

RECOMENDACIONES PARA LA ELABORACIÓN
DE ESTRATEGIAS DE PRIORIZACIÓN DE CASOS
EN EL MARCO DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ*

*RECOMMENDATIONS FOR BUILDING
A STRATEGY FOR PRIORITIZATION OF
SPECIFIC CASES WITHIN THE CONTEXT
OF THE “JUSTICE AND PEACE ACT”*

DIEGO LÓPEZ-MEDINA**

Fecha de recepción: 15 de agosto de 2010

Fecha de aceptación: 2 de octubre de 2010

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO CITE THIS ARTICLE
Diego López-Medina, *Recomendaciones para la elaboración de estrategias de priorización de casos en el marco de la Ley de Justicia y Paz*, 17 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 63-86 (2010).

* Artículo de reflexión producto de la agenda de investigación del autor.

** Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de los Andes. PhD y maestro en derecho de la Universidad de Harvard. Abogado y Filósofo de la Pontificia Universidad Javeriana. Tratadista, consultor y miembro fundador del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJuSticia. Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. Contacto: dlopez@uniandes.edu.co.

RESUMEN

Este artículo muestra las estrategias de priorización utilizadas en la comunidad internacional en procesos de justicia transicional de naturaleza similar al adelantado en Colombia, mediante la implementación de la Ley 975 de 2005 o Ley de Justicia y Paz, LJP. El objetivo del artículo es realizar algunas recomendaciones para construir una estrategia de priorización de casos específica para el contexto colombiano.

El artículo concluye que se debe priorizar la investigación de casos que muestren la estructura de los crímenes de sistema cometidos por los paramilitares. A su vez, resulta necesario incorporar otros criterios de priorización de casos en los que se destaquen los “mayores responsables” dentro de la organización criminal y también la adopción de criterios de priorización que permitan la investigación de aquellas conductas que atentaron de forma más grave contra los derechos de las víctimas. Por último, se debe tomar en consideración el criterio de efectividad y eficiencia que conduzca a victorias de carácter probatorio y procesal por parte de la Unidad de Justicia y Paz.

Palabras clave autor: Justicia transicional, Ley de Justicia y Paz, priorización, Fiscalía, investigación penal.

Palabras clave descriptor: Justicia transicional, estudio de casos, investigaciones sobre víctimas de crímenes, Colombia, Ley 975 de 2005 (25 de julio), comentarios.

ABSTRACT

This article shows the prioritization strategies used in the international community in cases of transitional justice similar in nature to those advanced in Colombia through the “Justice and Peace Act” or Act 975 of 2005. The aim of this paper is to make several recommendations for building a strategy for prioritization of specific cases in the Colombian context.

The article concludes that the criminal investigations should focus on individual cases that reveal the typical structure, chain of command, and modus operandi of crimes committed by the Colombian paramilitary forces. The article shows that it is necessary to incorporate criteria for prioritizing cases that emphasize the identification of those individuals bearing the “highest responsibility” for the crimes committed; the investigations should target those cases that involved the most serious attacks against the human rights of victims. Finally, in descending order, the investigative strategy of prioritization should prefer those cases that would lead to efficient and exemplary results in light of the very resources that the Attorney General's Office has at hand.

Key words author: *Transitional Justice, Justice and Peace Act of 2005, Prioritization criteria, Attorney General's Office, Criminal Investigation.*

Key words plus: *Transitional justice, Case studies, Victims of Crimes Surveys, Colombia, Law 975 of 2005 (July 25), Commentaries.*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- I. LA PRIORIZACIÓN PENAL ANTE LOS OJOS DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL: EXPECTATIVAS Y EXPERIENCIAS.- II. EXPERIENCIA INTERNACIONAL EN MATERIA DE PRIORIZACIÓN DE CASOS.- III. DIMENSIONES SOCIALES Y POLÍTICAS SOBRE EL DEBATE DE LA PRIORIZACIÓN EN COLOMBIA.- IV. RECOMENDACIONES SOBRE CRITERIOS DE PRIORIZACIÓN PARA EL CASO COLOMBIANO.- BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Con la implementación de la Ley de Justicia y Paz, la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación creada por esta norma para impulsar las investigaciones contra los desmovilizados que se acogieron a su contenido, tiene el reto de desarrollar una actividad investigativa capaz de procesar a por lo menos 3.400 postulados por el Gobierno Nacional para ser beneficiarios de las penas alternativas determinadas en la Ley 975 de 2005.

Este desafío se muestra a todas luces como complejo, mucho más si se toman en consideración factores adicionales a la cantidad de desmovilizados que deben procesarse, como: i) los términos y el procedimiento establecido en la ley para esta clase de procesos; ii) la tipología de casos que deben resolverse a causa de las graves violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, DIDH, perpetradas por los miembros de los grupos paramilitares y iii) las carencias en cuanto a recursos técnicos, económicos y profesionales para el impulso de estas funciones por parte de la Fiscalía General de la Nación. Como mecanismo para reducir la mencionada complejidad, se requiere que la Unidad de Justicia y Paz adopte una serie de estrategias de priorización de casos y de los actores a los que debe procesar.

Este artículo muestra experiencias internacionales que han recurrido al uso de estrategias de priorización penal, para examinar los criterios o factores que se han aplicado en otros países para realizar investigaciones de esta naturaleza y analizar su utilización –mas no transposición– en el ámbito colombiano. El texto examina las experiencias internacionales sobre la materia para realizar una propuesta que tenga en cuenta las particularidades del conflicto armado colombiano y las expectativas existentes frente a la ley de Justicia y Paz en el país.

Esta propuesta pretende contribuir a la solidez de las investigaciones efectuadas por la Fiscalía General de la Nación, al establecer la necesidad de darle prioridad a la investigación de casos en los que este órgano sea capaz de mostrar, de la mane-

ra más clara posible, la estructura de los crímenes de sistema cometidos por los paramilitares.

De todas formas, de acuerdo con la propuesta elaborada en el artículo, resulta necesario incorporar otros criterios de priorización de casos en los que se destaquen los “mayores responsables” y que también permitan la investigación de las conductas que atentaron de forma más grave contra los derechos de las víctimas. Igualmente, la propuesta considera un último criterio de priorización que debe tenerse en cuenta por parte de la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía: el de efectividad y eficiencia de las investigaciones, para que se logren condenas realmente capaces de reparar a las víctimas de estos crímenes contra los derechos humanos.

I. LA PRIORIZACIÓN PENAL ANTE LOS OJOS DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL: EXPECTATIVAS Y EXPERIENCIAS

En la comunidad internacional es poco probable encontrar apoyo para las tesis maximalistas que exigen plena exhaustividad en las investigaciones e imputaciones adelantadas por la Unidad de Justicia y Paz en el marco de la Ley de Justicia y Paz. Estas tesis sostienen que es necesario juzgar *todos* los delitos cometidos e investigar a *todos* los responsables de crímenes contra el derecho internacional, en el contexto del conflicto armado colombiano.

Más bien puede señalarse que la comunidad internacional mira con sospecha notoria estas tesis porque piensa que, como mínimo, implican estrategias que aumentan el riesgo de fracaso en el esfuerzo de atribución de responsabilidad o que denotan una cierta aceptación implícita con que al final del proceso de Justicia y Paz haya impunidad funcional.

De hecho, si acaso hay alguna práctica internacional aceptada en punto de investigación y acusación de graves delitos de sistema contra el DIDH, esta se encamina precisamente a permitir estrategias de persecución penal con prioridades bien definidas. La experiencia de los Tribunales Penales Internacionales ha

rechazado la pretensión de exhaustividad de la investigación, ya que ella aumenta su costo y complejidad y puede frustrar de manera definitiva el pronunciamiento de condenas contra *algunas* de las personas implicadas en este tipo de delitos. En tal sentido, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas tomó nota y avaló en 2000 la estrategia adoptada por los Tribunales Penales Internacionales en el sentido de concentrar sus esfuerzos, por ejemplo, en el juzgamiento de “líderes civiles, militares y paramilitares” y no de “actores menores”.¹

Esta dirección estratégica se ha venido confirmando en la experiencia internacional. Debe tenerse aquí en cuenta que las “estrategias” y “protocolos de trabajo” no son estrictamente “estándares internacionales”, sino que obedecen mejor a la categoría de “mejores prácticas” que se adoptan por razones pragmáticas en busca de una adecuada aplicación del derecho sustantivo. Así, pues, en su “Documento sobre asuntos de dirección política de competencia de la Oficina del Fiscal”, la Corte Penal Internacional manifestó en 2003 que

*[p]uede haber situaciones donde el número de sospechosos [a investigar] será limitado. Pero, por su propia naturaleza, es muy probable que [los casos] incluyan un número grande de víctimas y presuntos perpetradores. En estos casos, el diseño de una política o estrategia de persecución debe tomar en cuenta, no solo el desafío que el número de víctimas y perpetradores presenta, sino también el hecho de que los crímenes [...] pueden haber sido cometidos por individuos que actúan como miembros de un grupo u organización.*²

De la misma forma, la Oficina del Alto Comisionado para Derechos Humanos de Naciones Unidas también ha aceptado con toda claridad que en situaciones de crímenes de sistema –como es el caso del conflicto armado colombiano– se requiere:

-
- 1 Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, S/Res 1329 (2000), 5 de diciembre de 2000. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/773/52/PDF/N0077352.pdf?OpenElement>.
 - 2 International Criminal Court - Office of the Prosecutor, ICC-OTP, *Paper on Some Policy Issues Before the Office of the Prosecutor*. 2003. Disponible en: http://www.amicc.org/docs/OcampoPolicyPaper9_03.pdf.

un plan estratégico bien desarrollado es esencial para el éxito de los esfuerzos de investigación de la Fiscalía. Los principales desafíos estratégicos son:

- *Un gran número de crímenes ha sido cometido y solo será posible investigar un pequeño número, y*
- *cientos o miles de personas pueden haber estado involucradas en estos crímenes y no todas ellas pueden ser acusadas penalmente.*³

A pesar de este consenso (ganado por vía de penosa experiencia), el tema de la priorización y de la selectividad ha resurgido, no sin caldeados debates, en diferentes escenarios nacionales donde se despiertan, de nuevo, las viejas paradojas que en él anidan. El tema se sigue discutiendo en diferentes jurisdicciones nacionales que han enfrentado la investigación de crímenes de sistema contra los derechos humanos, bien sea en Ruanda, en Bosnia-Herzegovina o en Colombia. El tema es éticamente de muy difícil tratamiento porque se ha construido, al menos en parte, la ficción de que la pirámide judicial puede realmente alcanzar un esclarecimiento exhaustivo de los crímenes graves cometidos. Diferentes voces han manifestado que esta ilusión es muy peligrosa y que se requiere que las víctimas tengan una apreciación realista de las posibilidades, siempre limitadas, de la vía judicial: “la expectativa irrazonable y peligrosa que todos los crímenes cometidos durante la guerra, que cada persona que haya cometido un crimen terminará ante una corte penal donde tal persona o personas serán acusadas y condenadas a la máxima pena posible”.⁴

3 Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ACNUDH, *Rule of Law Tools for Post-Conflict States: Prosecution Initiatives* (Organización de Naciones Unidas, Nueva York-Ginebra, 2006).

4 Esta es la opinión de David Schwendiman, Vicefiscal general del Departamento para Crímenes de Guerra (Bosnia-Herzegovina). Citado por Morten Bergsmo, Kjetil Helvig, Ilija Utmelidze & Gorana Žagovec, *Some Remarks on the Handling of the Backlog of the Core International Crime Cases in Bosnia and Herzegovina*, 42 (Forum for International Criminal and Humanitarian Law, FICHL Publications Series No. 3, 2009).

II. EXPERIENCIA INTERNACIONAL EN MATERIA DE PRIORIZACIÓN DE CASOS

A la luz de las consideraciones anteriores, ¿cómo debería ser en concreto entonces la política de priorización para el caso colombiano? De la experiencia internacional, podríamos sacar algunas conclusiones básicas: en primer lugar, el tema de la priorización se ha vuelto fundamental para casos como los de Ruanda o Bosnia-Herzegovina, en los cuales la selección de casos puede, por sí misma, volver a despertar sospechas sobre a qué grupos se está acusando en contexto de altísimas tensiones interétnicas. En tales contextos, la sola sospecha de que la actividad de acusación es discrecional genera tensiones políticas irresolubles y amenaza con arruinar la confianza en la neutralidad de la función acusatoria. Por estas razones, en particular en Bosnia, se ha trabajado mucho en lograr la discusión, diseño y publicación de criterios de priorización. Este trabajo no se ha terminado aún en lo que se refiere a la Fiscalía de Bosnia-Herzegovina.⁵ El Tribunal Internacional *Ad Hoc*, sin embargo, ya ha tenido tiempo para considerar el tema y ha propuesto una rica lista de variables que marcan un caso como prioritario. En una de las formulaciones más extensas de estas listas (que, sin embargo, todavía no es un documento oficialmente público sino más bien una directriz interna de trabajo), la Oficina del Fiscal del Tribunal para la Antigua Yugoslavia construyó un esquema de cuatro factores complejos de priorización:⁶

-
- 5 Morten Bergsmo, Kjetil Helvig, Ilia Utmelidze & Gorana Žagovec, *Some Remarks on the Handling of the Backlog of the Core International Crime Cases in Bosnia and Herzegovina* (Forum for International Criminal and Humanitarian Law, FICHL Publications Series No. 3, 2009).
 - 6 Aunque el documento no es público, una investigación reciente de Morten Bergsmo *et al.* ha permitido conocer su estructura fundamental. Morten Bergsmo, Kjetil Helvig, Ilia Utmelidze & Gorana Žagovec, *Some Remarks on the Handling of the Backlog of the Core International Crime Cases in Bosnia and Herzegovina* (Forum for International Criminal and Humanitarian Law, FICHL Publications Series No. 3, 2009). Documento sin publicar en el archivo del autor, 2008.

- Factores relacionados con las “personas” que cometieron los delitos.
- Factores relacionados con los actos constitutivos de delitos y en particular con su “gravedad”.
- Factores relacionados con las orientaciones y directrices de política criminal⁷ que la Fiscalía decida adoptar.
- Por último, factores relacionados con consideraciones “prácticas” o “tácticas”.

En la experiencia del Tribunal *Ad Hoc* para la Antigua Yugoslavia se llegó a una descripción muy compleja de diversos subfactores en cada uno de estos grupos generales. A continuación, se citan para efectos de ejemplarización y discusión. La situación en Colombia no parece aconsejar una recepción sin más de esta lista en particular.

Así, en relación con las “personas”, merecen prioridad investigativa los siguientes casos en los que participen (recuérdese que esta lista se elaboró en el contexto del conflicto de los Balcanes):

- Personas en posiciones de jerarquía.
- Líderes políticos, militares o paramilitares.
- Personas con liderazgo nacional, regional o municipal.
- Nacionalidad.
- Rol o participación en las decisiones estratégicas.
- Responsabilidad individual por atrocidades específicas.
- Responsabilidad individual por actos atroces.
- Extensión de la participación directa en incidentes.
- Autoridad y control sobre agentes subordinados.
- El conocimiento y advertencia de los actos cometidos por los subordinados.
- La posibilidad de arrestar al implicado.
- La disponibilidad de pruebas o testimonios en su contra.

7 De esta forma se traduce al español las así llamadas *policy considerations*.

- Interés en el caso por parte de organizaciones no gubernamentales, ONG, medios de comunicación o del gobierno.
- Potencial de que el caso genere comunidad de testimonios o de evidencia con conexiones con otros casos.

El segundo gran grupo está construido con variables o subfactores con los que se pretende describir la “gravedad” de los hechos:

- Número de víctimas.
- Naturaleza de los actos.
- Área de destrucción.
- Duración y repetición de la ofensa.
- Ubicación del crimen.
- Conexión con otros crímenes.
- Nacionalidad de los perpetradores o de las víctimas.
- Posibilidades de arresto.
- Disponibilidad de pruebas o de testimonios.
- Exhibición del patrón criminal.
- Interés en el caso de medios, del gobierno o de ONG.

El tercer grupo de consideraciones está relacionado con orientaciones y directrices de política criminal. Allí se identifican los siguientes subfactores:

- Que el caso presentado logre el afianzamiento del derecho internacional (bien sea porque reafirme normas existentes, sienta precedente o clarifique y expanda el ámbito de las garantías actualmente existentes).
- La voluntad y capacidad de las cortes nacionales de acusar a un supuesto perpetrador.
- El potencial simbólico o el valor preventivo de la acusación de un caso.
- La percepción pública en relación con el funcionamiento efectivo de la justicia.

- La percepción pública en relación con la respuesta inmediata frente a atrocidades que todavía están ocurriendo.
- La percepción pública en relación con la imparcialidad o con el balanceo político de las acusaciones que se hacen.

Por último, están las consideraciones de naturaleza práctica que incluyen en una categoría residual otro tipo de consideraciones estratégicas y tácticas que también tiene influencia en la priorización de los casos:

- Los recursos investigativos disponibles.
- El impacto que una nueva investigación pueda tener en investigaciones que ya se estén adelantando y en las acusaciones que ya estén listas para ir a etapa de juzgamiento.
- El tiempo estimado para terminar una investigación.
- La oportunidad de la investigación (esto es, el impacto que la apertura de una determinada investigación tendrá sobre la habilidad de abrir nuevas investigaciones en el futuro).
- La posibilidad de arrestar al presunto responsable.
- El material probatorio disponible.
- La existencia de información o pruebas exculpatorias.
- La consideración de otras investigaciones en la Fiscalía en la misma área geográfica, en especial en relación con la etnia de los perpetradores y de las víctimas.

En la actualidad, se está tratando de construir una directriz de priorización para la Fiscalía de Bosnia-Herzegovina que recoja criterios de este tipo que permitan el monitoreo y seguimiento por parte de la sociedad civil nacional e internacional. Las razones de esta exigencia son evidentes: aunque todo el mundo parece reconocer que el juzgamiento exhaustivo de los hechos es imposible, hay una enorme preocupación sobre la falta de claridad y transparencia en los casos que se seleccionan para ser investigados y potencialmente llevados a juicio. La lista, originalmente utilizada por el Fiscal del Tribunal *Ad Hoc*, está ahora en proceso de ser nacionalizada en la oficina del Fiscal de Bosnia-Herzegovina. Esta desconfianza

radica, fundamentalmente, en la posible asimetría entre las acusaciones que se impulsen frente a los diferentes actores de conflicto. Esta dificultad no se ha manifestado en Colombia todavía, porque la LJP tan solo se ha aplicado al caso de la desmovilización del paramilitarismo y no cubre aún, de manera sistémica, a los dos lados que participaron en el conflicto. Es evidente que cuestiones de “representatividad” y “proporcionalidad” surgirán de manera muy fuerte cuando el marco transicional sea aplicado ampliamente a otras manifestaciones de violencia armada en Colombia, sobre todo al movimiento guerrillero de izquierda. En tal escenario es completamente previsible una discusión política muy radicalizada sobre la priorización de casos en los que se exija “simetría”, “proporcionalidad” y “representatividad” de la represión penal.

A pesar de lo amplia que ha sido esta discusión en la escena internacional, el debate en Colombia apenas se está abriendo. En casos de justicia transicional como los de Ruanda y los Balcanes, la priorización de casos resultó ser una discusión esencial casi desde el primer día, porque sin ella no se podían tomar decisiones de atribución de competencia cuando confluían tribunales tanto internacionales como nacionales en el juzgamiento de los actores de estos conflictos armados (lo cual no ocurre en Colombia); la asignación de casos, pues, exigía una calificación de prioridad de ellos y, en ese sentido, su priorización. De igual forma, las animosidades étnicas y políticas explican por qué hay un movimiento muy fuerte que exige la publicación y normativización de orientaciones explícitas al respecto. Tales directrices existen, pero más como documentos internos de trabajo y no como normas jurídicas estrictas de evaluación de la agenda y del portafolio de las Fiscalías de la región, como ahora parece exigirse. ¿Sería una exigencia similar adecuada para Colombia?

III. DIMENSIONES SOCIALES Y POLÍTICAS SOBRE EL DEBATE DE LA PRIORIZACIÓN EN COLOMBIA

La discusión en Colombia tiene parecidos con la que se ha dado en otras partes, pero igualmente tiene diferencias significativas. Los criterios de “representatividad” exigidos en Ruanda o en Bosnia-Herzegovina no tienen la misma carga étnica o política para el caso colombiano. La construcción de confianza en la justicia colombiana –quisiéramos pensar al menos– no está surcada por divisiones sociales tan antagónicas. A pesar de ello, se ha empezado a notar la necesidad de que la Fiscalía colombiana aplique ciertos criterios de representatividad dentro del mismo fenómeno paramilitar. Entre las críticas que ya se oyen en Colombia, por ejemplo, se menciona un posible indebido énfasis en actores menores o en delitos irrelevantes

El caso de William Salazar Carrascal, alias *El Loro*, sirve como ejemplo de lo dicho anteriormente y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en relación con él siempre darán testimonio de una estrategia errada de selección de los casos por parte de la Fiscalía General de la Nación.⁸

De igual forma, en otra línea de ataque, se ha argumentado que puede haber una preocupación excesiva por las cadenas de comando militares y políticas en desmedro de las redes de apoyo (e incluso, de verdaderas “cadenas de comando”) económicas

8 En la sentencia de su Sala de Casación Penal (28 de mayo de 2008, Proceso No. 29.560, magistrado ponente Augusto Ibáñez-Guzmán), la Corte Suprema de Justicia examinó la legalidad de la aceptación de cargos que hizo William Salazar Carrascal, alias *El Loro*, ante la Unidad de Justicia y Paz, UJP. En esta sentencia, el Fiscal imputó y el imputado aceptó tres cargos: la comisión (i) de un doble homicidio agravado, (ii) una falsedad documental y (iii) una extorsión. La Corte Suprema le reprochó a la Fiscalía la excesiva tacañería de esta imputación. El imputado es, según su propia admisión, miembro del bloque *Héctor Julio Peinado Becerra*, de las Autodefensas Unidas de Colombia, AUC, con teatro operacional en el sur del departamento del Cesar. En la imputación, la Corte Suprema de Justicia echó de menos una narración amplia de los patrones de conducta, de la cadena de mando y, por último, del concierto para delinquir en que estos delitos particulares se insertaban. Para la Corte Suprema, pues, los escritos de imputación y acusación son narrativas en las que se avanza de forma notoria hacia el establecimiento de la verdad y la realización de la justicia. En los escritos de la Fiscalía, en el caso de *El Loro*, se evidenció un trabajo insuficiente, porque los delitos imputados no fueron enmarcados en los patrones de criminalidad de sistema que, en últimas, la LJP quiere revelar.

y civiles que el fenómeno paramilitar evidentemente incluía.⁹ Por último, se afirma que un indebido énfasis en las estructuras militares del paramilitarismo puede invisibilizar temas o delitos “transversales”, como la violencia de género o la cuestión agraria. Estas críticas no necesariamente resultan coherentes entre sí, pero ciertamente ofrecen una muestra significativa de la importancia que la cuestión de los criterios de priorización ha ganado en el debate colombiano.

En el caso colombiano, las fuerzas que aceptan la necesidad de priorización de casos son fundamentalmente dos: por un lado, las instituciones de justicia tanto nacional como internacional (Fiscalía y aparato judicial) que tienen la misión de investigar y juzgar ya que entienden, desde adentro y por evidentes razones prácticas, el problema de las limitaciones materiales; de otro lado, y no sin cierta reticencia, un sector de la sociedad civil (organizaciones no gubernamentales, ONG) que afortunadamente le sigue apostando a la buena fe de la justicia colombiana y que, además, está dispuesto a ver el tema de los límites materiales con cierto pragmatismo, así sea parcialmente resignado. Desde esta perspectiva, la priorización constituye un mal menor que debe ser aceptado siempre y cuando no se traduzca en una discrecionalidad desbordada e incontrolada. Y aquí es, en la interacción de estas dos fuerzas, donde ha surgido la idea de generar para el caso colombiano una directriz explícita de priorización en la que se expongan los criterios que utilizaría la Fiscalía para JP. Esta exigencia es creciente en la medida en que se hace cada vez más claro que el proceso de JP no podrá tener la exhaustividad que aún reclama con buenas razones políticas un sector del movimiento civil de víctimas.

Entre aquellos que están a favor de aceptar políticas y estrategias de priorización existen, hoy, dos debates fundamentales: el uno tiene qué ver con el fondo y el otro, con la forma jurídica que deben asumir tales directrices. En relación con la “forma”

9 Human Rights Watch, *Breaking the Grip? Obstacles to Justice for Paramilitary Mafias in Colombia, passim* (Human Rights Watch, New York, 2008).
La justicia que se estrena, 41 Hechos del Callejón, Publicación del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en Colombia, PNUD Colombia, 25-29, 28 (diciembre 2008 - enero 2009).

de promulgación, se ha venido hablando recientemente y cada vez con mayor fuerza¹⁰ de la necesidad de tener “directrices de priorización” que sean (i) claras y precisas; (ii) de acceso público; (iii) basadas en formulaciones que no sean políticas y que puedan generar confianza social; (iii) de aplicación igualitaria y transparente; (iv) y que tengan aplicación efectiva por parte de la Fiscalía. Voces aún más enérgicas también reclaman incluso que la aplicación concreta de esas directrices (v) pueda ser revisada a su vez por los jueces. Estas exigencias son todas muy complejas porque buscan, básicamente, normativizar de manera muy estricta la toma de unas decisiones que siguen teniendo visos inocultables de discrecionalidad, oportunidad y sentido estratégico y táctico. Esta tesis normativizadora fuerte es sostenida por el movimiento de derechos humanos que acepta la priorización. En todo caso, en el debate hay opiniones que de todas formas la rechazan de principio.

A la tesis normativizadora fuerte se contraponen una más débil: acepta que tiene que haber directrices, pero postula que ellas no deben ser estrictamente normas jurídicas controlables por jueces o demandables por ONG o, peor aún, por potenciales investigados. Apoyan el hecho de que las directrices sean públicas, pero tienen enormes reservas sobre la posibilidad de que sean “precisas” o de que su aplicación tenga que ser estrictamente “igualitaria”, como si fueran normas jurídicas. Están de acuerdo, pues, en que haya criterios públicos, pero no creen que tales criterios puedan ser tan normativos como para cerrar, por completo, el carácter discrecional, estratégico y táctico que todavía tiene la

10 Claudia Angermaier, *Case selection and prioritization criteria in the work of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, en *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, 29-40 (Forum for International Criminal Law and Humanitarian Law, FICHL, Oslo, 2008). Disponible en: [http://www.prio.no/upload/FICHL/090326%20FICHL%20Publication%20Series%20No.%204%20\(2009\)%20\(criteria\).pdf](http://www.prio.no/upload/FICHL/090326%20FICHL%20Publication%20Series%20No.%204%20(2009)%20(criteria).pdf).

Claudia Angermaier, *Essential qualities of prioritization criteria: clarity and precision; public access; non-political and confidence-generating formulations; equal and transparent application; and effective enforcement*, en *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, 143-146 (Forum for International Criminal Law and Humanitarian Law, FICHL, Oslo, 2008). Disponible en: [http://www.prio.no/upload/FICHL/090326%20FICHL%20Publication%20Series%20No.%204%20\(2009\)%20\(criteria\).pdf](http://www.prio.no/upload/FICHL/090326%20FICHL%20Publication%20Series%20No.%204%20(2009)%20(criteria).pdf).

función investigativa y acusatoria. No quieren esconder detrás de esa reticencia un esfuerzo por generar impunidad. Pero tampoco quieren renunciar a su función autónoma de generar la política criminal por vía de una agenda y de un portafolio autónomo de acusaciones. Sus contraargumentos son poderosos y deben ser atendidos: la renuncia a este tipo de discrecionalidad, de hecho, puede poner la agenda y el portafolio investigativo en manos externas (que pueden ser buenas o malas, como lo muestra la experiencia), genera inflexibilidad y rigidez de la estrategia, ata el accionar a un camino en el que no se pueden evitar o remediar efectos imprevistos y/o contraproducentes y, por último, puede disminuir, de hecho, la capacidad investigadora de la Fiscalía. Apoyan, pues, directrices pero se resisten a que sean “normas” estrictas. Esta es la opinión que tienen, en general, las Fiscalías internacionales o nacionales que han sido sometidas a la presión de “normativizar” sus criterios de priorización.

Más aún: como parece mostrarlo el abanico de criterios del Tribunal Penal *Ad Hoc* para la Antigua Yugoslavia, no hay una forma de normativizar estrictamente el tema de la priorización con toda la “claridad” y “precisión” que exigen algunas voces: los criterios allí consignados son una mezcla de prioridades basadas en argumentos poderosos de política criminal (de un lado, gravedad de los delitos y, del otro, castigo a los individuos con mayor responsabilidad en ellos) junto con consideraciones más prácticas, estratégicas y tácticas. El peso de cada uno de los criterios es indefinible *a priori* y, por tanto, no se logra una estricta normativización de la decisión. Son vectores de fuerza a ponderar y no reglas jurídicas estrictas. Parece indeseable, de otro lado, tratar de reducir tales ponderaciones a reglas precisas. A pesar de ello, la adopción de estos criterios abiertos anuncia la política general de la Fiscalía y puede ayudar de forma valiosa a hacer su monitoreo y control. Tales orientaciones son ciertamente preferibles a una discrecionalidad cuyas líneas básicas de ponderación son desconocidas o verdaderamente caprichosas. Estas razones, en general, parecen sugerir que las directrices deberían presentar orientaciones generales, variables de ponde-

ración que “orienten” en términos generales la discrecionalidad sin quitar por ello a la Fiscalía las ventajas prácticas que tiene su capacidad autónoma de definir la agenda y el portafolio de casos. Si esta es la conclusión respecto de la forma de la Directriz, ¿cuáles podrían ser esos criterios sustantivos de priorización para el caso colombiano?

IV. RECOMENDACIONES SOBRE CRITERIOS DE PRIORIZACIÓN PARA EL CASO COLOMBIANO

Con esta pregunta se abre el tema sustantivo o de fondo. Aquí parece haber también dos grandes tendencias generales en la discusión internacional que ya se están reflejando lentamente para el caso colombiano. La posición oficial de las Fiscalías (en especial de las internacionales, como la Corte Penal Internacional, CPI) parece estar decantándose por una estrategia muy concreta de investigar, acusar y condenar a aquellos individuos que tengan la mayor responsabilidad por la comisión de los crímenes de sistema. Esta política fue explícitamente recomendada por el argentino Luis Moreno-Ocampo, fiscal de la CPI, en su visita a Bogotá para monitorear los resultados de la Ley de Justicia y Paz, pues, de hecho, fue presentada como el estándar implícito con el que se juzgaría la LJP frente al Estatuto de Roma.

Para el caso colombiano, sin embargo, parece estar formándose una opinión mayoritaria un poco más exigente que la prevalencia del criterio de “mayores responsables”. Esta opinión empieza a ser fuertemente articulada por el sector de la sociedad civil que no rechaza por principio la necesidad de la priorización. Según esta tesis, de hecho, no se deben desagregar los criterios de priorización de manera tan atomizada como se ha hecho para el caso de Ruanda y de Bosnia-Herzegovina. Tampoco se debe privilegiar sin más el criterio de “máximos responsables”. Esta opinión parte, en algún sentido, de las deficiencias identificadas en el caso de *El Loro*. Esta opinión, en concreto, piensa que en Colombia debe darse prioridad a casos en los que la Fiscalía sea capaz de mostrar, de la manera más clara posible, la sistemati-

cidad de los crímenes cometidos por los paramilitares. Deben priorizarse los casos que muestren la estructura, el sistema, la *Gestalt*, la empresa criminal. Los casos priorizados, por tanto, deben ser aquellos que visibilicen frente a las víctimas y a la sociedad las principales formas de coordinación de conductas y de *modus operandi* de los distintos frentes paramilitares que había en el país. La judicialización debe ser capaz de presentar al país los mapas completos de la empresa criminal que se ha desarrollado en Colombia so capa del fenómeno paramilitar. Esto exige, en últimas, la escogencia de casos que conduzcan con la mayor claridad y facilidad posible a develar la estructura del crimen de sistema.¹¹ Esta revelación al país de la “sistematicidad” del patrón debe ser el objetivo fundamental en la priorización de los casos que se presentan a la justicia. Este primer criterio, que es complejo en sí mismo, podría ser denominado de “integralidad” o “estructuralidad” de la narración criminal. Este criterio, a pesar de su complejidad, es el que genera mayores consensos entre actores y observadores del proceso de JP.

En segundo lugar, la Fiscalía debe tener en cuenta en todo caso dos criterios adicionales que resultan más clásicos. En la medida de lo posible, la presentación de estos casos “matrices”, “sistémicos” o “estructurales” debe tratar de coincidir con acusaciones personales directas a aquellos individuos que hubiesen tenido la mayor responsabilidad en la empresa criminal; de igual forma, y también en la medida de lo posible, los casos deben tratar de cubrir aquellos actos individuales que por sí constituyan

11 Para apoyar esta conclusión, resulta interesante establecer la razón de decisión de la sentencia del 31 de julio de 2009 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la cual la Corte indicó: “La sentencia que dentro de un proceso de justicia y paz se profiera debe identificar la actuación del desmovilizado al interior del grupo armado y del frente al que pertenecía, sus actividades, la estructura de poder interna, el modelo delictivo de ese grupo, las órdenes impartidas y los planes criminales trazados, para contextualizar los delitos por los que se condena dentro del ataque generalizado y sistemático a la población civil, tal como se precisará al momento de analizar la normativa aplicable a esta materia. b) 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, tanto que las demás son consecuencia de esta. c) Las imputaciones parciales aceptadas dentro del proceso de justicia y paz, no pueden convertirse en práctica generalizada, y cuando a ellas haya lugar, las actuaciones adelantadas en forma paralela y separada, deben fusionarse en el acto de formulación de cargos”.

los delitos más graves cometidos como producto de la violencia paramilitar en Colombia.

El caso óptimo será aquel, por tanto, en el cual la Fiscalía pueda presentar el patrón global del comportamiento de un grupo o frente paramilitar, en el que se responsabilice a su cúpula y dirigencia (incluyendo a aquellos que se beneficiaron económicamente del accionar), y en el que se atribuya responsabilidad por crímenes particularmente graves o notorios que correspondan al patrón descrito.

Es posible, de otro lado, que se den varios casos *subóptimos* en los que no esté presente la confluencia de todos los criterios: en tales casos, debe predominar, casi siempre, el criterio de “integralidad” o “estructuralidad” de la acusación sobre los criterios de “mayor responsabilidad” o de “mayor gravedad”. La Fiscalía debe entender que la exigencia de mostrar ante la sociedad colombiana la estructura del delito es aquella que parece ser máspreciada por la comunidad de derechos humanos y por las víctimas. Debe entender, de otro lado, que este criterio debe ser complementado con las prioridades más pragmáticas que ha señalado la CPI y la comunidad internacional de instituciones penales: la condena de los máximos responsables. El portafolio de casos, pues, tiene que ser construido de modo que atienda de la manera más adecuada posible los principios de integralidad y de mayor responsabilidad, así como las audiencias que parecen subrayar el uno y el otro. Todo esto debe tener en cuenta lo siguiente: debe igualmente reconocerse que siempre habrá en el debate una opinión valiosa y atendible (articulada tanto por un sector del movimiento de víctimas como por funcionarios judiciales dentro del sistema) que seguirá exigiendo, en principio, el cumplimiento del deber de exhaustividad de la investigación penal. Muchas de estas personas, de hecho, no están genuinamente en desacuerdo con los criterios de prioridad: su visión parece preferir teorías normativistas del derecho que tienen, con posterioridad, problemas significativos para distinguir cuestiones de interpretación normativa con cuestiones de realizabilidad práctica. En sus versiones más fuertes, niegan

que pueda existir tal diferencia, con lo cual rechazan cualquier posibilidad de teoría realista dentro de su examen del derecho.

En la justicia internacional se ha impuesto la prioridad de investigar a los individuos a los cuales les corresponde la “mayor responsabilidad” en los crímenes cometidos. Este es ciertamente el caso de la CPI y los Tribunales *Ad Hoc*. Tal prioridad también viene traspasándose a justicias nacionales que han conocido de crímenes de sistema que constituyen graves violaciones de derechos humanos. Tal criterio, sin embargo, no parece merecer la primera prioridad en el caso colombiano. Aquí debe preferirse un criterio o principio de “integralidad” del caso tal y como se ha explicado con anterioridad. La primera línea del portafolio de casos de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, UNJP, debe estar constituida por casos “matrices” o “temáticos”, en los cuales la Fiscalía pueda presentar convincentemente al país la estructura general de la empresa criminal. Esta exigencia no obliga a la Fiscalía a hacer imputaciones o acusaciones integrales. Obliga a que se presenten imputaciones específicas que permitan mostrar la sistematicidad del actuar. La falta de esta característica fue lo que se reprochó, en últimas, en la providencia relacionada con el caso de alias *El Loro* anteriormente analizada.

El criterio de sistematicidad debe tratar de responder al menos a dos tipos principales de “casos matrices” para el caso colombiano: en el primero, el “caso matriz” debe tratar de revelar la sistematicidad del actuar de los grupos o frentes en los que se ha dividido la investigación en la UNJP. Este tipo de caso matriz puede llegar, en algunos casos, a mostrar la coordinación entre frentes al más alto nivel de la empresa criminal. El segundo tipo de “caso matriz” exige la presentación de “investigaciones temáticas” en las que se busca explorar y traer a la luz particulares formas de delincuencia que afectaron grupos especiales, personas protegidas o bienes jurídicos particulares. Estos “casos temáticos transversales” deben atacar temas que ya están en la agenda pública de JP y frente a los cuales la sociedad nacional e internacional exige respuestas contundentes:

- Desplazamiento forzado y cuestión de tierras.
- Violencia de género.
- Violencia contra sindicalistas.
- Violencia contra comunidades indígenas.
- Violencia contra periodistas.
- Violencia electoral y política.

Esta lista, como es evidente, podría crecer de forma muy significativa. La priorización exige una escogencia adecuada, entre las posibilidades fácticas, del tipo de “casos temáticos” que pueden ser judicializados.

Esta primera prioridad de integralidad tiene que ser coordinada en la medida de lo posible con una segunda que recoge adecuadamente la agenda de la CPI: la Fiscalía debería estructurar los “casos matrices” y los “casos temáticos”, mediante acusaciones particulares contra aquellos individuos que “tengan la mayor responsabilidad” en la comisión de delitos de sistema. Estas personas, a su vez, son aquellas que han ocupado rangos de liderazgo militar, político o económico en esas organizaciones y que responden por el concierto de fuerzas y medios para la comisión de delitos en violación grave de derechos fundamentales y humanos. Esta estrategia exige la identificación plena de tales individuos y una política expresa de priorización de sus casos. Esta política puede causar, al menos en un primer momento, una brecha de impunidad en relación con operativos medios y bajos. Tal situación puede ser remediada mediante la selección razonada de autores materiales que, por la particular sevicia e inhumanidad de su accionar, merezcan el expreso reproche social que se busca atribuir prioritariamente a sus jefes superiores.

En tercer lugar de prioridad, la UNJP debería tratar de lograr que su portafolio de casos también cubriera (luego de cumplir los dos criterios anteriores) una prioridad relacionada con la “gravedad” de los actos. Aunque ciertamente el criterio de sistematicidad también tiene sensibilidad hacia la gravedad de actos individuales, ello no quiere decir que un buen “caso matriz” tenga que depender, necesariamente, de la escogencia del delito más grave que el grupo o columna haya cometido. El “caso

matriz” busca mostrar con la mayor claridad el funcionamiento de la empresa criminal y ello se puede hacer mediante casos que, dentro de la general gravedad del fenómeno, no fueron los más numerosos. Sería deseable que todos los criterios coincidieran en la medida de lo posible, pero ello no es necesario.

En cuarto lugar, el portafolio de casos también debería consultar un criterio general subsidiario que responda más bien a válidas preocupaciones prácticas y estratégicas: lograr imputaciones y acusaciones que sean *efectivas* y *eficientes*. Por imputación o acusación “efectiva” se entiende aquella en la que la Fiscalía escoge casos en los cuales se tenga la opinión técnica fundada que serán procesal y probatoriamente exitosos (dimensión de efectividad) y que conducirán a condenas judiciales con la menor cantidad de desgaste de sus recursos escasos (dimensión de eficiencia).

Así las cosas, se observa que la UNJP debería reorganizar de manera pública y transparente su estrategia de imputación y acusación de delitos a la luz de prácticas internacionales que, si bien no son estándares, sí articulan una discusión cada vez más apremiante para el caso colombiano: tal obligación se cumple suficientemente si adopta una estrategia realista, clara y transparente de acusar de manera prioritaria según los criterios de “integralidad”, “mayores responsables”, “gravedad” y “eficacia/eficiencia” que se acaban de explicar. Estos criterios deben estar expuestos en un documento de orientación de criterios de priorización que no debe estar redactado a la manera de reglas, sino como orientaciones generales de encauzamiento de la discrecionalidad investigativa y acusatoria. El documento debe ser consultado ampliamente con la sociedad civil nacional e internacional antes de su promulgación y debe ser público para efectos de seguimiento y crítica por parte de observadores, actores e interesados en el proceso de JP.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- Bergsmo, Morten, Helvig, Kjetil, Utmelidze, Ilia & Žagovec, Gorana, *Some Remarks on the Handling of the Backlog of the Core International Crime Cases in Bosnia and Herzegovina* (Forum for International Criminal and Humanitarian Law, FICHL Publications Series No. 3, 2009).
- Human Rights Watch, *Breaking the Grip? Obstacles to Justice for Paramilitary Mafias in Colombia* (Human Rights Watch, New York, 2008).
- Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ACNUDH, *Rule of Law Tools for Post-Conflict States: Prosecution Initiatives* (Organización de Naciones Unidas, Nueva York-Ginebra, 2006).

CONTRIBUCIONES EN OBRAS COLECTIVAS

- Angermaier, Claudia, *Case Selection and Prioritization Criteria in the Work of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, en *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, 29-40 (Forum for International Criminal Law and Humanitarian Law, FICHL, Oslo, 2008). Disponible en: [http://www.prio.no/upload/FICHL/090326%20FICHL%20Publication%20Series%20No.%204%20\(2009\)%20\(criteria\).pdf](http://www.prio.no/upload/FICHL/090326%20FICHL%20Publication%20Series%20No.%204%20(2009)%20(criteria).pdf).
- 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 *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, 143-146 (Forum for International Criminal Law and Humanitarian Law, FICHL, Oslo, 2008). Disponible en: [http://www.prio.no/upload/FICHL/090326%20FICHL%20Publication%20Series%20No.%204%20\(2009\)%20\(criteria\).pdf](http://www.prio.no/upload/FICHL/090326%20FICHL%20Publication%20Series%20No.%204%20(2009)%20(criteria).pdf).

REVISTAS

- Brown, Daniel, *The International Criminal Court and Trial in Absentia*, 24 *Brooklyn Journal of International Law*, 3, 763-796 (1999).
- La justicia que se estrena*, 41 *Hechos del Callejón, Publicación del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en Colombia*, PNUD Colombia, 25-29 (diciembre 2008 - enero 2009).
- Langer, Maximo, *The Rise of Managerial Judging in International Criminal Law*, 53 *American Journal of Comparative Law*, 835 (2005).
- Wedgwood, Ruth, *War Crimes in the Former Yugoslavia: Comments on the International War Crimes Tribunal*, 34 *Virginia Journal of International Law*, 2, 277-281 (1994).

DOCUMENTOS INTERNACIONALES

- Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas, ONU, S/Res 1329/2000, 5 de diciembre de 2000. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/773/52/PDF/N0077352.pdf?OpenElement>.
- General Assembly Official Records, United Nations, UN GAOR, *Report of the Expert Group to Conduct a Review of the Effective Operation and Functioning of the International Tribunal for the Former Yugoslavia and the International Criminal Tribunal for Rwanda*. UN GAOR, 54th Sess., at 18-32, UN Doc. A/54/634, November 22, 1999.
- International Criminal Court - Office of the Prosecutor, ICC-OTP, *Measures available to the International Criminal Court to Reduce the Length of Proceedings*, §17 a 21. La Haya, 2003. Disponible en: http://www2.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/20BB4494-70F9-4698-8E30-907F631453ED/281982/length_of_proceedings.pdf.
- International Criminal Court - Office of the Prosecutor, ICC-OTP, *Paper on Some Policy Issues Before the Office of the Prosecutor*. 2003. Disponible en: http://www.amicc.org/docs/OcampoPolicyPaper9_03.pdf.
- Oficina del Fiscal de Bosnia-Herzegovina, *Plan Estratégico 2006-2009*.
- Organización de las Naciones Unidas, ONU, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, E/CN.4/2005/102/Add.1. 8 de febrero de 2005. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/00/PDF/G0510900.pdf?OpenElement>.
- Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, OEA, *Pro-nunciamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la ley de Justicia y Paz en la República de Colombia*. OEA/Ser/L/V/II.125 Doc. 15, 1 de agosto de 2006. Disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4401.pdf>.
- Secretario General, *Décimo Informe al Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia, de la Organización de los Estados Americanos*, MAPP/OEA. CP/doc. 4249/07 (31 de octubre de 2007).

JURISPRUDENCIA NACIONAL

- Sentencia de la Corte Constitucional C-370 de 2006. Magistrados ponentes Manuel José Cepeda, Jaime Córdoba, Rodrigo Escobar, Álvaro Tafur y Clara Inés Vargas.
- Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. 28 de mayo de 2008. Proceso No. 29.560, Magistrado ponente Augusto Ibáñez Guzmán.
- Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. 31 de julio de 2009. Radicación 35.139.