaban para la campaña¹⁷.

El *documento final de la Junta militar sobre la guerra contra la subversión y el terrorismo* publicado el 23 de abril de 1983 condensaba algunas de estas condiciones. Afirmaba la legalidad de las acciones desplegadas por la dictadura para combatir el terrorismo, admitía la existencia de *algunos errores*; delineaba un amplio alcance a la eximente de obediencia debida y establecía la jurisdicción militar para el juzgamiento de cualquier acto de esa naturaleza¹⁸.

A modo de réplica, Alfonsín emitió un documento titulado *Esta no es la última palabra*, donde prometía utilizar el sistema judicial para procesar *a todos* los que hubieran cometido acciones ilícitas, dejaba sentado su criterio en cuanto a la ilegitimidad del cumplimiento de órdenes que implicaban agresiones al derecho a la vida y la integridad personal, y asignaba competencia a la justicia civil para decidir acerca de la aplicación de justificaciones tales como obediencia debida, error, o violencia¹⁹.

Al *documento final* le siguió el dictado, el 23 de agosto de 1983, de la *Ley de Pacificación Nacional*, más conocida como *ley de autoamnistía* N° 22.924²⁰, por la que el gobierno militar se evadía de los tribunales mediante una amnistía general.

Luego del triunfo del partido Unión Cívica Radical, la impronta del Poder Ejecutivo, traducida en su intervención directa en la construcción del modelo de persecución por medio de decretos, proyectos de ley, directivas a los fiscales y coor

17 NINO, Carlos Santiago. *Juicio al mal absoluto*, (Trad.: BÖHMER, Martín F.), Buenos Aires: Ed. Ariel, 2006, p. 113.

18 El documento expresaba que “todas las operaciones contra la subversión y el terrorismo protagonizadas por las fuerzas de seguridad, la policía y el servicio penitenciario bajo control operativo, en cumplimiento de los decretos 261/75, 2760/75, 2771/75 y 2772/75, fueron ejecutadas en conformidad con los planes aprobados supervisados por el comando superior orgánico de las Fuerzas Armadas y por la Junta Militar desde su constitución”.

19 NINO, Carlos Santiago. *Op. cit.*, p. 114.

20 Boletín Oficial: 27/09/83.

dinación con los jueces²¹ fue, sin lugar a dudas, determinante del resultado que dejó la historia de los juicios que hoy conocemos.

Ciertamente, pocas cosas en este ámbito fueron libradas al azar. Ello se comprende si se tiene en cuenta la importancia de la temática a nivel institucional y social en ese tiempo. Además de su lugar protagónico como cuestión política de interés general en la que se encontraba involucrada, poco más poco menos, la sociedad en su conjunto²², la presión de los distintos grupos de interés alrededor del problema, *u. gr.*, los responsables de la masacre –aún con poder de fuego, amenazante de la estabilidad democrática–, las víctimas, los organismos de derechos humanos, los intelectuales, los grupos políticos, los sectores económicos favorecidos por las políticas de la dictadura, la iglesia, la comunidad internacional, etcétera, obligaba a asumir los costos y beneficios de cualquier decisión.

Varios son los ejemplos de acciones concretas en la materia llevadas adelante por el Poder Ejecutivo. Para tener una noción aproximada de su nivel de injerencia y compromiso pueden mencionarse algunas de las medidas adoptadas: la elaboración e impulso político del proyecto de ley para que el Congreso dispusiera la anulación de la llamada “ley de autoamnistía”²³; la sanción de decretos ordenando el enjuiciamiento ante los tribunales militares de aquellos que tuvieron mayor responsabilidad en los crímenes cometidos durante la dictadura²⁴; la modificación del Código de Justicia Militar²⁵ atribuyendo a la justicia civil potestades de control sobre los procedimientos, asignados en una primera etapa a la justicia castrense, y estableciendo

21 Más allá de todo lo que implicó el nombramiento (entre personas de su confianza comprometidas con su política judicial en materia de derechos humanos) de la totalidad de los miembros de la cámara federal encargada del juzgamiento de los hechos y de los ministros de la Corte Suprema que se encargaría de afirmar la constitucionalidad y legalidad del proceso, para el éxito de varios puntos del programa del ejecutivo, Nino reporta varias de las interacciones formales e informales del presidente Alfonsín con el Poder Judicial que dan cuenta de la importancia de la gestión. Así, *u. gr.*, relata: “Alfonsín nos pidió a Malamud y a mí que organizáramos una reunión secreta con los miembros de la Cámara Federal para discutir la cuestión de la obediencia debida”. En la reunión a la que asistieron los seis jueces Alfonsín mostró su preocupación alrededor de los límites del proceso de justicia y “preguntó si se podría, después de diez años, hacer responsables de sus actos a los oficiales de rangos menores. El juez Ledesma replicó que en la mayoría de los casos los autores individuales no podían ser identificados. Otros jueces sugirieron que se podría establecer un término de seis meses al final del cual todos aquellos que no hubieran sido identificados deberían quedar libres de persecución penal. Alfonsín no estaba convencido de que tales medidas pudieran *contener* adecuadamente los juicios. Finalmente les pidió a los jueces si podían definir obediencia debida en su decisión, para lograr tales fines. Le contestaron que sería bastante difícil hacerlo dado que estaban tratando con aquellos que dieron las órdenes y que como jueces no podían realizar una afirmación general” (NINO, Carlos Santiago, *Op. cit.*, p. 141, énfasis agregado). En nota marginal, el autor justifica el carácter secreto de la entrevista al señalar: “Por supuesto una reunión pública hubiera sido escandalosa dado que el Tribunal estaba preparando su decisión y el gobierno hubiera sido acusado de orquestrar el juicio”. Ver también una crónica del episodio en: VERBITSKY, Horacio, *Civiles y Militares. Memoria secreta de la transición*, Buenos Aires: editorial Contrapunto, 2ª Ed, 1987. pp. 156-157.

22 El 19 de agosto de 1983 alrededor de 40.000 personas se manifestaron en contra de una posible amnistía de los crímenes de la dictadura cantando “No hubo errores, no hubo excesos, son todos asesinos los milicos del proceso” (VERBITSKY, Horacio, *Op. cit.*, pp. 37 y 38; NINO, Carlos Santiago, *Op. cit.* p. 116).

23 La ley 22.924 (Boletín Oficial: 27/09/83), conocida como *Ley de Autoamnistía*, fue anulada por mediante la ley 23.040 (Boletín Oficial: 29/12/83).

24 El Decreto 158/83, del 13/12/83 ordenaba el inicio de las acciones penales con relación a los miembros de las tres juntas militares, máximas autoridades militares responsables de los crímenes cometidos en el período.

25 Ley 23.049 (Boletín Oficial: 15/2/84).

un procedimiento sumario con un plazo inicial de seis meses para la conclusión de las investigaciones²⁶; la reforma de los términos de la eximente de obediencia debida regulada por el Código de Justicia Militar²⁷; la reforma judicial operada en los tribunales que se encargarían del juzgamiento de terrorismo de Estado²⁸; la creación de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), una comisión presidencial integrada con personalidades de gran prestigio que se encargaría en un muy breve lapso²⁹ de relevar todas las denuncias sobre violaciones a los derechos humanos cometidas y elaborar un informe –labor que luego constituyó una base fundamental para el posterior juicio a las juntas militares llevado adelante por la Cámara Federal de Capital Federal en el marco de la histórica causa 13/84³⁰–; finalmente la sanción de las leyes de punto final³¹ (diciembre de 1986) y de obediencia debida (junio de 1987)³² que limitaron el enjuiciamiento iniciado a fines de 1983.

1. La selección de casos en la primera etapa. El plan del Poder Ejecutivo

Entre todas las cuestiones que por entonces entraron en consideración nos interesa destacar aquí aquellas atinentes a la selección de casos o, dicho de un modo más amplio, a la definición del alcance que tendría la persecución penal de las graves violaciones a los derechos humanos.

Básicamente, el plan de persecución penal impulsado por el gobierno consistía en:

26 Artículo 10 de la ley 23049.

27 Artículo 11 de la ley 23049.

28 Se alude principalmente a la Cámara Federal de Capital Federal que juzgó a las juntas militares y a la Corte Suprema de Justicia de la Nación que avaló las medidas ideadas desde el ejecutivo y confirmó la condena recaída en ese juicio histórico. Nino apunta que “[a] pesar del hecho de que los jueces en los tribunales claves eran amigos cercanos de la administración, los dos tribunales mantuvieron un alto grado de independencia” (NINO, Carlos Santiago, *Op. cit.* p. 125). Sancinetti destaca críticamente el hecho de que muchos de los jueces y fiscales designados para entender en estos casos se hubieran desempeñado en la justicia durante la dictadura.: “Habría sido plausible una autoexclusión de estos magistrados de la función judicial de la época democrática, para que dieran lugar a aquellos que no hubiesen participado en la justicia del proceso militar [...] En esto se halla buena parte de la debilidad moral que está en la base de la política de gobierno” (SANCINETTI, Marcelo A., *Derechos Humanos en la Argentina Post- Dictatorial*, Buenos Aires: Lerner Editores Asociados. 1988, pp. 14 y 15). En este punto, Sancinetti se refiere a algunos miembros de la cámara federal designados por el presidente Alfonsín que habían sido funcionarios judiciales durante la dictadura, y a los fiscales de cámara que se encargaron de la acusación de los máximos responsables del plan criminal. Sobre el punto, ver la entrevista que concediera uno de los fiscales (Luis Gabriel Moreno Ocampo) luego de que se formulara la acusación y antes de la sentencia en *Será Justicia*, Buenos Aires: Dista, 1986, especialmente p. 39, donde explica que: “A pesar de que juré por un Estatuto que no era la Constitución Nacional, instaurado por el gobierno de facto, ese Estatuto no establecía ningún plan maquiavélico ni perverso. Por el contrario hablaba de la justicia, de una serie de valores que yo podía compartir. Y sobre sea base juré”.

29 Se fijó un plazo inicial de seis meses que para concluir el trabajo y luego, a solicitud de sus integrantes, se extendió a nueve meses. El 20 de septiembre de 1984 se presentó el informe final, luego publicado y mundialmente conocido como *Nunca Más* (*Op. cit.*), en el que se dio cuenta de 8960 casos de desaparición de personas. Ver comentario crítico acerca del acotado plazo otorgado a la CONADEP por el decreto 187 en VERBITSKY, Horacio, *Op. cit.*, p. 71.

30 “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del Decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional”, *Op. cit.*

31 Ley 23.942, del 23 de diciembre de 1986 (Boletín Oficial: 23/12/86).

32 Ley 23.521, del 4 de junio de 1987 (Boletín Oficial: 9/6/87).

- (i) concentrar la responsabilidad penal en las personas que ocuparon los más altos eslabones en la cadena de mando,
- (ii) asignar competencia a los tribunales militares y establecer una instancia de control por parte de la justicia civil.
- (iii) concretar los juicios en un tiempo breve.

El primer aspecto se refiere a un *recorte subjetivo* de aquello que sería materia de persecución. Según la postura del gobierno debían distinguirse tres niveles de responsabilidad: aquel integrado por quienes habían diseñado el plan sistemático de represión y dado las órdenes generales para su puesta en ejecución; un segundo nivel, compuesto por quienes habían cumplido esas órdenes (de secuestrar, torturar, asesinar y ocultar los hechos) y, finalmente, el de quienes habían cometido delitos “por fuera” del plan de represión (es decir, quienes se habían “excedido” respecto de las órdenes recibidas). A criterio del gobierno, debía dejarse fuera del ámbito de la persecución penal al grupo más numeroso, el segundo, es decir, a la mayor parte de los integrantes de las fuerzas armadas y de seguridad que habían participado en las graves violaciones a los derechos humanos cumpliendo órdenes superiores. La responsabilidad se concentraría en los estamentos superiores de la estructura represiva³³ y también abarcaría a quienes hubiesen cometido delitos “por su cuenta”, es decir, más allá del plan.

La primera medida adoptada por el gobierno para lograr este recorte en la persecución penal fue el impulso de una norma que intentaba consagrar una amplia aplicación de la eximente de la obediencia debida. Esta iniciativa, adoptada ni bien asumió el gobierno, se frustró debido a las modificaciones introducidas en el Congreso al proyecto enviado por el Poder Ejecutivo. Como se verá luego, esta idea de utilizar ampliamente la figura de la obediencia debida fue retomada más adelante en las instrucciones a los fiscales y en la ley 23.521 de “obediencia debida”.

El segundo aspecto que integraba el plan del gobierno se vincula con la definición de los tribunales que debían intervenir. Si bien los proyectos que el presidente Alfonsín y sus asesores fueron evaluando (incluso antes de asumir el gobierno) incluían diversas alternativas (entre ellas, la intervención de la justicia civil), finalmente se optó por la idea de que las fuerzas armadas llevaran a cabo una “autodepuración” sus integrantes mediante el juzgamiento de los responsables por parte de los tribunales militares. Según la idea del gobierno, se establecería una instancia de apelación ante la justicia civil de las decisiones adoptadas por los jueces militares. Finalmente, durante las discusiones parlamentarias se introdujo una cláusula que luego sería fundamental: la posibilidad de que las cámaras federales se avocaran al conocimiento de los juicios en caso de advertir negligencia o demoras en la tramitación de las causas por parte de los tribunales militares.

33 A su vez, para el gobierno, correspondía perseguir también al tercer grupo, a quienes habían cometido delitos supuestamente por fuera del plan represivo, es decir, no por órdenes recibidas, sino por su propia cuenta.

En cuanto a las limitaciones en el tiempo, luego se hará referencia a las medidas adoptadas por el gobierno para finalizar los juicios, medidas que incluyeron instrucciones a los fiscales y la sanción de la ley 23.492, conocida como ley de “punto final”.

Para comprender la lógica que guió el accionar del gobierno, puede citarse el relato del principal protagonista de esa etapa. Ya alejado varios años, al prologar una crónica crítica sobre su gestión en la materia, Raúl Alfonsín señala que “[e]n el tratamiento de esta delicada cuestión existían tres diferentes alternativas y deb[ía] elegir una de ellas:

- “*El olvido*, fuera mediante una ley de amnistía o a través de la inacción ... esta forma de tratar el problema era la que se había seguido casi siempre en la mayoría de los países del mundo; salvo, en parte, al final de la Segunda Guerra Mundial [...]
- “*El procesamiento de absolutamente todos* los que pudieran resultar imputados. No existía ni existe ninguna nación, en ninguna parte del planeta, donde se haya aplicado. Al considerar esta opción también tuvimos en cuenta, más allá de *razones políticas, las de tipo jurídico y fáctico*.
- “*La condena de los principales actores, por su responsabilidad de mando*, para quebrar para siempre la norma no escrita, pero hasta ese momento vigente en nuestro país, de que el crimen de Estado quedara impune o fuera amnistiado.

“Durante la campaña electoral de 1983 expuse clara y enfáticamente que este último era el camino que habíamos elegido. Íbamos a actuar aplicando *el criterio de los tres niveles de responsabilidad* para encarar el procesamiento de quienes estuvieran bajo acusación de haber violado los derechos humanos durante la dictadura. Afirmé explícitamente que si resultaba elegido para gobernar el país iba a *aplicar la justicia con ese criterio*: los que habían dado las órdenes, los que las habían cumplido en un clima de coerción, y los que se habían excedido en su cumplimiento.

“*Así lo hicimos...*”.³⁴

Quien asumió mayor influencia en la definición de los contornos de la política de persecución de los crímenes masivos por violaciones a los derechos humanos en la Argentina expuso en términos de oportunidad, mérito y conveniencia, lo que constituyó una verdadera selección penal. La decisión había sido sometida a escrutinio, crítica y finalmente a algunas modificaciones, aunque –según se verá luego– menores.

34 ALFONSÍN, Raúl Ricardo. *Carlos Nino: Jurista y filósofo de los derechos humanos y la república democrática*, prólogo a la edición de 2006 del libro de: NINO, Carlos S., *Juicio al mal absoluto*, Op.cit., p. 10. Destacado agregado.

Agrega Alfonsín: “El propósito que me llevó a la adopción de los tres niveles de responsabilidad fue, básicamente, el de *circunscribir los juicios por violación de derechos humanos a la esfera de los grandes responsables*. Era necesario definir con claridad el ámbito de las responsabilidades penales. Como dije, identificamos *tres categorías de autores* con respecto a los aberrantes delitos cometidos: 1. *los autores intelectuales*, es decir, aquellos que planearon la represión y dieron las órdenes; 2. *los que se excedieron* en el cumplimiento de ellas sin justificación alguna salvo sus propios motivos, su crueldad o su apetencia de poder, y 3. aquellos que estrictamente *ajustaron su accionar a las órdenes* impartidas. De estos tres grupos, sólo a los últimos *convenía* concedérseles la posibilidad de reinsertarse sin juzgamiento, en el proceso democrático [...] Sabíamos que *era necesario limitar los procesos en el tiempo y en el número de los casos* judiciales. Así lo recomendaban elementales *consideraciones de prudencia* [...] hubiera sido deseable que la persecución fuera *contra todos* los que hubieran cometido delitos. Pero hacerlo colocaba en serio riesgo al proceso mismo de la transición. Resultaba *absolutamente impensable llevar adelante el proceso a miles de integrantes de las Fuerzas Armadas y de seguridad* (la mayoría en actividad) que participaron de una u otra manera en la represión ilegal [...] *Nuestro objetivo no podía ser el juicio y condena a todos* los que de una manera u otra habían vulnerado los derechos humanos, porque eso era irrealizable, *sino alcanzar un castigo ejemplificador* [...] La primera medida que significó una *variación* [...] fue la sanción de la Ley de Caducidad de la Acción Penal, bautizada como «ley de punto final», en diciembre de 1986; y con ella el reconocimiento político de que el gobierno evaluaba que *no era posible extender indefinidamente en el tiempo la posibilidad de iniciar acciones penales*, cuando ya habían pasado casi tres años desde la instalación de la democracia. Pero no fue suficiente, e incluso el resultado inesperado fue que se promovieron más acciones penales que las que se habían previsto”³⁵.

El discurso es muy rico y permite extraer algunos conceptos con especial relevancia para la cuestión que nos toca analizar.

En primer lugar, se habla de *necesidad*. El reconocimiento de que las acciones a adoptar se desarrollan en un contexto determinado es el primer paso. Desde acá se asume la existencia de limitaciones de diferente orden que hay que atender y que, de algún modo, reducen las alternativas. Todo proceso de selección se enmarca en un terreno de posibilidades limitadas. Reconocerlo es el primer presupuesto de racionalidad. Sin embargo, muchas veces los supuestos desacuerdos en cuanto a la conveniencia o inconveniencia de una medida parten de la base de una descripción diferente de la realidad, de una creencia errada acerca de un estado de cosas. De ahí la necesidad de un análisis certero de este presupuesto fundamental, para una discusión racional³⁶.

³⁵ ALFONSÍN, Raúl Ricardo, *Op. cit.*, pp. 13, 14 y 21. Destacado agregado.

³⁶ Véase el análisis acerca de la relación entre los desacuerdos en las creencias y los desacuerdos en las actitudes en COPI, Irving, M. *Introducción a la lógica*, , Buenos Aires: Ed. Eudeba, 1979, pp. 67 y ss. y 128 y ss.; con especial referencia a las disputas entre juristas, Carrió, Genaro, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Ed. Abeledo-Perrot, 1964, pp. 63 y ss.

Del enorme abanico de condiciones relevantes, aquí se destacan por lo menos dos, a saber; (i) la magnitud del fenómeno: en la medida que se encontraban bajo lupa miles de casos de crímenes aberrantes en los que participaron cientos de personas, se entendió que el tratamiento de todas y cada una de estas situaciones demandaría mucho tiempo. Aún pasando por alto una evaluación sobre la validez de la afirmación, lo cierto es que aquí se indica la necesidad de limitar los juicios en el tiempo teniendo en cuenta su enorme dimensión. (ii) La existencia de un clima beligerante de presión en contra de la realización de los juicios con capacidad para amenazar las instituciones democráticas.

Incluso cuando se trate de datos fácticos, aquí también pueden ponerse en crisis algunos presupuestos de las decisiones adoptadas: ¿es cierto que sea *imposible* implementar un procesamiento de todos los casos?, ¿se trataría de una tarea realmente *indefinida* en el tiempo?, ¿en qué medida, y desde qué punto de vista, es negativo que las investigaciones se extiendan por el tiempo que requieran³⁷, ¿qué *capacidad real de daño efectivo* a las instituciones democráticas conservaban los grupos de presión opuestos a los juicios?, ¿cuál era su verdadera medida?, ¿qué otras políticas podrían haber prevenido la supuesta amenaza?

Si bien la respuesta a estas preguntas no es un asunto sencillo y, menos aún, indisputable, parece claro que las opciones no se reducían a tan pocas como se pretende presentar; en todo caso, las decisiones adoptadas no estuvieron sólo gobernadas por la *necesidad*.

El discurso también incorpora consideraciones de otra clase e incluye aseveraciones de índole valorativa. Se asume al castigo ejemplificador como el tope de las pretensiones jurídico penales. Se adscribe sin más a la prevención general positiva³⁸, contraponiendo la teoría a posturas retributivas, con las que se identifica a quienes propician *el castigo de todos por cada uno de los hechos*³⁹.

37 V. gr., Sancinetti se pronuncia críticamente acerca del acortamiento de los plazos asignados al proceso contra los ex comandantes: "... existió una exagerada preocupación por llegar a una pronta sentencia [...] En el apresuramiento por obtener una sentencia hubo, en fin, una identificación mayor de la que correspondía entre los objetivos políticos del gobierno y la vía idónea para hacer justicia y atender dignamente el dolor de los damnificados." Y frente a la política general de limitación de las investigaciones instaurada opone como ejemplo el caso de Alemania, donde se decidió prolongar retroactivamente el plazo de prescripción de las acciones penales para poder continuar la persecución de los nazis (Cfr. SANCINETTI, Marcelo A., *Op. cit.*, pp. 16, 17 y 56).

38 El decreto presidencial 92/87 (Boletín Oficial: 26/1/87) señalaba: "Que la justificación de la pena consiste en ratificar el respeto y la confianza en el sistema democrático, compromiso ético fundamental que el Gobierno ha cumplido".

39 Así lo señala claramente Malamud Goti: "Para los RT [retribucionistas tradicionales] coherentes, el castigo debe ser impuesto a todos los que ordenaron, perpetraron o contribuyeron en la ejecución de una violación y a quienes encubrieron al violador u ocultaron la violación; y también a todos los que auxiliaron a los transgresores u omitieron denunciar los hechos. De acuerdo con esta versión, algunas entidades de derechos humanos como las Madres de Plaza de Mayo, reclamaron el castigo de un gran número de autores y partícipes de transgresiones a derechos humanos. La Madres dirigieron así su acusación contra religiosos, profesionales y funcionarios civiles y militares que de algún modo instigaron a estos últimos a torturar y asesinar" (MALAMUD GOTI, Jaime, *Terror y Justicia en la Argentina. Responsabilidad y democracia después de los juicios al terrorismo de Estado*, Buenos Aires: Ediciones de la Flor, 2000, p. 224).

Antes que nada, podría discutirse cuál es la mejor teoría para asentar la política criminal del Estado frente a estos hechos, pero dejando de lado esta cuestión, también puede discutirse qué se entiende por castigo ejemplificador y qué extensión debe tener. Aun quien adscriba a la prevención general positiva podría dudar acerca de si la limitación de la responsabilidad ideada alcanza para cumplir con dichas metas que sustentan esta teoría de justificación del castigo⁴⁰.

En todo caso, se ha partido de la explicitación de buena parte de los presupuestos que es inevitable discutir para evaluar los criterios de selección escogidos, como *convenientes*, *prudentes* o *necesarios*. Una primera aproximación al asunto revela por lo menos que las decisiones adoptadas no eran *necesarias*; si bien se encontraban condicionadas, no es posible descartar otras alternativas aun en el mismo escenario.

1.1. *El juicio a las juntas militares. La incidencia de la actividad judicial*

La estrategia de concentrar la atribución de responsabilidad en un pequeño grupo de personas con alto poder de mando y decisión —idea que ya estaba afincada desde el proyecto original ideado por Alfonsín y sus asesores⁴¹—, pudo concretarse a través del histórico juicio a los comandantes que habían integrado las tres juntas militares⁴². Este juicio fue realizado ante un tribunal civil (la Cámara Federal de

⁴⁰ Este parece ser, por ejemplo, el caso de Sancinetti, quien, adscribiendo a los lineamientos de ese discurso justificatorio de la pena estatal, pone seriamente en duda que la política desarrollada se haya ajustado a esos parámetros: “Sólo es necesario llamar la atención acerca del grado en que el ‘punto final’ constituía una lesión al *valor* representado en la *norma*, como modelo orientador de la sociedad (*prevención general ‘positiva’*). Así como la pena halla su justificación moral en la necesidad de reafirmar la creencia real en el valor de la vida por ejemplo, el ‘punto final’, como contrapartida, era la prueba de la *no* creencia en el carácter esencial del valor acatado, *V.gr.*, por el asesinato: *la vida del hombre*” (SANCINETTI, Marcelo A., *Op. cit.*, p. 57).

⁴¹ Antes de asumir, “Alfonsín quería enjuiciar a los comandantes y a los oficiales de más alto rango, pero se mostraba escéptico respecto de enjuiciar a demasiados oficiales de rangos menores, temiendo una reacción peligrosa de parte de las Fuerzas Armadas”. Nino, uno de los principales asesores de Alfonsín en la construcción de la política de persecución de las violaciones a los derechos humanos desde la campaña preelectoral (junto a él corresponde ubicar en primer lugar a otro jurista y filósofo de gran influencia y dedicación a la materia, Jaime Malamud Goti), señala que, luego del discurso inaugural de Alfonsín, en Congreso de la Nación, donde se refirió a las diferentes medidas a adoptar en orden al enjuiciamiento de estos crímenes, “todos los miembros del Gabinete firmaron las órdenes del Ejecutivo y los proyectos de ley. Me sorprendió el contenido de algunos de esos textos, principalmente que las listas de los señalados para ser procesados eran más cortas que lo que Malamud y yo esperábamos. También estaba preocupado porque aquellos que esperaban medidas retributivas más enérgicas estarían desalentados por el discurso [...] Esta fue la primera muestra de las dificultades que Alfonsín tendría para comunicar al público su intención de restringir el alcance de los juicios” (NINO, Carlos S., *Op. cit.*, pp. 115, 122 y 123). “*La estrategia política de concentrar la culpa en un pequeño grupo de gente* que había promovido y conducido el terrorismo de Estado, así como en aquellos que ejecutaron los actos más crueles y perversos, fue el punto focal de la oposición y la desconfianza de varias organizaciones de derechos humanos y de los grupos políticos de izquierda (...) creían que esta política [definida en la diferenciación de los tres niveles de responsabilidad] exceptuaba a demasiadas personas de su responsabilidad y que, en última instancia, sólo los miembros de las Juntas serían responsables por la violaciones de los derechos humanos. Por otro lado, los militares y los grupos de derecha se oponían a las políticas de Alfonsín, creyendo que (...) cientos serían sujetos a persecución (...) Siempre creí que si la extrema derecha y la extrema izquierda se hubieran juntado y discutido sus preocupaciones, y el gobierno hubiera explicado que *su intención era enjuiciar a docenas de personas y no a un puñado ni a cientos* el proceso que siguió se hubiera desarrollado con mayor tranquilidad (*Ibidem*, p. 124).

⁴² Cada junta estuvo compuesta por los comandantes de cada una de las tres fuerzas (ejército, marina y aeronáutica). El juicio abarcó, entonces, a nueve acusados.

Apelaciones de la Capital Federal) que tomó intervención en el proceso frente a la negativa del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas a investigar seriamente los hechos y juzgar a sus responsables⁴³.

Desde la perspectiva del gobierno, el pretendido *castigo ejemplificador* se cumplía en gran medida con este juicio, llevado a cabo entre el 22 de abril y el 9 de diciembre de 1985, que concluyó con la condena de cinco de los acusados (responsabilizados como *autores mediatos*)⁴⁴ y la absolución de los cuatro restantes.

Más allá del recorte *subjetivo* que ese juicio expresaba al centrar la responsabilidad en ciertos autores, cabe hacer referencia a la selección de casos (hechos) que estuvo en la base de este juicio y que acotó su objeto procesal desde un punto de vista *objetivo*.

Esta *selección de casos* fue protagonizada por La Fiscalía de juicio encargada de acusar a los miembros de las tres juntas militares ante la cámara federal. Existió una importante limitación de la pretensión punitiva estatal en manos de La Fiscalía. Además de atender a cuestiones de índole práctica, esta selección era compatible con la política general del Poder Ejecutivo que se vino reseñando: abreviación de los tiempos procesales y búsqueda de un castigo ejemplificador.

Según explicó el propio Luis Moreno Ocampo, Fiscal del caso junto a Julio César Strassera: “Para que este juicio fuera manejable *no podíamos acusar por la lista de los 9.000 casos* de la Conadep. Así el juicio no hubiera terminado nunca. Teníamos que hacer[lo] en un plazo razonable. Si la Cámara había quitado al Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas la competencia, porque decía que en 6 meses no podía terminarlo, La Fiscalía tenía que concluirlo de tal modo que no durara años, sino meses. Así fue como nos decidimos a hacer el análisis, a *seleccionar* (siempre por los testimonios de la Conadep) un grupo de casos que fuera representativo de la mayoría... ”.

De acuerdo con sus palabras, para la selección se utilizaron “los *siguiente criterios*: un caso con muchas pruebas, de todas las armas, de todas las épocas y de todo el país. Teníamos que probar que aquí había habido un plan. Así con ese criterio fue hecha la selección. La Subsecretaría de Derechos Humanos tenía los archivos de la Conadep. Nos fueron ofreciendo casos que ellos consideraban importantes luego de una primera selección. Sobre esa base nosotros también fuimos eligiendo algunos [...] Así fue como *seleccionamos 700 casos* aproximadamente”⁴⁵.

Strassera y Moreno Ocampo trazaron un determinado marco de investigación de los asuntos que tenían, advirtieron la posibilidad real, fáctica, de audiencias y de

43 La posibilidad de que las cámaras federales se hicieran cargo de los procesos estaba prevista por la reforma operada a través del art. 10 de la ley 23.049.

44 Así lo entendió la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (voto de los ministros Bacqué, Fayt, y Petracchi) al confirmar el criterio de atribución de responsabilidad utilizado por la cámara federal para condenar a los comandantes de las tres juntas militares. Fue la primera vez en el mundo que un tribunal aplicó la figura de la autoría mediata, siguiendo a Claus Roxin.

45 MORENO OCAMPO, Luis G., entrevista publicada en: *Será Justicia, Op.cit.* pp. 40 y 41. Destacado agregado.

tiempo que les podía llevar probar un determinado conjunto de casos; de los 9.000 y tantos que se habían elevado a La Fiscalía de Cámara para que se acusara, a juicio llevaron 700. Se ha señalado a este respecto que la decisión adoptada por los fiscales se debe comprender como un caso paradigmático de dura aplicación del *principio de oportunidad procesal* y que “desde el punto de vista político de lo que representó el proceso y lo que representaron las sentencias: obtuvieron lo que querían”; en este sentido se argumenta haciendo pie en el hecho de que, verbigracia, al ex comandante en jefe Jorge Rafael Videla, uno de los máximos responsables, se lo condenó a prisión perpetua, la pena máxima prevista por el sistema penal argentino, por lo que “hubiera sido ridículo tratar de probarle más homicidios”, dado el sistema de composición de penas vigente⁴⁶.

Desde otro punto de vista, se ha advertido que “[l]a necesidad de un juicio rápido motivó, por lo pronto, que el fiscal redujera su acusación a unos 711 casos, supuestamente elegidos entre los más acreditables de otros miles posibles; esto representaba algo menos del 8 % del total, si se tiene en cuenta que los casos registrados aún como personas desaparecidas superan los 8900, según el informe CONADEP. Así, miles de casos de desaparición y muertes quedaron fuera del debate e infinidad de familiares habrán pasado a sentir que su dolor no era importante [...] Habría

46 Cfr. BRUZZONE, Gustavo A. *Ministerio Público y política criminal: análisis del proceso de selección de los delitos que se elevarán a juicio*, Revista del Ministerio Público Fiscal N° 9, mayo de 2002, editada por la Procuración General de la Nación, p. 152. Al respecto, corresponde decir que no corrió la misma suerte el caso del Brigadier General (r) Orlando Ramón Agosti quien sólo recibió una pena de cuatro años y seis meses de prisión. Fue condenado como autor responsable del delito de tormentos, reiterado en ocho oportunidades, en concurso real con el delito de robo, reiterado en tres oportunidades, pero absuelto por el resto de los cargos por los que fue acusado por la fiscalía (homicidio agravado, reiterado en ochenta y ocho oportunidades; privación ilegítima de la libertad, reiterado en quinientos setenta y dos oportunidades; tormentos, reiterado en trescientas ochenta y siete oportunidades; tormentos seguidos de muerte, reiterado en siete oportunidades; robo reiterado en ciento quince oportunidades; sustracción de menor, reiterado en siete oportunidades; supresión de documento público; reducción a servidumbre, reiterado en veintinueve oportunidades; secuestro extorsivo; extorsión, reiterado en dos oportunidades; falsedad ideológica, reiterado en ciento cincuenta y una oportunidades; y privación ilegal de la libertad seguida de muerte). La Corte suprema redujo a su vez su condena a sólo 3 años y 9 meses al revisar algunas imputaciones realizadas por la cámara. El monto de las condenas fue uno de los puntos sobre los que la sentencia de la cámara federal recibió críticas más severas. Sancinetti, advierte que el criterio de medición de la pena fue comparativo: se tomó como parámetro máximo el caso del procesado al que más casos se le atribuyeron -el caso de Jorge R. Videla- y de ahí en más se adecuó la pena más o menos proporcionalmente hacia abajo. Al respecto, señala: “Esta pauta de ‘proporcionalidad relativa’ carece de todo fundamento. Implica que la pena más grave del Código Penal argentino queda reservada (¿de aquí en adelante?), exclusivamente, al caso de que alguien cometa la misma cantidad de asesinatos, secuestros, torturas y robos, que el general Videla. El criterio comparativo llega a su más grave manifestación en el caso del brigadier Agosti, cuya condena ha motivado una justificada indignación pública, quizás más que la que produjeron las absoluciones mismas, también estas hayan sido infundadas [...], esta decisión ha destruido el valor de la norma como modelo orientador de la conducta social” (SANCINETTI, Marcelo A., *Op. cit.*, p. 47). Ya durante la nueva etapa de reactivación de los juicios, específicamente en el marco del primer juicio oral de este período, estas *infimas* condenas fueron tomadas hace poco tiempo como referencia por uno de los integrantes del Tribunal Oral Federal N° 5 al momento de realizar la medición de la pena respecto de un imputado de privación ilegítima de la libertad y tormentos cometidos durante la dictadura. Allí, esta vez aludiendo a la condena de Viola, se dijo que tratándose de los máximos responsables del plan criminal implementado, las penas impuestas por la cámara federal en la causa contra los ex comandantes funcionaban como una suerte de límite para la imposición de pena a un subordinado de baja jerarquía (Cfr. Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 5 de Capital Federal, sentencia del 11 de agosto de 2006 por la que se condenó a Julio Héctor Simón, causas 1056 y 1057, voto del juez Guillermo Andrés Gordo). El criterio fue cuestionado por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa 7758, “Simón, Julio Héctor s/ recurso de casación”, resuelta el 15/5/07.

sido preferible una tramitación más distendida del juicio [...], y la incorporación al debate de todos los casos registrados o de una porción más representativa [...] En todo caso, es seguro que si existían suficientes razones de oportunidad para reducir el número de casos [...] era un imperativo inexcusable comenzar luego de este juicio, contra los mismos imputados, otro proceso por todos los casos –al menos los de alguna posibilidad de acreditación- que no hubieran integrado la primera selección; puesto que en el derecho penal argentino es claro que no queda cabida para el *principio de oportunidad*. Al fiscal le es obligatorio perseguir todos los delitos [...]"⁴⁷.

El efecto de la selección no fue menor. Que la acusación se haya restringido a esa cantidad de casos dio lugar a la absolución de los imputados por todo el resto de los hechos denunciados⁴⁸.

Sin perjuicio de los límites que tuvo este juicio, en la sentencia los jueces de la cámara federal escribían la primera página para la continuidad del proceso de juzgamiento, de una nueva etapa de investigación y sometimiento a juicio de los mandos intermedios e inferiores, aquellos que llevaron adelante el plan criminal ideado desde la cúpula militar. A esta cuestión se aludía expresamente en el considerando duodécimo de la sentencia de la Cámara Federal de Capital Federal en la causa 13/84 y en su punto dispositivo n° 30, al ordenar la investigación de los subordinados que ejecutaron las órdenes criminales por las que se condenaba a los comandantes⁴⁹.

Esto implicaba una importante multiplicación de las investigaciones, pues los hechos por los que se condenó en ese juicio habían tenido lugar en todo el país y la referencia a "todos aquellos que tuvieron responsabilidad operativa en las acciones" resultaba ser una pauta muy abarcadora que se alejaba de los objetivos previstos desde el Ejecutivo⁵⁰. De hecho, el "punto 30" de la sentencia cayó como un baldazo

47 Cfr. SANCINETTI, Marcelo A., *Op. cit.*, pp. 16-18.

48 Por lo menos así lo entendió la cámara federal en su sentencia: "Tal acotamiento de los objetos del proceso efectuado por el Fiscal ha de tener como consecuencia, en modo congruente con las argumentaciones que se vienen de dar, que no pueda renovarse la persecución penal en contra de los nueve enjuiciados por los hechos susceptibles de serles atribuidos en su calidad de comandantes en jefe de sus respectivas fuerzas e involucrados en el decreto 158/33." En el punto 25) de la parte dispositiva de la sentencia se terminó "*ABSOLVIENDO DE CULPA Y CARGO, a todos los nombrados en el punto precedente, por la totalidad de los delitos por los que fueron indagados y que integraron el objeto del Decreto 158/83 del PEN, y acerca de los cuales el Fiscal no acusó, conforme lo decidido en el Considerando tercero, I a. [arts. 361 y 362 del Código de Justicia Militar]*". (Cfr. sentencia en Fallos 309, considerando tercero. *Introducción al tratamiento de los casos y consideraciones generales sobre la prueba, y dispositivo*).

49 "Los graves hechos delictuosos que han sido el objeto de este juicio -en cuanto a la responsabilidad que en ellos les cupo a los ex-comandantes en jefe- fueron cometidos, según se ha probado, en virtud de las órdenes por ellos impartidas. El juzgamiento de los oficiales superiores que las ejecutaron no ha sido materia de esta causa.

"En cumplimiento del deber legal de denunciar (arts. 387 del Código de Justicia Militar y 164 del Código de Procedimientos en Materia Penal), el Tribunal entiende que corresponde se investigue la responsabilidad de quienes, subordinados a los ex-comandantes y desde sus cargos de comando, pusieron en ejecución aquellas órdenes. Así, se ha de poner en conocimiento del órgano competente (Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, art. 10 de la Ley 23.049) el contenido de esta sentencia y cuantas piezas de la causa sean pertinentes, a los efectos del enjuiciamiento de los oficiales superiores que ocuparon los Comandos de Zonas y Subzonas de Defensa durante la lucha contra la subversión, y de todos aquellos que tuvieron responsabilidad operativa en las acciones". Así se ordenó que se hiciera en el punto 30 de la parte dispositiva de la sentencia" (Fallos: 309).

50 Al margen de ello, en el punto 30 de la sentencia también pueden leerse elementos que sugieren una cierta selección de la esfera de lo perseguible. Así, cuando señala especialmente la necesidad de enjuiciamiento de los oficiales

de agua fría para la política del gobierno, que a esa altura pretendía concluir los procesos a la mayor brevedad posible.

1.2. Las instrucciones a los fiscales y la ley de punto final.

Un importante intento de selectividad de casos es el que tuvo lugar a partir de un grupo de instrucciones definidas desde el Poder Ejecutivo a los efectos de que los fiscales priorizaran el impulso procesal de determinados casos en detrimento de otros. Se trata de las instrucciones del Ministro de Defensa al fiscal general del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas de abril de 1986, el decreto del Poder Ejecutivo 92/87 de enero de 1987 por el que se le encarga al Procurador General de la Nación impartir instrucciones generales a los fiscales federales y la consecuente resolución 2/87 del Procurador General.

Se trata de directivas que han sido consideradas intentos frustrados de limitar los procesos en el tiempo y en su sustancia, tanto desde el punto de vista del volumen de hechos (y de víctimas) como de imputados involucrados. Otros han leído en alguna de ellas la intención presidencial de impulsar los procesos. De cualquier modo, es indiscutible que las políticas allí fijadas reflejan los lineamientos trazados desde un principio con la vaga distinción entre las tres categorías de responsabilidades, enderezada hacia una política criminal de condenas ejemplificadoras, concentradas en los imputados de mayor jerarquía y el acotamiento temporal del proceso general de justicia: ambos, ejes fundamentales de las posteriores leyes de punto final y de obediencia debida.

La vinculación de estas instrucciones a los fiscales con las leyes de impunidad también se afina en el hecho de que los funcionarios judiciales resistieron en gran medida las directivas impulsadas por el Ejecutivo y, en consecuencia, la limitación de las investigaciones tuvo que plasmarse entonces como una decisión política en la que intervinieron directamente los Poderes Ejecutivo y Legislativo al elaborar y sancionar esas leyes.

En los considerados de las instrucciones impartidas el 24 de abril de 1986 por el Ministro de Defensa de la Nación, Germán López, al Fiscal General del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas⁵¹ se alude en tono negativo a la “multiplicación de procesos e imputaciones”, en la medida que pone “en peligro la necesaria rapidez de su trámite” y “gener[a] la posibilidad de proyectar la imagen de un enjuiciamiento colectivo de los integrantes de las fuerzas armadas, en contradicción con los objeti-

superiores que ocuparon los comandos de Zona y Subzona. Véase que, a partir de una interpretación *a contrario*, se llega a una exclusión de, por ejemplo, los jefes de área y los oficiales subalternos y suboficiales. Qué decir acerca de los integrantes de otras fuerzas de seguridad con intervención relevante en los crímenes. En este sentido, debe apuntarse que el criterio de selección en orden a si hubo o no “responsabilidad operativa” presenta un alto grado de vaguedad que dificulta la decisión.

51 El art. 10 de la Ley 23049 asignó a este órgano administrativo dependiente del Poder Ejecutivo el conocimiento inicial en los casos de terrorismo de Estado. Para el supuesto de inacción o retardo en esta tarea se previó la intervención de la justicia civil, específicamente las cámaras federales de apelaciones.

vos mismos de la investigación en curso”. Luego se requiere, entre otros puntos, (i) la acumulación de las causas en trámite y su agrupamiento por cuerpo del ejército, (ii) la solicitud de sobreesimiento en los casos en que los comandantes hayan sido absueltos⁵², (iii) la presunción de obediencia debida y error insalvable en beneficio de los subordinados en los casos de cumplimiento de órdenes ilegales impartidas por los comandantes, salvo cuando se advierta un exceso en su implementación; y (iv) la limitación de la pretensión penal según el *método de casos paradigmáticos*, cuando la magnitud del proceso lo justifique⁵³.

Las instrucciones no fueron bien recibidas por muchos de los sectores interesados en el avance de los juicios, provocaron renunciaciones en el Poder Judicial⁵⁴, y el avocamiento de las cámaras federales, que asumieron así competencia en varios casos que aún estaban en manos del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, a la par que se registraron absoluciones de este órgano frente a casos de suma relevancia⁵⁵.

La falta de resultados satisfactorios de la política de circunscripción de casos implementada hasta el momento motivó la sanción de la ley 23.492 del 23 de diciembre de 1986, conocida como *ley de punto final*, que establecía la extinción de la acción penal a menos que la persona se encontrara prófuga o fuera citada a prestar declaración indagatoria dentro de los 60 días de promulgada la ley⁵⁶.

Casi inmediatamente, tuvo lugar el decreto presidencial N° 92/87 del 22 de enero de 1987, por el que Raúl Alfonsín encomendó al Procurador General de la Nación instruir a los fiscales federales “para la puesta en ejecución de la ley 23.492”⁵⁷. Allí se indicó que “el estado ejerció su competencia para decidir, por medio de los órganos que representan la voluntad popular, qué juicios y condenas eventuales son socialmente *convenientes*” y que había transcurrido ya seis veces el

52 Se refiere a las absoluciones dictadas en el juicio a los comandantes, descripto en el acápite anterior.

53 Cfr. apéndice documental publicado en SANCINETTI, Marcelo A. *Op. cit.*, pp. 229-231. Destacado agregado. Resulta esclarecedor lo relatado por Nino alrededor de los antecedentes de la instrucción. Según señala, en la reunión en la que se discutió la medida “surgió un consenso basado en un texto preparado por Tonelli [secretario de justicia]: el ministro de Defensa daría instrucciones a los fiscales para acelerar aquellos casos que se encontraban en juicio ante el Consejo Supremo en los que los oficiales con capacidad de decisión eran los imputados; *los otros serían absueltos*” (NINO, Carlos Santiago. *Op. cit.*, p. 146. Destacado agregado).

54 Sobre la reacción de los jueces frente a las instrucciones, por su contenido algunos, por interpretarla como una injerencia del Ejecutivo en el Poder Judicial la mayoría, puede consultarse la narración de VERBITSKY, Horacio. *Op. cit.*, especialmente, pp. 164 y ss.

55 Por ejemplo, el caso de general Luciano Benjamín Menéndez, máximo responsable del comando de Tercer Cuerpo del Ejército, a cargo de la represión en una de las zonas del país donde se registraron más casos de desaparecidos. Otro que corrió la misma suerte fue el capitán Astiz, que se desempeñó en el ámbito de uno de los centros clandestinos por el que pasaron más víctimas, con funcionamiento en el casino de oficiales de la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA).

56 “Artículo. 1º.-Se extinguirá la acción penal respecto de toda persona por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos del artículo 10 de la Ley N° 23.049, que no estuviere prófugo, o declarado en rebeldía, o que no haya sido ordenada su citación a prestar declaración indagatoria, por tribunal competente, antes de los sesenta días corridos a partir de la fecha de promulgación de la presente ley.

”En las mismas condiciones se extinguirá la acción penal contra toda persona que hubiere cometido delitos vinculados a la instauración de formas violentas de acción política hasta el 10 de diciembre de 1983.”

La excepción al régimen se limitaba a unos pocos casos: “Artículo 5º.-La presente ley no extingue las acciones penales en los casos de delitos de sustitución de estado civil y de sustracción y ocultación de menores”.

57 Cfr. considerandos del decreto.

plazo previsto inicialmente [por la ley 23.049] para obtener el “definitivo juzgamiento de quienes fueren pasibles de procesamiento”⁵⁸.

Las instrucciones que en consecuencia dictó el procurador general de la Nación a los fiscales (Resolución 2/87) ponderaban la selección de casos realizada por los fiscales Strassera y Moreno Ocampo al momento de realizar la acusación en el juicio a los comandantes, a la par que señalaban la necesidad de (i) concentrar los esfuerzos “de manera especial en la investigación de las responsabilidades en los hechos materialmente probados en la referida causa 13/84”, más allá de otros casos sobre los que se haya logrado reunir prueba suficiente; (ii) instar el procesamiento sólo de “aquellas personas de cuya responsabilidad existan indicios firmes que indiquen como muy probable el progreso de la acción”; (iii) dirigir la atribución de responsabilidad especialmente a quienes ocuparon lugares jerárquicos en la cadena de mandos con efectiva “capacidad decisoria” para la ejecución de operaciones ilegales y a quienes hayan intervenido directamente en hechos atroces o aberrantes; (iv) aplicar ciertas interpretaciones jurisprudenciales que se orientaban hacia la reducción de los plazos de la prescripción; y (v) asignar preferente atención a los procesos por sustracción y ocultación de menores “teniendo en cuenta que no rige respecto de ellos el plazo de extinción de la acción del art. 1 de la ley 23.492”⁵⁹.

Alrededor de la sanción de la ley de punto final y las instrucciones resumidas, Sancinetti indica que “contra lo esperado por el gobierno –y por todo el mundo-, se produjeron innumerables procesamientos en el breve lapso que señalaba la ley, a pesar de que el presidente dictó un decreto (92, del 22/1/87), a fin de que el Procurador General de la Nación impartiera ciertas ‘instrucciones’ (ilegítimas) a los fiscales federales que tendiesen a lograr el menor número de procesamientos posibles (Res. 2 del 3/2/87): una reedición del propósito de aquéllas instrucciones del ministro de defensa, del 24/4/86. Hasta los propios jueces se vieron movidos, sin embargo, a dictar más procesamientos de los que deseaban; tantos que la estrategia misma quedó neutralizada: lo que jurídicamente era una amnistía condicionada, políticamente no lo fue, precisamente porque se cumplió la condición que evitaba la amnistía, al menos respecto de muchos hechos”⁶⁰. El plan del ejecutivo no funcionó totalmente. En la misma línea de análisis de Sancinetti, Bruzzone apunta que con la aprobación de la ley de punto final “se intentó trasladar un problema exclusivamente político al campo judicial obteniendo como respuesta el inmediato rechazo de los jueces que produjeron un mayor número de procesamientos que los esperados”. Y termina sugiriendo que la administración radical pretendió mani-

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Es verdaderamente llamativo que en ese contexto se instruya a priorizar la investigación de los casos que no corrían peligro de extinguirse. Cualquier política de distribución de recursos parte del supuesto de que éstos son limitados.

⁶⁰ Cfr. SANCINETTI, Marcelo A., *Op. cit.* pp. 89-90. Para esta cuestión y, en general, para una descripción y análisis crítico de esta etapa de juzgamiento, puede verse SANCINETTI, Marcelo A; FERRANTE, Marcelo. *El derecho penal en la protección de los Derechos Humanos*, Buenos Aires: Ed. Hammurabi 1999, obra que, además, ya anticipaba perspectivas de análisis basadas en el derecho internacional que, poco tiempo después, fueron fundamentales para la reapertura de los juicios.

pular a los fiscales para que no impulsen la acción penal con relación a los casos señalados por la ley 23.492⁶¹.

Nino participa de la opinión contraria, según la cual la instrucción del Procurador General de la Nación tendía a acelerar la persecución penal y no era “otro intento de evitar la confrontación con los hechos del pasado”, como la interpretaron muchos⁶². Sin embargo su análisis coincide en cuanto a los efectos advertidos: “los tribunales de todo el país, algunos de aquellos en el interior que habían actuado con bastante lentitud, entraron en una actividad frenética, aun dejando de lado la feria judicial de verano en enero”. E indica que a mitad de marzo de 1987 el número de casos era de “400, 20 veces el número de imputados hasta la fecha [...] Por lo tanto, la ley de punto final estaba teniendo, como las instrucciones, un efecto bumerán, provocando un estallido de actividad judicial”⁶³.

1.3 La ley de obediencia debida

El reimpulso de las investigaciones como reacción a la ley de punto final incitó al gobierno a adoptar pocos meses después una estrategia concluyente, que no dejara mayor margen de maniobra al Poder Judicial, al exculpar directamente a todos los oficiales jefes y el resto de los subordinados de la fuerzas armadas y de seguridad mediante una presunción legal de que cumplieron órdenes bajo error insalvable: la sanción de la ley de obediencia debida del 6 de junio de 1987⁶⁴. Sólo quedaba

61 BRUZZONE, Gustavo A., *Política y criminalidad*, en No Hay Derecho, Año IV, N° 9, Buenos Aires: 1993, p. 2; y *Fiscales y Política Criminal. Una aproximación al proceso de selección de los delitos que llegarán al juicio oral*. En: AA VV, MAIER, Julio B. J., (Comp), “El Ministerio Público en el Proceso Penal” Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 1993, p. 197.

62 La medida es comentada por Nino del siguiente modo: “Alfonsín, profundamente afectado por la reacción pública ante la ley [23.049, de *Punto Final*], sancionó un decreto el 23 de enero de 1987 ordenando al procurador general enviar instrucciones a los fiscales para elevar cargos contra todos los que estuvieran implicados por la ley 23.049. Dado el pésimo manejo de la información que hizo el gobierno, el público no se dio cuenta de que ésta era una presión a favor de la persecución penal y no, como muchos sectores de la prensa de izquierda y grupos de derechos humanos creían, otro intento de evitar la confrontación con los hechos del pasado” (NINO, Carlos Santiago. *Op. cit.*, p. 149). Verbitsky concuerda aquí acerca de la incorrecta interpretación que se le dio a la medida. Sostiene que, entre otras cuestiones, el deficiente manejo informativo oficial “hizo que nadie percibiera que se trataba de la primera manifestación de voluntad persecutoria del Poder Ejecutivo en tres años, desde el decreto 158/83” (VERBITSKY, Horacio. *Op. cit.*, p. 319).

63 NINO, Carlos Santiago. *Op. cit.*, pp. 149-150. Sobre la Ley de Punto Final Malamud Goti dice que “no establece inmunidades sino que exhorta a los jueces a acelerar el paso de procesos angustiosamente lentos” (cfr. *A propósito de una sentencia bien intencionada*, en: “Nueva Doctrina Penal”, Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2001, n° 2000/B, pp. 506-507). Si de exhortar a los jueces se trataba, es posible imaginar muchas otras formas que no trajeran aparejadas la extinción de la acción penal en un plazo tan exiguo. Por otra parte, los jueces (supuesto exhortados) no sufrían ninguna consecuencia en caso de inactividad: los perjudicados eran las víctimas, familiares y todos aquellos que reclamaban justicia; sus beneficiarios, los posibles acusados. En otro texto, Malamud Goti explica que la ley de Punto Final “limitaba el trámite de las denuncias contra aquellos oficiales que hubiesen sido procesados con anterioridad a los dos meses de la sanción de la ley. Por razones inesperadas, esta ley de punto final fue insuficiente para mejorar la hostilidad militar. Para colmo de males, los jueces reaccionaron decretando el procesamiento de unos cuatrocientos militares” (Cfr. *Terror y justicia en Argentina*, *Op. cit.*, pp. 41 y 42, destacado agregado). De este texto se desprende con mayor claridad que la voluntad no era de impulso y aceleración de los procesos, sino de limitación. Sólo así, la actitud de los jueces que actuaron con rapidez puede ser entendida como un “colmo de males”.

64 Luego de la respuesta judicial a la ley de punto final la presión militar para detener las investigaciones se manifestó

excluidos los comandantes en jefe, jefes de zona y subzona y jefes de fuerzas de seguridad para el caso de que en el plazo de 30 días se determine judicialmente su capacidad decisoria o participación en la elaboración de las órdenes ilegales. Según Carlos Nino, indudablemente uno de los protagonistas principales de la política gubernamental de derechos humanos, “la ley puede ser vista como una forma de reestablecer, en forma más concreta y precisa, los límites implícitos en el proyecto original de 1983, que no habían sido respetados por la acción o inacción de diversos actores”⁶⁵.

Con esta medida y los posteriores *indultos* presidenciales de las pocas personas condenadas y procesadas hasta entonces⁶⁶ se cierra la primera etapa de investigaciones y responsabilización judicial por los crímenes cometidos al amparo del terrorismo de Estado. Sólo a partir del cuestionamiento de la constitucionalidad de estas medidas, que tuvo lugar muchos años después y bajo otra administración, se pudo abrir un nuevo capítulo. A él nos dedicaremos a continuación.

violentamente en la “rebelión de Semana Santa” de 1987, que concluyó luego de una entrevista a puertas cerradas entre el presidente Alfonsín y el líder que la encabezaba. Fue motivo de controversias si allí se selló un pacto para impulsar una ley que terminara con los juicios. Poco tiempo después, el Poder Ejecutivo impulsó la ley de obediencia debida, que fue sancionada por el Congreso con ese trasfondo. El relato de estos acontecimientos por el propio Raúl Alfonsín puede verse en *Carlos Nino: Jurista y filósofo de los derechos humanos y la república democrática*, prólogo a la edición de 2006 del libro de Carlos S. Nino, *Juicio al mal absoluto*, *Op.cit.*

65 NINO, Carlos S., *Op. cit.*, p. 157. El proyecto al que se alude es el enviado al congreso por Alfonsín en los primeros días de gobierno, anunciado en su mensaje del 10 de diciembre de 1983, convertido en ley 23.049, luego de algunas modificaciones. Entre ellas, la morigeración de la presunción absoluta acerca de la legitimidad de las órdenes emitidas, que se convirtió en un “podrá presumirse” y la exclusión de la presunción frente a hechos atroces y aberrantes. En algo parece coincidir Sancinetti con el profesor Nino al indicar que el proyecto original “pretendía imponer -por una vía que pareciera legítima- la confusa teoría de Alfonsín de que había tres grados distintos de responsabilidad, cuyo contenido -más allá del desacierto teórico de la propuesta (que era un disparate)- nunca pudo ser comprendido por nadie, porque sólo ahora, después de la Ley 23.521, se pudo entender que uno de aquellos difusos ‘tres niveles’ (el de quienes se habían ‘excedido’), no tenía, para el gobierno, ningún integrante” (SANCINETTI, Marcelo A., *Op. cit.*, p. 122).

66 Se trata de diez decretos de indulto sancionados el 7 de octubre de 1989 y el 30 de diciembre de 1990 por quien sucedió a Raúl Alfonsín, el entonces presidente Carlos Saúl Menem. En relación con estos indultos también existió una instrucción para que los fiscales no plantearan su inconstitucionalidad. Al respecto, cabe traer a colación el sumario que se inició contra los fiscales federales Hugo Cañón y Aníbal Ibarra en el ámbito del Ministerio Público Fiscal por haber desobedecido la instrucción general que establecía el deber de no plantear la inconstitucionalidad de los decretos presidenciales que beneficiaron a condenado y procesado por la comisión de crímenes contra la humanidad durante la dictadura. Los fiscales habían puesto por sobre el supuesto deber legal-administrativo la obligación ética, funcional y constitucional. En este sentido, el fiscal Ibarra decía: “Dado que en el día de la fecha, luego de firmar el dictamen precedente, he recibido instrucciones verbales por parte del Sr. Fiscal de la Cámara Federal, Dr. Luis G. Moreno Ocampo, en el sentido de que no plantee la inconstitucionalidad del decreto PEN 1002/89 sobre el que se me corrió vista, hágole saber que, pese a ello, mantengo mi dictamen en todos sus términos puesto que, más allá de que ya lo había firmado, mi obligación funcional es respetar, antes que nada, la Constitución Nacional. Fiscalía 6 de noviembre de 1989” (Dictamen del 6 de noviembre de 1989, en el marco de la causa N° 1657, del registro del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 5, Secretaría N° 14, al contestar una vista acerca del indulto dispuesto por el decreto 1002/89. Citado por: BRUZZONE, Gustavo A. *Fiscales y Política Criminal. Una aproximación al proceso de selección de los delitos que llegarán al juicio oral*. En: AA VV. MAIER, Julio B. J., (Comp), “El Ministerio Público en el Proceso Penal”, Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 1993, p. 200. Como bien observa Bruzzone, “la actitud de Ibarra y Cañón fue la correcta por los intereses que estaban en juego. La orden inconstitucional o ilegítima no debe nunca cumplirse sin que ello pueda traer aparejada ninguna sanción o reproche” (*Ibidem*).

Por el momento, se ha podido advertir la existencia de una estrategia general de persecución penal limitada en lo concerniente a:

- a. la cantidad de personas a imputar, donde se hace especial énfasis en su jerarquía funcional y poder de mando, con una evidente exclusión de los sectores civiles;
- b. la cantidad de hechos y víctimas involucradas, atendiendo a supuestas consideraciones de índole probatoria y el objetivo de lograr una *muestra* de lo que significó el sistema criminal;
- c. la clase de hechos delictivos investigados, concentrada principalmente en delitos de sangre (privación ilegítima de la libertad, torturas y homicidios agravados), aquéllos considerados “aberrantes” en detrimento de otros de contenido patrimonial o de afectación de la administración de justicia. Los casos de violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil y la apropiación extorsiva de inmuebles, si bien no fueron materia central de la investigación,⁶⁷ tanto las leyes de punto final y obediencia debida como las instrucciones a los fiscales los dejaban a salvo –por lo menos formalmente- de la barrera de impunidad así creada; y
- d. el tiempo asignado a la investigación y juzgamiento, a su vez con influencia directa sobre el universo de hechos, víctimas y victimarios comprendidos en *a, b y c*.

También es importante resaltar que la estrategia de selección de casos ha tenido rasgos formales e informales (legítimos e ilegítimos) y que, en esa función, compitieron efectivamente *varias fuentes de autoridad*:

- a. el Poder Ejecutivo, mediante decretos, proyectos de ley, discursos e instrucciones;
- b. el Poder Legislativo, a través de la sanción de las normas que restringieron el ámbito de persecución;
- c. el Poder Judicial, por medio de sus sentencias y, en algún momento, a partir de su actitud pro-activa de marcado rechazo a las políticas limitativas del gobierno, aunque en muchos otros casos por su inactividad y la obstaculización de las investigaciones; y
- d. los fiscales, al decidir qué casos dejar por fuera de la acusación, cuáles investigar y cuáles no; por medio de las instrucciones del Procurador General; y por la intensidad de la actividad desarrollada por varios magistrados y funcionarios para contrarrestar los efectos de la ley de punto final.

⁶⁷ En la sentencia dictada en el marco de la citada causa 13/84 se ha indicado que “del catálogo de delitos que el Tribunal consideró integraban el sistema se han excluido: la sustracción de menores, la extorsión, el secuestro extorsivo, el plagio y la usurpación. Ello implica la no atribuibilidad de tales ilícitos a quienes fueron comandantes del arma involucrada en su ejecución” (Cfr. considerando tercero, *Introducción al tratamiento de los casos y consideraciones generales sobre la prueba*).

En esta experiencia se ha visto un esforzado intento del Ejecutivo de influir en el resto de las autoridades con capacidad de condicionar su política de persecución y un contexto jurídico institucional que se lo permitió. Este protagonismo del Poder Ejecutivo –la forma que adoptó– no hubiera sido posible en el marco jurídico hoy vigente, donde las posibilidades de influencia directa del presidente en, para decirlo vagamente, “las cuestiones de la justicia” se han visto marcadamente limitadas, y podrían dar lugar a cuestionamientos de variada índole que terminarían por deslegitimar el proceso. Ya se ha mencionado la limitación a la posibilidad de dar instrucciones a los fiscales, a lo que cabe agregar que dos de las medidas más trascendentes adoptadas en la década de 1980 para restringir la persecución penal, las leyes de punto final y de obediencia debida⁶⁸, han sido declaradas inconstitucionales por la actual Corte Suprema de Justicia de la Nación (2005)⁶⁹. Uno de los argumentos fue justamente que implicaron intromisiones en temas reservados al Poder Judicial⁷⁰.

El escenario actual, en el que se ha producido la reapertura de los procesos penales, no puede ser pensado en los mismos términos que predominaron en la década de 1980. Parte del problema que se tratará a continuación es si existen autoridades con capacidad para diseñar una política de persecución y con qué herramientas.

68 Aunque se trata de decisiones legislativas, la responsabilidad política directa ha recaído sobre su impulsor, el presidente.

69 CSJN, causa 17768 “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.”, sentencia del 14/06/05 (Fallos: 328:2056).

70 Y fundamentalmente su incompatibilidad con las obligaciones internacionales del Estado en materia de persecución penal de graves violaciones a los derechos humanos.

IV. La reactivación de la persecución penal de los crímenes cometidos en el marco del terrorismo de Estado. Características de la nueva etapa

Para referirnos a las características de la etapa actual de juzgamiento de los crímenes contra la humanidad cometidos durante el terrorismo de Estado en Argentina es preciso comenzar por aclarar las marcadas diferencias que se presentan respecto del período anterior en varios ámbitos. Se alude a la pronunciada lejanía con los hechos, la intervención de múltiples jurisdicciones judiciales con criterios disímiles de imputación y de organización de las investigaciones, la multiplicación y dispersión de las causas a partir de un proceso de desaglutinamiento, los diferentes tiempos en que se iniciaron las causas en los distintos puntos del país, los diversos grados de avance procesal de cada una de ellas durante el período anterior, la reforma del sistema jurídico y con ello la desaparición del Poder Ejecutivo como autoridad legitimada para determinar la política de persecución en la materia, y principalmente un cambio de paradigma que extendió el ámbito de imputación a la totalidad de casos e imputados por los que se haya reunido suficiente prueba. Se trata de algunas de las nuevas variables que han determinado un incremento exponencial de la actividad persecutoria en términos cuantitativos y de la complejidad procesal y organizativa. A continuación nos referiremos someramente a estas cuestiones.

1. *El tiempo. La incidencia del paso de 30 años*

En primer lugar, hay que referirse al tiempo. La circunstancia de que hayan transcurrido 30 años o más desde el momento de comisión de los hechos⁷¹ configura un escenario diametralmente diferente de aquél en el que se desarrolló la primera etapa de juzgamiento.

Generalmente, la maquinaria penal opera en forma simultánea al desarrollo del fenómeno delictivo o inmediatamente después. Esa inmediatez con los protagonistas del caso, con la prueba fresca a mano, la urgencia que genera que se trate de un hecho *de actualidad*, etcétera, configuran la construcción de una hipótesis de investigación o una política de persecución determinada.

⁷¹ Se trata de un fenómeno que no es inhabitual en este tipo de crímenes masivos y que es producto de la imposibilidad -normalmente debida a circunstancias fácticas o de poder y a decisiones políticas- de juzgar los hechos en momentos cercanos a su acaecimiento. Una respuesta normativa a este fenómeno es la regla de la imprescriptibilidad de los crímenes de derecho internacional, así como la autorización para que los hechos sean juzgados por otros Estados (jurisdicción universal) o por tribunales internacionales.

La distancia con el hecho, si bien facilita las cosas por la pérdida de poder relativa de los imputados, también aporta complejidad al asunto. En el caso argentino, la selección de la prueba, los casos y los imputados ya se encuentra en parte establecida por la actividad judicial precedente. Con esto se quiere decir que no es lo mismo partir de cero, como lo hizo la administración del alfonsinista, que montarse sobre una estructura previamente construida, o sobre sus ruinas; un molde que quizás no se adapte demasiado a las necesidades actuales. Más adelante se ahondará un poco en torno a este punto.

Por otra parte, cuando han pasado tantos años, el factor biológico comienza a tener cada vez más peso, pues se cuenta con la posibilidad cierta de que tanto imputados como víctimas y testigos fallezcan, estén imposibilitados de concurrir a juicio o no puedan ser hallados. Así ha estado pasando en muchos casos. Aquí nos topamos con un supuesto de *selección de conductas (impunidad) por el paso del tiempo*.

Hemos visto que en estos 25 años de democracia, la persecución penal de los crímenes de la dictadura atravesó distintas etapas. Desde una primera etapa de persecución penal limitada (a la que ya nos hemos referido), se pasó a una etapa de impunidad en la que se dictaron y aplicaron las leyes de punto final, obediencia debida y luego los indultos presidenciales.

Quienes tomaron el caso apenas terminada la dictadura pusieron en marcha una estrategia de juzgamiento bastante clara y focalizada. Todos o los pocos procesos que se habían impulsado comenzarían más o menos al mismo tiempo, se concentrarían en pocas manos, abarcarían determinados hechos, responsabilizarían a ciertos imputados y las investigaciones se realizarían en forma concentrada en el marco de unas contadas causas importantes. Primero actuaría el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, luego la Cámara Federal de Capital Federal y, por último, algunas cámaras federales del interior del país (que coincidían con las sedes correspondientes a las cabezas de los cuerpos del ejército que se habían distribuido las distintas zonas del país para la implementación del plan criminal)⁷². Que el éxito o el fracaso del plan de acción se encuentre a merced de pocos órganos ayuda (y, en el caso argentino, ayudó) en gran medida a lograr un trabajo coordinado.

Como se reflejará a continuación, la nueva etapa de administración de justicia que se fue abriendo a partir de la superación de las normas de impunidad no pudo contar con el mismo orden. Tampoco se parte de los mismos presupuestos y objetivos.

72 Se hace referencia a las cámaras de apelaciones de Capital Federal (sede del primer cuerpo del ejército), Rosario (sede del segundo cuerpo del ejército), Córdoba (sede del tercer cuerpo del ejército), San Martín (sede del cuarto cuerpo del ejército) y Bahía Blanca (sede del quinto cuerpo del ejército). No todas tuvieron actividad destacable y la carga de trabajo era bastante despareja. Luego el arco se amplió hacia otras cámaras federales, como, por ejemplo, la de Mendoza y Tucumán.

2. Multiplicación de los procesos. Dispersión, desorden y discontinuidad en los inicios de la reactivación de la persecución penal

2.1. Diferentes momentos de inicio y disparidad en el avance procesal

Es fundamental reparar en que la reactivación de los procesos no se dio de un día para el otro por medio de una sola decisión política o jurídica. Se trató más bien de un proceso escalonado en el que, paulatinamente, se fueron abriendo instancias de juzgamiento que de a poco fueron superando la barrera de impunidad construida años antes.

Cabe recordar que con la sanción de las leyes de obediencia debida y los indultos comienza una etapa de parálisis prácticamente total donde el Estado ni juzgaba ni averiguaba lo que había sucedido. Sin embargo, durante la década de 1990, ocurren ciertos hechos que van desgastando la política de impunidad, la van erosionando y van creando las condiciones políticas y jurídicas para superarla. Son muchos los hechos que producen estos efectos y sólo cabe señalar los principales. Se alude, entre otras cuestiones, a algunos factores externos, como el desarrollo que tuvieron en esos años tanto el derecho penal internacional como el derecho internacional de los derechos humanos y el valor que se le fue reconociendo de a poco en la jurisprudencia nacional.⁷³ Por ejemplo, una de las manifestaciones concretas de la jurisprudencia de la Corte Interamericana se produjo en 1995 con la apertura de procesos para conocer la verdad, primero en la Ciudad de Buenos Aires y, luego, en distintos lugares del país. Estos llamados “juicios por la verdad” permitieron realizar ciertas averiguaciones sobre el destino de las personas desaparecidas, lograron obtener pruebas sobre los hechos e implicaron en definitiva abrir cierta actividad judicial pese a la vigencia de las normas de impunidad.

Todos estos elementos, a los que deben sumarse otros (como la detención de militares en causas por apropiación de menores) fueron creando las condiciones para que en 2001 se declarara por primera vez la inconstitucionalidad de las leyes de punto final y de obediencia debida (caso *Simón*)⁷⁴. Esa decisión fue ratificada meses después por la Cámara Federal de Capital Federal y luego seguida por algunos jueces de distintos lugares del país.

⁷³ Cabe recordar que es en esta década cuando se crean los tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y para Ruanda y se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hechos que consolidan el valor del derecho penal internacional. Por otra parte, varios países europeos, entre ellos España, Italia, Francia y Alemania, comienzan a perseguir penalmente a los militares argentinos. Como consecuencia de estos juicios, en Argentina empiezan a recibirse decenas de pedidos de extradición de personas amparadas por las normas de impunidad. Estos juicios en el exterior tuvieron un gran impacto político y provocaron que Argentina se viera a sí misma como un lugar de refugio de personas acusadas de crímenes gravísimos. En este sentido, la detención en España de un militar argentino, Adolfo Scilingo, y de Augusto Pinochet en Londres tuvo un fuerte impacto en la región y puso al descubierto la situación en la que se encontraban los países con sus normas de impunidad. Por otra parte, en el ámbito regional americano se desarrolló la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que fue enunciando límites a la posibilidad de dictar y aplicar normas que impidan las investigaciones y los juicios.

⁷⁴ Cfr. el fallo del 6 de marzo de 2001 dictado por el juez Gabriel Cavallo en la causa N° 8686/2000, “Simón, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/sustracción de menores de 10 años”, del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 4.

De este modo, los procesos penales que conforman la etapa actual de juzgamiento fueron abriéndose en distintos lugares del país y en distintos momentos, básicamente a medida que los jueces fueron declarando la inconstitucionalidad de las leyes de impunidad. Debe tenerse en cuenta que entre la primera decisión que declaró la inconstitucionalidad de las leyes de impunidad (marzo de 2001) y el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ratificó esa decisión (junio de 2005) pasaron más de cuatro años. Sólo a partir de esta decisión judicial del máximo tribunal de la Nación se pudo tener la certeza de que no existían ya obstáculos normativos para la reactivación de la actividad judicial. En esos cuatro años, hubo distintas actitudes por parte de jueces y fiscales. En algunos lugares las causas fueron impulsadas y en otros se avanzó muy poco. A su vez, en muchos casos la actividad judicial se mostró altamente condicionada por el grado de desarrollo que habían alcanzado las investigaciones durante los años '80⁷⁵, luego paralizadas. Lo mismo puede señalarse en relación con las diferencias que se advierten entre aquellos lugares en los que la actividad judicial no penal, en el marco de los procesos de la verdad, fue verdaderamente productiva en cuanto a la recopilación de evidencia y análisis de los hechos, que luego se pudo aprovechar en el marco de los juicios criminales reabiertos⁷⁶.

Si bien la falta de una decisión definitiva por parte de la Corte fue un factor que incidió para que la reactivación de la persecución fuera paulatina, de ninguna manera fue el único. Prueba de ello es que, actualmente, cuando han pasado más de cinco años desde el fallo "Simón", en el que la Corte confirmó la inconstitucionalidad de las leyes de impunidad, la situación sigue siendo compleja, aunque se advierten claros avances, como luego se expondrá.

De algún modo, el Poder Judicial fue protagonista de la reactivación de la persecución penal dado que volvió sobre sus propios pasos, anulando normas de impunidad que años antes había convalidado⁷⁷. Sin embargo, debe señalarse que, en cierta medida, también fue necesario el impulso del poder político para que el Poder Judicial tomara esta senda.

Efectivamente, una vez que Néstor Kirchner asumió la Presidencia de la Nación impulsó en el año 2003 la sanción de una ley de nulidad de las leyes de

75 Durante aquél período existieron tribunales más reacios que otros a investigar, por ejemplo las cámaras federales de Córdoba y Mendoza (Cfr. MALAMUD GOTI, Jaime, *Op. cit.*, p. 41). Algunos de los procesos que llegaron más rápido a juicio, por ejemplo en Capital Federal, se corresponden con aquellos en los que durante los '80 se había llegado hasta el dictado de la prisión preventiva rigurosa, un estadio procesal asimilable al del procesamiento en el ordenamiento actual, y sólo hizo falta cumplir con algunos trámites para llegar a la elevación a juicio. En otros casos, se debió empezar de cero.

76 Los procesos por la verdad fueron abiertos sólo en algunas jurisdicciones (p. ej., Córdoba, La Plata, Mar del Plata).

77 En gran medida, ello fue consecuencia del constante reclamo de la sociedad civil y de los organismos de defensa y promoción de los derechos humanos. En la reapertura de las causas en las distintas jurisdicciones del país fue fundamental la intervención de las querellas representantes de víctimas y familiares de desaparecidos y de organizaciones civiles especializadas en la materia. Así, por ejemplo, la primera decisión judicial que declaró la inconstitucionalidad de las leyes de punto final y obediencia debida (6 de marzo de 2001) se produjo a partir de un planteo del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

punto final y de obediencia debida⁷⁸. Por otra parte, se inició un proceso de cambio de los jueces de la Corte Suprema que probablemente resultó decisivo.

Lo cierto es que el proceso de reactivación de las causas sucedió entre 2001 (fallo del juez Cavallo) y 2005 (fallos de la Corte Suprema)⁷⁹. En el medio, se registró un mayor impulso a partir de finales de 2003, luego de la sanción de la ley 25.779 que declaró la nulidad de las leyes de punto final y de obediencia debida⁸⁰.

Superados los impedimentos normativos, se plantea entonces el desafío de llevar a cabo la persecución penal de un modo eficaz. Ello implica procesar un número muy significativo de hechos, cada uno de los cuales tiene una multiplicidad de autores y partícipes que actuaron de maneras muy diversas (algunos dando las órdenes originarias, otros transmitiéndolas, otros cumpliéndolas materialmente, otros interviniendo mediante actividades de inteligencia, etc.).

2.2. Distribución de la competencia e incorporación de múltiples jueces y fiscales al proceso de juzgamiento

La reapertura de las investigaciones que se habían paralizado durante las décadas del '80 y '90 se terminó configurando como un proceso de dispersión. Si durante la primera etapa de juzgamiento se procuró concentrar las causas en pocas manos, asignando competencia en la materia a contados tribunales, las decisiones judiciales que volvieron a abrir el camino adoptaron un temperamento diametralmente contrario. Las cámaras federales de apelaciones de todo el país, que en su momento habían centralizado el juzgamiento de los hechos, distribuyeron las causas entre los distintos juzgados federales con competencia territorial en cada una de las provincias en las que tuvieron lugar los hechos.

Se aplicó un criterio interpretativo de la competencia territorial que asigna relevancia al sitio en el que se produjeron las detenciones, los homicidios, etc., en detrimento, por ejemplo, de aquel en el que se emitieron las órdenes, generalmente el lugar de trabajo de los autores mediatos. En efecto, el plan sistemático implementado durante la dictadura se valió de un aparato de poder organizado en el que las órdenes emanaban inicialmente de unas pocas autoridades encumbradas en la cadena de mandos y luego se retransmitían a estamentos intermedios e inferiores hasta llegar a los autores de propia mano que actuaban en cada rincón del país.

⁷⁸ Ley 25.779 (Boletín Oficial: 23/9/03).

⁷⁹ Esta sentencia, además de la invalidez de las leyes de impunidad, confirmó la aplicación de la regla de la imprescriptibilidad, tal como ya lo había decidido la Corte Suprema en el caso "Arancibia Clavel", del 24 de agosto de 2004 (Fallos: 327:3312), donde confirmó la condena impuesta a un agente del régimen de Pinochet por su intervención en los asesinatos del General Prats y su esposa, cometidos en Argentina. Un análisis de la jurisprudencia reciente en esta materia, puede verse en PARENTI, Pablo F., Argentina. En: AMBOS, Kai ;MALARINO, Ezequiel (Eds.), "Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional", KAS, Montevideo, 2008, pp. 21-66. Disponible en: http://www.kas.de/proj/home/pub/13/1/year-2008/dokument_id-13211/index.html.

⁸⁰ Finalmente, en 2007 declaró también la inconstitucionalidad de los indultos a procesados y admitió una fuerte restricción a la cosa juzgada (Cfr. la sentencia del 13 de julio de 2007 en el caso "Mazzeo, Julio Lilo y otros"-Fallos: 330: 3242-).

Consecuencia de esto es que el autor de la orden comúnmente podía encontrarse muy alejado del lugar en el que finalmente terminaba de consumarse el hecho. El *iter criminis* podía iniciarse en una jurisdicción y acabar en otra.

Según se ha visto, en el primer y más importante juicio entendió la Cámara Federal de Capital Federal. Allí se responsabilizó a la cúpula de los máximos responsables del plan en relación con hechos ocurridos en todo el país. Luego, cuando se comenzó a investigar a estamentos inferiores intervinieron algunas cámaras federales de apelaciones del interior⁸¹.

Por el contrario, el criterio interpretativo utilizado en los últimos años para distribuir la competencia puso la mirada en la base de la estructura de poder piramidal, obviamente mucho más extensa que su punta. El efecto fue que todo lo que estaba aglutinado se desmembrara, que en cada lugar en el que —desde ese punto de vista— se consumó un hecho (léase, se aplicó tortura, se detuvo o asesinó a una persona), actué un juez y un fiscal diferente. Por ejemplo, la Cámara Federal de Apelaciones de la provincia de Córdoba tenía inicialmente competencia en el juzgamiento de todos los crímenes cometidos en el ámbito territorial abarcado por la zona militar 3, a cargo del Comando del Cuerpo III del Ejército. Esto comprendía a las provincias de Córdoba, La Rioja, Santiago del Estero, Catamarca, Salta, Tucumán, Jujuy, Mendoza, San Juan y San Luis. En cada una de estas provincias tiene jurisdicción un juez federal, y en algunos casos más de uno⁸². Hoy las causas se encuentran asignadas a cada uno de ellos; cada uno con criterios de imputación disímiles; cada uno de ellos con capacidad suficiente para condicionar, en el ámbito su jurisdicción, el éxito de tal o cual política de persecución que se haya podido diseñar. La autoridad encargada de la construcción de esa política se ve obligada así a interactuar (e intentar convencer) a cada uno de estos jueces, con lo que el objetivo de lograr cierto grado de uniformidad resulta altamente dificultoso y se pone seriamente en riesgo.

Esta situación, que se repite a lo largo de todo el país (compuesto de veintitrés provincias más la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), agrega un plus de complejidad muy significativo si se compara con la situación existente en la etapa anterior, donde la competencia estaba distribuida entre unos pocos tribunales (sólo algunas cámaras federales). Como reflejo de ello, los esfuerzos para lograr la implementación de una política de persecución coherente y pareja también se comienzan a complejizar proporcionalmente.

81 Cada una de estas cámaras era competentes para investigar hechos cometidos en un vasto territorio. Su actuación quedó paralizada a partir de las normas de impunidad.

82 Esto afecta también al Ministerio Público, que tiene una estructura refleja a la organización judicial (para cada juez de cada instancia se prevé un fiscal diferente). Como luego se dirá, las dificultades que esto impone para la actuación coherente y eficiente del Ministerio Público han sido morigeradas por la creación por parte del procurador general de la Nación de unidades fiscales en diversos lugares del país especialmente dedicadas a las causas por violación a los derechos humanos durante el terrorismo de Estado.

2.3. *Involución hacia la desconcentración y multiplicación de causas e instancias procesales*

El proceso que va del aglutinamiento al desmembramiento de las investigaciones fue seguido por la [des]organización del trabajo que llevaron adelante muchos de los jueces de instrucción que recibieron las causas distribuidas por las distintas cámaras federales de apelaciones.

Durante los '80, los grupos de cientos de denuncias conexas, referidas a hechos que tuvieron lugar en un mismo contexto histórico, en un mismo lugar físico y de los que resultaban responsables las mismas personas, eran tratados por las cámaras federales en el marco de unas pocas causas, en ocasiones como un único asunto referido a muchos casos vinculados a varios imputados. A partir de la reapertura de las investigaciones desde 2001 y de la diseminación de la competencia entre múltiples jueces, el tratamiento de los casos fue muy distinto al de la primera etapa.

Se observa una tendencia a considerar que lo sucedido a cada una de las víctimas o pequeño grupo de ellas⁸³ debía tramitarse como una causa por separado. Esto tuvo un efecto multiplicador que dificultó aún más el manejo coherente y eficiente del universo total de casos⁸⁴. No son muchos los jueces que se han interesado por reorganizar las causas en orden a algún criterio racional orientado hacia la eficiencia, la economía procesal y la celeridad de las investigaciones. En muchos lugares, la regla fue tomar los casos tal como venían denunciados; en este sentido, como si se tratara de una causa penal más que sólo se diferencia del resto por su especial temática traumática, sus implicancias políticas o ideológicas y la lejanía de los hechos.

Este fenómeno de disagregación de las causas operado en la mayor parte de las jurisdicciones luego de la reapertura de la persecución penal debe ser distinguido de aquel –descrito en el punto anterior– que implicó una distribución de la competencia. Si bien esta distribución de la competencia produjo necesariamente una desagregación de aquello que se encontraba concentrado en las cámaras federales, el fenómeno al que se hace referencia aquí es independiente y consiste en la ato-

83 Generalmente, se tiene en cuenta como viene configurado el hecho de conformidad con la denuncia original. Esta muchas veces se refería a lo sucedido a una sola persona, o a una pareja, una familia o un grupo de amigos o militantes secuestrados un mismo día o un período muy acotado. En otras ocasiones, la denuncia conjunta se refería a determinado grupo de pertenencia, por ejemplo cierto movimiento social o agrupación política. Algunas de estas denuncias individuales eran realizadas por familiares o allegados que sólo conocían o estaban interesados en señalar determinados casos que les eran más cercanos, o por ciertas instituciones que querían que se esclarecieran los hechos que había sufrido el grupo de pertenencia con el que se identificaban, etc. Como es lógico, en ninguno de estos casos se puede esperar que de las denuncias surjan directamente criterios de aglutinamiento apoyados en el conocimiento de los vínculos entre la totalidad de los hechos materia de juzgamiento en determinado lugar, ni tampoco que de ellas surja el mejor modo de organizar el trabajo de un juzgado penal. Es tarea de los operadores judiciales hallar los vínculos entre la totalidad de los hechos denunciados a efectos de establecer una metodología eficaz para su investigación y juzgamiento.

84 Por ejemplo, según informes de las fiscalías que intervenían en las causas, para mediados de 2009 en la jurisdicción de Mendoza tramitaban cerca de 100 procesos comprensivos de los casos de, aproximadamente, 250 víctimas, un promedio que, aritméticamente, resulta en poco más de dos víctimas por expediente. También puede citarse el caso de la provincia de Jujuy, donde, para julio de 2008, tramitaban 115 causas en las que se investigaban delitos cometidos contra 158 personas, esto es, un promedio de 1,3 víctimas por causa.

mización de los casos, su desvinculación procesal a pesar de haber ocurrido en un mismo lugar y con autores comunes que han actuado en el marco de un mismo plan represivo del cual cada víctima individual es una expresión.

Para dar una impresión general de la dimensión de este desmembramiento se puede indicar que, por ejemplo, lo que era tratado por las cámaras federales en el marco de una sola causa, que podía llegar a comprender los casos de 300 víctimas o más, al pasar a manos de los jueces de instrucción pudo terminar tramitando aproximadamente 150 causas por separado. La multiplicación de actos procesales, recursos, etc., el tiempo que ello puede insumir, permiten dar una idea del nivel de perjuicio que ello pudo provocar⁸⁵. A ello se suma la descontextualización de los hechos que se produce al ser analizados aisladamente, circunstancia que no sólo implica sacar el hecho del marco histórico e institucional en el que se inscribe (y que, entre otras cosas, justifica su caracterización como crímenes contra la humanidad), sino que también impide una correcta evaluación de la prueba (por ejemplo, la participación de una persona en el hecho puede cobrar mucho más claridad si se evalúan conjuntamente todas las referencias a esa persona, muchas veces dispersas en distintas causas judiciales de una misma jurisdicción). Más adelante se volverá sobre estas cuestiones al describirse la estrategia de persecución impulsada por la Procuración General de la Nación.

3. Los disímiles criterios de imputación empleados a partir de la reapertura de los procesos

Como se dijo anteriormente, la reapertura de los procesos colocó a la administración de justicia frente al desafío de enfrentar una enorme cantidad de hechos ocurridos en todo el territorio argentino.

El grupo de posibles imputados por estos hechos incluye: (i) autores mediatos, responsables por mando –estamentos superiores de la cadena de mandos–; (ii) autores mediatos, responsables por organización –eslabones intermedios de la cadena de mandos–; (iii) autores directos o ejecutores; (iv) colaboradores de diversa índole, o partícipes necesarios y secundarios.

Estas categorías se integran a su vez por: (i) imputados pertenecientes a todas las fuerzas armadas y de seguridad (ejército, armada, aeronáutica, prefectura, gendarmería, y policías provinciales y federales); (ii) miembros de los servicios penitenciarios provinciales y federales; (iii) personal civil de inteligencia; (iv) otros civiles

⁸⁵ A ello se suma la descontextualización de los hechos que se produce al ser analizados aisladamente, circunstancia que no sólo implica aislar al hecho del marco histórico e institucional en el que se inscribe (y que, entre otras cosas, justifica su caracterización como crímenes contra la humanidad), sino que también impide una correcta evaluación de la prueba (por ejemplo, la participación de una persona en el hecho puede cobrar mucho más claridad si se evalúan conjuntamente todas las referencias a esa persona, muchas veces dispersas en distintas causas judiciales de una misma jurisdicción).

que ejercieron autoridad política o se desempeñaron en ese ámbito; (v) jueces, fiscales y funcionarios pertenecientes a la administración de justicia; (vi) miembros de la iglesia; (viii) empresarios, entre otros.

Los niveles de intervención en los hechos son variados, aunque de modo general se puede afirmar una mayor participación en el diseño y ejecución del plan criminal en los sectores de las fuerzas armadas, especialmente del ejército⁸⁶.

Las variables que se podrían considerar para dar prioridad a ciertos casos por sobre otros son muchas y rivalizan entre sí: En principio *la mayor jerarquía*, la capacidad de mando y decisión y la *pertenencia a las fuerzas* a las que se le atribuyó responsabilidad primaria en los operativos, podría ser un primer criterio de priorización⁸⁷. En este plano también podría hacerse un análisis más fino y poner el acento, por ejemplo, en *quienes desempeñaron funciones de inteligencia*, pues realizaban un aporte esencial, muy significativo, para la reproducción del sistema represivo implementado⁸⁸.

Sin embargo, con él competirían otras decisiones que toman en consideración ciertas demandas sociales. Estas bien pueden dirigirse, por ejemplo, hacia la necesidad de llevar a juicio a *los civiles*, que –aun cuando se entienda que, en algunos casos, pudieron tener una intervención algo periférica en los hechos– suele ser el sector que se encuentra mejor insertado institucional y socialmente, que mayor capacidad o poder de influencia ostenta, y por ello se puede presumir que lograría más fácilmente la impunidad –“a *esos* no se los toca”.

86 Según la normativa vigente en la época, a los efectos de la “lucha contra la subversión” se dispuso la acción conjunta de todas las fuerzas, pero la responsabilidad primaria y el control operacional sobre ellas a cargo del ejército (Cfr., *v. gr.*, la directiva 1/75 del Consejo de Defensa, del 15 de octubre de 1975).

87 El elemento de juicio que permitiría asignarles mayor relevancia a estas características es que, en principio, quienes las ostentan habían tenido injerencia en una mayor cantidad de hechos, sus decisiones habían determinado a un gran número de personas encargadas de implementar el plan criminal.

88 En buena medida, de ellos dependía la determinación de a quién secuestrar, a quién matar, a quién liberar; las personas detenidas eran generalmente torturadas por agentes de inteligencia de las distintas fuerzas. Ellos eran los que sabían qué preguntar bajo apremio, se intentaban lograr informaciones para llegar a nuevas detenciones. En la sentencia por la que concluyó el juicio a las juntas militares que planificaron e implementaron el sistema represivo criminal considerado, la cámara federal ha destacado el papel principal de la actividad de inteligencia: “... debe partirse de la completa prioridad que se asignó al objetivo consistente en obtener la mayor información posible en una lucha contra organizaciones terroristas que poseían estructura celular y que estaban preparadas para esconder la identidad de sus miembros, los que se hallaban mimetizados dentro de la población. Esto surge no sólo del contenido de los interrogatorios a que fueron sometidos los testigos que fueron víctimas, según lo relataron en la audiencia, sino que se explicitó en las directivas emitidas. Así, el punto 5.024 del R. C. 9-1 del Ejército, ‘Operaciones contra elementos subversivos’, establece que las actividades de inteligencia adquirirán una importancia capital, pues son los que posibilitarán la individualización de los elementos subversivos y su eliminación, y que del mayor o menor esfuerzo de la actividad de inteligencia dependerá en gran medida el éxito de la contrasubversión. La relevancia que se asigna a la tarea de inteligencia aparece también reflejada en las disposiciones de la Armada (v. Placintara/75, Apéndice 3 del Anexo C, ‘Propósito’, y Apéndice 1 del Anexo F en cuanto regla que la detención debe prolongarse el tiempo necesario para la obtención de inteligencia -punto 2.4.1.), y de la Aeronáutica, cuya Orden de Operaciones ‘Provincia’, afirma en su punto 16 que el centro de gravedad para el logro de los objetivos estará orientado hacia el área de inteligencia. Agrega que, sin una adecuada inteligencia, será imposible encarar con éxito cualquier acción efectiva contra la subversión” (Cfr. sentencia de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, causa 13/84, “originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del Decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional”, del 9 de diciembre de 1985, considerando segundo, capítulo XX, publicada en Fallos: 309).

Otro grupo es el de los *imputados socialmente representativos*. Aquellos que han tenido un alto nivel de exposición durante el período dictatorial⁸⁹, o quienes intervinieron de algún modo en los hechos y hoy participan, por ejemplo, de la vida pública, aun disputando cargos electivos⁹⁰. Finalmente, contamos con *autores notorios*, ya sea por su nivel de crueldad como por la falta de recaudos tomados para ocultar sus intervenciones delictivas, y, por ende, sobre cuya participación existe abundante prueba de cargo.

Estas categorías muchas veces se superponen entre sí, suelen tratarse de grupos de autores secantes.

Si se observan las decisiones judiciales adoptadas durante los primeros años de la reapertura de las investigaciones, se advierte en ellas la convivencia de muchos de estos criterios. Sin embargo, parece difícil interpretar que los criterios empleados por cada juez hayan sido la expresión de cierta planificación de las investigaciones a su cargo. Antes bien, en la mayoría de los casos, da la impresión de que los jueces inicialmente han avanzado por el camino más evidente que cada causa le ofrecía. En buena medida, ese camino venía condicionado por la prueba reunida ya en la década de 1980. En ocasiones, la decisión judicial implicó un aprovechamiento racional de ese estado de cosas preestablecido y se orientó hacia un avance ágil y organizado del proceso. Pero hay varios ejemplos en los que se observan postergaciones de grupos importantes de casos sin razón plausible alguna.

Hubo causas en las que se avanzó solamente contra autores notorios, en otras solamente respecto de los autores mediatos (muchas veces también notorios) y en algunas ocasiones contra el conjunto de personas más comprometidas con los hechos de acuerdo con la prueba ya producida —es decir, sin necesidad de ahondar demasiado en la investigación de los hechos.

Algo similar puede decirse respecto del recorte de *hechos* realizado por los jueces al momento de decidir el curso del proceso. A la dispersión de las causas producida luego de que las cámaras federales distribuyeran los expedientes entre los juzgados de las distintas provincias, se agrega la circunstancia de que los jueces a cargo de estas causas muchas veces seccionaron aún más el objeto procesal y avanzaron respecto de algunos hechos, mientras que postergaron otros. Aquí también resulta muy difícil afirmar que esta actitud haya respondido a cierta planificación según la cual fuera conveniente priorizar ciertos casos frente a otros sobre la base de algún criterio racional de conveniencia procesal o de otra índole.

89 Camps, Menéndez, Chamorro, eran paradigmas del militar desdeñoso de la dignidad humana, por su amor a la publicidad, su inquina hacia las instituciones representativas, o por haber dirigido campos de concentración en los que hubo muchos sobrevivientes, como la ESMA, por lo que eran particularmente conocidos. Para Alfonsín ellos tres y los nueve ex comandantes debían ser los símbolos propiciatorios de la democracia naciente (VERBITSKY, Horacio, *Op. cit.*, p. 65).

90 Tal el caso del comisario Luis Abelardo Patti (intendente y diputado electo) y el general Domingo Antonio Bussi (gobernador y diputado electo).

En definitiva, puede decirse que la reapertura de las investigaciones estuvo marcada por una gran disparidad de actitudes frente a los hechos y a los posibles acusados, característica que en general no parece que pueda ser explicada en términos de estrategias de persecución penal o de organización del trabajo.

4. Las posibilidades reales de implementación de políticas de priorización en el modelo de persecución argentino actual

Según se señalara al momento de referirnos al marco normativo aplicable, en el sistema legal argentino rige el Principio de *Legalidad Procesal*, según el cual frente a la noticia de un delito de acción pública existe la obligación de perseguir de oficio en forma irrevocable (art. 71 y 274, CP; art. 5, CPPN). Por tal motivo, la posibilidad de, lisa y llanamente, *optar* por alguna alternativa de persecución imaginable que suponga dejar de lado hechos o autores –opción que puede ser viable en sistemas ceñidos al Principio de *Oportunidad Procesal*– se encuentra fuera de discusión⁹¹.

Esto no significa que la persecución penal no pueda organizarse de acuerdo con determinados criterios que prioricen ciertos hechos o alguna clase de autores en un esquema basado en etapas sucesivas con la pretensión de alcanzar la totalidad –o la mayor parte posible– del universo fáctico que conforma el objeto procesal.

No debe perderse de vista que, a lo largo del sinuoso camino penal que se inicia desde la comisión de un hecho criminal, generalmente entran en juego, aunque más no sea informalmente, o en forma deliberada pero oculta, evaluaciones político criminales o de otra índole (con finalidades disímiles, desde las más loables hasta ilegítimas) que implican selectividad o, al menos, la priorización de ciertos hechos o autores. De lo que se trata es de racionalizar los criterios de organización del trabajo y mejor aún si esos criterios quedan expuestos. Quizás no sea imprescindible que los criterios adoptados sean necesariamente los mejores o los más convenientes –cuestión que puede ser opinable–, y en muchos casos bastaría con evitar la aplicación de criterios contradictorios que frustren aun más las expectativas de juzgamiento. En este sentido, la identificación de una autoridad cuya legitimidad formal no se cuestione, que señale un camino, reduzca las alternativas y agilice el avance, puede allanar bastante el camino.

91 Prácticas de negociación como el *plea bargaining*, que permiten disponer la acción respecto de tal o cual hecho con el propósito de lograr condenas por otros, son ajenas a nuestra tradición jurídica, más emparentada, por lo menos en esto, a la continental europea. Tampoco está prevista la posibilidad de optar por aprovechar como testigo a un autor con intervención menor o colateral en los hechos, a cambio de resignar su punición. Estas modalidades de investigación y juzgamiento que dan forma y contenido a muchos sistemas penales, especialmente del mundo anglosajón, y muy utilizadas por las fiscalías ante los tribunales penales internacionales, constituyen verdaderas excepciones al principio de legalidad que guía la práctica jurídica argentina (más allá de la posibilidad de efectuar estas negociaciones con posible imputados, sobre criterios de selección de casos en la Corte Penal Internacional, cfr. GUARIGLIA, Fabricio. *International Criminal Court*. En: CARSTEN Stahn y GÖRAN Sluiter (Ed) "The Emerging Practice of the International Criminal Court", Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2009, pp. 209-217).

Entendemos que en el escenario jurídico actual ya no es posible pensar en un Poder Ejecutivo omnipresente encargado de reorganizar el proceso de juzgamiento que se ha vuelto a iniciar. Con mayor claridad a partir de los cambios constitucionales y legales operados (ver *supra*) el órgano autorizado para ello es el Ministerio Público Fiscal, institución a la que luego de la reforma constitucional de 1994 se le asignó la función de titularizar la acción penal, representar los intereses generales de la sociedad y llevar adelante el diseño de una política criminal.

El Ministerio Público congloba a todos los fiscales federales del país encargados del impulso de las causas⁹² y su organización interna, jerárquica y vertical es informada por el Principio de Coherencia y Unidad de Acción. Esto determina, *prima facie*, que pueda presentar una política más o menos uniforme respecto del modo en que se debe llevar a cabo la persecución penal⁹³.

Si bien ello es cierto como principio, la cuestión tampoco es tan sencilla. Según se ha podido explicar someramente en las primeras páginas de este trabajo, el diseño y la práctica del proceso penal que nos rige determinan que la posibilidad de implementar tal o cual decisión orientada a la organización de la persecución de estos crímenes quede siempre a merced de la voluntad judicial. Cuándo, a quién, cómo y por qué hechos se formulará la imputación; qué casos y de qué modo se acumularán y se juzgarán conjuntamente; qué testigos deberán declarar durante la instrucción y cuáles durante el debate oral; qué causas se elevarán a juicio y a qué tiempo; cuál de todos los asuntos elevados a juicio tendrá prioridad y se conocerá primero, etc., son cuestiones cuya decisión queda librada al criterio del juez⁹⁴. Se trata de aspectos claves para el logro de una estrategia de persecución determinada que, sin embargo, se ha reservado a los jueces, quienes cuentan con un amplio

92 "En este esquema los fiscales penales son una de las piezas más importantes de todo el andamiaje de órganos que alguna influencia tiene en llevar a la práctica la política criminal del Estado. Con independencia de la misión y función que se les ha venido asignando hasta hoy en diversos textos legales como custodios del orden público, de la legalidad o (co) responsables, junto con los jueces penales, en la obtención de 'la verdad': en el marco del proceso penal, natural y esencialmente, son operadores directos para la implementación de una cierta política criminal" (Cfr. BRUZZONE, Gustavo, *Fiscales y Política criminal. Una aproximación al proceso de selección de los delitos que llegarán al juicio ora.* En: AA VV; MAIER, Julio B. J. (Comp). "El Ministerio Público en el Proceso Penal", *Op.cit.*, p. 158.

93 Un límite importante para ello es la autonomía funcional que se le reserva a cada uno de los fiscales. Si bien el procurador general de la Nación, como autoridad máxima, tiene facultades para señalar políticas generales, no están previstos medios legales para impartir instrucciones particulares frente a una causa determinada, o para excluir sin más al fiscal que se encuentre interviniendo en algún proceso (cfr., *supra*, el acápite "Marco jurídico de las políticas de persecución").

94 Algunas de estas consideraciones deberían estar por principio excluidas de la valoración por parte del juez, simplemente porque pueden llegar a involucrar su compromiso con el caso y así poner en crisis la función garantista de la magistratura, su verdadero rol constitucional. Bruzzone señala que visto en perspectiva político-criminal pareciera que, salvo ante aquellos casos en los que un procesado se encuentre privado de su libertad, tendría que corresponder a los fiscales, y no los jueces, tomar decisiones *políticas* relativas a la conveniencia o no de decidir qué asuntos se deben investigar y, de todos los investigados que superen el filtro del control jurisdiccional, cuáles deben ir a juicio. Ello hace a cuestiones de prevención general ligadas a la necesidad de reafirmar bienes y valores que se ponen de manifiesto al decidir qué conflictos serán presentados públicamente para su juzgamiento; por una cuestión elemental de imparcialidad no parece adecuado que sean los jueces los encargados de decidirlo. Por ello, pareciera, que la opinión de los fiscales es indispensable en este sentido (BRUZZONE, Gustavo. *Fiscales y Política criminal. Una aproximación al proceso de selección de los delitos que llegarán al juicio ora.*, En AA VV. MAIER, Julio B. J. (Comp), "El Ministerio Público en el Proceso Penal". *Op.cit.*, pp. 156-158).

margen de discrecionalidad, respecto del cual –aun frente a casos en los que se llegan a configurar supuestos de arbitrariedad extrema– existen muy pocos remedios procesales eficaces y expeditos para evitar que se frustre la pretensión fundada del Ministerio Público vinculada con cualquiera de estos puntos.

Si se tiene en cuenta esta disparidad en el poder de determinación de aspectos centrales del proceso penal, puede parecer paradójico el hecho de que no ha sido el Poder Judicial, sino el Ministerio Público, quien se ha abocado a buscar y exponer razones para llevar adelante la persecución de estos crímenes de un modo relativamente organizado⁹⁵.

Desde la Procuración General de la Nación se ha entendido necesario señalar cuál se considera el camino más adecuado para someter a juicio la mayor cantidad de hechos en relación con la mayor cantidad de imputados sobre los que se haya logrado prueba de cargo suficiente en un tiempo razonable. A diferencia de lo que ha sucedido en la primera etapa de juzgamiento (década de 1980), aquí el único límite es de carácter probatorio. Así mismo, el análisis de la prueba reunida guía buena parte de las evaluaciones vinculadas a la priorización de determinados casos por sobre otros y al agrupamiento de causas para su tratamiento procesal conjunto.

5. La estrategia de persecución impulsada por la Procuración General de la Nación

Desde los primeros momentos de la reactivación judicial, la Procuración General de la Nación ha venido adoptando múltiples medidas –emisión de instrucciones generales, creación de unidades fiscales especiales, dictámenes ante la Corte Suprema, etc.– orientadas al reimpulso de estas causas. Avanzando en esa etapa inicial, el gran número de procesos abiertos en todo el país con las características señaladas anteriormente y la necesidad de organizar la persecución penal llevó al Procurador General de la Nación a crear en marzo de 2007 la *Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado*⁹⁶.

Entre los objetivos de esta Unidad se encuentra el de llevar un registro de todas las causas existentes en el país con la información de cada una de ellas: qué hecho se investiga, cuáles son las víctimas, los imputados, las personas detenidas, qué grado de avance se ha logrado, etc. Existen centenares de causas en trámite por violación a los derechos humanos durante la dictadura. También se cuentan

⁹⁵ Se trata de una pretensión que se encuentra en línea con su rol constitucional, pero que se ve dificultada por un sistema procesal que, en la práctica, lo desdibuja.

⁹⁶ La Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de Causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado fue creada en marzo de 2007 por la resolución PGN 14/07 del procurador general de la Nación. Su texto puede verse en el sitio: <http://www.mpf.gov.ar/PGN%2014%202007.pdf>.

algunas causas donde se investigan violaciones a los derechos humanos cometidas durante el período anterior al golpe de Estado de 1976. Actualmente (principios de 2010) existen más de 634 personas sometidas a proceso, muchas de ellas en prisión preventiva. Ya se han realizado 21 juicios orales, otros 5 están en curso, 66 personas fueron condenadas y 7 absueltas.

El elevado número de expedientes abiertos refleja una característica que se advierte en los procesos penales en trámite en varios lugares del país: la dispersión de las investigaciones a pesar de tratarse de hechos vinculados entre sí y, muchas veces, con responsables comunes. Es usual encontrar casos en los que un imputado que participó en cientos de hechos denunciados se encuentre procesado por su intervención en el caso de una o unas pocas víctimas. Esta dispersión procesal ha llevado a que algunos de los juicios que se han podido concretar sólo tuvieran *un* acusado sentado en el banquillo a pesar de que, obviamente, en la comisión de los hechos participaron varios miembros de las fuerzas represivas. A su vez, en algunos casos, la acusación estuvo circunscrita a escasos hechos a pesar de haber sido cometidos en un contexto mucho mayor de crímenes similares.

El caso del jefe del Tercer Cuerpo del Ejército, general Luciano Benjamín Menéndez, ilustra cabalmente esta situación. El primer juicio por crímenes contra la humanidad de la jurisdicción de Córdoba tuvo lugar durante el primer semestre de 2008. Allí se sometió a juicio a 8 imputados en relación con los casos de 4 personas que sufrieron cautiverio en el centro clandestino de detención conocido como “La Perla”⁹⁷, luego desaparecidas. En este marco, el 31 de julio de 2007⁹⁸ fue condenado el General Menéndez por su intervención como autor mediato en esos cuatro casos. Esta condena fue sumamente importante, fundamentalmente por su significado inaugural: la figura más importante y cercana de la represión en Córdoba era finalmente sometida a juicio y condenada. Sin embargo, si se repara en que en la provincia de Córdoba se estima que han desaparecido más de 900 personas y que en los años ‘80 se había llegado a responsabilizar a este mismo imputado en relación con aproximadamente 400 casos⁹⁹, la condena lograda es muy poco representativa del papel que jugó el imputado y la intensidad de la represión en dicha provincia.

Otro ejemplo que involucra al mismo imputado se presenta en la jurisdicción de Tucumán. Esta provincia también se encontraba bajo la jurisdicción del Tercer Cuerpo del Ejército. La primera causa en llegar a juicio se refirió al caso de la desaparición del entonces Senador Nacional Vargas Aignasse. La sentencia condenatoria del 4 de septiembre de 2009 se refiere a los únicos dos imputados en la causa, el

97 Se trató del centro clandestino más importante de la provincia de Córdoba y uno de los más masivos y cruentos a nivel nacional.

98 El procesamiento en instrucción data del 10 de junio de 2004.

99 El decreto de indulto 1002/89, del 6 de octubre de 1989 que benefició al General Menéndez fue el antecedente del sobreseimiento dispuesto por la Cámara Federal de Córdoba el 4 de diciembre de 1989 en relación con 490 casos -comprensivos de todos aquellos por los que fue indagado en las 4 oportunidades en que así se dispuso y por los cuales iba a ser acusado.

General Menéndez y quien fuera interventor dictatorial de esa provincia, el General Antonio Domingo Bussi; dos autores ubicados en posiciones jerárquicas dentro de la estructura del sistema de represión. De acuerdo con las denuncias recogidas, en Tucumán habrían tenido lugar entre 600 y 700 desapariciones. Pese a ello el caso de Vargas Aignasse llegó a juicio de manera aislada.

Otra realidad problemática nos muestra el primer juicio sobre lo sucedido en la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA). Allí funcionó el centro clandestino de detención y exterminio más importante de la Capital Federal, un emblema de la dictadura que se dio a conocer a nivel internacional. Durante los años en que estuvo en funcionamiento pasaron cerca de 2000 cautivos. Por su participación en los casos denunciados de privación ilegítima de la libertad, torturas y homicidios hoy (principios de 2010) se cuenta con más de 50 personas procesadas y existen muchos más imputados. El primer juicio se inició en 2007, aunque no pudo concluir debido a la muerte por envenenamiento del único acusado producida a pocos días del veredicto¹⁰⁰. Lo que interesa señalar aquí es que se estaba realizando un juicio por los casos de sólo 4 víctimas y que por ellos se responsabilizaba solamente a un prefecto, un torturador de baja jerarquía en comparación con la capacidad de mando de los marinos a cargo de ese campo de concentración. Situaciones similares se presentaron en varios de los primeros juicios que se realizaron luego de la reapertura de los procesos.

La dilapidación de recursos que suponen juicios así acotados es enorme: la fragmentación de juicios implica su multiplicación. Con este formato deberían realizarse cientos de juicios y esto no es admisible por varias razones. Por un lado, la estructura judicial no está preparada para poder realizar tantos juicios en un tiempo razonable. Por otra parte, hay un límite biológico que debe tenerse en cuenta: muchos imputados¹⁰¹ y también muchas víctimas y familiares son personas ancianas. A su vez, la multiplicación de juicios conlleva una re-victimización de las personas que sufrieron los hechos y que ahora son convocadas como testigos. En cada uno de estos juicios, aún en los pequeños, hay que probar no sólo el hecho puntual que se juzga, sino el sistema de represión y la actuación del acusado dentro de él. La principal prueba en estos juicios es el testimonio de los sobrevivientes. Muchas de estas personas ya fueron convocadas a declarar en múltiples ocasiones y no es posible condenarlas a ese papel de testigos perpetuos, en el que tienen que narrar una y otra vez sus traumáticas experiencias en los centros clandestinos de detención¹⁰². Evitar

100 Existe una causa criminal en trámite en la que se investigan las circunstancias del fallecimiento, las hipótesis del suicidio o el homicidio.

101 El caso de la ESMA citado también es una muestra contundente de este problema: a esta altura ya han fallecido más de veinte imputados por su participación en ese centro clandestino.

102 Esto también tiene implicancias probatorias: se ha verificado que resulta muy difícil lograr una coincidencia absoluta en la repetición del relato de un hecho en forma reiterada, más aún cuando ello tiene lugar a lo largo de 30 años. En casos en los que se cotejan, por ejemplo, de 4, 5 o más declaraciones efectuadas en distintos tiempos y contextos y ante distintas autoridades judiciales y administrativas siempre se podrán encontrar ciertas contradicciones que –pueden ser comprensibles debido al tiempo transcurrido entre una o otra, al modo en que los recuerdos

la re-victimización de los sobrevivientes es, entonces, una poderosa razón para avanzar hacia juicios abarcadores de una importante cantidad de hechos y acusados¹⁰³. Por otra parte, desde un punto de vista simbólico, juicios acotados a uno o muy pocos hechos, con uno o muy pocos acusados, no son adecuados para reflejar las características de la represión ilegal, tanto en lo que se refiere a la importancia de la estructura represiva, como a la cantidad de víctimas que produjo. Impiden captar la dimensión del fenómeno bajo juzgamiento.

Un factor que conspira contra la realización de juicios que abarquen una importante cantidad de casos y de acusados es el modo en que se realizan las imputaciones. Es habitual observar que, en lugar de imputar a la totalidad de los autores y partícipes contra los que hay pruebas, muchas veces el universo de imputados se recorta de un modo caprichoso o se completa en tandas sucesivas que demoran varios meses o años. Lo mismo sucede con relación al universo de hechos cometidos en un mismo lugar (por ejemplo, un mismo centro clandestino de detención, un área militar, una ciudad o una provincia relativamente pequeña, etc.), que muchas veces se seccionan procesalmente de modo tal que se avanza respecto de algunos y no de otros, a pesar de tener una íntima vinculación y elementos de prueba comunes.

Como ya se explicado, no es fácil identificar detrás del recorte de hechos y de acusados una decisión política o jurídica de selección de casos como aquélla que advertimos en la etapa de juzgamiento de los '80. Antes bien, las notas relevantes han sido la ausencia de una planificación del trabajo y en muchos casos la inacción u obstaculización judicial¹⁰⁴.

Frente a este panorama algo caótico es entonces que la Procuración General de la Nación comienza a intentar construir una estrategia de persecución; pero ya sobre este terreno disparejo, contando con ese dato previo como condicionante de cualquier planificación.

5. 1. *La resolución general PGN 13/08*

La Unidad Fiscal de Coordinación, creada en marzo de 2007, se abocó a un estudio de la situación general de los procesos reabiertos en los años anteriores (a

se producen y también a la mediación de las personas que confeccionan las actas, circunstancias que deberían ser tenidas en cuenta al momento de su valoración— pueden debilitar la fuerza de convicción del testimonio.

103 El tema de los testigos en estos juicios es especialmente delicado también por razones de seguridad. En los últimos años han ocurrido varios hechos violentos, amenazas e intimidaciones contra testigos (testigos que, en su mayor parte, fueron víctimas de la represión ilegal) e incluso uno de ellos, Jorge Julio López, desapareció el día en el que se iba a anunciar el veredicto en un juicio en el que había declarado pocos días antes. Desde entonces, no se sabe nada de él. Este acontecimiento, sumado a los otros sucesos mencionados, instaló un problema adicional: el temor que rodea a estos procesos.

104 No podemos establecer en qué medida las obstrucciones al avance de los procesos pueden atribuirse —entre otras cuestiones— a la continuidad en el ámbito de la administración de justicia de muchos funcionarios y magistrados que se desempeñaban en ese ámbito durante el terrorismo de Estado. En este sentido, cabe acotar que no ha existido un proceso análogo al de desnazificación del funcionariado ocurrido en Alemania o a la *lustración* llevada a cabo en varios países.

partir del 2001 y, la mayor parte, hacia fines de 2003 y principios de 2004) a efectos de definir cursos de acción por parte del Ministerio Público Fiscal.

Si bien la situación no era idéntica en todas las jurisdicciones del país, como característica general se identificaron tres grados distintos de avance de los procesos y se estableció una estrategia para cada uno de ellos:

- ▶ En primer lugar, un grupo de casos que mostraban un mayor grado de avance procesal y que contaban con autores procesados¹⁰⁵.
- ▶ En segundo lugar, numerosos casos respecto de los cuales no se habían verificado avances procesales pese a contar con elementos de prueba suficientes.
- ▶ Finalmente, el grupo de casos que requieren una mayor investigación a efectos de su esclarecimiento y de la formulación de las correspondientes imputaciones.

Como ya se ha dicho, la idea central que impulsa el Procurador General de la Nación y sobre la que trabaja la Unidad Fiscal de Coordinación consiste en el tratamiento conjunto de los hechos que están vinculados entre sí y en el procesamiento conjunto de la mayor cantidad de autores y partícipes contra los que haya pruebas. Sólo así pueden realizarse juicios abarcadores que reúnan muchos hechos y acusados y que permitan evitar los problemas que antes se han señalado (múltiple citación a los testigos, demoras excesivas, etc.)¹⁰⁶. Sin embargo, al no partirse de cero, al existir casos que para ese entonces ya habían avanzado hasta etapas cercanas al juicio oral, debía decidirse si estos casos debían ir a juicio en el estado en que se encontraban o bien esperar a que se le sumaran otros casos vinculados y el resto de autores y partícipes contra los que hubiese pruebas.

La definición de la política del Ministerio Público a este respecto quedó plasmada en una instrucción general a los fiscales de todo el país que el Procurador General de la Nación impartió en marzo de 2008.

105 La expresión se refiere a personas respecto de las cuales los jueces ya han dictado un *auto de procesamiento*, es decir, una resolución judicial en la que, evaluando la prueba recogida y teniendo en cuenta el descargo que pudo haber realizado el imputado en su declaración indagatoria, el juez considera que existe probabilidad positiva de que ha participado en la comisión de un delito. La llamada probabilidad positiva es el estándar probatorio necesario para llevar a juicio a una persona (sobre el punto, cfr. PARENTI, Pablo; PELLEGRINI, Lisandro. *El procesamiento en el Código Procesal Penal de la Nación*. En: PLAZAS, Florencia; HAZAN, Luciano (Comp), "Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia", , Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 2006, pp. 415 y ss.

106 La necesidad de acumular los procesos a partir de denominados comunes (ocurrencia en un mismo centro clandestino de detención, una misma área de represión, etc.) con la finalidad de dar un marco de racionalidad y eficiencia, es una demanda en la que coinciden gran parte de los interesados en el avance de las causas, especialmente, querellantes, asociaciones de víctimas y organismos de derechos humanos. Algunas organizaciones tienen como lema la realización de un único juicio por cada centro clandestinos de detención en el que se juzgue a todos los autores y partícipes por los casos de la totalidad de víctimas.

La resolución general PGN 13/08 señala la necesidad de llevar a cabo dos medidas muy diferentes aunque íntimamente relacionadas:

- Los fiscales deben realizar todas las acciones necesarias para que las investigaciones que tienen por objeto hechos vinculados entre sí se *acumulen* (evitando la dispersión) y, por otra parte, que al momento de concretarse las imputaciones éstas se dirijan *contra todos los autores y partícipes respecto de los que haya prueba y en relación con la totalidad de los hechos* conexos en los que éstos hayan intervenido; y
- En segundo lugar, indica la necesidad de *eleva a juicio toda causa en la que se cuente con un auto de procesamiento*¹⁰⁷, es decir, que cuente con el estándar probatorio requerido por el Código procesal para pasar a la etapa principal del proceso: el juicio oral.

Al momento en que se impartió la resolución general se entendió necesario priorizar el juzgamiento de la totalidad de los casos en condiciones de transitar la etapa oral, en lugar de, por ejemplo, esperar a contar con aquellos *juicios ideales* que se busca alcanzar con la política de concentración iniciada¹⁰⁸. Por cierto, un elevado porcentaje de los primeros juicios realizados hasta el momento se emparentan más bien con la segunda parte de la resolución que con la primera. La cantidad de elevaciones a juicio registradas en el período posterior al dictado de la resolución general indica un incremento considerable¹⁰⁹.

La estrategia construida en líneas generales por esta instrucción fue seguida de un protocolo de actuación dirigido a facilitar a los fiscales su implementación en el marco de su intervención judicial concreta. Puede decirse que la instrucción general del Procurador General junto a las *Pautas para la implementación de la Resolución PGN 13-08*, emitidas por la Unidad Fiscal de Coordinación el 26 de marzo de 2008¹¹⁰, representan una guía de actuación en materia de persecución de los crímenes cometidos durante el terrorismo de Estado. Definen un modelo estraté-

107 La instrucción general se refiere a aquellos procesamientos que no hayan sido apelados o bien que hayan sido confirmados por la cámara de apelaciones. Ello, más allá de la existencia de cualquier clase de recurso posterior que bajo alguna interpretación impida u obstaculice el arribo a juicio de la causa. De hecho, desde la Procuración General de la Nación se ha impulsado una reforma procesal relacionada al punto que terminó convirtiéndose en Ley 26.373 (Boletín Oficial: 30/05/08) modificatoria del actual art. 353 del Código Procesal Penal de la Nación y que dispone que la existencia de recursos extraordinarios (ante la Cámara de Casación o ante la Corte Suprema) no impide el avance de la causa hacia el juicio oral.

108 Un informe inicial de la Unidad Fiscal de coordinación (informe Algunos problemas vinculados al trámite de las causas por violaciones a los DDHH cometidas durante el terrorismo de Estado del 24 de agosto de 2007. Disponible en: <http://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/1-Informe-general-sobre-los-primeros-problemas-detectados-para-el-avance-de-las-causas-DDHH-Agosto-2007.pdf>) daba cuenta de que una de las principales críticas que podían esgrimirse sobre el nuevo proceso de justicia era su letargo, el extendido tiempo insumido por la etapa de instrucción en el que se encontraba casi la totalidad de las causas reabiertas. Esta característica había comenzado a cuestionar la legitimidad de estos procesos. Algunas voces hablaban de procesos indefinidos acompañados de prisiones preventivas como un fin en sí mismo.

109 Algunas veces la dispersión de casos realizada durante la etapa de la instrucción ha podido mitigarse mediante su acumulación en la etapa de juicio. En otras palabras, casos que han sido elevados a juicio de manera independiente pueden ser reunidos y concentrados en una única audiencia de debate cuando tienen imputados comunes o prueba en común. Es un modo de subsanar (aunque sea parcialmente) el criterio deficiente que ha guiado la etapa preliminar y que ha llevado a esa dispersión.

110 Disponible en: <http://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/pautas-para-la-impl-13-08.pdf>

gico orientado al aprovechamiento máximo de la prueba para el rápido arribo de la mayor cantidad de casos e imputados a la etapa del debate oral, con la menor exposición de testigos posible.

Las notas principales de este plan consisten en promover la elevación a juicio de las causas y revertir el proceso de fragmentación operado mediante la acumulación de los asuntos conexos entre sí; paralelamente, disponer todos los recursos al alcance del Ministerio Público para enderezar el sinuoso camino que tomaron los procesos a partir de la reapertura de la persecución penal.

Esto implica asumir un rol protagónico por parte de los fiscales, aun cuando por regla la dirección del proceso se encuentre a cargo del juez de instrucción, lo que significa en muchos aspectos correr los límites de una tradición forense inquisitiva de larga data en la que al fiscal se le reserva un papel en el proceso penal desde algún punto de vista secundario. A la vez, se indica una forma de trabajo a la que muchos jueces y fiscales no están acostumbrados. Para el procesamiento eficiente de un importante número de casos e imputados debe recurrirse a herramientas extrañas al trámite de las causas que comúnmente llenan los estantes de los tribunales penales. El caso criminal por antonomasia es singular, flagrante y cercano. Los recursos necesarios para procesarlo son simples. Por el contrario, aquí las circunstancias exigen un *plus* y para ello es necesario cambiar el modo habitual de trabajo. Probablemente, esto explique muchas de las resistencias detectadas ante las estrategias diseñadas desde la Procuración General en esta materia¹¹¹.

Ya se ha hecho alguna referencia a que las características del sistema penal vigente son claramente defectuosas. Pese a que una reforma legislativa integral aparece como una necesidad imperiosa para otorgar racionalidad y elevar la eficacia de la administración de justicia, varios proyectos en los que se han depositado muchas expectativas han pasado año a año sin concretarse por falta de una decisión política adecuada. Las deficiencias en el trámite de las causas penales no son patrimonio exclusivo de los procesos por crímenes contra la humanidad. Aunque en esta materia se encuentren mayores resistencias por diferentes motivos, el podio de los casos impunes se comparte con una importante cantidad de asuntos relacionados especialmente con la criminalidad económica, la corrupción y otras violaciones a los derechos humanos que no se tratan propiamente de crímenes contra la humanidad cometidos durante el terrorismo de Estado. Estos casos generalmente involucran –además de imputados con algún grado de influencia relevante– cierta clase complejidad y esfuerzo extra, y es allí cuando se evidencian las dificultades para el

111 Muchas veces se objeta que resulta problemático el tratamiento conjunto de una gran cantidad de hechos y el manejo de elementos de prueba numerosos. Sin embargo, esta postura en parte revela cierta resistencia a emplear una metodología de trabajo distinta de la habitual. Se intenta enfrentar un fenómeno de macro-criminalidad con una metodología similar a la que se utiliza para procesar casos penales comunes. En lugar de adecuar el método de trabajo al objeto, se procura una transformación del objeto para adecuarlo a una metodología habitual pero inapropiada. De hecho, la atomización de causas puede explicarse como la descomposición de un fenómeno sistemático y complejo, pero único, en numerosos elementos: cada uno de ellos da lugar a una causa judicial más pequeña con un formato parecido al de las “causas comunes”.

éxito de la instrucción. Sin embargo, vale decir que la deficiencia del sistema penal es tan profunda que ha llegado a afectar inclusive a las causas comunes, las menos complicadas. Con estas aclaraciones se quiere indicar que las reformas legislativas que hacen falta no se vinculan exclusivamente con los procesos por crímenes contra la humanidad, sino que afectan a la totalidad del sistema penal. Pese a ello, han existido algunas voces que han reclamado la reforma del sistema de enjuiciamiento para los crímenes contra la humanidad como remedio posible frente a las demoras registradas en el avance de estos procesos. Por el contrario, desde otro punto de vista, se ha rechazado esta alternativa. La primera razón para rechazar como principio iniciativas de esa índole es que se ha llegado a entender como un verdadero valor el hecho de que estos procesos se hayan impulsado y tramiten con las herramientas comunes a todas las causas, sin privilegio alguno. De este modo se ha logrado construir una robusta defensa *a priori* frente a los muy frecuentes intentos de cuestionar la legalidad y legitimidad de este nuevo proceso de enjuiciamiento. Además de ello, se entiende que con las herramientas procesales disponibles, racionalmente utilizadas y con verdadera voluntad en los operadores judiciales, se pueden lograr perfectamente los objetivos propuestos¹¹².

En los últimos años, la Unidad Fiscal de Coordinación ha venido recogiendo información y analizando las características de las causas en trámite en cada región del país y a partir de allí se elaboraron planes de trabajo que, siguiendo los lineamientos fijados en la resolución PGN 13/08, se adecuan a las circunstancias de cada jurisdicción. Estos planes de trabajo, delineados con consulta a los fiscales de cada lugar, y a diversos actores locales (funcionarios judiciales, víctimas, querellantes, ONG) algunas veces se han volcado en documentos que explican los criterios y las razones por las cuales se propone tal o cual estrategia¹¹³.

En términos generales, estos planes de trabajo tienen en cuenta la distinción entre las tres situaciones antes descritas, referidas a los distintos grados de avance de las causas: (i) las que ya cuentan con autos de procesamiento dictados, para las cuales se propone –salvo casos especiales– su inmediata elevación a juicio oral; (ii) aquellos casos que ya cuentan con elementos de prueba importantes o éstos pueden

112 Cfr. la nota “Una ley no es la solución” (28/12/2008) del diario Página/12, efectuada con motivo de un debate público acerca de si la responsabilidad por la falta de respuestas adecuadas por parte de los tribunales se debía a la falta de una legislación adecuada o a deficiencias propias de la administración de justicia, disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/117430-37360-2008-12-28.html>.

113 En el informe de gestión de la Unidad Fiscal de Coordinación correspondiente al año 2008 se explica que las pautas fijadas en la Res. PGN. 13/08 “...resultaban aún muy generales y fue necesario realizar un examen específico de la forma de llevar a cabo los objetivos planteados desde la Procuración General de la Nación en cada lugar. Para llegar a ese nivel de análisis fue necesario conocer con precisión el objeto y estado de las causas en trámite, la estructura, modalidad e intensidad de la represión en el lugar y la discusión alrededor de la mejor estrategia para superar los problemas propios de cada jurisdicción. En este plano, el trabajo de acopio y relevo de información desarrollado en la etapa inicial resultó invalorable, aunque debió profundizarse. En algunas jurisdicciones ello se tradujo en contactos de variada índole (reuniones, viajes, intercambio de información, etc.), tanto hacia dentro del Ministerio Público como con otras instituciones, principalmente con el Poder Judicial, pero también con los Poderes Ejecutivo y Legislativo, el Consejo de la Magistratura, y, por supuesto, con víctimas, organismos de derechos humanos y otros querellantes” (el informe está disponible en: http://www.mpf.gov.ar/Accesos/DDHH/Informe_de_gestion_Unidad_Coordinacion_DDHH_2008.pdf).

reunirse con relativa facilidad, para los cuales se postula su tratamiento conjunto, de manera tal que se evite la dispersión de casos íntimamente vinculados entre sí (cometidos en un mismo centro clandestino de detención, en una misma área geográfica, con autores en común, etc.); y (iii) aquellos casos que requieren una mayor profundización de la investigación a efectos de su esclarecimiento¹¹⁴.

Para la instrumentación de estas políticas se han venido implementando unidades de trabajo especializadas en la mayoría de las jurisdicciones. Se integran con personal contratado con dedicación exclusiva a estas causas y con fiscales con diferentes niveles de intervención a lo largo del proceso. Generalmente, la óptica de la Unidad Fiscal de Coordinación asume un papel central en la definición de estrategias vinculadas con la acumulación de casos, la priorización del impulso de determinados procesos y la configuración de la etapa de instrucción con miras a lograr juicios orales significativos. Claro que en ese proceso es condición necesaria la encuesta de las diferentes necesidades y visiones de los distintos fiscales que intervienen ante el juez de instrucción, ante la cámara de apelaciones y ante el tribunal oral. Sólo mediante una labor coordinada entre ellos es posible lograr una actuación uniforme, coherente y eficiente del Ministerio Público.

Todas estas medidas tienen una orientación general pero son implementadas prácticamente en la totalidad de las jurisdicciones causa a causa, los protagonistas y los obstáculos son diferentes en cada región y por eso también es necesario construir soluciones *ad hoc*.

Los resultados de esta política aún no pueden mostrarse en toda su extensión, en parte porque no ha concluido, ni mucho menos, está en pleno desarrollo, y en parte porque –según se explicó– no es autosuficiente, depende de muchos factores e instituciones ajenas a la decisión del Ministerio Público Fiscal. Se entiende en este sentido que la intervención activa de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y del Poder Judicial en general es indispensable¹¹⁵.

114 Estos informes referidos a distintas jurisdicciones pueden consultarse en el sitio: <http://www.mpf.gov.ar/Accesos/DDHH/ddhh3.html>.

115 En el informe de gestión del año 2009 de la Unidad Fiscal de Coordinación se expresa: “En gran parte de las jurisdicciones el trabajo coordinado para la implementación de estas directrices ha aportado resultados satisfactorios, dado que, por un lado, se ha logrado instalar la idea de que –como regla– corresponde proceder a la elevación a juicio una vez dictado el procesamiento (o que éste se encuentre confirmado), lo que ha permitido acelerar los tiempos procesales, y, por otro, en varios lugares del país se ha llegado a superar la dispersión de casos mediante la elaboración de propuestas de acumulación de las investigaciones que tienen en cuenta la vinculación histórica de los hechos y la comunidad de pruebas, víctimas e imputados. Debe hacerse notar que en aquéllos lugares en los que estas propuestas no han sido aceptadas por los jueces (por ejemplo, Mendoza), no se han brindado argumentos sólidos que indiquen un mejor camino. Según se ha indicado en varios documentos emitidos por la Unidad Fiscal de Coordinación, el sistema penal, y el proceso penal en particular, se encuentran condicionados de tal modo que la actividad individual de la fiscalía en muchos casos resulta insuficiente en orden a la configuración del modelo de juicios esperado. Es por ello que la construcción de pautas de actuación por parte del Ministerio Público, que ha constituido un material indispensable para la elaboración de las estrategias de coordinación a las que dedica su esfuerzo la Unidad Fiscal, no constituye un recurso que permita por sí mismo cambiar el estado de cosas frente a la oposición de quienes, en el actual sistema procesal, tienen a su cargo las principales herramientas para definir el curso de los procesos” (cfr. el sitio: http://www.mpf.gov.ar/Accesos/DDHH/Informe_de_gestion_Unidad_Coordinacion_DDHH_2009.pdf).

La Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala (CICIG)¹

CARLOS CASTRESANA FERNÁNDEZ

RENATA DELGADO-SCHENK

MARÍA JOSÉ ORTIZ

THOMAS PASTOR²

I. Antecedentes

La Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala (CICIG) es una organización internacional, creada por medio de un Acuerdo de derecho internacional público suscrito entre el Estado de Guatemala y la Organización de las Naciones Unidas – ONU³. Aunque su mandato original estaba limitado a dos años a partir del 4 de septiembre de 2007, a fin de poder continuar con sus labores hasta septiembre 2011, el Acuerdo fue extendido a dos años más el 16 de julio del 2009. Es necesario destacar que la CICIG, pese a ser una organización internacional independiente, se rige y regula en su funcionamiento orgánico adoptando las reglas y procedimientos propios de la ONU, conforme a lo establecido en su Acuerdo de creación. Igualmente, sus locales y documentos son inviolables,⁴ su Comisionado disfruta de los privilegios e inmunidades, exenciones y facilidades otorgados a los agentes diplomáticos en conformidad de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y a su personal internacional se aplica el artículo VI de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas de 1946.⁵

1 Disponible en: <http://www.cicig.org>

2 Carlos Castresana Fernández. Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (España), Graduado por el Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo (Francia). Actualmente se desempeña como Fiscal del Tribunal Supremo en España.

Thomas Pastor. Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn (Alemania). Actualmente, es Secretario de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG).

María José Ortiz Samayoa. Abogada y Notaria de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Candidata a Doctora en Problemas Actuales del Derecho Penal por la Universidad de Salamanca, España. Actualmente es Oficial Legal de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG).

Renata Delgado-Schenk. Licenciada en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona (España), jurista alemana, y Magister en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Essex (Reino Unido). Actualmente es Oficial Legal de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG).

3 Acuerdo entre la Organización de las Naciones Unidas y el Gobierno de Guatemala relativo al establecimiento de una Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), suscrito en la Ciudad de Nueva York el 12 de diciembre de 2006. Disponible en: http://cicig.org/uploads/documents/CICIG_ACUERDO_SP.pdf

4 Cfr. art. 9.1 Acuerdo CICIG.

5 Cfr. art. 10 Acuerdo CICIG.

Guatemala afronta un índice de 99.75% de impunidad.⁶ Aunque muchos países, en los cuales la criminalidad ha rebasado la capacidad de respuesta del Estado, tienen problemas en la implementación y garantía de la justicia, el caso de Guatemala es especial. Por un lado, por el elevado y creciente nivel de impunidad que es extrema; y por otro, por la valentía y reconocimiento del problema que ha realizado a través de la solicitud de apoyo a la comunidad internacional para enfrentar este grave problema, concretamente, mediante el establecimiento de una Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala (CICIG).⁷

En Guatemala, como consecuencia de un conflicto armado interno de 36 años (1960-1996), existen estructuras paralelas de inteligencia y grupos ilegales armados que continúan operando, cometiendo una serie de delitos bajo el amparo de personas inmersas en las estructuras del Estado o con el poder suficiente para garantizar su impunidad, constituyendo una especie de “infantería” del crimen organizado.⁸ Los poderes paralelos que existen en Guatemala usan sus conexiones para intimidar e incluso eliminar a quienes interfieren con sus actividades ilegales, a los que saben demasiado, a los que representan una competencia o a quienes intentan investigar sus actividades.⁹

Bajo el contexto político-militar del conflicto armado interno, estas estructuras ilegales ya se involucraban en ilícitos tales como el tráfico de armas, de drogas, delitos contra la vida y otros con el objetivo de financiar sus operaciones, pero el enriquecimiento en sí mismo no era su objetivo, sino lo era la lucha contrainsurgente.

Pese a la firma del Acuerdo de paz firme y duradera (1996),¹⁰ los aparatos clandestinos y cuerpos ilegales de seguridad no fueron desmantelados y continuaron operando en la impunidad; su actividad delictiva evolucionó para satisfacer ya no intereses de Estado sino sus propios intereses de enriquecimiento ilícito hasta convertirse en estructuras de crimen organizado y logrando una simbiosis con grupos transnacionales de delincuencia organizada. Hoy en día, han diversificado su

6 Esta cifra de impunidad relativa al 2009 deriva de la Cámara Penal del Organismo Judicial, quien la obtuvo a partir de una muestra de 600 mil casos: de los cuales 300 mil fueron denunciados y registrados por el Organismo Judicial. No obstante, de ellos sólo se dieron 11 mil acusaciones formales. De 2008, existe un rezago de 2,173 casos sin resolver. Lo que deriva en una media de 3 sentencias por mes por cada uno de los 143 juzgados de sentencia ubicados en Guatemala, esto es, 429 sentencias al mes en todo el país para una media de 50,000 denuncias de delitos al mes. (César Barrientos, Presidente de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, entrevista publicada en Siglo XXI de 23 de abril de 2010, Sección “nacional”/“Mesa21”, págs.2-3.)

7 Cfr. www.cicig.org

8 PEACOCK, Susan; BELTRÁN, Adriana. *Poderes Ocultos, Grupos ilegales armados en la Guatemala post conflicto y las fuerzas detrás de ellos*. Publicación de la Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos -WOLA-, 2006, pp. 1-7.

9 Ibidem, p. 7. Para profundizar en esta descripción, tanto el Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico, “Guatemala Memoria del Silencio”, 1999. Disponible en: (<http://shr.aaas.org/guatemala/ceh/report/spanish/toc.html>); véase también: el Informe del Proyecto Interdiocesano de Recuperación de la Memoria Histórica- REMHI-, “Guatemala Nunca Más”, 1998. Disponible (<http://www.fundacionpdh.org/lesahumanidad/informes/guatemala/informeREMHI-Tomo1.htm>), describen detalladamente actividades atribuidas a estos grupos y el papel que los servicios de inteligencia oficiales han tenido en relación a la política contrainsurgente, la compleja red de cuerpos militares o policiales con un grado muy importante de penetración en el tejido social, sus relaciones jerárquicas y poder de acción. Ambos informes atribuyen a estos servicios de inteligencia la conducción de las operaciones militares en graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos durante el conflicto armado interno.

10 Disponible en: <http://www.congreso.gob.gt/Docs/PAZ/Acuerdo%20de%20paz%20firme%20y%20duradera.pdf>

ámbito de actividad¹¹ y se encuentran infiltrados en todos los niveles del Estado, operando en el propio Gobierno y fuerzas de seguridad del Estado, lo que dificulta la respuesta de las propias instituciones del Estado contra ellos.¹²

También han sido capaces de extender su poder de infiltración, pues durante el conflicto armado interno tenían el control de ciertos ámbitos tales como los puertos, aeropuertos, puestos fronterizos y otros, pero en la actualidad cuentan con redes de profesionales que incluyen a jueces, abogados y periodistas, inmersos tanto en el sector público como el privado, quienes abogan y operan para que los cuerpos ilegales y aparatos clandestinos hoy convertidos en grupos de delincuencia organizada, continúen en la impunidad.

Durante el proceso de paz guatemalteco se suscriben una serie de acuerdos políticos entre el Gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca – URNG –, denominados Acuerdos de Paz. De entre ellos, el Acuerdo Global de Derechos Humanos¹³ establece que para mantener un irrestricto respeto a los derechos humanos no deben existir cuerpos ilegales ni aparatos clandestinos de seguridad. En este sentido, el Gobierno de la República de Guatemala reconoció además su obligación de combatir cualquier manifestación de los mismos y reiterando el compromiso de continuar con la depuración y profesionalización de los cuerpos de seguridad.¹⁴

11 Uno de los casos que más golpeó la opinión pública fue el asesinato de cuatro diputados salvadoreños del Parlamento Centroamericano y su piloto, en febrero del 2007. En dicho caso se logró ubicar presuntos autores materiales del hecho, miembros de la Policía Nacional Civil, quienes mientras guardaban prisión preventiva fueron asesinados dentro del centro de detención. Dicho caso ilustra la profundidad de la penetración de las redes criminales organizadas en el Estado guatemalteco. La matanza reveló la extensión de la corrupción y de la impunidad en un país que, aunque puso fin a tres décadas de conflicto, todavía se debate para consolidar la democracia. Diversos analistas locales e internacionales han advertido a los guatemaltecos sobre la continua existencia de grupos armados ilegales y de estructuras clandestinas conformadas inicialmente para llevar a cabo misiones político militares y que con los años e han ido transformando en empresas del crimen organizado. Estos asesinatos parecen corroborar las advertencias. La falta de control les ha permitido a los grupos clandestinos usar sus conexiones políticas, militares y de inteligencia y ejercer la corrupción y la violencia para manipular el sistema, con el fin de evitar que sus miembros sean procesados y de proteger sus intereses financieros. Washington Office for Latin America-WOLA-, *El Estado Cautivo: Crimen organizado y derechos humanos en América Latina*, Informe 2007, sin datos de publicación.

12 MAYORA ALVARADO, Eduardo. *¿Qué pasó con los CIACS?*, columna de opinión, SIGLO XXI, 21 de febrero 2008

13 Disponible en: <http://www.congreso.gob.gt/Docs/PAZ/ACUERDO%20GLOBAL%20SOBRE%20DERECHOS%20HUMANOS.pdf>

14 Durante el conflicto armado interno, en Guatemala existían varios cuerpos armados además de la Policía Nacional y el Ejército, tales como la Guardia de Hacienda, cuerpos de inteligencia militar como la denominada G-2 o las Patrullas de Auto Defensa Civil – PAC – constituidas como Reservas Militares del Ministerio de la Defensa Nacional, al amparo del servicio militar obligatorio. Con la firma de la Paz, se crea un ente civil armado único encargado de la seguridad interna, la Policía Nacional Civil. Se mantiene al Ejército de Guatemala y desaparecen los demás cuerpos armados oficiales, pero prolifera la creación de empresas privadas de seguridad. En 2009, la PNC contó con 22,092 policías activos (equivalente a 1 policía por cada 619 habitantes) y quedando 5,002 puestos presupuestados vacantes. Según estándares internacionales, una policía para la población de Guatemala (13,667,000) debería contar con al menos 44,000 efectivos. Frente a este número, el Ministerio de Gobernación registró un total de 35,892 agentes de seguridad con 32,723 armas de fuego distribuidas en 147 empresas de seguridad privada. Cifras que aún son más graves y demuestran una tendencia a la privatización de la función pública de seguridad si se tiene en cuenta que se estima existen alrededor de 106,000 agentes de seguridad privada en la realidad (Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las actividades de su Oficina en Guatemala, UN Doc. A/HRC/13/26/Add.1, págs.5-6)

Guatemala, catorce años después de la finalización del conflicto armado interno, posee un sistema de justicia y seguridad altamente débil e incapaz de prevenir o reparar la violación de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Guatemala, actualmente es parte de los ocho tratados fundamentales de derechos humanos de Naciones Unidas¹⁵, los cuales comenzó a ratificar con la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y la Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial a partir de 1982 y hasta 2008. Es importante señalar, que en Guatemala después de la ratificación de un tratado de derechos humanos, su contenido literal de derechos y obligaciones se aprueba como decreto legislativo convirtiéndose en legislación interna, directamente aplicable como derecho interno y rango superior a cualquier otra norma interna contraria o menos garantista.¹⁶ Así las cosas, es fundamental considerar la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que es una ley nacional guatemalteca a través de la aprobación del Decreto Legislativo 09-92,¹⁷ como la norma fundamental mínima en materia de respeto, protección y garantía de los derechos humanos civiles y políticos en Guatemala. En el marco de esta convención y ley nacional, el Estado asume la obligación, exigible internacionalmente, de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, en un sentido negativo y positivo. En sentido negativo, el Estado está obligado a respetar los derechos humanos, no cometiendo violaciones a través de acciones u omisiones de sus funcionarios públicos. En sentido positivo, el Estado está obligado a protegerlos, o hacerlos respetar, creando las instituciones y medidas de garantía necesarias para perseguir, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos realizando una investigación inmediata, exhaustiva e imparcial, esto es protegiendo y garantizando los derechos humanos. En este contexto, los índices de impunidad imperantes en Guatemala, demuestran que las violaciones de los derechos civiles y políticos de los guatemaltecos continúan en aumento y que no están siendo debidamente prevenidas, investigadas, sancionadas o reparadas.

15 Los ocho tratados fundamentales de derechos humanos de Naciones Unidas (aprobados en el marco del Capítulo IV de la Carta de las Naciones Unidas) de los cuales Guatemala es parte, son, en orden de ratificación: Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (Ratificada el 12 agosto de 1982, aprobada por medio del Decreto 49-1982), Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Ratificada el 18 enero de 1983, aprobada por medio del Dto.105-1982), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ratificado el 19 de mayo de 1988, aprobado por medio del Dto.69-88), Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Ratificada el 5 de enero de 1990, aprobada por medio del Dto.52-89), Convención de los Derechos del Niño (Ratificada el 6 de junio de 1990 y aprobada por medio del Dto.27-90), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ratificado el 5 de mayo de 1992 y aprobado por medio del Dto.09-92), Convención Internacional Sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (Ratificada el 14 de septiembre de 2005 y aprobada por medio del Dto.61-97) y Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ratificada el día 7 de abril de 2009 y aprobada por medio del Dto.59-08).

16 El artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece el modo de entrada en el derecho interno de los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Guatemala, así como su jerarquía a través del principio de preeminencia que establece su prevalencia sobre el derecho interno.

17 Disponible en: <http://www.congreso.gob.gt/archivos/decretos/1992/gtdcx09-1992.pdf>.

Como respuesta a esta situación de impunidad, surge el primer antecedente de la CICIG: la solicitud del Gobierno de Guatemala de asistencia a la ONU para el establecimiento y funcionamiento de una Comisión de Investigación de Cuerpos Ilegales y Aparatos Clandestinos de Seguridad (CICIACS), cuyo objetivo se centró en la investigación y desarticulación de los cuerpos ilegales y los aparatos clandestinos de seguridad responsables específicamente de amenazas y ataques contra los defensores de los derechos humanos, los miembros del poder judicial, los testigos, los sindicalistas y otros activistas y el procesamiento de los responsables de su creación y funcionamiento.¹⁸

En ese contexto, el 7 de enero de 2004, el Gobierno de Guatemala suscribió un Acuerdo para crear la Comisión de Investigación de Cuerpos Ilegales y Aparatos Clandestinos de Seguridad (CICIACS),¹⁹ con la Organización de las Naciones Unidas. Dicho acuerdo dotaba al mencionado ente de facultades especiales que le permitían investigar de manera autónoma la estructura y actividades de estos vínculos con el Estado y el crimen organizado, procurando procesar y sancionar a sus integrantes. Esta facultad extraordinaria causó mucha resistencia en ciertos sectores, quienes invocaron la pérdida de soberanía que supondría si una entidad extranjera pudiese actuar autónomamente en el ámbito de la justicia penal. Es por ello, que la constitucionalidad de la propuesta se puso en entredicho y finalmente, el 5 de agosto de 2004, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, determinó en su Opinión Consultiva 1250-2004, emitida a solicitud del Presidente de la República de Guatemala,²⁰ la inconstitucionalidad de aquellos aspectos del Acuerdo referidos a la posibilidad de investigar y ejercer la persecución penal independientemente del Ministerio Público.²¹ Consecuentemente este Acuerdo, al ser declarada su base de acción inconstitucional, no cobró vida.

Dos años después, por iniciativa del Poder Ejecutivo,²² se propone reformular el mandato de la CICIACS como ente destinado a implementar los compromisos del Estado en materia de derechos humanos y con capacidad de actuar en el ámbito penal como querellante adhesivo, no de forma independiente a la acusación pública, a fin de influir en el contexto general del sistema de justicia, mejorando la construcción de un Estado de derecho y promoviendo la lucha contra la impuni-

18 La solicitud es realizada el 4 de abril de 2003, a raíz del trabajo de la Secretaría de Análisis Estratégico, acompañada por la Procuraduría de Derechos Humanos – o Ombudsman – y de organizaciones no gubernamentales, que en su momento conformaron la Convergencia por la CICIACS, entre ellas, la Fundación Myrna Mack, el Centro de Acción Legal por los Derechos Humanos-CALDH-, la Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala, el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala y otras.

19 Disponible en: http://www.i-dem.org/wp-content/uploads/documentos/acuerdo_cici_acs.doc.

20 Disponible en: http://www.iiars.org/dbiniciativas/upload/J02_02_01%20PO_15.pdf.

21 Fiscalía u órgano estatal encargado de ejercer la persecución penal.

22 La Vice Presidencia de la República y la Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos-COPREDEH- impulsaron la propuesta, siendo la COPREDEH quien coordinó la reformulación de la propuesta original de la CICIACS, identificando los obstáculos constitucionales que en su momento tuvo el acuerdo de CICIACS y la forma de superarlos.

dad. Esta vez en cuanto a las violaciones de los derechos civiles y políticos sufridas por cualquiera de los guatemaltecos²³ y perpetradas por cuerpos ilegales y aparatos clandestinos de seguridad.

Sobre estas bases, el Gobierno de Guatemala solicita a la Organización de Naciones Unidas el establecimiento de la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), y suscribiendo el 12 de diciembre de 2006 el “Acuerdo entre la Organización de Naciones Unidas y el Gobierno de Guatemala relativo al establecimiento de una Comisión Internacional contra la impunidad en Guatemala (CICIG)”,²⁴ el cual es formalmente aprobado por el Congreso de la República de Guatemala el 1 de agosto 2007.²⁵ El 14 de septiembre de 2007, el Secretario General de la ONU nombra al jurista español Carlos Castresana Fernández Comisionado de la CICIG.²⁶

23 A diferencia del Acuerdo de establecimiento de la CICIACS, donde las violaciones se referían a sujetos particulares (defensores de derechos humanos, jueces, fiscales y otros)

24 Cfr. *supra*, nota 3.

25 Decreto 35-2007. El Congreso de la República de Guatemala, previo a aprobar el Acuerdo, solicita a la Corte de Constitucionalidad Opinión Consultiva sobre la constitucionalidad del contenido del Acuerdo. La Corte de Constitucionalidad resuelve que el mismo no vulnera el ordenamiento constitucional ni la autonomía del ente fiscal, e indica que “siendo la plena vigencia de los derechos humanos una preocupación universal, es lógico que un Estado amplíe sus obligaciones en tal sentido, y requiera el apoyo de una organización internacional, especializada en la materia, como las Naciones Unidas, lo cual es coherente con las obligaciones adquiridas por el Estado en diferentes instrumentos internacionales en el ámbito de derechos humanos, en los cuales se afirma la preocupación universal por su vigencia”; Opinión Consultiva 791-2007 del 17 de mayo del 2007 de la Corte de Constitucionalidad (<http://cicig.org/uploads/documents/CC%20Consultive%20Opinion.pdf>). El Acuerdo CICIG cobró vigencia el 4 de septiembre de 2007.

26 Disponible en: http://www.onu.org.gt/documentos/14_setp_nombramiento_de_Comisionado_de_la_CICIG.pdf.

II. Mandato

“Artículo 1. Objetivos del Acuerdo.

1. El presente Acuerdo tiene como objetivos fundamentales:

- (a) Apoyar, fortalecer y coadyuvar a las instituciones del Estado de Guatemala encargadas de la investigación y la persecución penal de los delitos presuntamente cometidos con ocasión de la actividad de los cuerpos ilegales de seguridad y aparatos clandestinos de seguridad y cualquier otra conducta delictiva conexas con éstos que operan en el país; así como en la determinación de sus estructuras, actividades, formas de operación y fuentes de financiamiento, promoviendo tanto la desarticulación de dichas organizaciones como la sanción penal de los partícipes de los delitos cometidos;
- (b) Crear los mecanismos y procedimientos necesarios, que deberán implementarse para la protección de los derechos a la vida y a la integridad de las personas. Lo anterior de conformidad con los compromisos internacionales del Estado de Guatemala en materia de protección de los derechos fundamentales, y de los instrumentos internacionales de los cuales Guatemala es parte;
- (c) Para dichos efectos, se crea una Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala, con arreglo a las disposiciones del presente Acuerdo, los compromisos del Estado establecidos en instrumentos nacionales e internacionales de derechos humanos y especialmente el Acuerdo Global sobre Derechos Humanos romanos IV.1 y VII.3;
- (d) Para efectos del presente Acuerdo, se deberá entender por Cuerpos Ilegales de Seguridad y Aparatos Clandestinos de Seguridad, a aquellos grupos que reúnan las siguientes características:
 - (i) Cometer acciones ilegales para afectar el pleno goce y ejercicio de los derechos civiles y políticos, y
 - (ii) Estar vinculados directa o indirectamente con agentes del Estado, o contar con capacidad de generar impunidad para sus acciones ilícitas.

(...)

Artículo 2. Funciones de la Comisión

1. Para lograr los propósitos y finalidades indicadas por el presente instrumento, la Comisión tendrá las siguientes funciones:

- (a) Determinar la existencia de cuerpos ilegales de seguridad y aparatos clandestinos, su estructura, formas de operar, fuentes de financiamiento y posible vinculación con entidades o agentes del Estado y otros sectores que atenten contra los derechos civiles y políticos en Guatemala, de conformidad con los objetivos del presente Acuerdo;
- (b) Colaborar con el Estado en la desarticulación de los aparatos clandestinos de seguridad y cuerpos ilegales de seguridad y promover la investigación, persecución penal y sanción de los delitos cometidos por sus integrantes;
- (c) Recomendar al Estado la adopción de políticas públicas para erradicar los aparatos clandestinos y cuerpos ilegales de seguridad y prevenir su reaparición, incluyendo las reformas jurídicas e institucionales necesarias para este fin.”²⁷

El primer y segundo objetivo del Acuerdo expresan el propósito principal de la CICIG: el control de la criminalidad compleja en sentido amplio, es decir el apoyo a la reacción penal y de política pública contra los crímenes perpetrados por organizaciones criminales; en otras palabras, el apoyo en la lucha contra la impunidad. Aunque la implementación de estos propósitos es una tarea del sistema de justicia (organismo judicial, policía, fiscalía, defensoría pública, sistema penitenciario y laboratorio forense), la CICIG cumple una labor de apoyo, fortalecimiento y promoción del acceso y resultados de la justicia, realizando funciones más amplias que las de una fiscalía o una policía de investigación judicial; pues también se encarga de fortalecer la estrategia de política criminal del Estado para contrarrestar las operaciones de la delincuencia organizada definidas en el Acuerdo, así como contribuye a la depuración de instituciones del Estado. Es por ello, que CICIG realiza:

(1) Análisis de inteligencia:

Genera información sobre los grupos criminales definidos en el mandato, la procesa y examina, produciendo análisis de inteligencia por medio de los cuales colabora con el Estado de Guatemala en su desarticulación. Los análisis además contribuyen a la investigación de los casos penales concretos que CICIG investiga, y acompañan las propuestas de política criminal que se realizan al Estado.

(2) Acompañamiento en procesos disciplinarios y de depuración:

En primer lugar, la CICIG tiene la facultad de denunciar a los funcionarios públicos que presuntamente hayan cometido infracciones administrativas o disciplinarias ante las autoridades administrativas competentes convirtiéndose en tercero interesado. Además, basándose en los análisis de inteligencia, la CICIG realiza actividades de acompañamiento a las instituciones en

²⁷ Cfr. *supra*, nota 3.

los procesos de depuración, promoviendo y colaborando con el Estado en la desarticulación de los grupos infiltrados en las instituciones a través de conexiones directas o indirectas con los CIACS. Igualmente, puede recomendar a la administración pública no incorporar a personas que presuntamente están vinculadas con los CIACS.

La función de depuración comprende entonces dos mecanismos, uno formal, mediante la activación de los procesos administrativos o disciplinarios existentes; y otro mecanismo político, recomendando la destitución o instando a no incorporar a cargos públicos a personas cuestionadas en su idoneidad²⁸.

(3) Intervención en la persecución penal:

Si bien en Guatemala el monopolio del ejercicio de la persecución penal reside en el Ministerio Público (Fiscalía), el mandato de la CICIG y los acuerdos bilaterales suscritos con el Fiscal General y Jefe del Ministerio Público establecen los diversos grados de intervención de la CICIG en el proceso penal: el acompañamiento técnico, el establecimiento de una fiscalía especial y la actuación como querellante adhesivo, esta última con base en las facultades previstas en el Código Procesal Penal. El apoyo técnico de la CICIG a la persecución penal consiste en fortalecer el trabajo de los fiscales nacionales por medio de propuestas de estrategias de investigación. Por su lado, el establecimiento de una Unidad de Fiscalía Especial de Apoyo a la CICIG (UEFAC), supone la creación de una fiscalía modelo constituida por una élite de fiscales nacionales (todos ellos funcionarios del Ministerio Público), que persigue aquellos casos que el Fiscal General y la CICIG acuerdan conjuntamente. Aunque la selección de los casos en esta instancia se define conjuntamente, es importante señalar el grado de impacto y capacidad de absorción de las competencias y buenas prácticas que se genera, dado que la UEFAC realiza una ejemplificación de investigación y persecución penal desde el propio interior de la Fiscalía. Por último, la CICIG también puede intervenir en el proceso penal como querellante adhesivo²⁹

28 La CICIG ha tenido una participación en procesos de depuración a lo interno de la PNC, señalando actos ilegales cometidos por sus miembros, algunos de los cuales hoy son investigados en un proceso penal. También se destaca su intervención decisiva en procesos tales como la elección de magistrados para la Corte Suprema de Justicia donde la CICIG coadyuvó para activar los controles constitucionales para frenar el nombramiento de abogados con serios señalamientos en su contra, en octubre del 2009. En similar sentido, en el reciente proceso de elección del Fiscal General y Jefe del Ministerio Público, la CICIG denunció públicamente la infiltración a lo interno de la institución a raíz del reciente nombramiento, instando a que las organizaciones sociales también ejercieran presión política para la destitución del funcionario. Estas acciones activaron el control constitucional de la legalidad del nombramiento en cuestión y consecuentemente, la Corte de Constitucionalidad en una valiente decisión anuló la totalidad del procedimiento de selección.

29 Figura del ordenamiento jurídico guatemalteco que otorga a una persona o entidad la calidad de sujeto procesal con capacidad de provocar la persecución penal o adherirse a la iniciada por la fiscalía, pudiendo colaborar y coadyuvar con el fiscal en la investigación de los hechos, pudiendo incluso solicitar la realización de diligencias de investigación. Artículo 116 del Código Procesal Penal.

en casos escogidos por la propia Comisión. En estos casos, el litigio queda a cargo de abogados nacionales e internacionales, todos ellos funcionarios de la CICIG, que ejercen la acción penal en nombre del Comisionado.

(4) Análisis de política criminal:

La CICIG puede recomendar al Estado de Guatemala la adopción de ciertas estrategias de política criminal, así como sugerir cambios en las existentes conforme a un análisis técnico y objetivo. Dentro de esta facultad de política criminal se incluye en sentido amplio la posibilidad de presentar reformas jurídicas e institucionales necesarias para erradicar los CIACS definidos en el mandato y prevenir su reaparición. En este marco, la CICIG puede presentar propuestas de reforma legal, así como de reforma de las estructuras orgánica, funcional y operativa de las instituciones públicas, a fin de promover la aprobación de un marco normativo adecuado y eficaz para la investigación y persecución penal de dicha delincuencia, así como para prevenir su capacidad de influencia e infiltración de las instituciones generando impunidad. Igualmente, la CICIG está facultada para recomendar no adoptar ciertas normas que favorecerían la impunidad, conforme a un análisis jurídico objetivo³⁰.

Estos cuatro elementos constituyen una sólida base de apoyo a cualquier política criminal en materia de prevención, control y persecución de los cuerpos ilegales de seguridad y aparatos clandestinos de seguridad operantes en un Estado independientemente de la situación y grado de desarrollo del mismo.

³⁰ El Estado de Guatemala puede adoptar o no la recomendación; por ejemplo, en materia de reforma legislativa, la CICIG ha hecho propuesta de creación o modificación de dieciséis cuerpos legales, de los cuales solamente han sido aprobadas cinco leyes o reformas, quedando a la fecha pendiente de su discusión parlamentaria las once restantes.

III. Estrategia de investigación y persecución penal

1. Selección de casos

En primer lugar, es importante señalar que la definición de una política de selección surge de la necesidad de optimizar recursos materiales y humanos disponibles durante el limitado plazo de actividad establecido por el mandato,³¹ maximizando los resultados y su impacto. Es por eso, que la política de la CICIG se dirige hacia la selección de casos complejos y paradigmáticos, capaces de ser modelos ejemplificativos del potencial y capacidad del sistema de justicia guatemalteco, que sin duda se encuentra bloqueado y sobrecargado por los elevados y crecientes índices de criminalidad que no generan ningún efecto disuasorio y que contribuyen a la pérdida de confianza de la población guatemalteca en sus instituciones en un círculo vicioso de impunidad.

a. CRITERIO SUBJETIVO: Cuerpos Ilegales de Seguridad y Aparatos Clandestinos de Seguridad (CIACS)

Para entender entonces cómo la CICIG define su estrategia de investigación y persecución penal seleccionando los casos, es necesario partir de los objetivos de su mandato, todos los cuales promueven la desarticulación y erradicación de los cuerpos ilegales de seguridad y aparatos clandestinos de seguridad (CIACS). Así, se constituye el primer criterio, no de selección si no de admisibilidad de los casos, este es el criterio subjetivo de admisibilidad. El Acuerdo de creación de la CICIG establece como CIACS, a aquellos grupos que reúnan las siguientes características:

- *Cometen acciones ilegales para afectar el pleno goce y ejercicio de los derechos civiles y políticos³², y*
- *Están vinculados directa o indirectamente con agentes del Estado, o cuentan con capacidad de generar impunidad para sus acciones ilícitas,*

31 Como se ha expresado, CICIG tiene un mandato de tiempo reducido, originalmente de dos años y ampliado por dos años más; y funciona gracias a donaciones internacionales de países tales como Dinamarca, Finlandia, Países Bajos, Noruega, España, Suiza, Alemania, Estados Unidos, Italia, Suecia, Canadá, Irlanda, Reino Unido y la Unión Europea.

32 La redacción actual de “acciones ilegales para afectar el pleno goce y ejercicio de los derechos civiles y políticos” contenida en el Mandato, proviene del articulado preparatorio que en el año 2006, se enfocaba aún en los CIACS, que tendrían como objetivo el ataque a los defensores de derechos humanos, operadores de justicia y representantes laborales y sociales. En esa versión del borrador del Acuerdo, se establece la relación victimario/Estado y víctima/Estado a través de la posición jurídica que las víctimas de este tipo de delincuencia tienen en un Estado; y los mecanismos que usualmente utilizaban los CIACS contra quienes se interponían en su camino, consistentes en vulneraciones al derecho a la vida y a la integridad física. Con este antecedente, debe entenderse que se refiere al deber del Estado de proteger contra las transgresiones a la vida y a la integridad física de las personas; y debido a los objetivos que persiguen los CIACS, es muy probable que sus víctimas pertenezcan a determinado grupo con las características específicas mencionadas en el borrador: defensores de derechos humanos, operadores de justicia y representantes laborales y sociales.

Como se puede observar, los dos criterios mínimos acumulativos de definición se establecieron de forma amplia, permitiendo más flexibilidad en la posterior definición de la estrategia y persecución penal de los casos. No obstante, dada la amplitud de definición del sujeto involucrado, fue necesario realizar una interpretación restrictiva del mismo, a fin de efectivizar los recursos y el tiempo limitados establecidos en el mandato de la CICIG. Así las cosas, la CICIG tomó la decisión internamente de interpretar estas características de los CIACS como las condiciones típicas y definitorias de la delincuencia organizada, esto es, se limitó interpretativamente el alcance del mandato a la delincuencia organizada compleja a fin de excluir del ámbito de acción de la CICIG la criminalidad común, optimizando los recursos de la CICIG y permitiendo la investigación y persecución de casos de impacto. Consecuentemente, la alusión a delincuencia organizada se adoptó como la denominación del sujeto activo de los presuntos delitos al momento de registro formal de las denuncias que ingresan a la CICIG, en sustitución del concepto amplio de CIACS.

En este contexto, se realizó una interpretación de los dos criterios definitorios de los CIACS a fin de definir más concretamente la estrategia de investigación y persecución penal de la CICIG en cuanto a la delincuencia organizada. En relación al primer criterio definitorio que se refiere a la “violación de derechos civiles y políticos”, es necesario señalar, que se ha interpretado en el sentido amplio referido al grupo de derechos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, ratificado por Guatemala,³³ y que contiene el marco jurídico mínimo en la materia aplicable como ley interna con preeminencia en el país³⁴; lo que no implica que el mandato de la CICIG sea un mandato clásico de investigación de violaciones a los derechos humanos, sino al contrario, el mandato de la CICIG es un mandato de investigación penal de violaciones de derechos humanos civiles y políticos específicamente perpetrados o vinculados a la delincuencia organizada, independientemente del número o clase de víctima a la que afecte. Este matiz establece otra diferencia entre la CICIG y su antecedente CICIACS,³⁵ cuyo ámbito de aplicación estaba limitado por las víctimas, es decir, a ataques contra defensores de derechos humanos, jueces, fiscales y otros.³⁶ Lo que no implica que el concepto de delincuencia organizada de la CICIG, no considere estos ataques sistemáticos que

33 Cfr. *supra*, nota 19.

34 Consecuencia del principio establecido en el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala que establece el principio de preeminencia de los tratados de derechos humanos, los cuales, una vez han sido ratificados debidamente pasan a ser ley interna nacional y tienen preeminencia sobre otras leyes internas contrarias o menos garantistas.

35 *Supra*, p. 5.

36 Esto se debe al cambio de la hipótesis sobre el objetivo de los CIACS: mientras en el acuerdo de establecimiento de la CICIG, se considera que la actividad de los CIACS afecta a toda la sociedad guatemalteca; su antecesor CICIACS, consideraba que sólo era competente para la actividad delictiva organizada que afectase a determinados sectores de la sociedad (defensores de derechos humanos, testigos, periodistas, sindicalistas, etc.).

ocurren en Guatemala³⁷ y que motivaron la creación de la CICIG; sino que por el contrario los incluye al dejar abierto el criterio de definición por las víctimas.

Por otro lado, en cuanto al segundo criterio definitorio de los CIACS, el mandato de la CICIG requiere que se cumplan una de las siguientes características alternativamente: bien que estén vinculados con agentes del Estado directa o indirectamente, o bien que tengan la capacidad para generar impunidad. En este sentido, es importante señalar y analizar previamente si la impunidad generada es resultado de la obstaculización o influencia sobre el Estado para evitar la prevención, investigación o sanción de los ilícitos cometidos, o si por el contrario ésta es una consecuencia lógica de un sistema de justicia sobrecargado e inefectivo, que sistemáticamente sufre o permite los abusos de todas las partes.³⁸ Una vez se descarta la variable de ineficiencia orgánica endémica, la CICIG interpreta estas dos características alternativas de forma unificada y partiendo de la segunda; es decir, partiendo de la capacidad de generar impunidad, entendida como la *inexistencia de hecho o de derecho de responsabilidad penal, administrativa, disciplinaria o civil*, impidiendo al Estado cumplir con su deber de garantizar el respeto, la protección y garantía de los derechos civiles y políticos de los guatemaltecos, y por ende debilitando el Estado de derecho. Consecuentemente, el elemento que propiamente define y separa la delincuencia organizada objeto de la CICIG de la delincuencia común es esta capacidad de influir y/o eludir la investigación, persecución o sanción, evadiendo de hecho o de derecho todo tipo de responsabilidad, ya sea administrativa, disciplinaria, civil o penal.

b. CRITERIO OBJETIVO: delito de criminalidad organizada

Este segundo criterio, en realidad es parte del criterio anterior, en tanto que los grupos de criminalidad organizada se definen, entre otros, por el tipo de ilícitos que cometen. Respecto a las conductas “características” de la criminalidad organizada, o el catálogo de delitos que podrían guiar el trabajo de la CICIG, el Acuerdo se refiere únicamente a *delitos presuntamente cometidos con ocasión de la actividad de los cuerpos ilegales de seguridad y aparatos clandestinos de seguridad y cualquier otra conducta delictiva conexa con éstos*. Esta definición es muy general, lo que obliga a hacer un análisis e interpretación capaz de diferenciar las actividades “cometidas con ocasión de la actividad” de la delincuencia organizada, de aquellas otras actividades “conexas”.

37 Las observaciones realizadas por los Relatores Especiales de Naciones Unidas que visitaron Guatemala confirman la existencia de un constante ataque a determinados grupos sociales. La Representante Especial del Secretario General sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, Hina Jilani después de su visita a Guatemala en febrero 2008 destacó la impunidad y constante ataque que sufren los defensores de derechos humanos (UN Doc. A/HRC/10/12/Add.3 de 16 febrero 2009, párr. 23), operadores de justicia [idem, párrafos 37-39], defensores públicos [idem, paras.40-42], sindicalistas [ibidem, paras.49-50] y organizaciones no gubernamentales [idem, paras.51-52]. En el mismo sentido, el Relator Especial sobre la independencia de magistrados y abogados, Leandro Despouy después de su visita a Guatemala en enero y mayo de 2009, destacó igualmente el constante ataque sufrido por los operadores de justicia en el ejercicio de sus funciones (UN Doc. A/HRC/11/41/Add.3 de 1 octubre 2009, paras.78-83).

38 Los casos que demuestran la ineficiencia del sistema de justicia tal y como es implementado actualmente se analizan y sirven de base a la CICIG para sus propuestas de reforma legal y de política pública.

La definición de las conductas “cometidas con ocasión de la actividad” de delincuencia organizada ha sido interpretada como todos aquellos delitos contenidos en el marco jurídico criminal nacional e internacional sobre delincuencia organizada; esto es, a nivel nacional la Ley Contra la Delincuencia Organizada;³⁹ lo que no obsta, para que se puedan abarcar otras leyes en la materia relativas al tráfico de armas, trata de personas o el lavado de dinero, por ejemplo,⁴⁰ siempre y cuando los presuntos delitos investigados y perseguidos se relacionen con la actividad de cuerpos ilegales y aparatos clandestinos de seguridad. Por otro lado, dentro del marco jurídico penal internacional se consideran todos aquellos tratados en la materia, que se enmarcan dentro del capítulo XVIII de la Carta de Naciones Unidas, que han sido ratificados por Guatemala.⁴¹

Por otro lado, y en segundo lugar, el concepto de actividades ilegales “conexas” se ha interpretado como cualquier conducta cometida necesaria para perpetrar delitos considerados propios de la delincuencia organizada y para facilitar su ejecución o procurar la impunidad de este tipo de delitos, como por ejemplo, el delito de obstrucción de la justicia.⁴²

Así las cosas, la CICIG requiere la presencia de las siguientes características para hablar de delincuencia organizada:

- ▶ grupos **estructurados**, que **existan durante cierto tiempo** y que **actúen concertadamente**
- ▶ con el **propósito de cometer** delitos para afectar derechos civiles y políticos de cualquier guatemalteco **en materia de delincuencia organizada**⁴³;
- ▶ obteniendo, directa o indirectamente un beneficio económico o de cualquier índole para sí o para terceros;
- ▶ contando con la capacidad para generar impunidad de sus ilícitos por medio de vínculos directos o indirectos con el Estado o sus agentes.

39 El Decreto Legislativo 21-2006, Ley Contra la Delincuencia Organizada. Disponible en; <http://www.congreso.gob.gt/archivos/decretos/2006/gtdcx21-2006.pdf>). Tipifica los delitos de conspiración, asociación ilícita, asociación ilegal de gente armada, entrenamiento para actividades ilícitas, uso ilegal de uniformes o insignias, comercialización de vehículos y similares robados, obstrucción de justicia, exacciones intimidatorias, obstrucción extorsiva de tránsito.

40 Como ejemplo podrían considerarse los contenidos en la Ley de Armas y Municiones (Decreto Legislativo 15-2009); la Ley contra la violencia sexual, explotación y trata de personas (Decreto Legislativo 9-2009); o la Ley contra el lavado de dinero u otros activos (Decreto Legislativo 67-2001).

41 Guatemala ha ratificado entre otros: Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (UN Doc. A/55/383 (ratificada el 25 de septiembre de 2003); Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, UN Doc. A/55/383 (ratificado el 1 de abril de 2004); Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, UN Doc. A/55/383 (ratificado el 1 de abril de 2004); Protocolo contra la fabricación y tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, UN Doc. A/55/383/Add.2 (ratificado el 1 de abril de 2004); Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, UN. Doc. A/58/422 (ratificada el 3 de noviembre de 2006).

42 *Ley contra la delincuencia organizada*, art. 9 (Dto.21-2006).

43 Los delitos definidos tanto en el marco legal nacional (en el art.2 de la Ley contra la delincuencia organizada y otras leyes conexas) como internacional.

Consecuentemente, la estrategia de investigación y persecución penal de la CICIG depende, en primer lugar, de la comprobación de la concurrencia de las dos características existentes en los CIACS, señaladas en el mandato y conforme a la interpretación realizada por CICIG; las cuales, unidas al criterio objetivo de las conductas típicas del crimen organizado, que derivan del marco nacional e internacional sobre la materia, dan lugar a la definición de los CIACS interpretada por la CICIG, la cual delimita subjetiva y objetivamente el concepto de delincuencia organizada, entendido como criterio de selección de casos.

c. CRITERIOS COMPLEMENTARIOS:

A los criterios subjetivo y objetivo señalados, se le añaden otra clase de criterios complementarios de oportunidad que surgen no sólo de la limitación de recursos y tiempo y el análisis de la capacidad de impacto del caso, sino también de la posición de la CICIG como actor político en Guatemala. Algunos de los criterios complementarios que se utilizan conjunta o alternativamente, en función del caso, son:

Criterio de factibilidad:

Este criterio evalúa la información disponible del hecho en relación a la probabilidad real de recabar la faltante. Tiene en cuenta factores como el tiempo transcurrido desde la comisión del hecho, la existencia o no de testigos localizables o su disposición a cooperar con la investigación entre otros.

Criterio de necesidad:

Este criterio considera si el Estado tiene o no la capacidad de responder efectivamente ante ciertos delitos por medio del Ministerio Público con su propia capacidad instalada o si el caso cuenta ya con la intervención de un querellante adhesivo particular capaz de impulsar la investigación en aquellas ocasiones donde exista una falencia del ente investigador. Al analizar preliminarmente una investigación, es posible detectar si el caso podrá resolverse exitosamente gracias a la buena investigación del fiscal a cargo o con el acompañamiento del agraviado, haciendo innecesaria la participación de la CICIG.

Criterio material o de viabilidad de la intervención de la CICIG:

Una característica de los delitos propios de la criminalidad organizada es su complejidad operativa. Ante casos de muy elevada complejidad operativa la investigación y persecución penal puede requerir más tiempo y más recursos de los que puede disponer la CICIG. El lugar operativo de la criminalidad organizada es determinante para la CICIG, en tanto que la investigación de los casos en determinadas zonas del país requiere una inversión de recursos materiales y humanos muy ele-

vada, poniendo a prueba el alcance operativo de la CICIG en el territorio de Guatemala, así como su capacidad de proveer la protección adecuada a su personal.⁴⁴ En otros casos la complejidad operativa se expande transnacionalmente, por lo que ante un mandato territorialmente limitado, el caso puede requerir cooperación en materia de investigación criminal para recabar información de casos que se persiguen penalmente en Guatemala.

Este criterio material busca obtener el máximo resultado posible con el mínimo de recursos. Es por ello que algunos casos muy complejos, que requerirían invertir a una parte importante del recurso humano, de tiempo, despliegue territorial y de recursos materiales, no resulta viable en el desarrollo de un mandato de esta naturaleza.

Relevancia o impacto social del hecho:

Dado que la CICIG sólo puede intervenir en un limitado número de casos, los mismos deben ser capaces de tener una relevancia social evidente, además de ser capaces generar el impacto social y político necesario, demostrar que la justicia es posible, devolviendo la confianza de la población en las instituciones del sector justicia y enviando un claro mensaje disuasorio y ejemplificador, en el sentido de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, independientemente de la condición social, económica o de cualquier índole, así como la igualdad de acceso a la justicia para todos sin discriminación.

Criterio de riqueza didáctica:

La calidad de un caso en el sentido de criterio de selección de casos se refiere a la capacidad del caso para iniciar o asentar buenas prácticas de investigación, persecución y/o jurisprudencia que promueva principios y valores fundamentales de justicia. La CICIG, a diferencia de otros órganos de investigación y control, tiene funciones más amplias que las propiamente derivadas de la investigación y persecución penales. El mandato de la CICIG tiene facultades para proponer reformas en el área legislativa y judicial, lo cual puede desarrollar de forma académica o directa, por medio de comentarios técnicos generales sobre normas y prácticas vigentes, o por medio de los casos mismos, de forma práctica y ejemplarizante.⁴⁵ De ambas formas se puede contribuir al fortalecimiento legal y judicial, siendo el segundo el componente innovador propio de la CICIG, frente a otros organismos internacionales, y una de las herramientas más contundentes para el relacionamiento político y técnico de la CICIG en la promoción y apoyo a la lucha contra la impunidad.

⁴⁴ Esta es la razón para que CICIG haya hecho la propuesta legislativa de creación de Juzgados de Competencia Penal en Casos de Mayor Riesgo, para poder dar una adecuada protección a los jueces que eventualmente deberán juzgar este tipo de hechos y garantizar así su independencia.

⁴⁵ Este es uno de los valores agregados que tiene el que la CICIG cuente con destacados penalistas y expertos internacionales en diversas áreas, tales como la investigación financiera y el análisis estratégico, quienes por medio del acompañamiento en todas las etapas del proceso, deben ser capaces de transferir los conocimientos a los operadores locales.

Criterio político:

La CICIG es un actor político asentado en la sociedad guatemalteca, que goza de gran credibilidad técnica y social, consecuencia directa de las habilidades técnicas del equipo multidisciplinario que compone la CICIG, así como de los resultados obtenidos en los dos primeros años de mandato.⁴⁶ Así las cosas, algunos de los casos que investiga y persigue la CICIG derivan de solicitudes expresas de los más altos rangos institucionales, tales como el Presidente de la República o el Fiscal General. Estas solicitudes obedecen a razones de gobernabilidad, estabilidad política y certeza jurídica, necesarias para la débil institucionalidad guatemalteca y responden a una realidad política que no necesariamente se rige por los criterios formales de selección de casos anteriormente descritos.

2. Evaluación de los casos

En este orden de ideas, la selección de casos debe cumplir no sólo con los criterios subjetivo y objetivo, junto con algunos de los complementarios mencionados anteriormente, sino que debe orientarse de forma integral a la selección de casos de calidad, teniendo en cuenta los siguientes puntos de evaluación:

a. Valor técnico:

Se valora si el caso en abstracto tiene la riqueza y calidad mínimas para poder presentar doctrina y jurisprudencia penal avanzada y/o compleja. Igualmente, se buscan casos donde los hechos cometidos por la estructura criminal no sean burdos o claros, sino más bien, una suerte de “crimen perfecto” que obligue a aplicar una lógica jurídica y técnica de investigación criminal de alto nivel pues para ello la CICIG cuenta con expertos internacionales de reconocido prestigio en sus áreas de especialización.

Además, para considerar el valor técnico de un caso en lo concreto, se tienen en cuenta otras variables como: *la coherencia del caso, esto es, las características del caso* en el marco de los objetivos del mandato; *el grado de responsabilidad individual*, es decir, la posibilidad de fundamentar teniendo en cuenta tanto el grado de autoría o participación como las condiciones especiales de procesamiento requeridas (inmunidades); además se tienen en cuenta otras condiciones judicial (capacidad de neutralizar la intervención penal por medio de abuso de recursos, amparos u otros) o de procedimiento (disponibilidad de pruebas y de testigos, la posibilidad de arresto, la necesidad de extradición) que pueden contribuir u obstaculizar el avance del proceso penal en Guatemala.

⁴⁶ Cfr. CICIG, Dos años de labores: Un compromiso con la justicia. Disponible en: http://cicig.org/uploads/documents/dos_anos_de_labores_un_compromiso_con_la_justicia.pdf

b. Valor ilustrativo:

Además de poseer valor técnico, el caso seleccionado debe ser capaz de mostrarse como modelo o caso tipo de una manera ilustrativa o ejemplarizante. Por un lado, el valor ilustrativo que se busca supone encontrar un componente didáctico. En tanto que el caso seleccionado debe ilustrar en el sentido de poseer potencial educativo. En Guatemala, muchos casos no avanzan en el sistema de justicia por las debilidades técnicas en el manejo de la investigación y persecución penales de este tipo de criminalidad. Otros muchos se paralizan por la permeabilidad de las influencias políticas, económicas o de otra índole, así como por la infiltración misma del crimen organizado en las instituciones. Así las cosas, al seleccionar un caso se busca además una función didáctica para la institución en el sentido de fortalecer sus capacidades técnicas por medio del requerimiento de todo aquello que es debido conforme a los más altos estándares exigibles. Esto pone a prueba el sistema de justicia y se le exige la implementación de todo su potencial para demostrar al Ministerio Público y a la población el buen uso de los medios legales y procesales existentes.

Por otro lado, el valor ilustrativo buscado implica que los hechos deben mostrar una determinada faceta del tipo de criminalidad relacionada directa o indirectamente con los grupos criminales definidos por el mandato de la CICIG, por un lado; y además, deben tener la capacidad de ilustrar la ubicación, estructura y los móviles de las organizaciones ilegales y clandestinas de seguridad, incluyendo el tipo y volumen de sus interacciones económicas; mostrando en definitiva la capacidad para generar impunidad que poseen, por medio de injerencias directas o indirectas (aprovechando la disposición a la corrupción de los involucrados), neutralizando y/o eludiendo cualquier tipo de responsabilidad, investigación y/o condena. En definitiva, los casos seleccionados demuestran el potencial del propio sistema de justicia para desarticular este tipo de criminalidad, y por ende, la posibilidad real de combatirlo en el corto y medio plazo. Lo que en el largo plazo conlleva una oportunidad para consolidar el sistema de seguridad y justicia sólido, eliminando la impunidad y fortaleciendo el Estado de derecho en Guatemala.

3. Implementación de la estrategia de investigación y persecución penal

La implementación de la estrategia de investigación y persecución penal de la CICIG, a través del proceso de selección de casos, ha ido evolucionando y perfeccionándose con el tiempo. En general el trabajo de la CICIG puede dividirse en dos momentos: un primer momento de instalación y un segundo momento de consolidación.

En el primer momento, cuando la CICIG inició, se contaba con un grupo extremadamente reducido de abogados y policías internacionales, que no estaban

organizados ni separados en las actuales unidades de investigación, de litigio o de información y análisis. La CICIG tampoco contaba con una Fiscalía Especial de Apoyo al Ministerio Público. En esta primera etapa, los casos eran recibidos de acuerdo a la confiabilidad de la fuente que proporcionaba la información.

En esta etapa de instalación fue necesario analizar un gran número de casos. La mayoría no estaban relacionados con el mandato de la CICIG, debido al desconocimiento que los actores sociales tenían del mismo. En otros casos, la información desviaba el trabajo de la CICIG de sus objetivos fundamentales o concentrando su interés en actos que no planteaban el espectro criminal complejo, sino parcializado hacia un determinado tipo de criminalidad común o en beneficio de determinado sector. No obstante, el examen de tantos casos permitió a la CICIG dimensionar el alcance real de la criminalidad organizada a la cual se enfrentaba, sus manifestaciones, su interacción con otros actores y la respuesta del sistema de administración de justicia y seguridad.

La admisibilidad de los casos se discutía en un grupo focal, dirigido por un investigador legal de amplia experiencia y compuesto por investigadores auxiliares, encargados de realizar una recomendación después una investigación preliminar. Esta investigación preliminar pretendía recabar los elementos suficientes para analizar los objetivos estratégicos e ilustrativos que podía ofrecer el caso concreto, determinando si podía ser o no un caso paradigmático;⁴⁷ es decir, el grupo focal tenía la función de determinar el impacto posible de la investigación del caso en Guatemala y su sistema de justicia, buscando casos que estratégicamente pudieran contribuir a la desarticulación del crimen organizado en sí mismos, más allá de mostrar que una investigación bien dirigida puede arrojar buenos resultados y probablemente una condena.

En esta fase se hablaba de un “triángulo de hierro de la corrupción”, que se refería a la capacidad de generar impunidad que tenían determinadas personas pertenecientes o relacionados con las esferas influyentes de la clase política, empresarial e institucional. Pues se consideró el gran efecto que podía tener la investigación y procesamiento de personas “poderosas”, que hasta el momento no parecían estar sujetas a la ley.

El valor ilustrativo de los casos se interpretaba en el sentido de considerar aquellos casos que permitieran identificar factores institucionales que conllevaran o promovieran la impunidad. En consecuencia, se privilegiaron casos que involucraban a operadores del sistema de justicia (fiscales, jueces, abogados defensores); para lo cual se revisaron casos donde se había afectado el debido proceso con las irregularidades e ineficiencias de los operadores de justicia. Cabe señalar que en esta

⁴⁷ En la definición de caso paradigmático se incluía su capacidad de tener un efecto de prevención general y prevención especial, que mandaran un mensaje claro de no repetición de estos hechos en el futuro y que fortalecerían el sistema de justicia, devolviendo la confianza en el mismo a la población guatemalteca.

categoría ingresaron un importante número de casos, los cuales fueron analizados y posteriormente archivados, pues documentaban procesos judiciales cuyas etapas ya habían precluido. Estos casos, que requerían una revisión administrativa, permitieron identificar problemas en la gestión de la investigación y gestión judicial, sustentando denuncias administrativas de ciertos funcionarios que incurrieron en presuntas infracciones administrativas y/o disciplinarias, que propiciaron en algunos casos su destitución conforme a proceso. Así mismo, sirvieron de base para las propuestas de reforma legislativa y de política pública presentadas por la CICIG.

El cambio en el proceso de selección de casos, se produjo a partir de la especialización y el establecimiento de la Unidad de Análisis e Información y de la Unidad de Litigio, a lo que sin duda contribuyó la incorporación de oficiales legales nacionales (abogados guatemaltecos) con experiencia en litigio. Aunque en un principio se pensó que los oficiales nacionales intervinieran sólo en etapas procesales avanzadas, las dificultades de acreditación de los oficiales internacionales (abogados internacionales) para ejercer el derecho en Guatemala junto al valor agregado que suponía la incorporación de la experiencia procesal y legal de los oficiales nacionales, éstos se fueron reclutando e incorporando progresivamente en cada uno de los grupos focales. En esta etapa, la CICIG empezó a consolidar su estrategia de investigación y persecución penales. En este momento, fue más importante valorar la viabilidad del caso, considerando las posibilidades reales de obtener resultados en el corto plazo del mandato,⁴⁸ buscando la declaratoria judicial de la responsabilidad penal de personas pertenecientes o con vínculos en el crimen organizado. Así las cosas, el trabajo vino a girar en torno a los casos mismos, en lugar de alrededor de grupos focales. A lo interno de la Unidad de Investigación se establecen áreas especializadas por razón de la materia, tales como investigación financiera, legal y policial. Además, se consolida una Unidad de Información y Análisis encargada del desarrollo y generación de información adecuada para conectar los casos, en función del desarrollo de un análisis macro de la delincuencia organizada en Guatemala. Consecuentemente, la Unidad de Litigio, conformada por abogados guatemaltecos de la Unidad de Investigación, para acompañar los casos que ya están llevados a los tribunales penales. Todos los profesionales de estas diversas especialidades, se reunían como equipos de trabajo en torno a casos, conectándose aquellos con similares características o aquellos donde ya se ha determinado que son diversas manifestaciones de la misma organización criminal.

En esta segunda etapa, además se crea y consolida un canal de denuncia directa a través de un número de teléfono, una dirección de correo electrónico, un apartado postal difundidos públicamente y de la propia UEFAC. Este canal permite además recibir información complementaria sobre los casos que públicamente se conoce

⁴⁸ En ese momento la CICIG se encontraba en sus primeros dos años de mandato, y la posibilidad de renovación del mismo no era una realidad cercana y/o discutida todavía.

que investiga la CICIG.⁴⁹ El elevado número de denuncias que se reciben a diario⁵⁰ conlleva la implementación de criterios de selección cada vez más estrictos, dada la elevada expectativa de la sociedad guatemalteca. Por otro lado, la recepción de más de cien denuncias al mes, ha obligado a la CICIG a establecer un filtro previo de *admisibilidad*, que se realiza antes de la mencionada investigación preliminar. En esta etapa previa, pese a las limitaciones de información, se evalúan los elementos básicos de la denuncia, y se depuran aquellos casos que no encuadran en el mandato de la CICIG, los cuales si son susceptibles de constituir delito se trasladan al Ministerio Público. Los casos que no constituyen ilícitos se devuelven a los denunciantes; para el caso de denuncias anónimas, la información queda archivada.

Para el caso de las denuncias que caben dentro del mandato y son susceptibles de constituirse en caso para la CICIG, éstas se trasladan al Jefe de Investigaciones, quien define un equipo para realizar una investigación preliminar. Esto es, actualmente, después del primer filtro de admisibilidad, la selección de casos se sigue basando en la *investigación preliminar*, a cargo de oficiales legales internacionales experimentados; los cuales analizan e investigan la concurrencia de los criterios anteriormente descritos. Este proceso concluye con una recomendación preliminar del oficial legal responsable, quien sugiere al Jefe de Investigaciones continuar con la investigación del caso o archivarlo. El Jefe de Investigaciones entonces presenta y recomienda al Comisionado la investigación y persecución de los hechos denunciados. La decisión sobre los casos que selecciona la CICIG para intervenir es siempre consecuencia de la decisión del Comisionado. Después de esta decisión, el Jefe de Investigaciones define un grupo de trabajo compuesto por oficiales legales nacionales e internacionales, quienes llevan a cabo diligencias de investigación complementarias construyendo el caso, y subsiguientemente litigándolo ante los tribunales nacionales.

4. Intervención de la CICIG en el proceso penal

La CICIG no tiene facultades para iniciar un proceso penal por sí sola, sino que debe hacerlo a través del Ministerio Público (Fiscalía), que ostenta el monopolio de la acción penal pública.⁵¹ Así, los criterios antes mencionados se utilizan no sólo para la selección de casos, sino también para determinar el grado de intervención de la CICIG en el proceso penal, una vez el caso ha sido seleccionado. En cualquier caso, es importante señalar que la decisión de en qué grado y cómo interviene

49 Cfr. Casos en la página web de la CICIG, disponible en: <http://cicig.org/index.php?page=casos>.

50 A diario se reciben una media de 20 a 30 comunicaciones, de los cuales un 5% aproximadamente son denuncias propiamente. El resto pueden ser preguntas acerca de comunicaciones anteriores, críticas, felicitaciones o simples comunicaciones de la población. Este número estimado varía en aquellos momentos en que se conoce públicamente que la CICIG está investigando un caso determinado o cuando se involucra en un proceso público con alta cobertura mediática. En estos casos, el número de comunicaciones se incrementa de forma exponencial.

51 El artículo 251 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que el Ministerio Público “le corresponde el ejercicio de la acción penal pública”.

la CICIG en un determinado caso, a fin y al cabo siempre es una decisión política y estratégica del Comisionado.

La CICIG ha desarrollado e implementado un sistema de grados de intervención en el proceso penal, en el cual se consideran tres niveles:

- Nivel bajo: acompañamiento técnico al fiscal responsable del caso en el Ministerio Público;
- Nivel medio: asignación del caso a la Unidad de Fiscalía Especial de Apoyo a la CICIG (UEFAC);⁵²
- Nivel Alto: intervención directa de la CICIG como querellante adhesivo⁵³.

En primer lugar, el acompañamiento técnico directo es una forma de fortalecimiento e intervención en la investigación penal, que en última instancia depende y se dirige por el fiscal responsable del caso, asignado por el Ministerio Público. Igualmente, en el caso de la intervención en nivel medio, la última decisión y la dirección y control de las diligencias reside en los fiscales del Ministerio Público, que han sido asignados a la UEFAC por el Fiscal General, ante quien responden finalmente.⁵⁴

Es importante reiterar que la UEFAC se instala dentro del Ministerio Público y opera como una Fiscalía Modelo. Los fiscales guatemaltecos que la conforman, no son personal de la CICIG, sino seleccionados y formados continuamente por la CICIG, constituyéndose en un grupo de trabajo élite dentro de su propia institución.⁵⁵ Aunque implementan sistemática y directamente las buenas prácticas y/o técnicas trasladadas por los oficiales internacionales (fiscales y abogados de experiencia en sus países de origen) de la CICIG, la dirección de la investigación depende de ellos, como fiscales que son, y responden jerárquicamente al Fiscal General. Consecuentemente, el grado de intervención de la CICIG en un proceso penal por medio de la UEFAC no es completo. No obstante constituye un modelo de fortalecimiento institucional novedoso, efectivo y profundo, capaz de dejar capacidades instaladas dentro de la Fiscalía que pueden seguir implementándose más allá de la duración del mandato de la CICIG.

En tercer lugar, la CICIG está facultada para intervenir como querellante adhesivo en cualquier proceso penal nacional. Este es el tipo de intervención más alta para el cual está facultada la CICIG. La figura del “querellante adhesivo” es un tipo de acusador particular que se adhiere a la persecución pública monopolizada

52 La decisión de asignar el caso a la UEFAC es producto de una decisión conjunta del Comisionado de la CICIG y el Fiscal General, dado que esta fiscalía es parte del Ministerio Público y está formada por fiscales de carrera nacionales.

53 La figura del “querellante adhesivo” es un tipo de acusador particular, definido por el artículo 116 del Código Procesal Penal (reformado por el Decreto 79-97).

54 La UEFAC se instala dentro de la estructura orgánica del Ministerio Público bajo la dirección del Fiscal General y Jefe del Ministerio Público; pues la institución opera bajo los principios de unidad y jerarquía, donde el monopolio de la persecución penal es ejercida por el Fiscal General quien delega su representación. Es una institución única e indivisible que se organiza jerárquicamente, y en la actuación de cada uno de sus funcionarios está representado íntegramente (Cfr. Disponible en: <http://cicig.org/index.php?page=fiscalia-especial>)

55 La UEFAC está compuesta por cuatro agencias fiscales del Ministerio Público, cada una con 1 agente fiscal y 3 auxiliares fiscales.

por el Ministerio Público. No obstante, tiene la facultad de provocar la persecución penal o adherirse a la ya iniciada por el Ministerio Público. Puede colaborar y apoyar al fiscal en la investigación de los hechos, solicitando la práctica y recepción de pruebas, incluidas las pruebas anticipadas, así como cualquier otra diligencia necesaria. En el caso de discrepancia entre el querellante y el fiscal en cuanto a una decisión de éste último, el querellante adhesivo puede acudir al juez, quien después de una audiencia resuelve determinando las diligencias que deben practicarse.⁵⁶ A la fecha,⁵⁷ la CICIG está constituida como querellante adhesivo en trece procesos penales donde se trata de delitos como extorsiones, detenciones ilegales, ejecuciones extrajudiciales, asesinatos, femicidios, narcotráfico, trata de personas, corrupción, peculado, lavado de dinero, cohecho, abuso de autoridad, incumplimiento de deberes, conspiración o asociaciones ilícitas, entre otros.

⁵⁶ *Código Procesal Pena*, art. 116 del (reformado por el Decreto 79-97).

⁵⁷ Junio 2010.

IV. Conclusiones

La experiencia de la CICIG como iniciativa internacional de investigación y persecución criminal demuestra la importancia que tiene el establecimiento de criterios de selección de casos concretos a fin de poder llevar a cabo una estrategia de persecución penal sólida, coherente y conocida a fin de poder acercarse a la población e institucionalidad meta, implementando efectivamente su mandato en el tiempo señalado.

Así las cosas, cualquier iniciativa internacional de investigación debería partir de la interpretación de su mandato para establecer los criterios de selección de casos, más allá del análisis de admisibilidad de los casos. En el caso de la CICIG o en otros con mandatos amplios y/o ambiguos es importante delimitar el alcance de todos los términos contenidos, sin que esto limite las facultades otorgadas por las partes contratantes y de modo que la posibilidad de cumplir el mandato no se vea afectada. En cualquier caso, la definición de los casos que caben dentro de un mandato de investigación criminal permite establecer las debilidades, obstáculos y desafíos reales de las instituciones de la justicia del país al cual se ofrecen los servicios de apoyo, fortalecimiento y asistencia.

La estrategia de investigación y persecución penales de la CICIG ha ido evolucionando a lo largo de la implementación de su mandato. De este modo, los criterios de selección de casos no han sido estáticos, si no que han ido definiéndose progresivamente de forma dinámica, adaptándose a las circunstancias políticas, sociales e institucionales de Guatemala. La CICIG ha tenido en cuenta criterios objetivos, subjetivos y otros complementarios, como la factibilidad, necesidad, viabilidad, relevancia o capacidad didáctica o de impacto del caso. Esto es, además de tener en cuenta el alcance sustantivo y temporal del mandato, es necesario responder y poder adaptarse a la capacidad de respuesta del Estado, procurando en todo momento seleccionar casos de impacto, que puedan cumplir con una función didáctica e ilustrativa para el Estado, sus instituciones y la sociedad en general.

No obstante, y aunque la flexibilidad y adaptabilidad de los criterios de selección de casos devienen fundamentales a la hora de asegurar la transferencia de las capacidades instaladas y/o mostradas por cualquier iniciativa internacional de investigación localizada sobre el terreno y con aspiraciones de tener resultados y cumplir con la expectativa de la sociedad e institucionalidad a la que apoya y fortalece, la definición de criterios flexibles y dinámicos no garantiza la obtención de resultados. En el caso concreto de la CICIG, la investigación y persecución criminal de cuerpos ilegales y clandestinos de seguridad ha requerido la instalación e implementación por parte del Estado de medidas complementarias al proceso investigador y penal, tales como un adecuado programa de protección a testigos, mecanismos especiales de investigación (escuchas telefónicas, las entregas vigiladas o agentes encubiertos); o reformas legales en materia de investigación y procedimiento judicial.

En conclusión además de establecer criterios de selección de casos dinámicos, el éxito de cualquier iniciativa internacional de investigación, particularmente de aquellas de facultades independientes y/o de autonomía de inicio de la acción penal, depende no sólo de la adaptabilidad, flexibilidad y oportunidad de los criterios de selección escogidos, sino de la existencia de una verdadera voluntad política y compromiso por parte del Estado receptor, quien debe implementar una serie de medidas complementarias, siguiendo las recomendaciones y buenas prácticas compartidas por la organización internacional. Sólo así puede ser posible implementar completamente un mandato de fortalecimiento de estado de derecho, consolidando la transferencia efectiva de capacidades en las instituciones nacionales y asegurando la sostenibilidad del valor agregado por la organización internacional en el proceso de investigación y persecución penales más allá del tiempo y límites del mandato establecido.

Criterios para la priorización y selección de casos de crímenes internacionales nucleares: la situación en los países bajos

DR. RUTH A. KOK¹

I. Introducción

Como anfitrión de la Corte Penal Internacional y firme promotor de La Haya como capital legal del mundo, el gobierno de los Países Bajos ha insistido en que debe desempeñarse como luchador contra crímenes internacionales.² Este artículo centrará su atención en las prácticas Holandesas de investigación y persecución de los llamados “crímenes internacionales extraterritoriales”. Se empezará en el apartado 2 con la definición de dichos crímenes. En el apartado 3 se establece el marco jurídico aplicable, seguido por un panorama de las autoridades investigativas, fiscales y judiciales que se tratarán en el apartado 4. En el apartado 5 se analiza la jurisprudencia y se exponen índices ilustrando el número de casos en las diferentes fases del proceso. En el apartado 6 se establece el principio de discreción acusatoria, el principio de complementariedad, seguido por el principio *aut dedere aut judicare*. En el apartado 7 se continúa con los criterios de investigación utilizados en la selección de casos. En el apartado 8 se concluirá con algunas observaciones finales.

Traducción. John E. Zuluaga Taborda, (Universidad de Antioquia/Becario del DAAD para estudios de LLM y Doctorado en la Georg August Universität Göttingen.

1 Dr. Ruth A. Kok es funcionaria judicial en la Corte Suprema de los Países Bajos y Juez Suplente en la Corte Distrital de Alkmaar. Obtuvo su título de doctor con la tesis “La no aplicabilidad de limitaciones estatutarias en el derecho penal internacional”, La Haya: TMC Asser Press, 2007.

2 VAN DEN HERIK, L. *International Criminal Law Review* 9, 2009, p. 215.

II. Crímenes internacionales extraterritoriales

1. Extraterritorial

Los llamados “crímenes internacionales extraterritoriales” que aquí se consideran, han sido cometidos usualmente fuera de los Países Bajos. Las investigaciones se llevan a cabo tanto en los Países Bajos como en otros lugares; los actos de persecución se realizan en territorio Holandés, pero a menudo también en otros sitios, y los acusados llegan a ser juzgados ante Cortes Holandesas. En algunos de estos casos, ni el acusado ni la víctima poseen la nacionalidad Holandesa, como tampoco se requiere que exista un vínculo directo necesario con los Países Bajos.

2. Crímenes internacionales (nucleares)

Una distinción puede ser hecha entre “crímenes internacionales nucleares” y otros crímenes “internacionales”. Genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra son usualmente referidos como crímenes internacionales nucleares.³ Una característica primaria es que ellos han sido definidos en Estatutos de varios Tribunales internacionales, tales como los Estatutos del Tribunal Militar Internacional de Núremberg⁴ y del Tribunal Militar para el Lejano Oriente,⁵ los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia⁶ y Ruanda,⁷ el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998, y en específicos instrumentos internacionales, tales como la Convención contra el Genocidio⁸ y los Convenios de Ginebra,⁹ y por otra parte ha sido reconocido por la Comisión de Derecho Internacional en los artículos 17, 18 y 20 del código preliminar de crímenes contra la paz

3 El crimen de agresión - también perteneciente a esta categoría - no será discutido. El Artículo 6 (a) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional prevé la punibilidad del delito de agresión. Por otra parte, está contenida en el artículo 16 del Código preliminar de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de la comisión de derecho internacional. El Estatuto de la CPI de 1998 en el artículo 5 estipula que la Corte ejercerá su jurisdicción sobre ese crimen una vez sea definida la disposición que estipula su adopción mediante una modificación de los Estatutos. Recientemente, el 11 de junio de 2010, la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma (que tuvo lugar en Kampala, Uganda), aprobó por consenso las enmiendas al Estatuto de Roma, en las que se incluye una definición del crimen de agresión y un régimen en el que se establece cómo la Corte ejercerá su competencia sobre este delito. Las condiciones para la entrada en vigor de lo decidido en Kampala disponen que la Corte no podrá ejercer su jurisdicción sobre el delito hasta el 1 de enero 2017, momento en el que los Estados Partes deben tomar la decisión de activar la jurisdicción.

4 *Estatuto del Tribunal Militar Internacional*, 59 Stat. 1544, 1546, 82 UNTS 279, 284 (en adelante Carta del TMI en Nuremberg).

5 *Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente*, 19 Enero 1946, TIAS 1589 (en adelante Carta de el TMILO).

6 *Estatuto para el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia*. SC Res. 808, UN SCOR, 48th Sess., Annex, at 20, UN Doc. S/25274 (1993) (en adelante Estatuto TPIY).

7 *Estatuto para el Tribunal Penal Internacional para Ruanda*. SC Res., 955, UN SCOR, 49th Sess., UN Doc. S/Res/955 (1994) (en adelante Estatuto TPIR).

8 *Convención para la prevención y sanción del crimen de genocidio* 9 Diciembre 1948, 78 UNTS, 277 (en adelante convención sobre el genocidio).

9 *Convención de Ginebra*. 12 de Agosto de 1949: a) Convenio para el mejoramiento de la condición de los militares de las fuerzas armadas heridos o enfermos en campaña (Ginebra I), 75 UNTS 31; b) Convención para el mejoramiento de la condición de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Ginebra II), 75 UNTS 85; c) Convención relativa al tratamiento de prisioneros de guerra (Ginebra III), 75 UNTS 135; Convención relativa a la protección de personas civiles en tiempos de guerra (Ginebra IV), 75 UNTS 287 (en adelante Convenciones de Ginebra).

y la seguridad de la humanidad del año 1996.¹⁰ Además, crímenes internacionales nucleares envuelven la violación no solo de normas de tratados internacionales, sino también del derecho internacional consuetudinario. Otros crímenes internacionales son el crimen de tortura, desaparición forzada y otras violaciones a derechos humanos correspondientes a la macro-criminalidad. Tratados de derechos humanos, destacadamente la convención de la ONU del año 1984 contra la tortura y otros tratos ó castigos crueles, inhumanos o degradantes,¹¹ el pacto internacional de derechos civiles y políticos,¹² la convención europea¹³ y americana de derechos humanos,¹⁴ prohíben las conductas que infringen ciertos valores considerados importantes por la comunidad internacional en su conjunto y en consecuencia obligan a todos los Estados y personas. El término “crímenes internacionales” puede causar confusión, ya que también incluye los delitos transnacionales, como el apoderamiento ilícito de aeronaves,¹⁵ o el tráfico ilícito de estupefacientes,¹⁶ que no serán analizados en este trabajo.¹⁷

3. Archivos referentes al Art. 1F y no relativos al Art. 1F de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados

Los casos de “crímenes internacionales extraterritoriales” tratados por las autoridades Holandesas de investigación y enjuiciamiento se pueden dividir en dos categorías. La primera categoría de casos implica sospechosos de nacionalidad Holandesa u otra, con domicilio en los Países Bajos, que están acusados por la comisión de crímenes internacionales (nucleares) cometidos en el extranjero. La segunda categoría de casos consiste en los llamados archivos del art. 1F de la Convención sobre Refugiados. Estos casos implican los solicitantes de asilo que residen (legal o ilegalmente) en los Países Bajos, acusados de la comisión de crímenes internacionales (nucleares) en el extranjero cuya protección como refugiados ha sido rechazada sobre la base del art. 1F de la Convención sobre Refugiados de 1951.¹⁸ El artículo 1F de la Convención sobre Refugiados de 1951 niega protección como refugiado

10 Código preliminar de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad del año 1996. 6 de Mayo al 26 Julio 1996, UN GAOR, Supp. No. 10, UN Doc. A/51/10.

11 Convención contra la tortura y otros tratos o sanciones crueles, inhumanos o degradantes. 10 Dic. 1984, UN GA Res. 39/46 (en adelante Convención sobre la tortura).

12 Pacto internacional de derechos civiles y políticos. 16 Diciembre de 1966, UN GA Res. 2200, 21 UN GAOR, Supp. No. 16, UN Doc. A/6316 (en adelante PIDCP).

13 Convención europea para la protección de derechos humanos y libertades fundamentales. Roma: 4 de noviembre de 1950, 218 UNTS 221, ETS No. 5 (en adelante CEDH).

14 Convención europea de derechos humanos. 22 de noviembre de 1969, OAS Official Records Ser. K/XVI/1.1, Doc. 65. (en adelante CADH).

15 Ver el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970 y el convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil de 1971 y su protocolo de 1988.

16 Diversos instrumentos internacionales establecen un marco jurídico internacional de este delito, entre ellos la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y su Protocolo de 1972, el Convenio de 1971 sobre Sustancias Psicotrópicas de 1988 y los Convenios de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Drogas Narcóticas y Sustancias Psicotrópicas.

17 Estos actos pertenecen a una violación del sistema jurídico nacional ordinario, sin embargo, usualmente exceden los límites y por lo tanto requieren cooperación judicial internacional y son regulados por tratados internacionales.

18 Convención relativa al estado de refugiados. 28 de Julio de 1951, entrada en vigencia el 22 de abril de 1954 (en adelante Convención de refugiados de 1951).

a las personas respecto de las cuales existan motivos fundados para considerar (a) que han cometido un delito contra la paz, un crimen de guerra o un crimen de lesa humanidad, definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos; (b) que ha cometido un grave delito sin carácter político, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada; o (c) que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas. Las cláusulas en el art. 1F de la Convención sobre Refugiados están diseñadas para excluir de protección a las personas que han cometido delitos muy graves fuera del Estado de asilo, a menudo en el país de origen. Las cláusulas también podrán aplicarse cuando los hechos se conozcan después de la concesión de un estado de refugiado. La carga de la prueba de exclusión del estado de refugiado está sobre el Estado de asilo. Es muy posible que los refugiados excluidos se protejan de la expulsión al país de origen o de un tercer Estado, por ejemplo debido a un riesgo de un trato prohibido por la Convención de la ONU contra la Tortura o la CEDH.

III. Marco legal de los crímenes internacionales extraterritoriales

1. La legislación antes de la Ley Penal Internacional de 2003

En 1943, el Gobierno Holandés en el exilio adoptó el Decreto 1943 sobre derecho penal en circunstancias excepcionales.¹⁹ El decreto apuntó a la persecución de crímenes - incluidos crímenes de guerra cometidos durante la Segunda Guerra Mundial - después de la guerra sobre la base de las disposiciones nacionales previstas en el Código Penal. En 1947, la Corte Especial de Casación sostuvo que el Decreto 1943 no se aplicaba a los miembros de la fuerza de ocupación extranjera.²⁰ Como consecuencia, el Decreto 1943 fue modificado por la Ley de 1947.²¹ Esta Ley incluyó el artículo 27a en el mencionado Decreto y consideró aquellas personas (militares) que habían cometido crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad a pesar de ser miembros de los militares o autoridades públicas del enemigo; ello refirió directamente al artículo 6, párrafos b y c de la Carta Anexa al Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.²² En 1952, el legislador aprobó la Ley sobre derecho penal en tiempo de guerra, declarando todas las violaciones de las Leyes y costumbres de la guerra como crímenes bajo el derecho Holandés.²³ Crímenes de lesa humanidad no fueron tipificados como tales. Los crímenes de guerra - tanto en el conflicto armado internacional, como en el interno - están sujetos a la jurisdicción universal.²⁴ En 1964, el legislador aprobó la Ley de implementación de la Convención sobre el Genocidio de 1948.²⁵ Esta no concedió la jurisdicción universal para las Cortes domésticas. La Ley de Implementación de la Convención

19 *Decreto sobre derecho penal en circunstancias excepcionales*. Besluit Buitengewoon Strafrecht, 22 de diciembre de 1943, Stb. 1953. 1943 D 61.

20 Swart and Klip, "International Criminal Law in The Netherlands", 1997, p. 30 refiriendo a la Corte Especial de Casación, 17 de Febrero de 1947, NJ 1947, 87 (Ahlbrecht). Extracto inglés en Annual Digest 1949, en pp. 396-398.

21 Modificación del *Decreto sobre derecho penal en circunstancias excepcionales*, Ley del 10 de Julio de 1947, Stb. Nr. H. 233, entro en vigencia el 26 de Julio de 1947.

22 *Ibidem*. Art. 27a: "Los que en el ejército enemigo, el Estado o servicio público, han cometido durante la guerra actual cualquiera de los crímenes de guerra o cualquiera de los crímenes contra la humanidad descritos en el art. 6, párrafos b y c de la Carta Anexa al Acuerdo para el Enjuiciamiento y el Castigo de los principales criminales de guerra del Eje europeo, firmado en Londres el 08 de agosto 1945 (UNTS vol. 82. No. 251) y promulgada en nuestro Decreto del 4 de enero de 1946, serán condenados a las penas correspondientes a tales delitos, si ellos también contienen los elementos de los delitos punibles con arreglo a la legislación holandesa (Código Penal Militar de 1903); Si tal crimen no contiene los elementos punibles con arreglo a la legislación holandesa, el autor del delito, sufrirá la pena correspondiente a la infracción que más se parezca bajo el derecho Holandés; Al superior que permita deliberadamente a uno de sus subordinados cometer tal delito será castigado con la misma pena."

23 *Ley de derecho penal en tiempos de guerra*. Wet Oorlogsstrafrecht, 10 de Julio de 1952, Stb. 1952, 408.

24 Cfr. *Ley holandesa de derecho penal en tiempos de guerra*, art.3, como fue confirmado por la Corte Suprema en los casos de Knesevic, 11 de Noviembre de 1997, NJ 1998, 463, y más recientemente en dos decisiones concernientes al rechazo de asilo de solicitantes afganos del 8 Julio de 2008, Case Nos. BC7418 y 7412. Disponible en: <http://www.rechtspraak.nl>.

25 *Ley de implementación de la Convención sobre Genocidio* de 1964, 2 de Julio de 1964, Stb. 1964, 243 y entrada en vigor el 18 de Septiembre de 1966.

contra la Tortura²⁶ entró en vigor en 1989. La aplicación retroactiva de esta Ley está prohibida, como lo subrayó la Corte Suprema Holandesa en su decisión del caso de Bouterse el 18 de septiembre de 2001,²⁷ ya que esto violaría el principio de legalidad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Holandesa, que no hace ninguna excepción para crímenes internacionales.²⁸

Hasta la fecha, todos los casos de crímenes internacionales extraterritoriales tratados por la Corte Distrital de La Haya se han basado en esta “vieja legislación”, ya que los crímenes en juego fueron cometidos antes de la entrada en vigor de la Ley Internacional de Crímenes de 2003, que será discutida en el siguiente punto.

2. La Ley de crímenes internacionales de 2003²⁹

A partir de la entrada en vigor de la Ley de Crímenes Internacionales de 2003 (en lo sucesivo: LCI 2003) el 1 de octubre de dicho año, las Cortes Holandesas pueden ejercer la jurisdicción universal restringida no sólo por los actos de genocidio, crímenes de guerra cometidos durante los conflictos armados internacionales, los crímenes de guerra cometidos durante los conflictos armados no internacionales, violaciones de las Leyes y costumbres de la guerra y la tortura, sino también respecto de los crímenes de lesa humanidad (incluyendo el delito de desaparición forzada como un crimen contra la humanidad³⁰). Además, el 9 de noviembre de 2009, un proyecto de Ley para la implementación de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas³¹ fue presentado al Parlamento, estableciendo la jurisdicción universal restringida por el crimen de desaparición forzada como tal.³² En la exposición de motivos de la LCI de 2003, el Gobierno declaró que se considera posible que otros crímenes internacionales, por ejemplo, el crimen de agresión, se incorporen a la LCI de 2003 en una fase posterior. El Estatuto de la Corte Penal Internacional guiará en este sentido.³³

Las definiciones de los delitos tienen su origen en las disposiciones incorporadas en los instrumentos internacionales, tales como el Estatuto de la Corte Penal

26 *Ley de implementación de la Convención contra la tortura* de 1988, 29 de Septiembre de 1988, Stb. 1988, 478, entrada en vigor el 20 de Enero de 1989.

27 La sentencia de la Corte Suprema de 18 de septiembre de 2001 en el caso de Bouterse se puede retomar en Inglés en *Netherlands Yearbook of International law* 32 (2001) 282-296; en Holanda en NJ 2002/559.

28 *Ibidem.* at §4.3.1. En cuanto a la aplicación del derecho internacional consuetudinario se refiere, el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 94 de la Constitución no permitía que los tribunales holandeses hagan caso omiso de las disposiciones legales nacionales en la medida que entran en conflicto con el derecho internacional consuetudinario (*ibidem.* en §§4.5 - 4.6).

29 AN ELST, R y BOOT, M. “*Key Provisions of the International Crimes Act 2003*”. NYIL 35: 2004, pp. 251 ss.

30 LCI de 2003, art 4-1 (i) jo. 4-2(d), establece la exigencia de: si tal delito se comete como parte de un ataque generalizado sistemático contra una población civil.

31 *Convenio Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*. New York, 20 de Diciembre de 2006 (aún no entrado en vigor).

32 Actas parlamentarias (TK), 2009–2010, 32 208, nr. 2, “Uitvoering van het op 20 december 2006 te New York tot stand gekomen Internationaal Verdrag inzake de bescherming van alle personen tegen gedwongen verdwijning (Trb. 2008, 173)”.

33 Actas parlamentarias (TK), 2001-2002, 28 337, nr. 3, p. 4.

Internacional, la Convención sobre el Genocidio, así como los Convenios de Ginebra y sus Protocolos; estos instrumentos, por lo tanto, sirven como punto de referencia en la definición o interpretación de las partes componentes de los delitos de acuerdo a la exposición de motivos.³⁴ La LCI de 2003, sin embargo, no contiene disposiciones relativas a la complicidad, conspiración, asistencia y encubrimiento; en la definición acerca de la medida en que el acusado ha participado en la comisión de un crimen internacional, se aplica el artículo común 91 del Código Penal Holandés. En este sentido los problemas pueden surgir cuando difiere la comprensión internacional y nacional de estos conceptos generales del derecho penal. En el caso de Frans van A., que se tratará más adelante, la Corte de Apelación de La Haya optó por una interpretación internacional del elemento de *mens rea* en la definición de complicidad en el genocidio, al considerar que no había pruebas más allá de una duda razonable entorno a que el acusado tenía conocimiento real de la intención especial de Saddam Hussein para destruir parte de la población kurda. Según la Corte, dicha prueba era necesaria según el derecho internacional. La LCI de 2003 no prescribe cuál interpretación debe ser preferida, si la internacional o nacional; además, la cuestión aún no ha sido completamente dilucidada por la jurisprudencia internacional y la doctrina.³⁵ En su comentario sobre el caso, Van der Wilt sostiene que, en situaciones de ambigüedad en las que la jurisprudencia internacional ofrece una orientación insuficiente, las Cortes nacionales pudieran recurrir mejor a su propio Derecho penal. En el derecho penal Holandés se extiende la *mens rea* del cómplice más allá del “conocimiento” de manera que cubra *dolus eventualis*, así, la aplicación del derecho interno puede haber afectado el resultado del caso.

Más allá, las normas nacionales de derecho procesal penal en materia de admisión de pruebas, el derecho a estar presente en el juicio, el papel del abogado defensor, por ejemplo, conforme a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal se aplican por igual en los juicios que se basan en la LCI de 2003.

3. Proyecto de Ley que modifica la Ley de Crímenes Internacionales 2003

En octubre de 2009, el Ministro de Justicia Holandés presentó al parlamento una propuesta de proyecto de Ley que modifica la LCI de 2003.³⁶ El proyecto de Ley, que no se ha introducido en el Parlamento aún, propone las siguientes tres enmiendas a la Ley.

En primer lugar, el proyecto de Ley tiene por objeto la implementación de la LCI de 2003 con carácter retroactivo, respecto al genocidio cometido después

³⁴ Actas parlamentarias (TK), 2001-2002, 28 337, nr. 3, p. 5.

³⁵ H.G. van der Wilt, ‘Genocide, Complicity in Genocide and International v. Domestic Jurisdiction: Reflections on the Van Anraat Case’, 4 JICJ (2006), pp. 239-257.

³⁶ Wetsvoorstel ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van internationale misdrijven, 6 de octubre de 2009. El proyecto de Ley y la exposición de motivos y el comunicado de prensa (en inglés) Disponibles en: <http://www.justitie.nl/actueel/nieuwsberichten/archief-2009/91006hirsch-ballin-zet-harder-in-op-vervolging-oorlogsmisdadigers.aspx?cp=34&cs=578>.

del 18 de septiembre de 1966, fecha de entrada en vigor de la Ley de implementación de la Convención sobre el Genocidio de 1964. En su explicación del proyecto de Ley el Ministro señaló que, en general, la aplicación retroactiva debería ser de manera limitada. El Ministro consideró inaceptable, sin embargo, que una persona cuya nacionalidad no es Holandesa, pero que está presente en los Países Bajos, y quien está acusada de la comisión de genocidio en otros lugares, no pueda ser procesada aquí por falta de jurisdicción. Hizo hincapié en que no enjuiciar un crimen no sería justo con las víctimas y sus familias, ya que el genocidio es considerado como uno de los delitos más graves en el sistema jurídico internacional. Una de las razones por las que la aplicación retroactiva de la jurisdicción sobre el delito de genocidio se contempla en el proyecto de Ley se refiere al hecho de que la gran mayoría de los casos de crímenes internacionales extraterritoriales se refieren a los denominados casos del 1F. Entre ellos se encuentran los refugiados que residan en los Países Bajos acusados de la comisión de genocidio en Ruanda en 1994, la guerra en Afganistán, especialmente en el período 1978-92, y el conflicto en la ex Yugoslavia. La modificación del principio de jurisdicción respecto al crimen de genocidio, no viola el principio de legalidad, según como lo comprendió la judicatura Holandesa y se estableció en el artículo 16 de la Constitución Holandesa y en el artículo 1 del Código Penal. El principio de legalidad, a menudo denominado con la máxima latina *Delictum nullum, nulla poena sine lege praevia poenali* implica que el castigo sólo es justificable si la amenaza de castigo ha precedido al acto, de lo contrario, el castigo no puede tener su función disuasoria. Sólo alguien que viola la libertad garantizada por el contrato social y amparada por la Ley penal, comete un delito.³⁷ Dado que el acusado debe conocer la ilegalidad de su acto, así como el castigo que vaya a recibir por violar la Ley antes de que cometa un delito, está prohibido tipificar como delito y determinar la sanción penal con efecto retroactivo. En consecuencia, el principio de legalidad prohíbe la legislación retroactiva por el legislador, así como su aplicación por la judicatura.³⁸ Si el delito es punible con arreglo al derecho internacional, pero no bajo la Ley nacional, la penalización retroactiva del crimen es también prohibida.³⁹ Al contrario, ampliar la jurisdicción con carácter retroactivo respecto al genocidio, está permitido, siempre y cuando se aplique respecto a un delito que ya era punible en el momento de su comisión. En el caso relativo al ruandés refugiado José M., la Corte Suprema hizo hincapié en esta norma.⁴⁰ Estoy de acuerdo con esta regla, ya que, después de todo, el acusado sabía o debería haber conocido la ilegalidad de su acto, así como el castigo que vaya a recibir por violar

37 BOOT, M. "Genocide, crimes against humanity, war crimes: nullum crimen sine lege and the subject matter jurisdiction of the international criminal court", Antwerpen, New York: Intersentia, 2002, p. 85.

38 *Ibidem*.

39 CORTE SUPREMA HOLANDESA. Actas parlamentarias (TK) 2001/02, 28 337, p. 24; 18 de Septiembre 2001, NJ 2002, 559.

40 La decisión de la Corte Suprema del 21 de Octubre de 2008, disponible en: <http://www.rechtspraak.nl> vía número BD6568 (en Holandés).

la Ley antes de que él haya cometido el delito de genocidio. Dado que el delito de genocidio es punible como tal ya desde el 18 de septiembre de 1966, cuando la Ley de implementación de la Convención de Genocidio de 1948 entró en vigor, como se discute *supra* párr. 3,1, la enmienda del proyecto de Ley por lo tanto no violaría el principio de legalidad.

En segundo lugar, el proyecto de Ley regula la entrega de personas que son acusadas de haber cometido genocidio o crímenes de guerra en los conflictos armados no internacionales, por los Países Bajos a los Estados contratantes. Para una política eficaz en los expedientes del 1F y en vista de la responsabilidad que los Países Bajos tienen como país anfitrión de varias Cortes y Tribunales internacionales, el Ministro considera que la extradición debe ser posible para todos los delitos internacionales, como se describe en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y la LCI 2003.

En tercer y último lugar, el proyecto de Ley contiene una disposición que permite a los Países Bajos atender las solicitudes razonables de las Cortes internacionales o Tribunales para hacerse cargo de los procedimientos penales. Hasta la fecha, de conformidad con el artículo 4a del Código Penal Holandés, los Países Bajos no pueden aceptar tales solicitudes de Cortes internacionales y Tribunales. El 21 de octubre de 2008, la Corte Suprema Holandesa determinó en el caso relativo al refugiado ruandés José M. que, según esta disposición, asumir una investigación penal sólo se permite cuando se trata de la solicitud de un Estado extranjero con el que los Países Bajos han firmado un tratado que prevé el enjuiciamiento en los Países Bajos.⁴¹ La solicitud del Fiscal del Tribunal para Ruanda de procesar a José M. en los Países Bajos por el genocidio cometido en Ruanda, no cumplía con los requisitos (un tratado firmado con un Estado extranjero) del artículo 4a del Código Penal de los Países Bajos. El efecto de esta decisión fue que José M no puede ser procesado en los Países Bajos por el genocidio, sino sólo por los crímenes de guerra y tortura. La nueva disposición está destinada a cambiar esta situación. Consciente del hecho de que los Tribunales internacionales se centran principalmente en la acusación de “sospechosos de alto nivel, y que su mandato es temporal, las Cortes internacionales cada vez más tratan de transferir parte de los casos (de bajo nivel) a las jurisdicciones nacionales como parte de las así llamadas estrategias de cumplimiento. Por la modificación del Código Penal Holandés, la transferencia de casos de un Tribunal a los Países Bajos se equipara con los procedimientos de entrega entre Estados nacionales.

41 La sentencia en este caso emitida por la Corte Suprema holandesa el 21 de octubre de 2008, disponible en: <http://www.rechtspraak.nl> via number BD6568 (en Holandés). Un resumen en inglés disponible en: <http://www.rechtspraak.nl/Actualiteiten/Archief/2008/10/The+Supreme+Court+of+The+Netherlands+has+ruled+that+Netherlands+Courts+have+no+jurisdiction+in+chrg.htm>.

IV. Autoridades concernientes

1. Las autoridades de investigación y enjuiciamiento

Desde 1994, hay una mayor atención para la investigación y persecución de crímenes internacionales extraterritoriales por los Países Bajos. Inicialmente, la atención se centró en los crímenes de guerra cometidos en la ex Yugoslavia. En 1998, la Comisión Nacional de Investigación de Crímenes de Guerra de Yugoslavia (el equipo NOJO, “Nationaal Opsporingsteam Joegoslavische Oorlogsmisdrijven”) recibió una nueva vida con una perspectiva más universal y reformada en el equipo NOVO (Nationaal Opsporingsteam Oorlogsmisdrijven, o Unidad de Investigación Nacional de Crímenes de Guerra).⁴² La unidad puede investigar los crímenes internacionales cometidos en cualquier lugar, sobre la base de una forma restringida de jurisdicción universal. Desde 2002, la persecución está asignada a la Fiscalía Nacional (Landelijk Parket) en Rotterdam: la unidad de crímenes internacionales del Servicio Nacional de Investigaciones Penales (NCIS; Nationale Recherche) está a cargo de la investigación. Ambos órganos cooperan con el Servicio de Inmigración y Naturalización (Immigratie-en Naturalisatie Dienst, IND), el Ministerio de Relaciones Exteriores, así como con colegas extranjeros y funcionarios de los Tribunales Penales Internacionales.

2. El poder judicial

De conformidad con el artículo 15 de la LCI de 2003, la Corte Distrital de La Haya está asignada exclusivamente para hacer frente a los crímenes internacionales extraterritoriales. La Corte Distrital de La Haya se ocupó - a excepción de un caso de un refugiado Congoleño -⁴³ de todos los casos de crímenes internacionales extraterritoriales.⁴⁴ Esta Corte ejerce una jurisdicción no sólo sobre los crímenes internacionales extraterritoriales punibles en virtud de la LCI de 2003, sino también sobre aquellos punibles de conformidad con las Leyes que cubren crímenes internacionales (como la Ley de implementación de la Convención sobre el Genocidio) aplicables a los delitos cometidos antes del 1 de octubre de 2003, como se consagra en la disposición sobre competencia del artículo 15 de la LCI de 2003 aplicable retroactivamente.⁴⁵

42 Evaluatie Plan van Aanpak opsporing en vervolging oorlogsmisdrijven, rapport Verwey-Jonker Instituut, diciembre de 2005, párr. 2.2.

43 La decisión de la Corte Distrital de Rotterdam del 7 de Abril de 2004 disponible en: <http://www.rechtspraak.nl> con el número AO7287 (en inglés). Ver también 53 *Ars Aequi* (2004), p. 729-736 (m.nt. G.G.J. Knoops).

44 Ver los casos discutidos supra infra en párr. 5. Además, la decisión de la Corte Distrital de la Haya del 14 de Septiembre de 2007 en el caso de el filipino José S disponible en: <http://www.rechtspraak.nl> con el número BB3482.

45 BEVERS, J.A.C. “*Inleidende opmerkingen*”, en: *Tekst & Commentaar* (Deventer: Kluwer, 2007), p. 434.

Según uno de los Magistrados de la Corte Distrital de La Haya, la adjudicación de esos crímenes ha estimulado algunas consecuencias para la Corte.⁴⁶ Los principales obstáculos para los jueces son el carácter complicado de los casos que se tratan, causados entre otros por el hecho de que la mayoría de los jueces no están familiarizados con el Derecho penal internacional, las complicaciones prácticas en el examen de testigos en el extranjero, así como la magnitud y complejidad de la archivos.⁴⁷ La absolución por la Corte de Apelación de La Haya en el caso de Guus K. sobre el fundamento de falta de pruebas, que se trata más adelante, ilustra con claridad las dificultades en el suministro de pruebas fiables.

La Corte de Apelación de La Haya esta asignada igualmente de manera especial para hacer frente a estos casos.⁴⁸ En definitiva, la Corte Suprema Holandesa se pronuncia sobre este tipo de casos. Cuando los procedimientos nacionales han llegado a su fin, un procedimiento de queja en la CEDH, en razón de que los derechos humanos del acusado han sido violados, por supuesto sigue siendo posible; hasta la fecha, sin embargo, dicha queja no ha sido tratada aún por la Corte. Tanto la Comisión Europea y la Corte de Derechos Humanos, sin embargo, no se han pronunciado respecto a los casos de crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, punibles en virtud de la Ley de derecho penal en tiempo de guerra, es decir antes de la entrada en vigor de la LCI de 2003.⁴⁹

46 VAN ROSSUM, R. "De berechting van internationale misdrijven in Nederland", en: 1 Militair Rechterlijk Tijdschrift (2007), p. 2.

47 DINJENS, E. en R.A. Kok, 'Art. 15 WIM', en: SDU Commentaar Strafvordering - Eindonderzoek (2008), pp. 351-354.

48 CORTE DE APELACIÓN DE LA HAYA. 29 de Enero de 2007, LJN: AZ7147 y LJN: AZ7143 (Afghaanse militairen Hesamuddin H. and Habibullah J.); 9 de Mayo 2007, LJN: BA4676 (Frans v. A.); 17 de Diciembre de 2007, LJN: BC0287 (jurisdicción sobre genocidio); 10 de Marzo de 2008, LJN: BC6068 (Guus K.).

49 Véase por ejemplo ECieHR, *Menten v. The Netherlands* (1982), Application No. 9433/81, DR 27, p. 233 (237).

V. Jurisprudencia sobre los crímenes internacionales extraterritoriales

Entre 1994, cuando es visible un creciente interés en la investigación y el enjuiciamiento de crímenes internacionales extraterritoriales, y noviembre de 2009 (momento de redacción de este artículo), ocho casos han sido llevados ante la Corte (un caso aún no está finalizado). Dos casos se referían a nacionales holandeses, seis a refugiados cuya solicitud de asilo había sido denegada con fundamento en el artículo 1F de la Convención sobre los Refugiados.

1. Jurisprudencia sobre los archivos no relativos al art. 1F de la Convención sobre Refugiados

La primera categoría contiene casos que envuelven a sospechosos de nacionalidad Holandesa o de otro tipo, presentes en territorio Holandés acusadas de haber cometido crímenes internacionales cometidos en el extranjero. Las investigaciones hasta ahora han dado lugar a una condena (final) y una absolución (no final) de un empresario Holandés. El 9 de mayo de 2007, la Corte de Apelación de La Haya condenó al nacional Holandés Frans van A. a una pena de 17 años de prisión por complicidad en crímenes de guerra cometidos por Saddam Hussein y otros.⁵⁰ En 1987 y 1988, durante la guerra contra Irán, el régimen iraquí llevó a cabo ataques aéreos en una serie de lugares en el norte de Irak e Irán, mediante el uso de armas químicas como el gas mostaza a gran escala, lo que causó la muerte o lesiones permanentes de muchos miles de kurdos e iraníes.

La absolución involucra al empresario Holandés Guus K., que supuestamente estuvo involucrado en crímenes de guerra en Liberia y Guinea, y la violación del embargo de armas Holandés que fue instituido en virtud de las Resoluciones del Consejo de Seguridad. La Corte Distrital de La Haya en primer lugar, absolvió al acusado de los cargos de crímenes de guerra, pero lo condenó por haber violado el embargo de armas holandeses, bajo la Ley Holandesa de Sanciones contra Liberia en 2001 y 2002.⁵¹ Tras una apelación tanto por el Ministerio Público y del acusado, la Corte de Apelaciones de La Haya, sin embargo, el 20 de marzo de 2008 absolvió

50 La decisión de la Corte Distrital de la Haya del 23 de Diciembre de 2005 disponible en: <http://www.rechtspraak.nl> con el número AU8685; la decisión de la Corte de Apelación de la Haya del 9 de Mayo de 2007 con el número BA4676; la sentencia de la Corte Suprema el 30 de Junio de 2009 con BG4822. Véase un comentario sobre el fallo por el ex - Abogado general Keijzer en NJ 2009, 481, m.nt Keijzer. La Corte Suprema redujo la sentencia a 16 años y 6 meses. Véase También: VAN DER WILT, H.G. "Genocide, Complicity in Genocide and International v. Domestic Jurisdictions: Reflections on the Van Anraat Case, 4 JICJ".2006, pp. 239-257.

51 La decisión de la Corte Distrital de la Haya del 7 de Junio de 2006 disponible en: <http://www.rechtspraak.nl> con el número AY5160 (en inglés).

plenamente al acusado por falta de pruebas.⁵² La Corte calificó la mayoría de los alegatos como de “muy mala calidad” y “difícil de creer”. La Corte sostuvo que:

“Particularmente los citados errores de hecho - a veces considerables - y las improbabilidades, aparte de las diferencias en y entre las declaraciones de los testigos, forman una complicación importante en la evaluación del grado de fiabilidad de las declaraciones hechas, por eso es riesgoso, por decirlo suavemente, dar credibilidad a partes de la declaración de un testigo cuando otras partes están probadamente lejos de la verdad. Sobre todo si se le enfrenta con (parte de) las declaraciones, que no son fiables en un sentido objetivo, que atañen directamente a las acusaciones presentadas y la participación del acusado en los suministros de armas, y por lo tanto debe “estar liderando” en la aportación de la prueba, esta complicación es tal que impide que esta declaración sea usada para los propósitos de la investigación de los hechos. Es cierto que en la práctica penal diaria en los Países Bajos se produce con regularidad que las declaraciones no parecen estar en completa armonía, o, alternativamente, son (en parte) incompatibles con otras declaraciones. Pero en la medida en que esto ocurrió en el presente caso - en particular con respecto a la frecuencia y la gravedad - es incompatible con una evaluación suficientemente objetiva de los hechos y la formación de una conclusión.”⁵³

La siguiente tabla muestra el número de archivos no relativos al art. 1F de la Convención sobre Refugiados en diferentes fases de pruebas en 2008.⁵⁴

Casos en etapa de juicio	2
Casos en etapa de investigación (aún no presentados ante la Corte)	6
Los casos en una fase de investigación preliminar	5
Los casos en la etapa de la cooperación policial y la asistencia mutua en materia penal	2
Total	15

⁵² La decisión de la Corte de Apelación de la Haya del 10 de Marzo de 2008 disponible en: <http://www.rechtspraak.nl> con el número BC7373 (en inglés). Véase un comentario sobre el veredicto por el ex – *Advocate General* Keijzer in NJ 2008, 469. La recomendación del antiguo *Advocate General* en la Corte Suprema llegó a ser rendida el 5 de Enero de 2010. Véase también: VAN DEN HERIK, L. “*International Criminal Law Review* 9”. (2009), pp. 211-226.

⁵³ Decisión de la Corte de Apelación de la Haya del 10 de Marzo de 2008, LJN: BC7373 (en inglés), en párr. 9.15.

⁵⁴ Rapportagebrief opsporing en vervolging internationale misdrijven 2008, Directoraat-generaal Rechtspleging en Rechtshandhaving, Directie Juridische en Operationele Aangelegenheden, 19 de Mayo de 2009, p. 3.

2. Archivos relativos al art. 1F de la Convención sobre Refugiados

Desde 1994, seis refugiados han sido perseguidos y llevados a juicio, el resultado es 5 condenas (no definitivas) y una absolución. La primera condena involucró un refugiado Congoleño, que fue condenado a una pena de prisión de dos años y seis meses por complicidad en la tortura en el Congo en 1996.⁵⁵ El segundo caso involucró a dos refugiados Afganos. Uno de los demandantes, un ex jefe del Servicio de Inteligencia Militar (Khad Nezami-e-) y sub-Secretario del Departamento de Estado de Seguridad, había sido condenado a 12 años de prisión por la Corte de Apelación de La Haya por haber cometido actos de tortura y violaciones de las Leyes y costumbres de la guerra durante los años 1983-1990. El segundo demandante, un ex jefe del departamento de interrogatorios del Servicio de Inteligencia Militar, había sido condenado por la Corte de Apelación de La Haya a 9 años de prisión por haber cometido violaciones de las leyes y costumbres de la guerra durante los años 1979-1989.⁵⁶ En tercer lugar, el 23 de marzo de 2009, la Corte Distrital de La Haya condenó al refugiado ruandés José M. a una pena de 20 años de prisión por cargos de tortura (comprometido varias veces y con resultado de muerte) durante el genocidio en Ruanda en 1994 (no definitivo todavía; se resuelve el recurso).⁵⁷ El único caso en esta categoría que dio lugar a una absolución se refería a un ex oficial del Servicio de Inteligencia Militar afgano acusado de crímenes de guerra.⁵⁸ La decisión fue confirmada por la Corte de Apelación de La Haya.

La siguiente tabla ilustra el número de archivos del 1F en varias etapas del juicio en 2008.⁵⁹

Casos en etapa de juicio	5 ¹
Casos en etapa de investigación (aún no presentada ante la Corte)	1
Casos en una fase de investigación preliminar	20
Casos en la etapa de la cooperación policial y asistencia mutua en materia penal	0
Total	26

55 La decisión de la Corte Distrital de Rotterdam del 7 de Abril de 2004 disponible en: <http://www.rechtspraak.nl> con el número AO7287 (en inglés). Ver también 53 Ars Aequi (2004), p. 729-736 (m.nt. G.G.J. Knoops)

56 La decisión de la Corte Distrital de la Haya del 14 de Octubre de 2005, disponible en: <http://www.rechtspraak.nl> con el número AV1489 and AU4373; la decisión de la Corte de Apelación del 29 de Enero de 2007 con el número AZ9365 y AZ9366 (en inglés); El fallo de la Corte Suprema de los Países Bajos del 8 de Julio de 2008 con el número BC7418 y BC7421.

57 La decisión de la Corte Distrital de la Haya del 23 de Marzo de 2009 disponible en: <http://www.rechtspraak.nl> con el número BK0520 (en inglés).

58 La decisión de la Corte Distrital de la Haya del 25 de Junio de 2007 disponible en: <http://www.rechtspraak.nl> con el número BA9575 (en inglés); la decisión de la Corte de Apelación de la Haya del 16 de Julio de 2009 con BJ2796.

59 Rapportagebrief opsporing en vervolging internationale misdrijven 2008, Directoraat-generaal Rechtspleging en Rechtshandhaving, Directie Juridische en Operationele Aangelegenheden, 19 de Mayo 2009, p. 2.

VI. Política de persecución

1. El principio de discrecionalidad judicial

El artículo 167 del Código de Procedimiento Penal Holandés refleja el principio de discrecionalidad judicial, según el cual la Fiscalía Nacional en última instancia decide si un caso será llevado ante una Corte. Este principio se aplica también si de crímenes internacionales se trata. El 1 de abril de 2009, la Fiscalía Nacional decidió no iniciar actuaciones penales por falta de pruebas contra los holandeses acusados de los crímenes de guerra en Croacia cometidos en 1993.⁶⁰ Este es el resultado de una investigación del Equipo de Crímenes Internacionales del Servicio Nacional de Investigación Criminal en una lista de nombres de los holandeses, que fueron acusados públicamente de haber participado en septiembre de 1993 en crímenes de guerra contra la población civil en el enclave de Medak en Croacia central. En 2005, la Fiscalía decidió volver a examinar un caso que ya había sido investigado en 1995. Durante la investigación por el Servicio Nacional de Investigación Criminal no ha quedado claro quién añadió a la acusación el cargo por crímenes de guerra y en qué se basó. Por lo tanto, los Holandeses han sido notificados por el Ministerio Fiscal que no hay pruebas suficientes para cualquier posible implicación en la comisión de crímenes de guerra.

Una vez que la Fiscalía Nacional decide no enjuiciar, una parte directamente interesada puede presentar una queja ante la Corte de Apelaciones oponiéndose a la decisión de la Fiscalía Nacional, de conformidad con el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal Holandés. Tras una reciente decisión de la Fiscalía Nacional de no enjuiciar a un ministro israelí quien se encontró temporalmente en territorio holandés y fue reportado de haber cometido el delito de tortura en Israel - entre otros por falta de jurisdicción debido a la inmunidad diplomática - se presentó una queja a la Corte de Apelación de La Haya.⁶¹ La Corte de Apelación de La Haya rechazó la queja. Con respecto al principio de discrecionalidad judicial, la Corte sostuvo que las nuevas investigaciones que fueran necesarias en Israel podrían -a primera vista - no ser llevadas a cabo en Israel, ya que es poco probable que dicho país permitiera las mismas.

2. Complementariedad

El Estatuto de la CPI de 1998 no obliga a los Estados Partes a perseguir a los sospechosos de crímenes internacionales que residen en su territorio. Sin embargo,

⁶⁰ Un resumen de la decisión de la Fiscalía Nacional disponible en: http://www.om.nl/onderwerpen/oorlogsmisdaden_0/nieuwsberichten/@150451/dutchmen_not/

⁶¹ La decisión de la Corte de Apelación de la Haya el 26 de Octubre de 2009 disponible en: <http://www.rechtspraak.nl> con el número BK1478 (en Holandés).

la disposición de “complementariedad” que figura en el artículo 17 del Estatuto de la CPI de 1998 establece que los Estados Partes tienen la responsabilidad principal para la adjudicación de los crímenes internacionales. Por lo tanto, un problema de complementariedad puede surgir si un crimen no ha sido tipificado como delito en un sistema jurídico nacional y por lo tanto no es punible, pero es punible en el marco de la CPI. Como consecuencia del principio de complementariedad, la mayoría de los Estados Partes - entre ellos los Países Bajos - han modificado su legislación nacional de conformidad con el Estatuto de la CPI de 1998. No todos los Estados Partes han tipificado los delitos internacionales dentro de su legislación interna; aquí las disposiciones del Estatuto de la CPI de 1998 pueden aplicarse directamente –dependiendo de la normativa constitucional del Estado-. En Colombia, en mi conocimiento, el Estatuto de la CPI de 1998 probablemente se aplicaría directamente, como se expresa, por ejemplo, en el artículo 93 de su Constitución: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.” En teoría es para que si un Estado Parte se niega a entablar un proceso penal en casos de delincuencia internacional extraterritorial punible por la CPI, la consecuencia pueda ser que la CPI declare que este Estado es ‘incapaz’ de perseguir el delito y la CPI, a continuación, tendría derecho a ejercer su jurisdicción siendo llevado el caso ante la CPI. Hasta la fecha, la Corte aún no ha tratado estos casos.

3. *Aut dedere aut judicare*

El principio de *aut dedere aut judicare* impone una obligación legal a los Estados de perseguir los crímenes internacionales (nucleares) en los que ningún otro estado ha solicitado la extradición. Esta obligación surge independientemente de la naturaleza extraterritorial del delito y sin tener en cuenta el hecho de que el perpetrador y la víctima puedan ser de nacionalidad extranjera. El fundamento de este principio es garantizar que no existan lagunas jurisdiccionales en el enjuiciamiento de crímenes cometidos a nivel internacional. Es, sin embargo, infrecuente para los Estados que lleguen a ser requeridos para ejercer esta jurisdicción, porque a menudo otro Estado Parte tendrá un interés en la materia y solicitará la extradición. En esta situación, dicho Estado tendrá prioridad. El principio *aut dedere aut judicare* ha sido reconocido en el artículo 146 de los Convenios de Ginebra de 1949 (IV), estableciendo que los sospechosos sean entregados a otros Estados Partes, de conformidad con las disposiciones de su propia legislación, y siempre que el Estado Parte requirente haya hecho un caso ‘prima facie’. El comentario sobre este Convenio de Ginebra establece claramente que los Estados que no extraditan a sus nacionales están obligados a llevarlos ante sus propias Cortes. En este sentido uno podría preguntarse si los Estados Partes están obligados a perseguir a los sospechosos no

nacionales si la extradición es imposible en virtud de disposiciones del Derecho nacional o internacional.⁶² Además, el artículo 7 de la Convención contra la Tortura obliga a los Estados Partes a enjuiciar o extraditar a un sospechoso que resida en su territorio. La disposición deja poco margen para la discrecionalidad judicial. Sin embargo, si la Fiscalía llega a la conclusión de que las pruebas en un caso no son suficientes y decide no actuar, no sería razonable exigir que el caso deba ser llevado ante las Cortes.

Si la Fiscalía Nacional decide que es poco probable que un caso tenga éxito en un plazo razonable en los Países Bajos, en teoría, la alternativa sería que el sospechoso sea llevado ante la justicia en otros lugares. La extradición de un acusado sin embargo, no es tan fácil. En primer lugar, un tratado de extradición (bilateral o multilateral) es necesario. En segundo lugar, la extradición podría basarse en la Convención contra la Tortura de 1984; sin embargo, pocos países han ratificado la Convención, y no incluye otros crímenes internacionales distintos a la tortura. En tercer lugar, el respeto de los derechos humanos puede oponerse a la extradición; el artículo 3 del CEDH prohíbe la extradición si existe el riesgo de ser sometido a torturas u otros tratamientos inhumanos o humillantes. Cuarto y último, el artículo 6 del CEDH prohíbe la extradición si es poco probable que un juicio justo se lleve a cabo en el Estado requerido.

El 5 de junio de 2009, la Corte Distrital de La Haya *in camera* permitió la extradición de una persona acusada de la comisión de crímenes de guerra en Bosnia Herzegovina.⁶³ En noviembre de 2008, el sospechoso fue arrestado por la Unidad de Crímenes Internacionales del Servicio Nacional de Investigaciones Criminales. El acusado - que residió en los Países Bajos desde que solicitó asilo en Holanda y a quien le fue concedida la ciudadanía holandesa más tarde - fue acusado de haber disparado contra un prisionero de guerra en 1993, quien pereció ante las heridas. Entre otros, la Corte Distrital de La Haya desestimó la moción del acusado que consideraba que las autoridades de Bosnia Herzegovina ya no pueden garantizar un juicio justo en el sentido del artículo 6 CEDH, ya que el acusado tiene derecho a ejercer recursos eficaces, si tal violación se llegará a producir, en virtud al artículo 13 CEDH.

62 VAN ELST, R. "Implementing Universal Jurisdiction over Grave Breaches on the Geneva Conventions", 13 JIL 2000, pp. 815 ss.

63 La decisión de la Corte Distrital de la Haya del 5 de Junio de 2009 disponible en: <http://www.rechtspraak.nl> con el número BI7753.

VII. Criterios de investigación para crímenes internacionales extraterritoriales

Se hace una distinción entre los criterios aplicables a la investigación de archivos no pertenecientes al art. 1F Convención sobre Refugiados frente a los archivos del 1F. Por otra parte, se hace una distinción respecto a los delitos denunciados y no denunciados. Si un determinado delito internacional según lo define la LCI de 2003 se denuncia, la Fiscalía Nacional determina si el sospechoso será procesado de acuerdo con las orientaciones definidas en el Directorio sobre la tramitación de las reclamaciones en relación con las penalizaciones incluidas en la LCI 2003 (en lo sucesivo: Directorio). Si un delito no se denuncia o la denuncia se refiere a un crimen internacional cometido antes de la entrada en vigor de la LCI de 2003, la Fiscalía Nacional determina si un caso será investigado y definitivamente procesado, a lo largo de las directrices generales y usuales. Se supone que el Directorio servirá probablemente así como punto de referencia en estos últimos casos.

1. El directorio

El Directorio define los criterios que la Fiscalía Nacional debe tener en cuenta para determinar si va a iniciar una investigación y, finalmente, si el sospechoso será procesado. Las siguientes cuatro preguntas necesitan ser respondidas consecuentemente: (i) Tienen los Países Bajos el derecho a ejercer jurisdicción, (ii) Goza el sospechoso de inmunidad frente a la jurisdicción penal, (iii) tiene la Fiscalía información suficiente para determinar que se trata de un “caso razonable”, y (iv) Existe una perspectiva suficiente y realista de un éxito de la investigación y el enjuiciamiento en un plazo razonable. Estas cuatro cuestiones se discutirán posteriormente.

(i) Jurisdicción

El artículo 2 de la LCI de 2003⁶⁴ prevé Cortes Holandesas con jurisdicción sobre crímenes internacionales tal como se definen en la Ley sobre la base del principio de nacionalidad activa y pasiva, así como el llamado principio de universalidad secundario o restringido.⁶⁵ Lo anterior significa que los Países Bajos pueden ejercer jurisdicción sobre la base del principio de universalidad sólo si el sospechoso está

64 Artículo 2, párrafo 1, LCI de 2003 reza: “Sin perjuicio de las disposiciones pertinentes del Código Penal y el Código de Derecho Militar, el Derecho penal Holandés se aplicará a: a) toda persona que cometa cualquiera de los crímenes definidos en esta Ley fuera de Holanda, si el sospechoso está presente en los Países Bajos; b) toda persona que cometa cualquiera de los crímenes definidos en esta Ley en el extranjero, si el delito se comete contra un nacional Holandés, c) un nacional Holandés que cometa cualquiera de los crímenes definidos en esta Ley fuera de Holanda.”

65 Actas parlamentarias (TK), 2001-2002, 28 337, nr. 3, p. 17; Duyx, *De beperkte rechtsmacht van de wet internationale misdrijven*, NJCM Bulletin 29 (2004), p. 20; M. Boot-Matthijssen y R. van Elst, *Key provisions of the International Crimes Act 2003*, en: *Netherlands Yearbook of International Law* 35 p. 280 (2004).

presente en los Países Bajos en el momento de su detención.⁶⁶ El momento de la detención es decisivo en el cumplimiento del requisito de presencia.⁶⁷ Las autoridades Holandesas pueden iniciar las investigaciones penales, si hay razones fundadas para creer que el sospechoso reside en territorio Holandés.⁶⁸ Si el sospechoso es detenido en los Países Bajos, pero se escapa, las autoridades Holandesas mantienen su jurisdicción.⁶⁹

La LCI de 2003 no tiene efecto retroactivo.⁷⁰ Hasta la fecha, en ninguno de los casos de crímenes internacionales extraterritoriales, la competencia se basó en la LCI de 2003, sino más bien en la antigua legislación como se explica *supra* en el párrafo 3.1. Los actos de genocidio cometidos antes de la entrada en vigor de la LCI del 1 de octubre de 2003 sólo pueden ser procesados ante las Cortes Holandesas sobre la base del principio de personalidad activa consagrado en la Ley de 1964 que implementa la Convención sobre el Genocidio.⁷¹ De conformidad con el artículo 3 (antiguo) de la Ley de 1952 sobre Derecho Penal en tiempo de guerra, los crímenes de guerra cometidos antes del 1 de octubre de 2003 pueden ser procesados sobre la base del principio de universalidad sin restricciones. Los actos de tortura cometidos antes del 1 de octubre de 2003 pueden ser procesados sobre la base del llamado principio de universalidad restringido definido en el artículo 5 de la Ley de 1988 que implementa la Convención contra la Tortura.⁷² Crímenes de lesa humanidad cometidos antes del 1 de octubre de 2003 no son punibles en cuanto tales, sin embargo, la Corte Distrital de La Haya puede ejercer su jurisdicción sobre los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la Segunda Guerra Mundial.⁷³

(ii) Inmunidad

Una vez que los Países Bajos tienen jurisdicción sobre el caso, se tiene que examinar si el sospechoso goza o no de inmunidad frente a la jurisdicción penal. Las normas relativas a la inmunidad frente a la jurisdicción penal se establecen en el artículo 16 de la LCI de 2003.⁷⁴ Esta regla se refiere a la inmunidad tal como

66 Registros parlamentarios (TK), 2001-2002, 28 337, nr. 3, p. 38; véase también en relación a la Ley de derecho penal en tiempo de Guerra de 1952 y la decisión de la Corte Suprema, 18 de Diciembre de 2001, NJ 2002, 559, una traducción en inglés del caso puede ser encontrada en *Netherlands Yearbook of International Law*, 2001, p. 282-296. Véase También: BOOT, M. - MATTHIJSEN en VAN ELST, R. "Key provisions of the International Crimes Act 2003, *Netherlands Yearbook of International Law* 35", 251-294 (2004).

67 Exposición de motivos de la Ley de Crímenes Internacionales, TK 2001-2002, 28 337, p. 38.

68 Actas parlamentarias (TK), 2001-2002, 28 337, nr. 3, p. 38.

69 Actas parlamentarias (TK), 2001-2002, 28 337, nr. 3, p. 38-39; Actas parlamentarias (TK), 1972, 11 886, nr. 9, p. 3).

70 Actas parlamentarias (TK), 2001-2002, 28 337, nr. 3, p. 24. Véase también art. 16 de la Constitución holandesa.

71 Artículo 5 Ley de implementación de la Convención contra el Genocidio. La decisión de la Corte Suprema del 21 de Octubre de 2008 disponible en: <http://www.rechtspraak.nl> con el número BD6568.

72 Con referencia al principio de universalidad restringida véase la sentencia en el caso de Bouterse de la Corte Suprema del 18 de Septiembre de 2001, NJ 2002, 559. Una traducción al inglés disponible en: NYIL 32 (2001) 282-296.

73 Enmienda del Decreto sobre derecho Penal en Circunstancias de Excepción, Ley del 10 de Julio de 1947, Stb. Nr. H. 233, entrada en vigor el 26 de Julio de 1947.

74 "La persecución penal de uno de los delitos contemplados en esta Ley se excluye con respecto a: Cabezas de Estado extranjeros, Jefes de Gobierno y ministros de relaciones exteriores, siempre y cuando estén en funciones, y otras personas en la medida en que su inmunidad sea reconocida por el derecho internacional consuetudinario; (b) las personas que gozan de inmunidad en virtud de cualquier convenio o acuerdo aplicable en el Reino de los Países Bajos"

es reconocida en el derecho internacional público y consagrada en instrumentos internacionales o reconocida como una norma de derecho internacional consuetudinario. El apartado a) de esta disposición refleja la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Arrest Warrant*.⁷⁵ En este caso, la Corte dictaminó que un Ministro de Asuntos Exteriores, en el extranjero, goza de plena inmunidad frente a la jurisdicción penal en toda la duración de su cargo. Desde la exposición de motivos de la LCI de 2003 se hace evidente que el legislador holandés considera que, teniendo en cuenta sus funciones, lo mismo se aplica a los jefes de estados extranjeros y jefes de gobierno.⁷⁶ De conformidad con la sentencia anterior de la Corte Internacional de Justicia, el artículo 16 de la LCI de 2003 implica que un ex ministro de Relaciones Exteriores no goza de inmunidad frente a la jurisdicción penal en relación con hechos cometidos a título privado.⁷⁷ Se hace énfasis en la exposición de motivos que el término “actos cometidos a título privado” debe interpretarse en sentido amplio.⁷⁸ El apartado (a) establece así mismo que la persecución penal se excluye con respecto a las personas en la medida en que su inmunidad es reconocida por el derecho internacional consuetudinario. Esta categoría incluye diplomáticos acreditados de los Estados que no forman parte de la Convención de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas, así como ex jefes de Estado, ex jefes de gobierno, y los ex ministros de Relaciones Exteriores.⁷⁹ El párrafo (b) se refiere en particular a la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas, la Convención de 1946 sobre los Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas y la Convención de 1947 sobre los Privilegios e Inmunidades de los Organismos Especializados.⁸⁰ Si una persona goza de inmunidad frente a la jurisdicción penal es en última instancia decidido por el Colegio de Procuradores Generales, si en su caso es necesario, después de consulta con el Ministerio de Asuntos Exteriores.⁸¹

(iii) Evidencia *prima facie*

Una vez que la competencia y cuestiones de inmunidad han sido contestadas, la Fiscalía Nacional tiene que determinar si tiene información suficiente (evidencia *prima facie*) a su disposición para determinar si el caso que la ocupa es un ‘asunto razonable’. En esta etapa la Fiscalía Nacional obtiene su información primero y ante todo del archivo de casos, que tiene que incluir la descripción del delito, el tiempo y el lugar en que se cometió el delito y los antecedentes del hecho. Además, la Fiscalía Nacional determina si los actos cometidos podrían constituir uno de los

75 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “*Democratic Republic of the Congo v. Belgium*”: 14 de Febrero de 2002, párr. 54.

76 Actas Parlamentarias, Kamerstukken II, 2001-2002, 28 337, nr. 3, p. 20.

77 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “*Democratic Republic of the Congo v. Belgium*”: 14 de Febrero de 2002, párr. 61.

78 Actas parlamentarias, Kamerstukken II, 2001-2002, 28 337, nr. 3, p. 20.

79 *Ibidem*. p. 51.

80 *Ibidem*. p. 22.

81 Directorio sobre la tramitación de denuncias en relación con las penalizaciones incluidas en la LCI de 2003, para. 3.1.1.

crímenes definidos en la LCI de 2003.⁸² Por otra parte, a primera vista no es improbable que el proceso penal termine en una condena, lo que significa que se espera que suficientes pruebas sean presentadas.

(iv) Un caso exitoso y dentro de un “tiempo razonable”

Por último, la Fiscalía Nacional tiene que determinar si existe una posibilidad suficiente y realista que la investigación y el enjuiciamiento tendrán éxito y que el caso se resolverá en un plazo razonable. En este sentido, cabe tener en cuenta los siguientes factores: (a) es probable que los testigos serán capaces y estarán dispuestos a testificar?, (b) será posible reunir pruebas suficientes?, y (c) Los Estados estarán dispuestos a cumplir con las solicitudes de asistencia jurídica?. Estos aspectos se acercan en algunos casos recientes que se verán más adelante.

a. Voluntad y capacidad de los testigos para declarar

En 2007, la Unidad de Crímenes Internacionales del Servicio Nacional de Investigaciones Criminales arrestó al líder comunista filipino Jose Maria Sison por su participación en, entre otras cosas, una serie de asesinatos cometidos en Filipinas en 2003 y 2004. La Unidad de Crímenes Internacionales llevó a cabo una investigación tanto en los Países Bajos y en Filipinas. El expediente penal contiene declaraciones de testigos y documentos en el sentido de que los intentos de asesinato fueron llevados a cabo por el Nuevo Ejército Popular. Otras declaraciones de los testigos dicen que el sospechoso mantenía lazos intensos con organismos comunistas en el momento de los asesinatos. Por otra parte, los testigos han declarado que, en vista de su posición dentro del PCC, debió haber estado involucrado en los asesinatos investigados. Los detectives Holandeses también registraron las declaraciones de las viudas de las víctimas y los tiradores que han participado en los asesinatos.

Después Sison fue puesto en detención preventiva el 28 de agosto de 2007, la Corte Distrital de La Haya ordenó el cese de la detención previa al juicio el 13 de septiembre de 2007 por falta del requisito de indicios serios de culpabilidad.⁸³ El 3 de octubre de 2007, la Corte de Apelación también llegó a esta conclusión durante la apelación que la Fiscalía había presentado contra esta decisión.⁸⁴ La investigación preliminar contra Sison fue cerrada el 21 de noviembre de 2007. En el plazo de dos meses previsto por la Ley, la Fiscalía informó posteriormente a Sison el 17 de enero de 2008 que iba a continuar siendo procesado. El 25 de enero de 2008, Sison presentó una reclamación contra esta decisión y pidió a la Corte de Distrito renunciar al juicio. El 5 de junio de 2008, la Corte Distrital de La Haya decidió en cámara que la Fiscalía puede continuar el procesamiento de José María Sison por

⁸² *Ibidem.*, para. 3.1.2.

⁸³ La decisión de la Corte Distrital de la Haya del 13 de Septiembre de 2007 puede ser encontrada en rechtspraak.nl vía LJN: BB3482.

⁸⁴ La decisión de la Corte de Apelación de la Haya del 3 de Octubre de 2007 puede ser encontrada en rechtspraak.nl vía LJN: BB4662 (en Holandés).

su participación en, entre otras cosas, una serie de asesinatos cometidos en Filipinas en 2003 y 2004.⁸⁵ Consideró que la Fiscalía debe disponer de tiempo suficiente para continuar y finalizar la investigación, de modo que puedan tomar una decisión debidamente equilibrada sobre la cuestión de si Sison debería ser convocado a defenderse ante la Corte Penal o no; que no se puede descartar que la presente investigación podría aportar nuevos datos relevantes. Por esta razón, es la Corte de la opinión que ya no es un hecho consumado que sea altamente improbable que la Corte Penal, después y sobre la base de la evidencia posible, examinará los cargos en su totalidad o en parte probada.

Sin embargo, el 31 de marzo de 2009, la Fiscalía Nacional decidió finalmente que no continuaría la persecución del líder comunista filipino Jose Maria Sison por su participación en, entre otras cosas, una serie de asesinatos cometidos en las Filipinas en 2003 y 2004, sobre el argumento de falta de pruebas legales suficientes.⁸⁶ Durante la investigación en las Filipinas y en los Países Bajos, el equipo investigador se encontró con una pared de temor en los testigos y no hubo voluntad de dar declaraciones. En última instancia, la investigación no arrojó pruebas suficientes para citar al líder comunista para enfrentar cargos. La investigación puede ser reabierta debido a nuevos hechos o circunstancias que den lugar a ello.

b. Evidencia suficiente

De importancia aquí es el veredicto dictado por la Corte de Apelación de La Haya en el caso del empresario Holandés Guus K, como ya se habló antes en el párr. 5.1., que ilustra claramente las dificultades para las autoridades fiscales de entregar pruebas fiables.⁸⁷ Las prácticas holandesas frente a crímenes internacionales extra-territoriales demuestran que sigue siendo una tarea difícil la investigación de los delitos cometidos en otros lugares. A menudo, los países menos desarrollados están involucrados: se plantean problemas con respecto a la asistencia jurídica, la falta de experiencia con las pruebas forenses, la cultura y las dificultades lingüísticas, una guerra que sigue en curso o el cese del fuego. Estos factores, obviamente, tienen un enorme impacto en el proceso. En particular, hay que tener en cuenta que en estos casos, a menudo las declaraciones de los testigos constituyen la fuente principal de prueba, por lo que la cooperación de los Estados extranjeros es crucial. La decisión de iniciar procedimientos penales en los casos de los archivos no relativos al art. 1F, depende básicamente de los resultados de la investigación, que han sido aplicados en los archivos relativos al art. 1F, que se expondrán *infra* en el párr. 7.2.

85 La decisión de la Corte Distrital de la Haya del 5 de Junio de 2008 (en inglés) puede ser encontrada en [rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) vía LJN: BD3241

86 La decisión disponible en: http://www.om.nl/onderwerpen/oorlogsmisdaden_0/nieuwsberichten/

87 La decisión de la Corte de Apelación de la Haya del 10 de Marzo de 2008 disponible en: <http://www.rechtspraak.nl> con el número BC7373 (en inglés). Ver un comentario sobre el veredicto por el ex – *Advocate General* Keijzer en NJ 2008, 469. La recomendación del *Advocate General* en la Corte Suprema se rindió el 5 de Enero de 2010. Véase también: VAN DEN HERIK, L. 9 *ICLR* 2009, pp. 211-226.

c. Cumplimiento por otros Estados

Las decisiones para enjuiciar o no también dependen de la cuestión de si los Estados pueden y están dispuestos a cumplir con las solicitudes de asistencia jurídica. A este respecto, cabe hacer referencia al caso de un piloto Argentino, que también tiene nacionalidad Holandesa, que fue detenido el 22 de septiembre 2009 en el aeropuerto de Valencia en España a petición del Ministerio de Justicia Argentino. El piloto está acusado de haber llevado a cabo los llamados vuelos de la muerte; los opositores al régimen militar fueron expulsados de los aviones volando por encima del mar. El día de la detención, la Unidad de Crímenes Internacionales llevó a cabo una visita domiciliaria a su casa, bajo la supervisión del Juez de Instrucción de la Corte Distrital de La Haya. Mientras tanto, las investigaciones han sido llevadas a cabo por las autoridades Argentinas. El 18 de enero de 2010, la *Audiencia Nacional* española en Madrid determinó que el Holandés/Argentino sería extraditado a la Argentina.

2. Archivos del 1 F

(i) Sospecha de un delito:

derecho de los refugiados versus derecho procesal penal

La Convención de 1951 contiene una cláusula de exclusión que prohíbe a los solicitantes de asilo obtener el estado de refugiado si han cometido un crimen contra la paz, un crimen de guerra o un crimen de lesa humanidad. Una sospecha en los términos de la Convención sobre Refugiados de 1951 sin embargo, debe distinguirse de la sospecha de un delito en el derecho penal. El Código de Procedimiento Penal Holandés en este sentido utiliza el término “causa probable para sospechar”, reconocido en el artículo 27 del Código de Procedimiento Penal. En los casos de asilo y migración, sin embargo, se aplican reglas diferentes. Al examinar si la condición de refugiado se le niega a un sospechoso, el IND utiliza la llamada “participación personal y consciente” de prueba, que tiene su origen en la jurisprudencia canadiense en asuntos de inmigración y asilo.⁸⁸ Su propósito es determinar en qué circunstancias se puede suponer que una persona sabe o debería haber sabido de la comisión de crímenes internacionales y ha participado en la comisión de estos crímenes de una manera determinada. Parece que esta prueba no puede ser considerada como una prueba “más suave” que el principio aplicable en el derecho procesal penal en el que se establece si alguien puede ser considerado como un sospechoso. Los conceptos de derecho penal internacional son cada vez más utilizados en el derecho de los refugiados, dando lugar a un gran número de casos del artículo 1F. Esta práctica se ha traducido en un récord de más de 700 casos de negación del estatus de refugiado sobre la base del artículo 1F en el IND, de los cuales la mitad

⁸⁸ SWART, B. “*Bewijs in 1F zaken-Vluchtelingenrecht en internationaal strafrecht*” en: Nieuwsbrief Asiel en Vreemdelingenrecht 2008-6, p. 418-429, en la que se refiere a: RIKHOE, Joseph. “*Complicity in International Criminal Law and Canadian Refugee Law*”, 4 JICJ, 2006, p. 702-722.

de ellos es de origen afgano. Mientras tanto se debe tener en cuenta que la práctica es que las personas que han sido excluidos de la protección de refugiados han sido en su mayoría de los más bajos rangos de las organizaciones implicadas en las atrocidades, mientras que los Tribunales Penales Internacionales tratan con personas que tienen la mayor responsabilidad.

(ii) Proceso de selección de casos respectivos al Art. 1 F de la Convención sobre Refugiados

Una vez que el IND ha determinado que se puede asumir que una persona sabe o debería haber sabido de la comisión de crímenes internacionales y ha participado en la comisión de estos delitos de una determinada manera, envía estos archivos a la Fiscalía Nacional, que en última instancia decide si procede o no incoar un proceso penal. Una investigación relativamente completa se lleva a cabo y a veces es necesaria la consulta de terceras partes para determinar si ese archivo es un caso penal en potencia. Esta investigación es tanto de carácter jurídico y práctico, centrándose en los siguientes aspectos:⁸⁹

- Inventario de la (inicial) información. Los siguientes aspectos juegan un papel: i) la neutralidad de las fuentes de la inicial o futura información, ii) ¿Hay testigos occidentales y/o los testigos residen en países occidentales?, iii) en comparación con otros casos, la búsqueda de testigos por lo general requiere mucho tiempo.
- Es necesario el análisis de las publicaciones y jurisprudencia en materia de conflicto y/o régimen. ¿Puede realmente ser considerado el crimen en juego como un crimen internacional y no un delito “ordinario”, como, por ejemplo, la trata de seres humanos?. La trata de seres humanos también se considera tanto en los Países Bajos e internacionalmente como un delito grave y una violación de los derechos humanos de la víctima.⁹⁰
- Las pruebas y análisis jurídico de las decisiones de los tribunales internacionales u otras instancias interesadas en el conflicto en juego.
- Verificación de la jurisdicción en los Países Bajos o en otro lugar.
- Verificación de si los tratados sobre extradición, entrega o de asistencia jurídica han entrado en vigor.
- Verificación de la inmunidad penal.
- Verificación de la posibilidad de trabajar con seguridad en los países involucrados.

89 Carta del Ministro de Justicia, Directie Juridische en Operationale Aangelegenheden, “Intensivering opsporing en vervolging internationale misdrijven”, 9 de Septiembre de 2008 (31200-VI-193), p. 3. disponible en: http://www.justitie.nl/images/intensivering%20opsporing%20en%20vervolging%20internationale%20misdrijven_11434_tcm34-129243.pdf.

90 El Artículo 273f del Código Penal holandés tipifica como delito los excesos y las formas de esclavitud moderna. Véase un comentario sobre esta disposición: D. Korvinus, D. Koster and H. de Jonge van Ellemeet, “Trafficking in Human Beings: The concept of exploitation in the Dutch trafficking provision”, Una traducción al inglés de la publicación disponible en: Magazine for the Dutch judiciary, Trema (Sept 2006), Nr. 7, pp. 286-290 disponible en: <http://english.bnrm.nl/about/publications/>.

- Verificación de la disponibilidad de intérpretes y traductores.
- Verificación de si las autoridades en el país en cuestión son más o menos independientes.
- Verificación de si la seguridad de los testigos puede ser garantizada.
- Verificación de si el derecho de defensa puede ser garantizado.
- Verificación de si el interesado tiene la nacionalidad Holandesa o creció en los Países Bajos.
- Verificación de si el sospechoso aún reside en los Países Bajos.
- Verificación de si el sospechoso sigue cometiendo crímenes.
- Verificación de si el sospechoso puede ser expulsado.

Tras los resultados de la investigación expuestos anteriormente, la Unidad de Crímenes Internacionales del Servicio Nacional de Investigaciones Criminales junto con la Fiscalía Nacional determinan qué casos -con base en un análisis más detallado – pueden fracasar (por ejemplo debido a la falta de seguridad en el país en cuestión, inmunidad o de otros obstáculos jurídicos) y cuáles casos o bien deben ser llevados a juicio en los Países Bajos o estimular que el sospechoso sea juzgado en otro lugar.

Las autoridades implicadas pueden reconsiderar su decisión de poner un caso a juicio en los Países Bajos en una fase posterior del procedimiento, por ejemplo a causa de la seguridad en el país en cuestión o de la posición adoptada por las autoridades extranjeras. Por otra parte, la investigación de otros archivos puede proporcionar nueva información (ex) culpatoria. Por lo tanto, ya examinados y rechazados, los archivos necesitan volver a examinarse con frecuencia. En última instancia, el procedimiento de selección sigue siendo un trabajo de mucho tiempo.

8. Conclusiones

En este trabajo se han establecido las principales características de las prácticas holandesas de investigación y enjuiciamiento en relación con los crímenes internacionales extraterritoriales en los Países Bajos. La jurisprudencia hasta ahora pone de manifiesto que de los ocho casos llevados ante las Cortes, cinco terminaron con una condena, dos en una absolución y uno está pendiente ante la Corte Suprema. A pesar del número de casos en los últimos 15 años (desde 1994), esto no se considera demasiado alto, pero se han dado los primeros pasos importantes en la persecución de crímenes extraterritoriales. Se espera que una vez que el proyecto de Ley que modifica la LCI de 2003 llegue a ser aprobado, el número de casos para ser llevados a juicio vayan en aumento. Si esto se traduce en más condenas en el futuro cercano, dependerá sobre todo de varios aspectos prácticos.

Selección y priorización de casos como estrategia de investigación y persecución penal en la justicia transicional en Colombia

ANDREAS FORER y CLAUDIA LOPEZ DÍAZ¹

I. Introducción

En desarrollo del Proceso Especial de Justicia y Paz, la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz (UJP) se ha enfrentado a diversos desafíos que obedecen a la complejidad del proceso evidenciada, entre otros factores, por el carácter masivo de los crímenes que se investigan y de los victimarios que se procesan.²

Como prueba de lo anterior, algunas cifras: en este momento, hay más de 4.300 postulados en el proceso de justicia y paz; más de 330.000 delitos han sido documentados por la Fiscalía y más de 69.000, que comprenden desde delitos con trascendencia de crímenes de lesa humanidad, homicidios hasta hurtos y falsedades materiales, han sido confesados³.

1 Andreas Forer, Director del Proyecto ProFis de “Apoyo al proceso de paz en Colombia en el contexto de la Ley de Justicia y Paz”, ejecutado por la Agencia alemana de Cooperación Internacional (GIZ), por encargo del Ministerio Federal de Relaciones Exteriores de Alemania. Claudia López Díaz, coordinadora de la Línea Jurídica del Proyecto ProFis, Profesora Investigadora Universidad Sergio Arboleda. Este artículo ha sido elaborado con la colaboración de Juan Pablo Cardona Chaves y Annegret Eding, asesores jurídicos de ProFis.

El presente texto expresa exclusivamente la opinión de los autores, y no compromete a ninguna institución.

Los autores agradecen a la UJP por facilitar el acceso a documentos de su uso interno que han sido insumo para la realización de este artículo.

2 Compárese AMBOS, Kai (2010): *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH, párr. 403 y ss.; GÓMEZ ISA, Felipe: *Retos de la justicia transicional en contextos no transicionales: el caso de Colombia*, en: *Transiciones en Contienda* (2010). Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), p. 188 y ss.; Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de Derechos Humanos en Colombia, 3 de Febrero de 2011, p. 9 y 10; *Informe Mundial Human Rights Watch: Capítulo Colombia*, 24 de Enero de 2011, p. 228 y 229.

3 Según la página web de la Fiscalía, a Enero 31 de 2011, había un total de 331.597 hechos documentados y un total de 69.214 delitos confesados Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/Index.htm>. Consultado por última vez: 03.03.2011; Según el Informe del Comisionado de Paz de Agosto 20 de 2010, a la fecha existían: 4.346 postulados; 917 versiones en curso; 154 versiones terminadas; 45.515 conductas punibles, donde se inició confesión, con un total de 62.790 víctimas relacionadas con los hechos confesados. Los tipos penales en los que se puede adecuar las conductas confesadas son: Homicidio (43.210); Desplazamiento (8.129); Desaparición forzada (3.634); Reclutamiento forzado (2.027); Extorsión (1.681); masacres (1.332); secuestro (1.470); tortura (426); Constreñimiento ilegal (115); violencia sexual (42); Hurto (2.236); lesiones personales (453); actos de terrorismo (318); tráfico, fabricación y porte de armas (61); y, Toma de rehenes (19). En cuanto a la calidad de las víctimas, tenemos: Mujeres (5.810); niños (3.747); servidores públicos (692); sindicalistas (311); indígenas (277); miembros del partido

Frente a estas enormes cifras, las autoridades judiciales competentes en el proceso de justicia y paz, han logrado solo tres condenas en los seis años de existencia del proceso.

A partir de la promulgación de la Ley 975 de 2005 y la entrada en funcionamiento de las instituciones creadas para su implementación⁴, han sido tres las fuentes principales mediante las cuales se ha marcado el derrotero del proceso y se han llenado los vacíos del procedimiento: i) los decretos reglamentarios del Gobierno Nacional⁵ con el fin de facilitar la implementación normativa de dicha ley, ii) la Jurisprudencia⁶, tanto de la Corte Constitucional como de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que actúa como tribunal de segunda instancia en el proceso de Justicia y Paz⁷; y, iii) las directrices de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz (memorandos y circulares)⁸.

Tanto la jurisprudencia como las directrices de la Unidad, han intentado brindar estrategias para dar salida al mencionado problema de la masividad en cuanto a autores y conductas punibles (aunque éste último parece revestir mayor atención). De la primera se destaca la medida de las imputaciones parciales⁹ como método para dinamizar el proceso, en tanto que las segundas se

político desaparecido UP. (110); periodistas (42); miembros de ONG (25), defensores de derechos humanos (17); Otras Víctimas (52.116). En lo que hace relación a la calidad de los sujetos activos a los que se les ha compulsado copias tenemos: Políticos (412) compuesto por Alcaldes (2328); Representantes a la Cámara: (47); Senadores (42); Diputados: (12); Gobernadores (26), y, Concejales (57). Miembros de la Fuerza Pública (352), compuesto por: Oficiales de la Armada (1); Oficiales del Ejército (145); suboficiales del Ejército (42); Oficiales Policía Nacional (79); Suboficiales de la Policía Nacional (85). Servidores públicos (121); Otros (6.136). En cuanto al agotamiento de las etapas del proceso penal establecido en la Ley de Justicia y Paz los datos son los siguientes: Postulados con audiencia de imputación (266); Postulados con audiencia de formulación de cargos (107); Postulados a la espera del control de legalidad (70); Postulados en audiencia de legalización de cargos (12); Postulados en Incidente de reparación (3); Postulados con sentencia apelada (2).

4 Los artículos. 33; 35; 50; y, 54 de la Ley 975 de 2005 crean, respectivamente, la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, la Procuraduría Judicial para la Justicia y la Paz, la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación y el Fondo para la Reparación de las Víctimas.

5 Decretos 4760 de 2005, 2898 de 2006, 4417 de 2006, 3391 de 2006, 4436 de 2006, 315 de 2007, 423 de 2007, 3570 de 2007, 176 de 2008, 880 de 2008, 1290 de 2008, 1346 de 2008, 4719 de 2008 y 614 de 2009. Cfr. también: HENAO, Evelio (coord.) y otros por ProFis (2010): *Memoria de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH, p. 89 y ss.

6 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias: C-319 de 2006, C-575 de 2006, C-719 de 2006, C-370 de 2006, C-650 de 2006, C-127 de 2006, C-455 de 2006, C-531 de 2006, C-670 de 2006, C-400 de 2006, C-476 de 2006, C-426 de 2006, C-080 de 2007, C-1199 de 2008. Acerca de los Autos de la Corte Suprema de Justicia, véase: Centro Internacional para la Justicia Transicional. *“El proceso penal de justicia y paz. Compilación de autos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia”*. Bogotá: Tomo I, 2009 y Tomo II, 2010. Cfr. también: HENAO, Evelio, nota al pie 5, p. 80 y ss.; LÓPEZ DÍAZ, Claudia/VARGAS, Álvaro (coord.) (2009): *“Manual de procedimiento para Ley de Justicia y Paz”*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH, p. 102.

7 Ley 975 de 2005, art. 26.

8 Cfr. Fiscalía General de la Nación. *Guía de Procedimientos de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz*. Bogotá: 2009.

9 “El sentido de la imputación parcial está vinculado con imprimir al proceso agilidad y la seguridad progresiva en torno a la judicialización de lo que el postulado confiese (...)”, disponible en: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 30955, febrero 2 de 2009. M.P.: Leonidas Bustos Martínez. Adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia ha sugerido la constitución de una Comisión de la verdad para Colombia; ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, Auto Rad. 32.022 de 21 de septiembre de 2009. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

han orientado por la “priorización”¹⁰, en relación con las actividades de investigación de conductas punibles de su competencia.

En la revisión de las directrices elaboradas por la Jefatura de la UJP, se encuentra sólo la estrategia de priorización de delitos, enmarcada en diversos memorandos, unas veces de manera expresa y otras de manera tácita, para que se de prelación a la investigación de uno u otro delito en particular, como se verá más adelante. Así mismo, se demostrará que hasta el momento, la estrategia trazada no se ha visto reflejada en las acusaciones y condenas proferidas en el marco del proceso de justicia y paz.

A continuación, presentaremos brevemente los antecedentes del Proceso Especial de Justicia y Paz, como marco en el cual se desarrolla la problemática bajo examen. Luego, examinaremos los criterios en los cuales otros países y la jurisprudencia internacional se han apoyado para hacer de la selección de autores y de delitos como estrategia para lograr una investigación penal más eficiente.

Finalmente, haremos un breve análisis de la forma como los conceptos de selección y priorización de conductas punibles en la investigación han sido trabajados por la UJP. Ofrecemos una propuesta para dinamizar el proceso de justicia y paz, basada en criterios trabajados por tribunales internacionales *ad hoc* o por la Corte Penal Internacional, sin concebirllos de manera aislada como única herramienta, sino como parte de una estrategia conjunta con otras medidas alternativas tales como: una comisión de verdad, una amnistía condicionada para algunos delitos menos graves y también el uso de instrumentos de la justicia procesal penal ordinaria, como el principio de oportunidad.

10 Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, Memorando No. 008, Mayo 22 de 2006.

I. El proceso especial de Justicia y Paz.

Tras la guerra de independencia¹¹ no han sido pocos los enfrentamientos bélicos que ha sufrido el país en su vida como República¹². En la alborada del siglo XX, la llamada “Guerra de los Mil Días” que enfrentó a liberales y conservadores¹³, constituyó un precedente importante, dado que posteriormente sus heridas volverían a abrirse y serían los mismos actores quienes se enfrentarían durante el periodo de La Violencia acaecida a partir de 1948 con un hito imborrable en la memoria nacional: el asesinato del caudillo Jorge Eliécer Gaitán¹⁴.

Una de las consecuencias del cruento enfrentamiento sería la constitución de las guerrillas liberales, grupos armados que tras la consecución de la paz pactada entre los partidos liberal y conservador con el acuerdo del Frente Nacional¹⁵, devenirían en nuevas formas de violencia guerrillera, esta vez, los grupos marxistas de los años sesenta¹⁶.

Como reacción a las mismas, y bajo el auspicio de organismos estatales, los años ochenta significaron el surgimiento del fenómeno paramilitar cuyo poder se extendió a lo largo del territorio escribiendo, con la sangre y el dolor de miles de colombianos, una nueva página de inmensurables atrocidades¹⁷.

En medio del auge del paramilitarismo, “el 15 de julio de 2003, el Gobierno

11 Acerca de los antecedentes del movimiento de independencia y la batalla final con la cual, el 7 de agosto de 1819, se lograría la independencia de la Nueva Granada —como en ese entonces se conocía el territorio de Colombia—, ver: OQUIST, Paul. *Violencia, conflicto y política en Colombia*. Bogotá: Biblioteca Banco Popular, 1978, pp. 118-125.

12 La historia política del siglo XIX en Colombia, da cuenta de catorce confrontaciones y movilizaciones armadas. SÁNCHEZ GÓMEZ, Gonzalo. *Guerra y política en la sociedad colombiana*. Bogotá: Áncora Editores, 2008, p. 17.

13 La guerra de los mil días tuvo lugar en Colombia entre 1899 y 1902 cuando el partido liberal quiso tomar el poder tras los radicales desacuerdos con el gobierno que detentaba el partido conservador. Se cuenta como una de las guerras más cruentas del siglo XIX y comienzos del siglo XX en Colombia por dejar más de 100.000 muertos. OQUIST, Paul. *Op. cit.*, pp. 170-172.

14 Jorge Eliécer Gaitán fue un dirigente político de ideología liberal que para el momento de su muerte era el candidato presidencial que contaba con mayor popularidad. Su asesinato, acaecido el 9 de abril de 1948 en Bogotá, desencadenó una serie de disturbios y levantamientos de la población que se conocieron con el nombre de “El Bogotazo”, antecedente fundamental de lo que sería el periodo de La Violencia en Colombia. BRAUM, Helbert. “Los mundos del 9 de Abril o la historia vista desde la culata”. En: SÁNCHEZ, Gonzalo y PEÑARANDA, Ricardo (Comps.). *Pasado y presente de la violencia en Colombia*. Medellín: Universidad Nacional de Colombia, 2007, pp. 199 y ss.

15 Con el nombre de “Frente Nacional” se conoce la coalición política entre los partidos liberal y conservador, quienes suscribieron el acuerdo —legitimado mediante plebiscito el 1 de diciembre de 1957— en virtud del cual habría una alternancia de los dos en el poder durante 16 años. En efecto, entre 1958 y 1974 el país tuvo un periodo de pacificación mediado por el monopolio del poder de los dos partidos tradicionales y la consecuente exclusión de otras fuerzas políticas. PIZARRO LEONGÓMEZ, Eduardo. *Las FARC 1949-1966. De la autodefensa a la combinación de todas las formas de lucha*. Bogotá: Tercer mundo editores y Universidad Nacional de Colombia, 1991, pp. 149 y ss.

16 Como detonante en la formación de las guerrillas comunistas en Colombia se tiene la operación militar con la región de Marquetalia en 1964, antecedente de la posterior fundación de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC). PIZARRO LEONGÓMEZ, Eduardo. *Op. cit.*, p. 187.

17 Para una revisión en profundidad del desarrollo del fenómeno paramilitar, consultar: DUNCAN, Gustavo. *Los señores de la guerra. De paramilitares, mafiosos y autodefensas en Colombia*. Bogotá: Planeta y Fundación Seguridad y Democracia, 2006; y ROMERO, Mauricio. *De paramilitares y autodefensas 1982-2003*. Bogotá: Universidad Nacional, 2003.

Nacional y las Autodefensas Unidas de Colombia (en adelante AUC), suscribieron el ‘Acuerdo de Santa Fe de Ralito para contribuir con la Paz de Colombia’¹⁸, con el cual se inicia el proceso de desmovilización del referido grupo.

Con el fin de otorgarle un respaldo que fuera más allá de lo político y en desarrollo del acuerdo con los grupos en proceso de desmovilización, el Gobierno impulsó en el Congreso de la República una legislación que brindara seguridad jurídica a la negociación, de manera que el 25 de julio de 2005 fue promulgada la Ley 975 de 2005, “*Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios*”¹⁹.

El articulado de la Ley 975 de 2005 contiene el procedimiento penal mediante el cual son procesadas las personas desmovilizadas de los Grupos Armados al Margen de la Ley (GAOML) y que han sido postuladas por el Gobierno Nacional para obtener los beneficios que la misma ley prevé, entre ellos, acceder a una pena alternativa que oscila entre los cinco y ocho años²⁰.

18 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, Auto Rad. No. 32022, septiembre 21 de 2009. M.P.: Sigifredo Espinosa.

19 IMPRENTA NACIONAL. *Diario Oficial No. 45.980* de 25 de julio de 2005. Cfr. también sentencia de constitucionalidad del articulado de la Ley 975 de 2005: Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006. Otras sentencias en las que se atacaba la constitucionalidad de algunos artículos en concreto son: C-531 de 12 de junio de 2006; C-127 de 22 de febrero de 2006; C-209 de 21 de marzo de 2007.

20 Ley 975 de 2005, art. 29, inc. 2º: “En caso que el condenado haya cumplido las condiciones previstas en esta ley, la Sala le impondrá una pena alternativa que consiste en privación de la libertad por un período mínimo de cinco (5) años y no superior a ocho (8) años, tasada de acuerdo con la gravedad de los delitos y su colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos”. Cfr. también. Corte Constitucional Sentencia de Tutela: T-355 de 10 de mayo de 2007, sobre el deber de reparar para acceder a la rebaja de pena establecida en la Ley 975 de 2005.

III. Estrategia de selección y priorización de casos. Perspectiva internacional.

El operador jurídico que trabaja con la Ley de Justicia y Paz, enmarcada en lo que se ha denominado justicia transicional, se encuentra en el dilema de ponderar, al momento de dar aplicación a sus normas, los derechos a la justicia y a la paz, y además, en la necesidad de optimizar los recursos disponibles, de por sí escasos, para obtener los mejores resultados e impactos en el menor tiempo posible en una sociedad que clama por saber la verdad de lo sucedido en muchos años de violencia institucionalizada, no judicializada, con elevados índices de criminalidad, que conducen a un círculo vicioso de impunidad, unida con la desconfianza de toda la sociedad en el poder judicial por sus escasos resultados.

El proceso de Justicia y Paz en Colombia, requiere nuevas estrategias de investigación, pues las que se han intentado hasta el momento, no han resuelto ese círculo de impunidad, ni han llenado las expectativas que la sociedad tenía con su aplicación.²¹

En términos generales, la Fiscalía General de la Nación y en especial la Unidad Nacional de Fiscales para la Justicia y la Paz, ha considerado hasta hoy, como tesis mayoritaria, que se debe imputar y acusar por el conjunto total de delitos que hayan cometido cada uno de los postulados por el Gobierno Nacional a la Ley de Justicia y Paz (Tesis Maximalista), no hacerlo, según la Fiscalía, equivaldría a contrariar: el Estatuto de Roma²²; la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos²³; y, la *ratio decidendi* del auto de segunda instancia de la Sala

21 Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de Derechos Humanos en Colombia, 3 de Febrero de 2011, p. 9 y 10; SAFFON, Maria Paula (2009): *Problematic selection and lack of clear prioritization: the Colombian experience*. En: Bergsmo, Morten (ed.): *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*. Oslo: International Peace Research Institute (PRIO), pp. 93 y ss.

22 **Preámbulo, párr. 6**

“Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”

23 **Artículo 8. De la Convención Americana de Derechos Humanos: Garantías Judiciales**

“1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

Artículo 25. Protección Judicial

“1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados partes se comprometen:

a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de 28 de mayo de 2008, dentro del Proceso contra Wilson Carrascal Salazar, alias el Loro, pues de acuerdo con estas fuentes del derecho se deben realizar investigaciones integrales en las que cada una de las víctimas sienta que satisfizo su derecho subjetivo a la verdad, a la justicia y a la reparación.²⁴

Nosotros consideramos, que esta posición maximalista de la UJP sería la ideal, pero en la práctica es inalcanzable entre otros factores por la altísima complejidad que reviste, no sólo por el creciente y progresivo número de postulados y de víctimas, sino también por el número y clase de conductas punibles confesadas, que muchas veces no obedecen a los parámetros del GAOML, ni ha hechos sistemáticos o generalizados o a los hechos ocurridos en combate, sino que se muestran como hechos aislados de la política del Grupo y que además, se planearon y realizaron en diversas zonas del país.

Sumado a lo anterior, debe resaltarse la calidad de las víctimas y el número inmenso de compulsación de copias a la justicia ordinaria para investigar a servidores públicos, políticos y miembros de la fuerza pública y de la policía nacional. Todos estos factores, han incidido para que el proceso penal diseñado en la Ley de Justicia y Paz se vuelva lento, sin rumbo definido y sin resultados visibles.²⁵

En efecto, los delitos cometidos por los GAOML son delitos de sistema, caracterizados por la presencia de altos niveles de coordinación, complejidad, con estructuras de mando claramente definidas (jefe militar, financiero, político) que por su dinámica y su historia de impunidad no le permite al Estado a través de la UJP investigar todos los delitos y a todos los autores.

Por eso, una selección de delitos y de autores en la investigación es indispensable, aunque no se debe desconocer que esta estrategia generaría una brecha de impunidad, porque significaría que algunos crímenes o perpetradores no serían sujetos de investigación en el marco del proceso de Justicia y Paz. Además y en *contrario sensu* a lo que sucede en los casos que adelanta la Corte Penal Internacional o los tribunales *ad-hoc*, donde los delitos no seleccionados para su investigación, son de conocimiento de la justicia nacional del país afectado.

En efecto, en el procedimiento previsto en Colombia, la Fiscalía General de la Nación no tiene una instancia a la cual puede remitir los casos que no serían objeto de la estrategia de selección. Entonces, ¿qué pasaría con ellos?

Llevarían, indudablemente a una impunidad parcial que es aceptada internacionalmente, pues en países como Colombia que han padecido una violencia

24 Cfr.. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Radicado 29560 de 28 de mayo de 2008, en: Centro Internacional para la Justicia Transicional. "El proceso penal de justicia y paz", Compilación de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, 2009, Extracto Nr. 25, pp. 139 y ss.

25 Véase nota al pie número 3 para confrontar las cifras.

generalizada por muchos años es imposible humana y técnicamente investigar todos los autores y todas las conductas.²⁶

Con una visión maximalista existe el riesgo, bastante probable, de que las investigaciones y juicios nunca acaben (o por lo menos no antes de la muerte de los postulados, testigos o víctimas); llevaría en todo caso, a una mayor impunidad. A diferencia de lo que piensan las autoridades judiciales colombianas, nosotros creemos que sí es posible hacer una selección y no juzgar penalmente algunas conductas punibles sin que ello contravenga las obligaciones del Estado a la luz del derecho internacional, dado que hay instrumentos alternativos para investigar hechos no seleccionados, que garantizan los derechos de las víctimas a la verdad y la reparación.

En efecto, se ha considerado que siempre y cuando los crímenes internacionales y los autores con mayor rango o grado de responsabilidad sean juzgados y condenados, el Estado no violaría las obligaciones contraídas en los diferentes instrumentos internacionales²⁷. Inclusive, algunos juristas opinan que, desde una perspectiva pragmática, una amnistía nacional, aún para delitos que constituyen crímenes internacionales (menos graves) sería admisible bajo el Estatuto de Roma²⁸.

En el mismo sentido, bajo el régimen del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se ha considerado que una amnistía condicionada para crímenes que no revisten mayor gravedad no violaría la Convención Americana de Derechos Humanos cuando el deber de los Estados Parte de: investigar, juzgar y sancionar se ha cumplido a través instrumentos alternativos, porque la Corte no demanda explícitamente una persecución penal.²⁹

Como instrumento alternativo, por ejemplo, se puede pensar en la constitución de una comisión de la verdad, que tendría el papel de investigar los casos “no seleccionados” para brindar un escenario, tanto a los postulados como a las víctimas, con el fin de esclarecer el violento pasado.³⁰

26 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han sufrido un conflicto, “Iniciativas de enjuiciamiento”, 2006, p. 7: “Cuando han sido miles de personas las que han participado en la comisión sistemática de crímenes, es imposible proceder judicialmente contra todos. Es fundamental establecer un conjunto de criterios transparentes para explicar la estrategia de identificación de aquellos sospechosos que van a ser investigados y procesados.”

27 Compárese el preámbulo del Estatuto de Roma, párr. 6.

28 AMBOS, Kai (2008): El marco jurídico de la justicia de transición. En especial referencia al caso colombiano. Bogotá: Temis, Párr. 40, 43, 2; STAHN, Carsten (2005): *Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice*. En: Journal of International Criminal Justice (JICJ), vol. 3, p. 695 y ss.; ROBINSON, Darryl (2003): *Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court*. En: European Journal of International Law (EJIL), vol. 14, no. 3, p. 481 y ss.; MALLINDER, Louise (2007): *Can Amnesties and International Justice be reconciled?* En: International Journal of Transitional Justice (IJTJ), vol. 1, p. 208 y ss.; ROCHE, Declan (2005): *Truth Commission, Amnesties and the International Criminal Court*. En: British Journal of Criminology, vol. 45, p. 565 y ss.

29 Caso “Barrios Altos”, *Chumbipuma Aguirre et al. v. Peru*, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C), No. 87 (2001), paras. 41, 43; MALLINDER, Nota al pie 23, pp. 216 y 217.

30 ACNUDH, *Op. cit.*, nota al pie 26, p. 10: “Con el fin de cerrar la brecha de impunidad, las iniciativas de enjuiciamiento habrán de entablar relaciones constructivas con otros mecanismos de la justicia de transición. Se acepta en general que las violaciones masivas de los derechos humanos exigen una respuesta compleja e integrada que abarca diversos mecanismos complementarios, entre ellos enjuiciamientos, mecanismos de búsqueda de la verdad, reformas institucionales, reparaciones y programas de reinserción de ex combatientes. En el diseño de cada uno de esos

Esta institución tendría la competencia de otorgar una amnistía individual y condicionada siempre y cuando los autores cumplan con las condiciones que se impongan, como por ejemplo confesar todos los delitos cometidos, reparar integralmente a las víctimas, mostrar su arrepentimiento, no delinquir nuevamente, etc. La documentación y publicación de las informaciones recibidas en el trabajo de la Comisión de la Verdad puede contribuir a la superación de un pasado violento, lograr la reconciliación y garantizar la no-repetición de los hechos.³¹

A lo anterior, podrían sumarse otros mecanismos tales como la aplicación del principio de oportunidad³², amnistías e indultos para los casos de delitos políticos³³ y menos graves, u otros mecanismos para lograr la verdad y la reconstrucción de la memoria³⁴, para aquellos casos en los cuales la conducta no revista un alto grado de reproche social, siempre y cuando se respeten los derechos de las víctimas.

De acuerdo con López Medina³⁵ la tesis maximalista que pretende obligar a los operadores judiciales a una investigación integral en la que se investiguen todos los delitos y todos los autores utilizada por la Fiscalía colombiana, está construida a

mecanismos debe procurarse garantizar que complementen a los otros y no los perjudique.” En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, también exhortó al Gobierno Nacional para que convocará a las principales fuerzas sociales (representaciones de los tres poderes, organizaciones de víctimas, de derechos humanos y otras agrupaciones civiles), para estudiar la conformación de una comisión de la verdad, para que paralelamente con los juicios penales que se siguen a la luz de la Ley de Justicia y Paz, ayudará a establecer la verdad sobre el pasado que se estaba juzgando. Cfr. Rad. 32022 de 21 de septiembre de 2009. M.P. Sigifredo Espinosa

31 Compárese para las ventajas y riesgos de una comisión de verdad: OLSEN/PAYNE/REITER/BRAHM (2010): *When Truth Commissions Improve Human Rights*. En: International Journal of Transitional Justice (IJTJ), vol. 4 p. 457 y ss. (469); BISSET, Alison (2009): *Rethinking the Powers of Truth Commissions in Light of the ICC Statute*. En: Journal of International Criminal Justice (JICA), vol. 7, p. 963 y ss.; Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han sufrido un conflicto, “Comisiones de la Verdad”, 2006.

32 V. gr. En Colombia se creó una causal específica dentro de Principio de Oportunidad para desmovilizados de Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley, mediante la Ley 1312 de 2009, así: “Al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley que en los términos de la normatividad vigente haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad, siempre que no haya sido postulado por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la Ley 975 de 2005 y no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal, que para efectos de esta ley incluye la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones.”. No obstante, la causal ha sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-936 de 2010, decisión cuyo texto definitivo para la fecha de publicación de este documento no ha sido publicada, pero que, de acuerdo al comunicado de prensa emitido Corte, se basó en consideraciones como que la Ley 1312 de 2009 no establece elementos de justicia, verdad y reparación a las víctimas y sin embargo autoriza a la Fiscalía y a la Rama Judicial a renunciar a su obligación de investigar y juzgar a los desmovilizados por crímenes respecto de los cuales existe un imperativo internacional de investigar y juzgar, y en donde la impunidad resulta inadmisibles. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2059%20Comunicado%2023%20de%20noviembre%20de%202010.php>. Consultado por última vez: Marzo 8 de 2011.

33 En Colombia se cuenta con un procedimiento especial que prevé los beneficios de amnistías e indultos para quienes han incurrido en delitos políticos y conexos establecido en la Ley 418 de 1997 prorrogada y modificada por las Leyes 548 de 1999, 782 de 2002, 1106 de 2006 y 1421 de 2010.

34 Ver, v.gr. Ley 1424 de 2010. “Por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garantizan verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones”.

35 Cfr. LÓPEZ MEDINA, Diego. “Estándares internacionales para la investigación y acusación de delitos complejos en el marco de la justicia transicional” Informe presentado como Consultor a la UJP el 10/01/08 a la UJP.

partir de una defectuosa interpretación del artículo 18 de la Ley de Justicia y Paz³⁶ y del Auto de segunda Instancia de 28 de Mayo de 2008 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, contra alías “el Loro”.

La investigación integral no significa investigar todos los hechos punibles confesados sino sólo aquellos que se encuentren dentro del contexto de criminalidad del respectivo GAOML. Se debe investigar la dinámica de sistema en el que las conductas punibles se cometieron, los patrones de conducta de sus miembros, las relaciones de mando y cooperación entre actores armados, para lograr una narrativa que nos permita elaborar el dossier de cada grupo y el mapeo general de sus actividades lo que nos ayudará a establecer si hubo sistematicidad y concierto para cometer los delitos bajo las políticas trazadas por los superiores jerárquicos de cada GAOML.³⁷

La Corte Suprema, como lo dice López Medina “no exige que haya acusación y condena por todos los delitos cometidos; la Corte exige que los delitos presentados, según criterios razonablemente aplicados por el ente acusador, queden claramente enmarcados dentro de la criminalidad de sistema que el país y las víctimas tiene derecho a conocer. La Corte exige narrativas globales para cada delito imputado, no la imputación de todos los delitos. La Corte sabe que esto último es imposible”.³⁸

El profesor López Medina tiene razón, porque la Corte solo demanda que el Estado investigue, juzgue y condene con penas adecuadas a los responsables de **graves** violaciones a los derechos humanos³⁹. Así las cosas, existe también en el contexto nacional la opción de diferenciar y tratar de manera diferente los distintos autores y crímenes sin salirse del marco legal en sentido amplio.

A partir de la experiencia de otros procesos de la justicia transicional, las Comisiones de la Verdad y Reconciliación junto con una amnistía condicionada

36 *Ley 975 de 2005, art. 18: Formulación de imputación*. “Cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física, información legalmente obtenida, o de la versión libre pueda inferirse razonablemente que el desmovilizado es autor o partícipe de uno o varios delitos que se investigan, el fiscal delegado para el caso solicitará al magistrado que ejerza la función de control de garantías la programación de una audiencia preliminar para formulación de imputación.

“En esta audiencia, el fiscal hará la imputación fáctica de los cargos investigados y solicitará al magistrado disponer la detención preventiva del imputado en el centro de reclusión que corresponda, según lo dispuesto en la presente ley. Igualmente solicitará la adopción de las medidas cautelares sobre los bienes de procedencia ilícita que hayan sido entregados para efectos de la reparación a las víctimas.

“A partir de esta audiencia y dentro de los sesenta (60) días siguientes, la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, con el apoyo de su grupo de policía judicial, adelantará las labores de investigación y verificación de los hechos admitidos por el imputado, y todos aquellos de los cuales tenga conocimiento dentro del ámbito de su competencia. Finalizado el término, o antes si fuere posible, el fiscal del caso solicitará al magistrado que ejerza la función de control de garantías la programación de una audiencia de formulación de cargos, dentro de los diez (10) días siguientes a la solicitud, si a ello hubiere lugar.

“Con la formulación de la imputación se interrumpe la prescripción de la acción penal”.

37 Cfr. LÓPEZ MEDINA, Diego. *Estándares internacionales para la investigación y acusación de delitos complejos en el marco de la justicia transicional*. Informe presentado como Consultor a la UJP el 10/01/08 a la UJP.

38 *Ibidem*, p. 7.

39 Radicado 29560 – 28 de mayo de 2008, en “El proceso penal de justicia y paz”, Compilación de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, 2009, Extracto Nr. 25, p. 139.

pueden satisfacer las exigencias de las víctimas y de la sociedad y cerrar la “brecha de impunidad”.⁴⁰

Por ejemplo en Ruanda—dónde también se aplicó la tesis maximalista, se optó por hacer una división según los niveles de criminalidad enviando por un lado a los autores y partícipes de delitos más graves cuando no habían sido juzgados por el tribunal *ad hoc*, a la justicia ordinaria y por otro lado, a los perpetradores de delitos de menor gravedad a las cortes tradicionales ruandesas (Gacacas). Sin embargo, este procedimiento utilizado por las autoridades ruandesas de investigar y juzgar todos los delitos ha sido, en sentir de muchos expertos y observadores del proceso de paz en Ruanda, un impedimento para alcanzar la reconciliación en ese país⁴¹.

Pese a la anterior crítica y a pesar que en el proceso ruandés no se aplicó la estrategia de selección de delitos, la fórmula de dividir y distribuir en diferentes tribunales de conocimiento el juzgamiento de los delitos a partir de la gravedad de los casos y responsabilidad de los perpetradores, sirve como buen ejemplo para lograr un éxito en la dinamización del proceso⁴², ya que, entre otras ventajas, Ruanda ha logrado la condena de cerca de 1.5 millones de personas hasta enero de 2011.⁴³

Otro ejemplo que muestra la utilidad de tener un mecanismo alternativo para superar una masividad de crímenes es el proceso de transición en Timor-Leste donde se constituyó una Comisión de Recepción, Verdad y Reconciliación con la competencia de otorgar una amnistía condicionada e investigar crímenes menos graves, paralelamente con el funcionamiento de una Corte Penal Especial para los crímenes nucleares⁴⁴ y graves.⁴⁵

Así las cosas, con las enseñanzas de la experiencia internacional y atendiendo las particularidades del proceso colombiano, creemos que la selección de casos es una estrategia útil de investigación y persecución penal, que puede implementarse a partir de criterios **objetivos, subjetivos, y otros complementarios**, para tener casos de insalvable trascendencia y de alto impacto en la sociedad.

Primero, se tendría que determinar los criterios para la selección, que por lo general constituyen la forma de una “checklist”. A renglón seguido se deberá establecer una jerarquía de criterios para facilitar una priorización de los delitos selec-

⁴⁰ Véase nota al pie 30.

⁴¹ SCHABAS, W. A. *Genocide Trials and Gacaca Courts*. En: Journal of International Criminal Justice (JICJ), vol. 2, p. 2; SARKIN, 2005; JEREMY y DALY, Erin (2004): *Too Many Questions, Too Few Answers: Reconciliation in Transitional Societies*. En: *Columbia Human Rights Law Review*, 35 (3), 101-168 (2004), p. 59 y 60; SOSNOV, Maya (2008): *The Adjudication of Genocide: Gacaca and the road to Reconciliation in Rwanda*. En: Denver Journal of International Law and Policies, vol. 36, no. 2, p. 142 y ss.

⁴² KRITZ, Neil J.. *Coming to terms with atrocities: A review of accountability mechanisms for mass violations of Human Rights*. En: Law and Contemporary Problems, vol. 59, no. 4, 1998, p. 138.

⁴³ Informe Mundial Human Rights Watch: Capítulo Ruanda, 24 de Enero de 2011, p. 158; aunque uno tiene que admitir, que esta cifra evoca dudas en respecto al Estado de Derecho de estas condenas, compárese SOSNOV, Maya, *Op. cit.* Nota al pie 32, p. 141.

⁴⁴ Por crímenes nucleares se entienden aquellos previstos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en los artículos 6, 7 y 8 que comprenden el Genocidio, los crímenes de Lesa Humanidad y los de Guerra, respectivamente.

⁴⁵ ACNUDH, *Op. cit.*, nota al pie 26, “Iniciativas de enjuiciamiento”, 2006, p. 10; HIRST, Megan y VARNEY, Howard, Int. Center for Transitional Justice, (2005): *Justice abandoned? An assessment of the serious crimes process in East Timor*, p. 5, 13.

cionados⁴⁶. La determinación clara y transparente de los criterios es crucial para la comprensión y aceptación del proceso, que no debería dejar ninguna duda acerca de la legitimidad, honestidad e independencia de influencias exteriores de la fiscalía⁴⁷.

La política de selección de casos parte del reconocimiento por parte de las autoridades judiciales, ejecutivas o legislativas, de la imposibilidad de investigarlo todo y de la necesidad de visibilizar ante la comunidad nacional e internacional los casos más complejos, de mayor impacto social y paradigmáticos que sirvan de modelo ejemplificativo de la verdadera capacidad que tiene un Estado para enfrentar la criminalidad de sistema. Así mismo, debe servir como agente disuasorio de conductas punibles que no se deben repetir en la sociedad.

La selección de casos basada en un **criterio subjetivo**, tiene en cuenta tanto la calidad de los victimarios como de sus víctimas. Se debe por lo tanto dejar claramente sentado cuáles son los autores que dentro del aparato criminal vamos a investigar, acusar y condenar. Se recomienda que en primer lugar se seleccionen a los autores que hacen parte de los mandos superiores; o de la cúpula de la organización criminal; o que estén vinculados al Estado directa o indirectamente; o que tengan capacidad de generar impunidad. Se debe por lo tanto, crear una tipología de los autores que en primer lugar se deben investigar, definiéndolos concretamente para que el operador judicial priorice esas investigaciones⁴⁸. Lo mismo se debe hacer en relación con las víctimas. Se debe establecer claramente cuáles son las personas, grupos o sujetos colectivos que vamos a priorizar porque pertenecen a un determinado grupo, como por ejemplo: defensores de derechos humanos, operadores judiciales, representantes laborales o sindicales, testigos, periodistas, miembros de ONG, defensores públicos, indígenas, niños, mujeres, afrodescendientes, etc.

El **criterio objetivo** para la selección de casos consiste en establecer la lista de los delitos que de preferencia se cometen en la criminalidad de sistema. Ellos deberán ser el centro de atención del operador judicial, en todas las etapas procesales. Por lo tanto, se debe establecer el catálogo de delitos que se deben investigar. Se debe contar con investigadores y expertos en los delitos que hagan parte de esta lista para avanzar rápida y certeramente en las investigaciones. Por ejemplo, si de lo que se trata es de investigar la criminalidad organizada, dentro de esa lista deben estar por lo menos los siguientes delitos: concierto para delinquir, uso ilegal de uniformes, comercialización de armas, etc...). Igualmente, se deberá definir lo que significa la criminalidad organizada estableciendo claramente sus características. Una vez establecido ese catálogo de los delitos seleccionados, se debe establecer clara y públicamente por parte del Director o Jefe del ente investigador el criterio que los priorizará, es decir, se debe establecer en el tiempo el orden en que se deben investigar.

46 BERGSMO, Morten y SAFFON, Maria Paula. *Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales centrales?* En: este libro, p. 23.

47 Ibid., p. 5, 25 y Nota al Pie 74, con el ejemplo del desarrollo del *Documento sobre políticas* de la Fiscalía de la CPI, que hizo circular ampliamente un borrador del Documento para que el público hiciera comentarios.

48 López Medina considera que se puede establecer en la UJP una estrategia de priorización de delitos basada en el criterio de "mayor responsabilidad". *Op. cit.* p. 8 y ss.

Aparte de los criterios subjetivos y objetivos⁴⁹, para la selección de casos también se pueden tener en cuenta otros **criterios complementarios**⁵⁰: factibilidad, necesidad, viabilidad, impacto social y político, y, riqueza didáctica.⁵¹

En el criterio de **factibilidad** se evalúa la información disponible de la conducta punible en relación a la probabilidad real de encontrar la que hace falta. Se deben tener en cuenta factores como el tiempo que ha transcurrido desde la comisión de la conducta y la investigación que se adelanta para saber si es posible tener aún evidencia, testigos, agentes encubiertos, etc.

Por su parte el criterio de **necesidad** evalúa la capacidad que tiene el Estado a través de la Fiscalía de impulsar sólo o con ayuda de otros entes estatales o de la misma víctima la investigación para que llegue a una condena.

El criterio de la **viabilidad** tiene que ver con la capacidad económica, de cooperación y logística de que se disponga para obtener pruebas suficientes para acusar y condenar. Se pretende obtener el máximo resultado posible con el mínimo de recursos. Requiere invertir recursos humanos, de tiempo, despliegue territorial y recursos materiales.

En el criterio de **relevancia o impacto social y político del hecho** se debe tener en cuenta que dado que no hay muchos recursos, se debe privilegiar aquellos casos que tengan connotación social que generen alta sensibilidad en la sociedad y el impacto necesario para demostrar que la justicia si funciona y funciona bien.

El criterio de **riqueza didáctica** tiene que ver con la capacidad que debe tener el caso seleccionado de generar buenas prácticas de investigación, persecución, jurisprudencia que promueva principios y valores fundamentales de justicia. Con base en todos ellos, se pueden proponer reformas en lo judicial y legislativo para impedir la impunidad.

Los casos seleccionados bien por criterios objetivos, subjetivos, complementarios o por varios de ellos a la vez, deben orientarse a casos de calidad o significativos, con valores técnicos e ilustrativos. Se debe valorar en abstracto si el caso tiene riqueza y calidades mínimas que permitan un avance en la doctrina y la jurisprudencia, así como en las técnicas de investigación. Igualmente, el caso priorizado, debe ser capaz de mostrarse como “modelo” o “caso tipo” de manera ilustrativa y ejemplarizante.⁵²

49 Los criterios llamados subjetivos y objetivos en este texto se puede comparar con el criterio denominado *representatividad* de uno de los dos pilares principales que identifica BERGSMO, Morten, *Op. cit.*, nota al pie 36, p. 72; el criterio subjetivo tiene - en el sentido en que recomienda la selección de los autores que hacen parte de los mandos superiores - también conformidad con el criterio de *gravedad* de BERGSMO.

50 Los criterios complementarios coinciden con Bergsmos *consideraciones prácticas y políticas* en sus denominados pilares menores, véase nota al pie 36, p. 73.

51 Cfr. Informe de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), disponible en: <http://www.cicig.org>. Citado en: CASTRESANA FERNANDEZ, Carlos; DELGADO-SCHECK, Renata; ORTÍZ, María José y PASTOR, Tomás. pp.18 y ss.

52 *Ibidem*, p. 21 y 22.

IV. Estrategia de “priorización” de delitos en la Unidad Nacional Justicia y Paz.

Como lo habíamos mencionado, la UJP ha través de Memorandos y Circulares ha hecho referencia expresa a la priorización de delitos y de víctimas, como estrategia para adelantar las investigaciones en el marco del proceso especial de justicia y paz, recogiendo los criterios objetivo y subjetivo, explicados anteriormente, y que han sido utilizados por la comunidad internacional en procesos de justicia transicional.

1. Criterio Objetivo. Los Memorandos número 008 de 22 de mayo de 2006 y 73 de Octubre 7 de 2008 son demostrativos de la intención de la Jefatura de la UJP de priorizar delitos en las investigaciones que se siguen en los procesos regidos por la Ley 975 de 2005.

a. Memorando No. 008, Mayo 22 de 2006.

Este documento dirigido a los Fiscales Delegados ante el Tribunal de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, dispone como directriz la “priorización de actividades” y en cuanto a la revisión de procesos, establece una clasificación de acuerdo con los siguientes criterios:

- ▶ “**Delitos graves** especialmente masacres, apoderamiento de tierras, desplazamiento forzado, desaparición forzada, secuestro, homicidio, reclutamiento de menores, delitos de género, atentados contra indígenas y menores.
- ▶ Utilización ilegal de uniformes e insignias; fabricación, porte y tráfico de armas y municiones y concierto para delinquir.
- ▶ Otros delitos.”⁵³ –Subrayas fuera del texto original–

Conforme a este Memorando, es claro que la Unidad de Justicia y Paz ha optado desde sus inicios por un sistema de investigación jerarquizado en el cual no se dejan de investigar conductas, pero, sí se establece un orden específico para el efecto atendiendo el criterio de los “delitos graves” como lo indica la citada disposición.

b. Memorando No. 73 de Octubre 7 de 2008

En esta directriz, se dispone la “Recepción de registros de hechos atribuibles a grupos armados organizados al margen de la ley y otros relacionados con violencia sexual y delitos conexos”⁵⁴.

⁵³ Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, Memorando No. 008, Mayo 22 de 2006.

⁵⁴ Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Memorando No. 73 de Octubre 7 de 2008.

2. Conjugación de Criterios objetivo, subjetivo y complementarios. La UJP ha mezclado en varios memorandos y circulares los criterios objetivos y subjetivos y complementarios, veamos:

a. Circular de fecha Septiembre 16 de 2008.

Es quizá la más clara disposición acerca del tema bajo examen. Menciona como directriz la “Estrategia para dinamizar el proceso”⁵⁵ y tuvo como destinatarios cada uno de los Fiscales Delegados ante el Tribunal que conforman la Unidad de Justicia y Paz.

El documento tiene como parte de sus propósitos y motivaciones “impulsar el procedimiento para arribar en el menor tiempo posible a la fase judicial ante los Magistrados de Justicia y Paz, en particular a las audiencias de formulación de Imputación en casos priorizados y, por ende, lograr las primeras sentencias”⁵⁶.

Entre las recomendaciones que señala para continuar adelantando los procesos, se destaca la siguiente:

“(...) es imprescindible retomar la estrategia de priorizar los casos de mayor relevancia atribuibles a una organización ilegal tales como masacres; desplazamiento forzado; desaparición forzada; secuestro; homicidio de periodistas; sindicalistas; miembros de la UP, indígenas, defensores de DDHH, integrantes de ONG y servidores públicos; reclutamiento de menores, delitos de género, apoderamiento de tierras, especialmente aquellos cometidos a partir de noviembre de 2002, para agruparlos por tipo penal y su relación con los comandantes de bloque o frentes y ejecutores materiales del hecho”⁵⁷.

En esta circular se prioriza teniendo en cuenta tanto el criterio objetivo como el subjetivo, pues no solamente se enlistan los delitos que se deben investigar en primer lugar: homicidio, reclutamiento y relativos al género sino también se tiene en cuenta la calidad de las víctimas. Igualmente, y como se lee en la última línea, en esta directriz, se alude por primera vez a una diferenciación entre los comandantes de bloque o frentes y ejecutores materiales del hecho, aunque no se clarifica si hay lugar a priorizar la investigación según el rango, de manera que se mantiene la tendencia de la estrategia en el sentido de jerarquizar la investigación únicamente por conducta punible.

b. Memorando No. 70, septiembre 16 de 2008

En este documento, se ordenan disposiciones especiales para atender a las víctimas de un delito en particular: Desaparición forzada.

⁵⁵ Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Circular, septiembre 16 de 2008.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*.

c. Memorando No. 48 de 10 de julio de 2009.

En este Memorando de la UJP, que trata sobre la “Transmisión de versiones a salas remotas de víctimas de versiones libres a extraditados”⁵⁸, se dice lo siguiente: “En las versiones libres debe abordarse la CONFESIÓN de los siguientes hechos:

- ▶ De conocimiento del sistema interamericano (Corte o Comisión).
- ▶ De posible competencia de la Corte Penal Internacional.
- ▶ Hechos graves de acuerdo al fenómeno delictivo: desaparición forzada, desplazamiento forzado, reclutamiento ilícito y violencia sexual entre otros.
- ▶ Hechos graves en atención a la calidad de la víctima: conductas realizadas contra sindicalistas, periodistas, miembros de la unión patriótica, indígenas, afrodescendientes y menores entre otros.”⁵⁹

En esta directriz la Unidad privilegia, en orden jerárquico la investigación de crímenes que puedan tener trascendencia en organismos internacionales, del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y del Sistema Penal Internacional. En el último ítem se alude a la importancia de la víctima, criterio que también ha sido retomado en otros Oficios como a continuación se muestra.

d. Memorandos No. 57 de agosto 15 de 2008 y Memorando No. 74 de noviembre 19 de 2009.

En estas dos directrices de la UJP se hace priorización por la calidad o la importancia de la víctima.

En efecto, el Memorando No. 57, que trata sobre “sesiones especiales para abordar el tema de reclutamiento ilegal de menores”⁶⁰, dispone lo siguiente:

“En directrices trazadas por la Jefatura de Unidad a partir del año 2006, se ha insistido en la imperiosa necesidad de documentar los hechos atribuibles a Grupos Organizados al Margen de la Ley, especialmente el reclutamiento de menores, violencia sexual, hechos cuyas víctimas ostentaban la calidad de sindicalistas, periodistas, Defensores de Derechos Humanos, entre otros”⁶¹.

Por su parte, el Memorando No. 74, que contiene “directrices para la recepción de declaraciones o entrevistas como estrategia de documentación de hechos atribuibles a GAOML”⁶² también alude a la necesidad de orientar la investigación, y, en este caso, durante procedimientos como las entrevistas y las declaraciones, hacia algunos delitos en particular tomando en cuenta la calidad de la víctima (...).”

58 Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Memorando No. 48, julio 10 de 2009.

59 *Ibidem*.

60 Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Memorando No. 57, Agosto 15 de 2008.

61 *Ibidem*.

62 Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Memorando No. 74, Noviembre 19 de 2009.

1. Información sobre a víctima directa

“(…)

Calidad: Especificar si la víctima ostentaba un rol especial por el cual era conocido en la comunidad. Ej. periodista, sindicalista, miembro de la UP, religioso, afrodescendiente, líder comunitario, defensor de derechos humanos, miembro de una ONG, integrantes de alguna asociación o grupo de personas (...)”⁶³

Aquí se evidencia un interés por indagar sobre ciertas víctimas y con ello, la investigación se inclinará hacia los delitos derivados de la afectación a aquellas.

e. Memorando No. 3 de Febrero 19 de 2010

En este documento, se ordena remitir a la Jefatura de la Unidad de Justicia y Paz una gran cantidad de datos sobre menores de edad reclutados ilícitamente.

De lo anteriormente expuesto, podemos afirmar que son pocas las directrices en las que la Unidad de Justicia y Paz dispone expresamente una estrategia de priorización de crímenes. No obstante, las mismas pueden complementarse al leerse armónicamente con otras que contienen criterios para diferenciar y ordenar la investigación según la calidad de la víctima o a partir del énfasis en algunos delitos en particular con connotación internacional, las cuales tienen efecto directo en la priorización de conductas a investigar. Sin embargo, y como lo veremos a continuación no existen criterios o directrices en materia de priorización o selección de delitos y autores que sean seguidos por todos los operadores de la ley de Justicia y Paz.

⁶³ *Ibidem*.

V. ¿Se prioriza durante el Proceso de Justicia y Paz atendiendo cualquiera de los criterios ya señalados?

Si bien las directrices de la UJP no han sido numerosas, sí parecen claras a la hora de establecer como estrategia para el proceso la priorización de casos teniendo en cuenta los criterios objetivo, subjetivo y complementario. Sin embargo, la práctica del proceso ha demostrado que la estrategia esbozada no ha sido aplicada en todos los Despachos o en todas las investigaciones, como se desprende del breve análisis de los tres casos que hasta ahora han concluido con sentencia. Veamos.

En el caso de Wilson Salazar Carrascal, fallado el 19 de marzo de 2009 por el Tribunal de Bogotá -Sala de Justicia y Paz-, la condena se profirió tras encontrarlo autor material de los “delitos homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo, extorsión y falsedad material en documentos públicos, delitos por los cuales fue acusado por la Fiscalía General de la Nación.”⁶⁴

Aunque la actuación fue declarada nula por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia “a partir del acto de formulación de cargos, inclusive”⁶⁵, para el tema bajo examen es oportuno resaltar que los hechos objeto de la condena no corresponden con aquellos que, por diferentes criterios, se ha considerado que merecen especial atención o priorización en la investigación⁶⁶.

En sentido similar se encuentra la segunda condena proferida en el marco del Proceso de Justicia y Paz⁶⁷. En su parte resolutoria, el Tribunal encuentra a “**EDWAR COBOS TELLEZ** coautor responsable de cometer los delitos de homicidio agravado, concierto para delinquir agravado, deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil, secuestro simple, hurto calificado y agravado, utilización ilegal de uniformes e insignias y fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, cometidos en concurso homogéneo y heterogéneo”.⁶⁸ –Subrayas fuera del texto original–.

A renglón seguido, señala a “**UBER ENRIQUE BANQUEZ MARTINEZ** coautor responsable de cometer los delitos de homicidio agravado, deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil, secuestro simple, hurto calificado y agravado, utilización ilegal de uniformes e insignias y fabricación,

64 TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, SALA DE JUSTICIA Y PAZ. Sentencia Rad. No. 200680526. Marzo 19 de 2009. M.P.: Eduardo Castellanos Roso. V. Resuelve, num. 3.

65 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Auto Rad. No. 31539, Julio 31 de 2009. M.P.: Augusto Ibáñez Guzmán.

66 Cfr. *Supra*. UNIDAD NACIONAL DE FISCALÍAS PARA LA JUSTICIA Y LA PAZ. Memorando No. 008, Mayo 22 de 2006 y Circular de fecha Septiembre 16 de 2008.

67 Decisión recurrida en primera instancia. Actualmente, se encuentra pendiente el fallo de segunda instancia por parte de la Sala de Casación Penal de Corte Suprema de Justicia.

68 TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, SALA DE JUSTICIA Y PAZ. Sentencia Rad. No. 200680077. Junio 29 de 2010. M.P.: Uldi Teresa Jiménez. Resuelve.

tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, cometidos en concurso homogéneo y heterogéneo”⁶⁹. –Subrayas fuera del texto original–.

Por su parte, en el caso de Jorge Iván Laverde, alias “El Iguano”, el Tribunal, en la parte resolutive de la sentencia⁷⁰, adujo lo siguiente: “Condenar a JORGE IVAN LAVERDE ZAPATA conocido con los alias ‘El Iguano’, ‘Sebastián’, ‘Raúl’ y ‘Pedro Fronteras’, identificado con Cédula de Ciudadanía número 71.985.935 de Turbo (Antioquia), a la pena principal de cuatrocientos ochenta (480) meses de prisión y multa de cuatro mil (4.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, luego de haber sido hallado responsable de cometer los delitos de homicidio en persona protegida, homicidio agravado, concierto para delinquir agravado, actos de terrorismo, tortura, secuestro simple, deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil, destrucción y apropiación de bienes protegidos, exacción o contribuciones arbitrarias, daño en bien ajeno y fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de la fuerzas armadas, cometidos en concurso homogéneo y heterogéneo. Conductas constitutivas (algunas de ellas) de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, así como de graves atentados contra los Derechos Humanos, conforme a lo expuesto en la motivación de esta decisión.”⁷¹ –Subrayas fuera del texto original–.

69 *Ibidem*.

70 Decisión recurrida en primera instancia. Actualmente, se encuentra pendiente el fallo de segunda instancia por parte de la Sala de Casación Penal de Corte Suprema de Justicia.

71 TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, SALA DE JUSTICIA Y PAZ. Sentencia Rad. No. 200680281. Diciembre 2 de 2010. M.P.: Uldi Teresa Jiménez López.

En el siguiente cuadro, se puede contrastar la relación entre los hechos que han sido objeto de condena en Justicia y Paz y la estrategia de priorización de delitos trazada por la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía:

Postulado	Delito	Parte de la Estrategia de Priorización ¹
WILSON SALAZAR CARRASCAL	Homicidio agravado	Si
	Extorsión	No
	Falsedad material	No
EDWAR COBOS TÉLLEZ	Homicidio agravado	Si
	Concierto para delinquir agravado	No
	Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil	Si
	Secuestro simple	Si
	Hurto calificado y agravado	No
	Utilización ilegal de uniformes e insignias	No
	Fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas	No
UBER ENRIQUE BÁÑQUEZ MARTÍNEZ	Concierto para delinquir agravado	No
	Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil	Si
	Secuestro simple	Si
	Hurto calificado y agravado	No
	Utilización ilegal de uniformes e insignias	No
	Fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas	No
JORGE IVÁN LAVERDE ZAPATA	Homicidio en persona Protegida	Si
	Homicidio agravado	Si
	Concierto para delinquir agravado	No
	Actos de Terrorismo	No
	Tortura	No
	Secuestro simple	Si
	Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil	Si
	Destrucción y apropiación de bienes Protegidos	Si
	Exacción o contribuciones arbitrarias	No
	Daño en bien ajeno	No
	Fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de la fuerzas Armadas	No

Para realizar una interpretación sobre el cuadro, es necesario hacer una precisión: la primera es acerca del delito de “concierto para delinquir agravado”, el cual, sin ser considerado de los más graves sí tiene un nivel de importancia resaltado en las directrices de la Unidad⁷² y posee un carácter especial que hace indispensable su imputación y posterior condena, debido a que la Corte Suprema de Justicia lo ha considerado el delito base⁷³ en el proceso de Justicia y Paz.

Ahora bien, a partir de la lectura del cuadro es posible esbozar algunas conclusiones preliminares con el propósito de establecer el nivel de priorización de delitos en la investigación que se encuentra ejecutando la Fiscalía como parte de una estrategia en la materia, o la carencia de la misma en la práctica, a pesar que, como se ha visto, hay directrices internas al respecto.

Del abordaje de los documentos de la Unidad de Justicia y Paz sobre la estrategia de priorización de conductas punibles⁷⁴, se pueden extraer tres premisas, a saber: En primera medida el catálogo no es cerrado. En los dos documentos insumo para el desarrollo del tema, se emplean palabras que así lo insinúan. Veamos:

“**Delitos graves** especialmente masacres, apoderamiento de tierras (...)”⁷⁵.— Subrayas fuera del texto original-.

“(...) es imprescindible retomar la estrategia de priorizar los casos de mayor relevancia atribuibles a una organización ilegal tales como (...)”⁷⁶. —Subrayas fuera del texto original-.

En segunda medida, los listados no se refieren exclusivamente a tipos penales en la forma como los consagra el Código penal colombiano, sino que combinan aquellos con categorías de delitos y formas de comisión (en un sentido no estrictamente jurídico), como cuando se alude a “masacres” o a “delitos de género” o a “atentados contra indígenas y menores”, entre otros.

En tercer lugar, se echa de menos un análisis sobre la región específica, y en ese sentido el Bloque o forma organizativa del grupo al margen de la ley, según el tipo de criminalidad que se presentó, pues no en todas las regiones se registraron las mis-

72 Véase: UNIDAD NACIONAL DE FISCALÍAS PARA LA JUSTICIA Y LA PAZ. Memorando No. 008, Mayo 22 de 2006, en el cual en la lista de delitos por priorizar para efectos de la investigación, el concierto para delinquir, así como la utilización ilegal de uniformes e insignias; fabricación, porte y tráfico de armas y municiones, se ubican en el segundo renglón, después de los “delitos graves”.

73 Cfr.: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Auto Rad. No. 31539, Julio 31 de 2009. M.P.: Augusto Ibáñez: “(...) el delito de concierto para delinquir se perfila en un componente obligado en la formulación de imputación, la formulación de cargos y el fallo (...)”.

“(...) ante la ausencia de pronunciamiento respecto del delito base en la Ley de Justicia y Paz -concierto para delinquir- no es posible aplicar la pena alternativa (...)”.

“No es posible dictar sentencia sin que al postulado se le hayan formulado cargos por el delito de concierto para delinquir, pues aquella debe proferirse en primer lugar por esta conducta, en tanto que las demás son consecuencia de ésta”.

74 Véase: UNIDAD NACIONAL DE FISCALÍAS PARA LA JUSTICIA Y LA PAZ. Memorando No. 008, Mayo 22 de 2006 y Circular de fecha Septiembre 16 de 2008.

75 UNIDAD NACIONAL DE FISCALÍAS PARA LA JUSTICIA Y LA PAZ. Memorando No. 008, Mayo 22 de 2006.

76 UNIDAD NACIONAL DE FISCALÍAS PARA LA JUSTICIA Y LA PAZ. Circular de fecha Septiembre 16 de 2008.

mas formas de delincuencia y no todos los Bloques o grupos operaron de la misma forma o con los mismos patrones de comportamiento, aspecto que definitivamente, tiene que tomarse en cuenta.

Este último punto se evidencia al encontrar que las directrices de la UJP revisadas se dirigen a todos los fiscales de la Unidad de una manera general.

Realizada esta observación y contando con la información que suministra el cuadro, se tiene que las condenas en Justicia y Paz han sido proferidas por la comisión de 15 tipos de delito⁷⁷, de los cuales sólo cinco podrían considerarse como parte de la “estrategia de priorización”: homicidio agravado, deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil, secuestro simple, destrucción y apropiación de bienes protegidos y Homicidio en persona protegida.

Lo anterior, recordando la claridad que se hizo acerca del delito de concierto para delinquir agravado, el cual, en desarrollo de una interpretación extensiva de la estrategia, podría considerarse una sexta conducta punible del listado de las priorizadas.

Tras examinar estas cifras, se tiene que, tomando como muestra las sentencias proferidas en el proceso de Justicia y paz, la estrategia de priorización de conductas en la investigación no ha sido plenamente eficaz, y, por el contrario, hay un número significativamente mayor de delitos que están siendo objeto de las condenas cuya importancia no corresponde con los criterios de relevancia esbozados.

77 Homicidio agravado, Extorsión, Falsedad material, Concierto para delinquir agravado, Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil, Secuestro simple, Hurto calificado y agravado, Utilización ilegal de uniformes e insignias, Fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, Homicidio en persona protegida, Actos de terrorismo, Tortura, Destrucción y apropiación de bienes protegidos, Exacción o contribuciones arbitrarias y Daño en bien ajeno.

VI. Conclusiones.

La estrategia de selección y priorización de conductas punibles para la investigación que ha adoptado la UJP no ha sido afortunada en dos sentidos: en su diseño, por cuanto no es consecuente con las realidades que afronta el Proceso de Justicia y Paz como el carácter masivo de conductas y autores que se investigan; y en su implementación, dado que las decisiones proferidas por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, no reflejan la estrategia propuesta por la UJP.

En ese sentido, se hace necesario proponer nuevas iniciativas que sirvan como estrategia para implementar en el Proceso de Justicia y Paz, cuyo contenido puede recoger lo más acertado de las experiencias internacionales y estar de acuerdo con los estándares que en materia de investigación han impuesto Tribunales internacionales, como la selección y priorización de autores y delitos para la investigación.

Adicionalmente, a esta estrategia podrían sumarse otras fórmulas que también contribuyan a la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación como comisiones de la verdad, establecimiento de tribunales especiales *ad hoc* o envío de casos menos graves a la justicia ordinaria, amnistías e indultos para casos sin mayor gravedad, herramientas del procedimiento penal ordinario como el principio de oportunidad, e inclusive en el caso particular de Colombia, una reforma a la Ley 975 de 2005 en punto de su procedimiento con la finalidad de hacerlo menos complejo y más eficaz.

VII. Recomendaciones

Aunque Bergsmo y Saffon⁷⁸ consideran en su contribución a este libro que la implementación tardía de la estrategia de selección de autores y de delitos sería muy crítica (debido a la experiencia en el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia), entre otras razones, por la dificultad de asegurar una práctica efectiva, adecuada y consistente; el hecho que en el caso de Colombia el proceso lleve más de cinco años de vigencia, puede implicar una ventaja: En estos años, las autoridades competentes han recolectado bastante material e información sobre el conflicto – tanto acerca de la naturaleza de los crímenes cometidos y de los autores involucrados como de los distintos grupos de víctimas y regiones afectadas- que se podría usar ahora para rediseñar la estrategia de investigación a través de una cartografía, un estudio del contexto en el cual se desarrolló la actividad del grupo armado la margen de la ley, que contendría las siguientes finalidades y elementos:

1. Obtener información sobre el tipo de crímenes cometidos, los lugares, fechas, posible identificación de los perpetradores y de las víctimas.⁷⁹
2. Desarrollar un patrón general del conflicto, que serviría para establecer los criterios de selección y priorización de delitos y de autores.⁸⁰
3. Involucrar en el proceso de la cartografía y de la determinación de los delitos y autores que van a ser investigados y juzgados quedar en el Proceso de Justicia y Paz, a todas las instituciones que forman parte del proceso, las ONG involucradas en el tema, otros actores de la sociedad civil y, desde luego, a las víctimas.
4. Prestar especial atención a las víctimas para facilitar su comprensión y aceptación de la nueva estrategia, ya que debido a la selección, algunos delitos no serían juzgados por un tribunal penal. Así mismo, tendría que garantizarse la transparencia durante todo el proceso a través de divulgación amplia de informaciones y resultados.⁸¹

78 En el mismo sentido, nota al pie 46, p. 53 y 54.

79 ACNUDH, *Op. cit.*, nota al pie 26, p. 6 y ss.

80 FORER, Andreas y GUERRERO TORRES, Alejandro (2010) en: *La Ley de Justicia y Paz, un ejemplo de justicia transicional en Colombia*. En: América Latina – España – Portugal. Madrid/Frankfurt: Iberoamericana Editorial Vervuert, p. 167; Véase también: SAFFON, María Paula (2009): *Problematic selection and lack of clear prioritization: the Colombian experience*. En: Bergsmo, Morten: *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, p. 93 (101).

81 ACNUDH, *Op. cit.*, nota al pie 26, pp.11 y 12.

No es posible establecer desde ya qué resultados arrojaría esta fase de cartografía. Pero, se esperaría que en el siguiente nivel, luego de determinar criterios de la selección de autores⁸² y de delitos, el enfoque en el nivel de la priorización se concentrara en juzgar casos ejemplares en regiones emblemáticas y autores con mayor grado de responsabilidad o jerarquía dentro de la organización criminal.

También será importante tener en cuenta aspectos prácticos, es decir, seguir de preferencia con los casos que después de cinco años de investigación, han llegado a un nivel de elaboración avanzado y considerar la situación fáctica en la respectiva región, que pueda avanzar o impedir el adelantamiento de la estrategia, cuando por ejemplo, el conflicto permanece de tal manera que no se puede llevar a cabo una investigación adecuada o se ponga en riesgo la seguridad y la vida de víctimas y testigos.

En cuanto a delitos específicos, como delitos de género o reclutamiento ilícito de menores de edad, también vale la pena pensar en la creación de un grupo especial de investigadores y fiscales, como expertos en el delito en cuestión, que puedan ejercer sus funciones en aquellas regiones en las cuales, fruto de la cartografía y la estrategia de selección, se han identificado patrones de comportamiento criminal, de suerte que su permanencia en un lugar pueda ser más útil para el proceso, que una asignación fija o inamovible a un determinado Fiscal.

82 y/o edad del autor. FORER, Andreas: *Milosevic y Justicia y Paz*, EL ESPECTADOR, 12 de Julio 2010. Disponible en: <http://www.elspectador.com/opinion/columnistasdelimpreso/andreas-forer/columna-213004-milosevic-y-justicia-y-paz>

Este libro se terminó de imprimir
en los talleres gráficos de
ALVI IMPRESORES LTDA.
en el mes de marzo, Bogotá 2011