

XIV^H/Völ/Proc, 7950

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

giz



Embajada
de la República Federal de Alemania
Bogotá



GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT
GÖTTINGEN

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. JEHLE, 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 **critérios** 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.

III

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

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