

¿A quiénes sancionar?

Máximos Responsables
y Participación
Determinante en la
Jurisdicción Especial
para la Paz

*Sabine Michalowski
Michael Cruz Rodríguez
Hobeth Martínez Carrillo*

DOCUMENTOS 61

DOCUMENTOS 61

SABINE MICHALOWSKI

Catedrática de Derecho en la Universidad de Essex y codirectora de la Red de Justicia Transicional de Essex (ETJN). Sus intereses académicos se enfocan, entre otros, en la complicidad de actores económicos en graves violaciones a derechos humanos y en cómo enfrentarlos en procesos transicionales. Entre sus publicaciones más recientes se encuentran *Los terceros complejos: la competencia limitada de la Jurisdicción Especial para la Paz* (Dejusticia, 2019) y *Terceros civiles ante la Jurisdicción Especial para la Paz* (Dejusticia 2020), como coautora.

MICHAEL CRUZ RODRÍGUEZ

Es doctor en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, integrante del grupo Sociología de lo Simbólico, de la Facultad de Ciencias Humanas de la misma universidad, y coautor de la guía de orientación jurídica *Terceros civiles ante la Jurisdicción Especial para la Paz* (Dejusticia 2020) y del capítulo «Victims' participation in times of covid-19 in transitional justice accountability mechanisms: What is needed for virtual hearings to fulfil this right? The case of Colombia and the Special Jurisdiction for Peace» (Essex, 2020). Actualmente, se desempeña como investigador de la Red de Justicia Transicional de la Universidad de Essex (ETJN).

HOBETH MARTÍNEZ CARRILLO

Es abogado de la Universidad Nacional de Colombia y magíster en Sociología Jurídica del Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Universidad del País Vasco (UPV). Es Atlantic Fellow for Social and Economic Equity (AFSEE). Entre sus publicaciones recientes destacan *Los terceros complejos: la competencia limitada de la Jurisdicción Especial para la Paz* (Dejusticia, 2019), de la que es coautor, y *Los segundos ocupantes en el proceso de restitución de tierras: reto a la reparación con vocación transformadora* (Dejusticia, 2019), como autor. Es investigador de la Red de Justicia Transicional de la Universidad de Essex (ETJN).

¿A quiénes sancionar?

Máximos
responsables
y participación
determinante
en la Jurisdicción
Especial para la Paz

Sabine Michalowski

Michael Cruz Rodríguez

Hobeth Martínez Carrillo

Documentos Dejusticia 61

¿A QUIÉNES SANCIONAR?

Máximos responsables y participación determinante
en la Jurisdicción Especial para la Paz

Michalowski, Sabine

¿A quiénes sancionar? Máximos responsables y participación determinante en
la Jurisdicción Especial para la Paz /

Michalowsky, Sabine, Michael Cruz R., Hobeth Martínez C. -- Bogotá : Editorial
Dejusticia, 2020.

116 páginas : gráficas ; 15x24 cm. -- (Documentos ; 61)

ISBN 978-958-5597-42-6

1. Máximo responsable 2. Participación determinante 3. Jurisdicción Especial para
la Paz 4. I. Tít. II. Serie.

ISBN: 978-958-5597-43-3 Versión digital
978-958-5597-42-6 Versión impresa

Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia

Calle 35 N° 24-31, Bogotá, D.C.

Teléfono: (57 1) 608 3605

Correo electrónico: info@dejusticia.org

<https://www.dejusticia.org>



Este texto puede ser descargado gratuitamente en <https://www.dejusticia.org>

Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0 International License.

Corrección de estilo: Ángela Alfonso Botero

Diagramación: Marta Rojas

Cubierta: Alejandro Ospina

Impresión: Ediciones Antropos Ltda.

Bogotá, septiembre de 2020

Contenido

Agradecimientos.....	7
Abreviatura Término.....	9
Introducción.....	11
1 MÁXIMOS RESPONSABLES EN LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES ESTATUTARIOS O HÍBRIDOS.....	17
1.1 La estrategia de selección	18
1.2 Liderazgo y la participación en la jurisprudencia internacional.....	21
1.3 Ejemplos de políticas investigativas que incorporaron criterios jurisprudenciales.....	36
1.4 Conclusiones	38
2 MÁXIMO RESPONSABLE Y PARTICIPACIÓN DETERMINANTE EN EL CONTEXTO COLOMBIANO	41
2.1 La más alta responsabilidad: entre máximos responsables y partícipes determinantes.....	46
2.2 Elementos para construir propuestas de selección.....	69
CONCLUSIONES GENERALES	95
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	99

Agradecimientos

Las ideas plasmadas en este texto no hubieran tomado forma sin las conversaciones y discusiones que pudimos tener, dentro y fuera de la JEP, con amigos/as y estudiosas/os del tema. Las revisiones y comentarios juiciosos que recibimos sobre varias de las versiones preliminares de este documento, las diversas perspectivas jurídicas y políticas de aquellos con quienes discutimos y la generosidad con que compartieron con nosotros su experiencia práctica, permitieron enriquecer esta versión final del texto. A ellos y ellas queremos manifestar nuestro más sincero agradecimiento por su confianza, transparencia y apertura para discutir nuestros planteamientos.

Agradecemos, en especial, la disposición de las magistradas y magistrados de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas para reunirse con nosotros y compartir sus comentarios críticos. En particular, nuestro profundo agradecimiento a las magistradas Catalina Díaz, Nadiezhda Henríquez y Belkis Izquierdo, y a los magistrados Óscar Parra e Iván González.

También fueron invaluable las discusiones y comentarios con personas que se caracterizan por su compromiso diario con el trabajo de la JEP, entre ellos: Juan Pablo Cardona Chávez, Jorge Parra, Adriana Romero, Ana Elena Abello Jiménez, Farid Benavides, Fabián Martínez, Fredy Alejandro Malambo, Ana María Mondragón, Andrés Contreras, Jonathan Riveros, Nathalia Contreras, Germán Ríos, Lina Camacho, Deisy Arenas, David Gutiérrez, Sandra Santa y Camila Santamaría. A quienes sin querer estemos excluyendo de este escueto listado, también les extendemos nuestro sentido agradecimiento.

Igualmente, queremos agradecer a los colegas de Dejusticia con quienes pudimos discutir sobre este documento y contar con su atenta

lectura y sus comentarios. En particular, agradecemos a Rodrigo Uprimny, Juana Dávila, Camilo Sánchez, Juan Sebastián Hernández, Alejandro Jiménez, Felipe León, Pablo Gómez, Natalia Torres y Aaron Acosta.

Merecen un agradecimiento especial Jorge Parra, Camila Suárez, Aaron Acosta, Astrid Orjuela y Daniel Marín por su trabajo en el primer esbozo de lo que ahora es parte de este documento.

Finalmente, este texto no hubiera sido posible sin la financiación del Arts and Humanities Research Council Global Challenge Research Fund (AHRC GCRF Urgency Grant) en el marco del proyecto de investigación Legitimacy, Accountability, Victims' Participation and Reparation in Transitional Justice Settings. Lessons from and for Colombia. También contó con la ayuda económica del GCRF@Essex y del Research Support Fund of the School of Law at the University of Essex.

Abreviatura Término

ABiH	Army of Bosnia and Hercegovina. Ejército de Bosnia y Herzegovina
ACNUDH	Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
AENIFPU	Agentes del Estado No Integrantes de la Fuerza Pública
AFP	Acuerdo Final de Paz
AL	Acto Legislativo
ALC	Ejército de Liberación del Congo
CANI	Conflicto Armado No Internacional
CDR	Coalition for the Defence of the Republic. Coalición por la Defensa de la República
CEV	Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CPI	Corte Penal Internacional
CSJ	Corte Suprema de Justicia
DIH	Derecho Internacional Humanitario
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DK	Democratic Kampuchea. Kampuchea Democrática
DL	Decreto Ley
ECCC	Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia
EMD	El Mujahed Detachment. Destacamento El Mujahed
FARC-EP	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo
FGN	Fiscalía General de la Nación
FRPI	Force de Résistance Patriotique d'Ituri. Frente de Resistencia Patriótica de Ituri

ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda. Tribunal Penal Internacional para Ruanda
ICTY	International Criminal Tribunal for the ex Yugoslavia. Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia
JEP	Jurisdicción Especial para la Paz
L	Ley
LTCA	Libertad Transitoria, Condicionada y Anticipada
MR	Máximo responsable
MCL	Movimiento de Liberación del Congo
ONG	Organización No Gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OTP	Office of the Prosecutor. Oficina de la Fiscalía
PD	Participación determinante
PLUM	Privación de la Libertad en Unidad Militar o Policial
PPVO	Planes o políticas de violencia organizada en contra de la población civil
RTL	Radio-Télévision Libre Milles Collines. Radio Televisión de las Mil Colinas
RPP	Renuncia a la Persecución Penal
RUF/AFRC	Revolutionary Armed Front/ Armed Forces Revolutionary Council. Frente Armado Revolucionario/Concejo Revolucionario de las Fuerzas Armadas
SAI	Sala de Amnistías o Indultos
SA	Sección de Apelación del Tribunal para la Paz
SCSL	The Special Court for Sierra Leona. Corte Especial para Sierra Leona
SDSJ	Sala de Definición de Situaciones Jurídicas
SIVJNRN	Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición
SENT	Sentencia Interpretativa del Tribunal para la Paz
SRVR	Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas
SR	Sección de Revisión del Tribunal para la Paz
SRK	Sarajevo Romanija Corps
UIA	Unidad de Investigación y Acusación

INTRODUCCIÓN

La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) tiene competencia para investigar, juzgar y sancionar las conductas cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno colombiano. Sin embargo, teniendo en cuenta la cantidad de violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario (DIH) ocurridas en más de medio siglo de conflicto armado en Colombia, resulta imposible investigar, juzgar y sancionar a la totalidad de responsables involucrados en la comisión de estos hechos¹. Por esta razón, la estructura de la JEP está pensada para que, del trabajo que realicen sus salas, únicamente sean referidas al Tribunal para la Paz aquellas personas que incurrieron en responsabilidad de más alto nivel por los crímenes más graves y representativos con el fin de que sean sancionadas por parte de las secciones respectivas.

Para que esto sea posible, la JEP está facultada no solo para priorizar casos, es decir, para definir una aproximación estratégica a su carga de trabajo, sino que además puede seleccionar las personas que serán juzgadas². Para la Corte Constitucional, una estrategia de este tipo no sustituye el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a

-
- 1 De hecho, como señala De Greiff, ninguno de los países que ha adelantado un proceso de transición ha procesado todos y cada uno de los responsables de las violaciones de derechos humanos (De Greiff, 2012).
 - 2 Mientras que la priorización establece un orden estratégico para gestionar la carga de trabajo, la selección es la que determina la concentración de la acción penal en quienes tienen la máxima responsabilidad o la renuncia a la acción penal. Véase, JEP & SRVR. Criterios y metodología de priorización de casos y situaciones. Párrafos 16 y 17. (junio 28, 2018). <https://www.jep.gov.co/Documents/CriteriosYMetodologiaDePriorizacion.pdf>

los derechos humanos y las infracciones al DIH, ya que preserva el deber del Estado de imponer una sanción efectiva³. Lo anterior, en la medida en que racionaliza el ejercicio de la acción penal ante la imposibilidad fáctica de investigar, juzgar y sancionar todos y cada uno de los delitos cometidos en el marco del conflicto armado interno⁴.

La estrategia de selección debe atender tanto el concepto de *máximo responsable* como el de *participación determinante*. Esto debido a que, de un lado, al interpretar la competencia que tiene la JEP para seleccionar, la Corte Constitucional atendió a su propia jurisprudencia sobre el marco jurídico para la paz y delimitó dicha estrategia por el concepto de *máximos responsables*⁵, tal y como se explicará en detalle más adelante. Además, al realizar el control previo y automático del proyecto de ley estatutaria de la JEP, la Corte señaló que «dado que no es factible atribuir la responsabilidad de todos los hechos a todos los responsables en un plazo razonable, la JEP deberá hacer uso de la selección para concentrar sus esfuerzos en los máximos responsables de los hechos más graves y representativos»⁶. De este modo, el concepto de máximo responsable hace parte del contenido normativo de la Constitución y debe orientar la selección en los términos de la jurisprudencia constitucional.

De otro lado, tanto el Acuerdo Final de Paz (AFP) como las leyes de implementación de la JEP señalan que la estrategia de investigación de casos debe concentrarse en quienes tuvieron una *participación*

-
- 3 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-674 de 2017. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez: Noviembre 14 de 2017. Fundamento jurídico 6.5.5.).
 - 4 Desde 2006, priorización y selección fueron recomendaciones de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH): «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». ACNUDH. *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Iniciativas de enjuiciamiento*. HR/PUB/06/4, p. 6. (Enero 1 de 2006).
 - 5 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-579 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: Agosto 28 de 2013). En esta sentencia, la Corte se pronuncia sobre la constitucionalidad del AL 01/12.
 - 6 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-080 del 2018. (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo: Agosto 15 de 2018). Análisis del artículo 19 de la L1957/19.

determinante. Al respecto, la ley estatutaria de la JEP dispone que tanto «[1]a Sala de Definición de Situaciones Jurídicas [como] la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad de la JEP, aplicarán criterios para concentrar el ejercicio de la acción penal en quienes tuvieron participación determinante en los hechos más graves y representativos»⁷. Así, el concepto de *participación determinante* también es uno de aquellos que deben orientar la selección.

Lo que no está del todo claro es cuáles son los elementos definitorios del concepto de *máximo responsable* y cuáles los de la *participación determinante*, tampoco si son sinónimos o si se trata de dos conceptos distintos, cómo estarían relacionados entre sí y de qué manera la JEP debería usarlos. En efecto, ni el *máximo responsable* ni la *participación determinante* tienen una definición jurídica clara y delimitada en la ley o en la jurisprudencia que demarque su aplicación de forma concluyente. De hecho, pese a que el concepto de *máximo responsable* ha sido usado por algunos tribunales internacionales, no ha tenido una definición fija y su aplicación ha sido variable; y el de *participación determinante* parece ser una innovación colombiana que no tiene parangón en la jurisprudencia internacional, pero que debe ser delimitado para que no se amplíe excesivamente la punición de los delitos internacionales y se desnaturalice el trabajo de la JEP como tribunal transicional.

En este documento proponemos que, lejos de ser conceptos excluyentes, el *máximo responsable* y la *participación determinante* son complementarios y que, justamente, dicha complementariedad ofrece mayores ventajas y mejores herramientas a la JEP para llevar a cabo una estrategia de selección coherente y eficiente. Su definición permite, además, usar de manera razonable el margen de discrecionalidad judicial necesario para atender a las características del contexto, de los crímenes juzgados y de las víctimas afectadas. De ahí la importancia de precisar las características de dichas categorías como conceptos para la selección y sus consecuencias jurídicas.

En este sentido, *máximo responsable* es un concepto que tiene origen en el Derecho Penal Internacional, pero que ha venido adquiriendo unas características propias en el marco de la justicia transicional. En el

7 Ley 1957 de 2019. Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz. Artículo 19. Junio 6 de 2019. DO.Nº 50976.

contexto colombiano, al *máximo responsable* se agregó, en las negociaciones de La Habana, un concepto nuevo, el de *participación determinante*. Estos direccionan el funcionamiento de la JEP en distintas etapas. En la priorización, *máximo responsable* y *participación determinante* cumplen la misma función: delimitar, en términos subjetivos, el ámbito de investigación de conformidad con la calidad *prima facie* de los presuntos victimarios. Estos, no obstante, no son los únicos criterios de priorización, sino que su evaluación se hace en conjunto con otros criterios necesarios para encauzar la investigación⁸. De hecho, pueden tener más peso otros criterios dentro de la estrategia de priorización, como puede ser la calidad de las víctimas, toda vez que no se conocen los responsables.

La función de *máximo responsable* y *participación determinante* es más decantada tanto en la estrategia de selección, como en la imputación. En la estrategia de selección, los conceptos sirven para hacer efectiva la concentración de la acción penal transicional de la JEP en solo algunos sujetos y no en todos aquellos que pudieran estar involucrados en los macrocasos abiertos para investigación. Por su parte, en relación con la imputación, lo principal que hay que tener en cuenta es que ni *máximo responsable* ni *participación determinante* son modos de imputación, sino que su función es más bien señalar a quiénes hay que realizar la imputación conforme los modos pertinentes. Es por esto que la responsabilidad penal tanto de un *máximo responsable* como de un *partícipe determinante* se puede dar por todos los modos de imputación aplicables, esto es, autoría, participación, determinación o complicidad.

Para desarrollar esta propuesta en detalle, el texto se divide en dos partes. En la primera, describiremos los criterios utilizados para identificar a los máximos responsables en el Derecho Penal Internacional. El objetivo es destacar dos elementos analíticos que han sido usados con distinta intensidad en la jurisprudencia internacional: el liderazgo y la participación. De este modo, se pueden ofrecer algunos criterios para interpretar los conceptos usados en el caso colombiano.

En la segunda parte, analizaremos los conceptos de *máximo responsable* y de *participación determinante* en el contexto colombiano. Una

8 Sobre este particular, pero en el proceso especial de Justicia y Paz, Forer y López habían realizado algunas recomendaciones, en 2011, que fueron incorporadas en la Directiva 01 de 2012 de la Fiscalía General de la Nación (Forer y López Díaz, 2011). Sobre la falta de claridad en dicho proceso especial, véase también, María Paula Saffón (2010).

primera sección examina el marco jurídico aplicable para acercarse a una definición de ambos conceptos y la relación entre ellos con el fin de proponer algunos lineamientos para su aplicación en la JEP. Propondremos que son dos conceptos distintos en razón de su historia conceptual en el ordenamiento jurídico colombiano, su alcance y sus consecuencias jurídicas.

En la segunda sección examinaremos algunos elementos metodológicos que permiten identificar a los máximos responsables y a los partícipes determinantes para formular una propuesta de selección. Entre ellos, nos concentramos en los planes y políticas de violencia organizada en contra de la población civil (PPVO) y en los patrones de macrocriminalidad, así como en la manera en que estos se deben presentar en la propuesta de selección del macrocaso que justifique la imputación.

1 MÁXIMOS RESPONSABLES EN LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES ESTATUTARIOS O HÍBRIDOS

En esta parte, mostraremos que los tribunales internacionales e híbridos se acercaron a determinar quiénes tenían la más alta responsabilidad dentro de la multitud de personas que cometieron crímenes internacionales durante situaciones de conflicto armado. A partir de la presentación de las distintas experiencias internacionales, inferimos que hubo dos criterios que fueron usados con mayor vigor y regularidad para definir a los máximos responsables: el grado de liderazgo –no restringido al rango o a la responsabilidad militar– y el nivel de participación efectiva en los crímenes; este no estuvo necesariamente determinado por el ejercicio de algún tipo de liderazgo.

Vale la pena aclarar que esta es una inferencia analítica en la medida en que estos criterios no fueron aplicados lisa y llanamente en todos los casos. En algunos, su aplicación dependió de la definición de la política investigativa o del decantamiento jurisprudencial de los parámetros para asumir competencia sobre las personas y decidir, definitivamente, sobre su selección. Asimismo, su aplicación varió en términos del énfasis que cada tribunal internacional dio al liderazgo o a la participación en los crímenes según las circunstancias del contexto¹.

1 No nos detenemos en el Tribunal Penal Internacional de Núremberg que, para algunos, es el primer modelo internacional de investigación de crímenes de sistema. Sobre este particular, véase JEP. Apelación a la resolución 2513 del 31 de mayo de 2019, proferida por la Subsala Dual Tercera de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ). Interesado Angulo Osorio. Auto TP-SA 565 de 2020 (julio 15 de 2020, parágrafos 30.2.12-30.2.18).

1.1 La estrategia de selección

La mayoría de tribunales penales internacionales, estatutarios o híbridos, han concentrado su trabajo de investigación, juzgamiento y sanción en situaciones o en casos seleccionados y en personas que ostentan la calidad de máximos responsables de los crímenes más graves y representativos. El uso del concepto de máximos responsables –en sus diversas acepciones– y sus elementos definitorios varían de conformidad con los contextos de aplicación y con las particularidades de cada proceso de justicia. En otras palabras, la máxima responsabilidad no es una categoría delimitada de antemano, tampoco una figura jurídica aplicable a todos los casos por igual, ni un modo de imputación. Más bien, ha sido el producto de varias experiencias en el derecho penal internacional para definir la competencia judicial o para concentrar los esfuerzos de los tribunales en la persecución penal. En algunas de estas, la estrategia no estaba determinada con tanta claridad desde el principio y tuvo que desarrollarse por vía jurisprudencial. Así, nos enfocamos en las experiencias internacionales que nos parecen más ilustrativas.

Cabe resaltar que no todas las experiencias internacionales contaron con una concentración del ejercicio de la acción penal orientado a juzgar a los máximos responsables desde el principio. Más bien, la necesidad de racionalizar la acción penal se fue construyendo sobre recursos y tiempos limitados, la disponibilidad de los tribunales nacionales a los que se remitieron algunos casos con connotaciones menores e, incluso, la representatividad de los crímenes.

Por ejemplo, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (ICTY, por sus siglas en inglés, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR, por sus siglas en inglés, International Criminal Tribunal for Rwanda), inicialmente, no tenían, entre sus funciones, el deber de seleccionar los casos de máximos responsables, sino que, en teoría, debían avocar el conocimiento de todos los crímenes y personas o remitirlos a los tribunales nacionales en caso de que así lo decidieran y existiera cierta disponibilidad y capacidad del Estado para aceptarlos². No obstante, en principio, no había criterios claros sobre las razones para hacerlo, salvo aquellos referidos a la existencia de garantías para la persona y para las víctimas y la posibilidad

² En el caso del ICTY, véase, Brammertz (2010). Igualmente, Tolbert y Kon-tic (2008).

de los Estados de llevar a cabo el procedimiento y de hacer cumplir la decisión con imparcialidad. Pero más importante aún, no había razones claras para que los tribunales internacionales decidieran seleccionar los casos que llevarían a juicio³.

En efecto, el ICTY y el ICTR fueron instados en 2004 por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para concentrar esfuerzos en la selección de «[...] los más altos dirigentes de quienes se sospeche que les cabe la mayor responsabilidad respecto de los delitos que sean de competencia del Tribunal...»⁴. Como consecuencia de dicha conminación, el ICTY modificó sus reglas de procedimiento y prueba e incluyó la gravedad y la responsabilidad como criterios para que, por iniciativa propia o por solicitud de los fiscales, se remitieran los casos no seleccionados a las jurisdicciones nacionales, previa revisión de una Sección de Remisión (Referral Bench) que decidía, según la gravedad de los crímenes y el grado de responsabilidad del acusado, si podrían ser competencia del ICTY en razón de que a los sospechosos les cabría la máxima responsabilidad⁵. Por su parte, el ICTR no modificó sus reglas de procedimiento y prueba, de modo que era el presidente del tribunal el que nombraba a una de las salas de juzgamiento para que decidiera sobre la remisión, pero sin mención explícita de los criterios de selección de máximos responsables dentro de los casos⁶.

A diferencia del ICTR y el ICTY, a partir de su misma creación, la competencia estatutaria del Tribunal Especial para Sierra Leona (SCSL, por sus siglas en inglés, Special Court for Sierra Leone) estaba limitada a aquellos individuos sobre los que recae la más grande responsabilidad

-
- 3 Aquí nos concentramos en los criterios aceptados o conformados por la jurisprudencia, pero como muestran Bergsmo y Saffón, a partir del análisis del caso de Bosnia y Herzegovina, la estrategia de selección ha sido impulsada, principalmente, por las fiscalías. Este impulso también se puede verificar en los memorandos y directivas de la Fiscalía colombiana tal y como se verá en la segunda parte de este trabajo. Véase, Bergsmo y Saffón (2011).
 - 4 La expresión en inglés para referirse a los «más altos dirigentes» es «*most senior leaders*». U.N. Consejo de Seguridad. *Resolución 1534*, 5. U.N. Doc. S/RES/1534. (Marzo 26 de 2004).
 - 5 Véase: ICTY. *Referral of the indictment to another court. Rule 11 bis of procedure and evidence*. Adoptada el 12 de noviembre de 1997, reformada el 30 de septiembre de 2002, IT/32/Rev.50. (Julio 8 de 2015).
 - 6 Véase, ICTR. *Rule 11bis of procedure and evidence*. (Junio 29 de 1995).

(*greatest responsibility*)⁷. Igualmente, las Cámaras Extraordinarias del Tribunal de Camboya (ECCC, por sus siglas en inglés, Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia), tuvieron competencia estatutaria para enjuiciar a los máximos responsables entre los que se encontraban tanto altos líderes (*senior leaders*) del partido DK (Democratic Kampuchea), como los máximos responsables (*most responsible*) de los crímenes cometidos en Camboya⁸. Así, en estos tribunales internacionales, las normas fueron más claras desde el principio en relación con la persecución de los máximos responsables.

Para la Corte Penal Internacional (CPI), la selección de casos a ser investigados tiene lugar en dos momentos que ocurren a partir de la activación de la competencia investigativa y como parte de la «discreción procesal»⁹ que tiene la Fiscalía de la CPI conforme al artículo 53 del Estatuto de Roma. En un primer momento, se selecciona una *situación* que se delimita en términos temporales, territoriales y, algunas veces, personales¹⁰. Dicha selección se basa en un criterio de gravedad compuesto por cuatro elementos: escala, naturaleza, forma de comisión e impacto de los crímenes presuntamente cometidos¹¹. En un segundo momento, se escogen uno o varios *casos* dentro de una misma situación¹². El *caso*, a diferencia de la *situación*, se refiere a incidentes específicos en los que uno o más crímenes de competencia de la CPI fueron cometidos por uno o más

7 Special Court for Sierra Leone. Statute of the Special Court for Sierra Leone. Artículo 1. De conformidad con Artículo 14, el SCSL aplica *mutatis mutandi* las reglas de procedimiento y prueba del ICTR, así como el procedimiento criminal de Sierra Leona. (The Criminal Procedure Acts, 1965).

8 Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia. Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers in the courts of Cambodia for the prosecution of crimes committed during the period of Democratic Kampuchea, with inclusion of amendments as promulgated (NS/RKM/1004/006), Arts. 1 and 2. (October the 27th 2004).

9 La Fiscalía de la CPI alude a su «prosecutorial discretion». En: OTP. Policy Paper on Case Selection and Prioritisation. Parágrafo 3 (septiembre 15 de 2016).

10 OTP. Policy Paper on Case Selection and Prioritisation. Parágrafos 4-5 (septiembre 15 de 2016).

11 Fiscalía CPI. Informe sobre las actividades de examen preliminar de 2014 (Situaciones de Honduras y Colombia). Parágrafo 7 (diciembre 2 de 2014).

12 OTP. Policy Paper on Case Selection and Prioritisation. Parágrafos 4-5 (septiembre 15 de 2016).

sospechosos ya identificados. Al seleccionar el caso, el criterio de máximos responsables entra a ser discutido por la CPI¹³.

En los ejemplos citados, la selección demarca el primer escenario en el que se identifica a los máximos responsables. Esta puede incluir un factor personal (características de los responsables) dirigido a la investigación, al juzgamiento y a la sanción individual, sea a través de criterios estatutarios o jurisprudenciales. Aunque la selección no implica considerar siempre el factor personal, es el primer paso para la identificación de los individuos que han de ser juzgados debido a su liderazgo y/o participación en los crímenes más graves y representativos, criterios que, como se verá –con algunas diferencias–, han sido usados por los tribunales internacionales como definatorios de la máxima responsabilidad.

1.2 Liderazgo y la participación en la jurisprudencia internacional

Inferimos que son dos los criterios o parámetros definatorios de la máxima responsabilidad usados por los tribunales internacionales. Por un lado, el *liderazgo* (militar, político o civil) ejercido tanto *de jure*, como *de facto*. Por otro lado, la *participación* o el papel real en la ejecución de los crímenes. Tanto el liderazgo como la participación han sido evaluados con diferente intensidad y bajo distintas modalidades de imputación. Esta inferencia se extrae a partir de los ejemplos más representativos de la jurisprudencia internacional y, como mencionamos antes, se trata de una inferencia analítica toda vez que, en algunos de estos casos particulares, se valoraron, a veces, otros criterios en conjunto o se da más peso a ciertas características del contexto o de las víctimas sobre las de los responsables. Esto da cuenta de un afán por enfatizar en que siempre se es máximo responsable de conductas en un contexto particular y, por ello, en la práctica internacional se ha acudido a otros criterios con el fin de caracterizar mejor a quienes puedan ser máximos responsables.

1.2.1 El ICTR (Ruanda)

El ICTR tuvo más en cuenta el criterio de liderazgo y rara vez hizo análisis de la gravedad de los crímenes o de la participación en ellos antes

13 En la sección 1.2.5 se precisan los criterios que tiene en cuenta la CPI para identificar la máxima responsabilidad.

de decidir si asumir el caso o remitirlo a los tribunales nacionales¹⁴. El Tribunal se limitó a evaluar la ausencia del rol de liderazgo como criterio suficiente para remitir casos a los tribunales nacionales, como el de Muniyakazi, pese a que ejercía un papel de líder paramilitar en una ciudad pequeña¹⁵, o el de Ryandikayo, un empresario acusado de participar, directamente, en el genocidio y en crímenes de lesa humanidad, dado que no estimó que ejerciera un alto grado de liderazgo¹⁶. En otras decisiones, sin embargo, el liderazgo fue considerado suficiente para seleccionar el caso, aun cuando se tratara de civiles sin liderazgo militar, pero a quienes les cabía la máxima responsabilidad.

Efectivamente, Nahimana, Barayagwiza y Ngeze, trabajadores de la radio RTL (Radio Télévision Libre Milles Collines) y del periódico *Kangura*, dada su posición de liderazgo y por la confianza pública que en ellos recaía, fueron catalogados por el Tribunal como «criminales más serios»¹⁷. Los acusados aprovecharon su cargo de jefes en la RTL para enviar mensajes de odio e incitaron a la violencia, permitieron que las estructuras paramilitares operaran con la información transmitida a través de la radio para matar a la población tutsi y no hicieron nada para evitarlo¹⁸. Ngeze era el dueño y editor del periódico *Kangura* y el responsable de sus contenidos¹⁹ y, junto con Barayagwiza, fundador de la CDR (Coa-

14 Alex Obote-Odora indica que, los criterios de priorización de la Fiscalía, antes de la conminación del Consejo de Seguridad para que el ICTR se concentrara en los máximos responsables, no fueron arbitrarios y obedecieron a las particularidades del crimen de genocidio y al análisis de cada caso, pero de su argumentación no se extrae que el máximo responsable sea al menos un criterio orientador de la investigación (Obote-Odora, 2010). Sobre la transferencia de casos a las jurisdicciones nacionales, especialmente sobre los estándares que debían reunir los Estados y el dilema de la pena de muerte en algunos de ellos, véase, Obote-Odora (2012).

15 Prosecutor v. Muniyakazi. Case No. ICTR-97-36-R11bis, Decision on the Prosecutor's Request for Referral of the Case to the Republic of Rwanda. Parágrafo 13 (mayo 28, 2008).

16 Prosecutor v. Ryandikayo. Case No. ICTR-95-1E-R11bis, Decision on the Prosecutor's Request for Referral of the Case to the Republic of Rwanda. Parágrafo 22 (junio 20, 2012).

17 Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza and Hassan Ngeze. Case No. ICTR-99-52 T, Trial Judgement. Parágrafos 1098-1102 (diciembre 3, 2003). El Tribunal usó la expresión «*most serious offenders*», parágrafo 1103.

18 *Ibid.*, parágrafos 488, 970-972.

19 *Ibid.*, parágrafo 122. El contenido del diario instigó la matanza de civiles

lition for the Defence of the Republic) que promovió el genocidio de los tutsi mediante diversas actividades que incluían la distribución de armas o la ejecución de masacres al movilizar a la población hutu²⁰.

Musema, director de la fábrica de té Gisovu, ejercía control legal y financiero sobre sus empleados y era considerado una figura influyente en la prefectura de Kibuye. Fue condenado tanto por su participación directa en los crímenes, como por aquellos crímenes cometidos por sus empleados sobre los que ejercía control *de jure y de facto*. Según el Tribunal, Musema sabía o debería haber sabido que sus subordinados iban a cometer crímenes y, en vez de prevenirlos, los incitó (*abetted*) con su presencia y participación²¹. En la decisión de apelación, el Tribunal desestimó que pudiera ejercer control sobre toda la población de la prefectura, pero dio gran peso a la facultad del acusado de despedir a sus trabajadores para considerarlo responsable²².

El caso de Bikindi, un famoso compositor y cantante condenado por incitar pública y directamente al genocidio, tuvo repercusión en la evaluación del criterio de liderazgo. El acusado había instigado desde un vehículo y había motivado a los integrantes de los grupos paramilitares para participar en el entrenamiento militar y en las matanzas. El Tribunal estudió su autoridad en el movimiento juvenil, sus canciones, usadas para promover el odio, y la exhortación del cantante que llevó a cabo en un convoy de vehículos del grupo paramilitar Interahamwe²³. Por este último evento fue condenado como principal perpetrador al incitar al genocidio.

Por último, otro civil en cuyo caso se aplicó el criterio de liderazgo fue Akayesu, autoridad comunal de Taba y burgomaestre (alcalde) respetado tanto por la Policía local, como por sus habitantes (que, además, seguían sus órdenes); fue condenado por su participación y promoción de la violencia antitutsi que ordenó y presenció²⁴. Los criterios para condenarlo fueron su participación (*actus reus*) como cómplice e incitador del

tutsi, parágrafo 977A.

20 *Ibid.*, párrafos 340, 951, 930 y 943.

21 Prosecutor v. Alfred Musema. Case No. ICTR-9613, Trial Judgment. Párrafos 999-1004 (enero 27 de 2000). Case No. ICTR-96-13A, Appeal Judgement. Párrafos 384, 880 y 894 (noviembre 16, 2001).

22 *Ibid.*, Appeal Judgement, parágrafo 881.

23 Prosecutor v. Simon Bikindi. Case No. ICTR-01-72-T, Trial Judgement. Párrafos, 48, 111,183,264, 285, 423, 424 y 441 (diciembre 2, 2008).

24 Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu. Case No. ICTR-96-4-T, Trial Judgement. Párrafos 642, 704, 706, 709 (septiembre 2, 1998).

genocidio y su conocimiento del plan de exterminio (*mens rea or special intent*), en particular, haber pronunciado un discurso público ante más de un centenar de personas en el que los instigaba a eliminar a su único enemigo (los cómplices de los inkoyanti, lo que la población entendió como un llamado a asesinar a los tutsi en general)²⁵. El acusado no hizo nada para evitar el genocidio²⁶.

En esta sección decidimos incluir casos previos a 2004 que no responderían a las disposiciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre la priorización en los máximos responsables. Esto se debe a que, en dichos casos, en particular en *Prosecutor v. Ferdinand Nahimana y otros*, y *Prosecutor v. Alfred Musema*, el Tribunal usó conceptos que se acercan a la categoría de máximo responsable que, posteriormente, guiaría su actuación de forma explícita, situación que sugiere que incluso antes de 2004, había avances prácticos en la concentración de la investigación solo en los más serios responsables.

1.2.2 El ICTY (antigua Yugoslavia)

El ICTY estudió tanto el rango militar como el ejercicio de la autoridad en términos del liderazgo, así como el rol real en la comisión de los crímenes²⁷. De esta manera, distinguió el liderazgo militar –incluso de militares de rango medio– para identificar a los máximos responsables a partir del modo de imputación por su responsabilidad como comandantes, del liderazgo de otros individuos que también podrían ser considerados responsables en calidad de autores o cómplices sin hacer parte de las estructuras armadas. Así, en los casos en que había sospechosos militares que, presuntamente, eran máximos responsables, el ICTY asumió competencia para, posteriormente, en la etapa de juicio, definir si esa máxima responsabilidad podía ser imputada como responsabilidad de mando.

25 «iii) It has been established that Akayesu then clearly urged the population to unite in order to eliminate what he termed the sole enemy: the accomplices of the Inkotanyi». *Ibid.*, parágrafo 673.

26 *Ibid.*, párrafos 544-545.

27 *Prosecutor v. Rahim Ademi and Mirko Norac*. Referral Bench, Decision for Referral to the Authorities of the Republic of Croatia Pursuant to Rule 11bis. Parágrafo 29 (septiembre 14, 2005); *Prosecutor v. Rasim Delić*. Referral Bench, Decision on Motion for Referral of the Case Pursuant to Rule 11bis. Parágrafo 25 (julio 9, 2007); *Prosecutor v. Vladimir Kovačević*. Referral Bench, Decision on the Referral of the Case Pursuant to Rule 11bis with Confidential and Partly *Ex Parte* Annexes. Parágrafo 20 (noviembre 17, 2006).

En el caso Milošević, el Tribunal conservó competencia y señaló que la máxima responsabilidad no se refiere exclusivamente a los «arquitectos de la política general» (*architects of an overall policy*), sino que incluye a quienes ejercen *de jure* o *de facto* un grado de autoridad apropiado para ser catalogados como máximos responsables en vez de responsables intermedios²⁸. En efecto, Milošević no tenía el rango militar suficiente para definir la política general, pero sí era un líder cuyo ejercicio de la autoridad –en la guerra y en la negociación– permitía calificarlo como máximo responsable. Al evaluar la posición de Milošević, el Tribunal tuvo en cuenta que fue comandante permanente de su unidad por un período mayor a un año; fue segundo al mando después del máximo líder militar; negoció, firmó e implementó el cese al fuego local; participó en las negociaciones relativas a armamento pesado; y controló el acceso de las fuerzas de protección de las Naciones Unidas al territorio circundante a Sarajevo²⁹.

En la etapa de juicio se analizó su rol real o participación como comandante militar y autoridad *de jure* del SRK (Sarajevo Romanija Corps). Allí, el ICTY tuvo en cuenta que Milošević: (i) estaba bien informado de la situación de sus tropas y de los civiles dada la estrecha cadena de mando (*tight chain of command*)³⁰, (ii) era altamente respetado por sus subordinados, quienes seguían sus ordenes con disciplina³¹, (iii) aunque no diseñó la política general, sí podía implementarla de la manera en que considerara apropiada³² y (iv) que el cerco y los ataques a civiles (*shelling and sniping*) fueron parte de una estrategia previa, pero planeada y ejecutada por el acusado³³.

El ICTY también conservó su competencia sobre el caso Delić³⁴. En el juicio, el Tribunal lo condenó como máximo responsable toda

28 Prosecutor v. Dragomir Milošević. Referral Bench, Decision on Referral of Case Pursuant to Rule 11 bis. Parágrafo 22 (julio 8, 2005).

29 *Ibid.*, parágrafo 23. Estos elementos fueron reiterados para negar la apelación a la decisión de remitir el asunto a las jurisdicciones nacionales en el caso Mitar Rašević y Sado Todović. Prosecutor v. Mitar Rašević and Sado Todović. Appeals Chamber, Decision on Savo Todovic's Appeals Against Decisions on Referral Under Rule 11 bis. Parágrafo 21 (septiembre 4, 2006).

30 Prosecutor v. Milošević, Dragomir. Case No. IT-98-29/1, Trial Judgement. Parágrafos 843 y 959.

31 *Ibid.*, parágrafo 959.

32 *Ibid.*, parágrafo 960.

33 *Ibid.*, parágrafo 978.

34 El Tribunal reiteró los argumentos del caso Milošević en relación con el

vez que encontró que, como integrante del ABiH (Army of Bosnia and Hercegovina), ejercía una relación de superioridad respecto al EMD (El Mujahed Detachment), por lo que sabía que se iban a cometer o que se habían cometido crímenes y, a pesar de tener control efectivo como superior sobre este grupo, no tomó las medidas apropiadas para prevenir que estos se hubieran cometido, para sancionar a los perpetradores o para hacer seguimiento a la información que recibió sobre los mismos³⁵.

En el caso Lukić y Lukić, el asunto se mantuvo en la competencia del ICTY pese a que se trataba de liderazgo paramilitar y este tipo de liderazgo entraba dentro de la categoría de *most senior leaders*³⁶. Según el Tribunal, el máximo responsable puede ejercer liderazgo paramilitar, político o civil y no solo militar. De ahí que Milan Lukić, como autoridad más alta dentro de la estructura paramilitar de carácter local, fuera considerado máximo responsable y, a su vez, Sredoje Lukić como máximo responsable en calidad de cómplice (*aider and abettor*)³⁷. Aunque los criterios de liderazgo y participación tuvieron un gran peso, el Tribunal también tuvo en cuenta la gravedad de los crímenes, como quemar vivas a las víctimas, para efectos de seleccionar el caso dentro de su competencia³⁸.

Vale la pena mencionar que, aunque el criterio de gravedad fue usado para seleccionar casos que involucraron máximos responsables, su evaluación fue realizada en conjunto con el de liderazgo, es decir, la gravedad no fue determinante por sí misma para la selección. Elementos como los crímenes relacionados con violencia sexual, perpetrados en una limitada extensión geográfica o temporal o con un número limitado de víctimas fueron considerados a la hora de examinar la gravedad y decidir

nivel de autoridad *de jure* o *de facto* ejercido por el acusado. Prosecutor v. Rasim Delić. Referral Bench, *op. cit.*, parágrafo 22.

- 35 Prosecutor v. Rasim Delić. Case No. IT-04-83-T, Trial Judgement. Parágrafo 127 (septiembre 15, 2008). De hecho, algunos de los integrantes del EMD fueron sometidos a juicio, pero no por infracciones al Derecho Internacional Humanitario. parágrafo 470.
- 36 Prosecutor v. Milan Lukić and Sredoje Lukić. Appeals Chamber, Decision on Milan Lukić's Appeal Regarding Referral. Parágrafo 20 (julio 11, 2007). El criterio de liderazgo no restringido a lo militar mediante la reiteración del caso Milošević puede verse en: Prosecutor v. Gojko Jankovic. Appeals Chamber, Decision on Rule 11bis Referral. Parágrafo 20 (noviembre 15, 2005).
- 37 Prosecutor v. Milan Lukić and Sredoje Lukić. Case No. IT-98-32/1-T, Trial Judgement. Parágrafos 1084 y 1097.
- 38 Las víctimas incluían personas mayores, niños y mujeres. *Ibid.*, parágrafo 1064.

la remisión de los asuntos a los tribunales nacionales o asumir competencia³⁹. Con todo, en el caso Lukić y Lukić, la Sala de Apelaciones estimó que el carácter local de los crímenes puede ser relevante como parte del criterio de gravedad ya que no hay correspondencia necesaria entre la máxima responsabilidad y un espacio geográfico amplio⁴⁰.

Cabe aclarar que, de este análisis, excluimos algunos de los casos emblemáticos del ICTY⁴¹ porque no era muy clara su contribución al entendimiento y a la delimitación del concepto de máximo responsable⁴². Ahora bien, en los casos previos a 2004, si bien el ICTY no tenía que juzgar y sancionar a los máximos responsables –pues esto se hizo obligatorio solo tras la decisión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas⁴³– por sus decisiones, tampoco parece que tuviera la intención de juzgar uno a uno todos los casos y a todos los responsables de haber cometido

39 Referral Bench, Janković, Mejakić *et al.*, Kovačević, Rasevic *et al.*, Ljubivic, Stankovic. Prosecutor v. Gojko Janković. Referral Bench, Decision on Referral of Case Under Rule 11 bis with Confidential Annex. Parágrafo 19 (julio 22, 2005); Prosecutor v. Zeljko Mejacic *et al.* Referral Bench, With Confidential Annex Decision on Prosecutor’s Motion for Referral of Case Pursuant to Rule 11 bis. Parágrafo 21 (julio 20, 2005); Prosecutor v. Vlademir Kovačević. Referral Bench, Decision on Referral of Case Pursuant Rule 11 bis with Confidential and Partly *Ex Parte* Annexes. Parágrafo 20 (noviembre 17, 2006); Prosecutor v. Mitar Rasevic and Savo Todovic. Referral Bench, Decision on Referral of Case Under Rule 11 bis with Confidential Annexes I and II. Parágrafo 23 (julio 8, 2005); Prosecutor v. Pasko Ljubivic. Referral Bench. Decision to Refer the Case to Bosnia and Herzegovina Pursuant to Rule 11 bis. Parágrafo 18 (abril 12, 2006); Prosecutor v. Radovan Stankovic. Referral Bench, Decision on Referral of Case Under Rule 11 bis. Parágrafo 19 (mayo 15, 2005).

40 Prosecutor v. Milan Lukić and Sredoje Lukić. Appeals Chamber, Decision on Milan Lukic’s Appeal Regarding Referral, *op. cit.*, parágrafo 22.

41 Por ejemplo, Prosecutor v. Duško Tadić. Case No. IT-94-1-T, Trial Judgement (mayo 7, 1997); Prosecutor v. Anto Furundzija. Case No. IT-95-17/1-T, Trial Judgement. (diciembre 10, 1998).

42 De hecho, como indica Claudia Angermaier los criterios de priorización de la Fiscalía tampoco fueron claros y dependieron, al principio, de la disponibilidad de la evidencia en contra de perpetradores de bajo rango. En otras palabras, aunque existía una lista de criterios en la Fiscalía, no había una jerarquía sobre su importancia y tampoco aparecía allí, en primer lugar, la figura del máximo responsable. En ese sentido, la definición de una estrategia para culminar las actividades del ICTY sería la que perfiló la necesidad de priorizar y la conminación hecha por el Consejo de Seguridad de la ONU (Angermaier, 2010).

43 U.N. Consejo de Seguridad. Resolución 1534, 5. U.N. Doc. S/RES/1534. (Marzo 26 de 2004).

crímenes atroces. En ese sentido, es razonable plantear que, implícitamente, el propósito de investigar, juzgar y sancionar solo a los máximos responsables, de alguna manera, guió la función del Tribunal. Esto sería aplicable a los casos más representativos en que se condenó por complicidad, por ejemplo, el caso de Furundzija⁴⁴. No obstante, este es un planteamiento especulativo y, en cuanto tal, merecería una investigación sistemática para probar si se puede inferir a partir de las sentencias del Tribunal o si, más bien, fue un elemento del contexto político en que se dieron los juicios.

1.2.3 El ECCC (Camboya)

El ECCC, a diferencia de los tribunales *ad hoc* hasta aquí reseñados, cuenta con un mandato estatutario de enjuiciar a los máximos responsables. La competencia del tribunal comprendió tanto a los altos líderes (*senior leaders*) del partido DK (Democratic Kampuchea), como a los máximos responsables (*most responsible*) de los crímenes cometidos en Camboya⁴⁵. El Grupo de Expertos para Camboya hizo algunas precisiones sobre estas dos categorías que vale la pena retomar:

[...] el Grupo no cree que el término «líderes» deba equipararse con todas las personas en los niveles superiores del Gobierno de Kampuchea Democrática o incluso del Partido Comunista de Kampuchea. La lista de altos funcionarios gubernamentales y del partido puede no corresponder con la lista de personas más responsables (*most responsible*) de violaciones graves de los derechos humanos, en el sentido de que ciertos líderes gubernamentales superiores pueden haber sido excluidos del conocimiento y la toma de decisiones; y otros que no figuran en la tabla de líderes superiores (*chart of senior leaders*) pueden haber desempeñado un papel importante en las atrocidades. Esto parece especialmente cierto con respecto a ciertos líderes a nivel zonal, así como a funcionarios de centros de tortura e interrogatorios [...] ⁴⁶.

44 Prosecurator v. Anto Furundzija. Case No. IT-95-17/1-T, Trial Judgement. Parágrafos 51 y ss (diciembre 10, 1998). Respecto a la condena ver parágrafos 264 y 270.

45 Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia. Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers in the courts of Cambodia for the prosecution of crimes committed during the period of Democratic Kampuchea, with inclusion of amendments as promulgated (NS/RKM/1004/006), Arts. 1 and 2. (October the 27th 2004).

46 «The Group does not believe that the term “leaders” should be equated with all persons at the senior levels of Government of DK or even of the

Con base en esta diferenciación entre los altos líderes y los máximos responsables, el grupo de expertos recomendó:

El Grupo recomienda que cualquier tribunal se centre en las personas más responsables (*most responsible*) de las violaciones más graves de los derechos humanos durante el reinado de la Kampuchea Democrática. Esto incluiría líderes de alto nivel (*senior leaders*) con responsabilidad sobre los abusos, así como aquellos en los niveles inferiores que están directamente implicados en las atrocidades más graves (*most responsible*)⁴⁷.

En el caso de alias Duch, el acusado fue catalogado como máximo responsable debido tanto a su posición de autoridad como subsecretario y luego como secretario del S21, un centro de seguridad controlado por el Comité Central del DK, como por su participación en las operaciones de dicho grupo, tales como la planeación, el entrenamiento, las órdenes de ejecución y la detención de más de doce mil personas entre 1975 y 1979⁴⁸.

En el caso Im Chaem, el ECCC fue más allá de la posición jerárquica de la acusada y evaluó su contribución en la comisión de las atrocidades (*atrocities*) –pese al bajo rango que ostentaba– y en la gravedad de estas; las consideraciones analizadas para definir la jurisdicción personal –estableció– son similares a las consideraciones evaluadas para imponer las penas⁴⁹. Con todo, Im Chaem no fue considerada máxima responsable por

CPK. The list of top governmental and party officials may not correspond with the list of persons most responsible for serious violations of human rights in that certain top governmental leaders may have been removed from knowledge and decision-making; and others not in the chart of senior leaders may have played a significant role in the atrocities. This seems especially true with respect to certain leaders at the zonal level, as well as officials of torture and interrogation centres». (Traducción propia). U.N. *Annex Report of the Group of Experts for Cambodia established pursuant to General Assembly Resolution 52/135*. Parágrafo 109. U.N. Doc. A/53/850-S/1999/231. (Febrero 18 de 1999).

47 «The Group recommends that any tribunal focus upon those persons most responsible for the most serious violations of human rights during the reign of Democratic Kampuchea. This would include senior leaders with responsibility over the abuses as well as those at lower levels who are directly implicated in the most serious atrocities. We do not wish to offer a numerical limit on the number of such persons who could be targets of investigation». (Traducción propia). *Ibid.*, parágrafo 110.

48 ECCC. Kaing Guek Eav alias «Duch». 001/18-07-2007/ECCC/TC, Trial Judgement. Parágrafos 18 y 25 (julio 26, 2010).

49 ECCC. Im Chaem, Closing Order (Reasons). D308/3. Parágrafo 38 (julio 10, 2017).

el Tribunal pues este encontró que su desempeño a nivel sectorial –como secretaria de distrito, junto con otras cien personas en el mismo cargo– no era determinante y que la gravedad de sus acciones y sus efectos no excedían el promedio de crueldad y horror de forma significativa. Así, el Tribunal concluyó que el caso no caía dentro de su competencia personal⁵⁰.

En los casos de Meas Muth y de Ao An no hubo acuerdo entre los conjuces investigadores nacionales e internacionales sobre su máxima responsabilidad. El conjuce investigador nacional estimó que Muth no era un máximo responsable por no reunir los criterios de gravedad y nivel de responsabilidad, aunque aceptó el argumento de que una persona en los rangos bajos puede ser máxima responsable dependiendo de su participación, del impacto de sus actos y de su autoridad efectiva⁵¹. Según el juez, Muth debió seguir las políticas de los dirigentes del DK y no tuvo influencia en su construcción por pertenecer al Comité Central. Así, su poder era bastante restringido y su participación, irrelevante⁵².

Tampoco consideró que Ao An fuera máximo responsable dado que su participación fue inactiva e indirecta, sin influencia en la definición de la política o en la estructura de la organización y, más bien, la ejecutó sin ir más allá de las órdenes de su superior (Ke Pauk), quien sí ejercía el control efectivo⁵³. Además, en este caso, el juez interpretó el espíritu de los acuerdos en términos de una competencia restringida del ECCC sobre los altos líderes y los máximos responsables⁵⁴. En ambas decisiones el juez tuvo como rasero el caso Duch, que sí fue considerado máximo responsable, y los criterios del ICTY⁵⁵.

50 *Ibid.*, párrafos 316, 317, 320, 322, 325. Aunque en términos cuantitativos el Tribunal sí establece que no existe un umbral específico que deba ser cruzado (párr. 320-322), es cuestionable su argumentación pues parece normalizar, cualitativamente, la gravedad de las atrocidades al mencionar que la crueldad y el horror eran la norma en el régimen de DK y que la acusada no había excedido dicho «promedio» (párrafo 324).

51 ECCC. D266, Order Dismissing the Case Against Meas Muth. National Co-investigating Judge: You Bunleng. Párrafos 365 y 368 (noviembre 28, 2018).

52 *Ibid.*, párrafos 420-428.

53 ECCC. D359, Order Dismissing the Case Against Ao An. National Co-investigating Judge: You Bunleng. Párrafos 424-425, 501, 507 y 511 (agosto 16, 2018).

54 *Ibid.*, párrafos 462, 484 y 552.

55 *Ibid.*, párrafos 543 y ss. ECCC. D266, Order Dismissing the Case Against Meas Muth, *op. cit.*, párrafo 373.

El conjuer investigador internacional consideró que tanto Muth como Ao An eran máximos responsables; Muth, debido a la combinación de su rango y nivel de autoridad en el DK, así como del carácter y la magnitud de sus crímenes⁵⁶. Como comandante de la Marina del DK, se desempeñó en los niveles más altos, fue responsable de un alto número de víctimas, del trato inhumano de los cadáveres, de las purgas y de los trabajos forzados; por eso dirigía y participaba en la implementación de las políticas criminales e inhumanas del DK⁵⁷. Igualmente Ao An fue considerada máxima responsable tras analizar su rango y jerarquía, en los niveles más altos de la estructura del DK⁵⁸, y por el carácter y la magnitud de sus crímenes, en los que su papel en la planeación y la ejecución constituyó una contribución definitiva a las atrocidades sobre el pueblo Cha⁵⁹. Así, para el juez internacional, en ambos casos, los acusados sí reunían las mismas calidades de máximos responsables del caso Duch.

1.2.4 El SCSL (Sierra Leona)

El SCSL usó el liderazgo como criterio de mayor importancia dado que su estatuto fijó su competencia sobre las personas con más grande responsabilidad (*persons who bear the greatest responsibility*). En el caso Norman, Fofana y Kondewa (caso CDF), el Tribunal mantuvo su competencia al verificar este criterio de liderazgo, toda vez que Fofana fue uno de los comandantes de la organización paramilitar CDF (Civil Defense Forces) y participó en la planificación y el diseño de una estrategia para derrotar al RUF/AFRC (Revolutionary Armed Front/ Armed Forces Revolutionary Council) y tomar control sobre parte del territorio de Sierra Leona⁶⁰. El Tribunal dejó claro que el criterio de liderazgo era suficiente para seleccionar el caso y que el detalle sobre la máxima responsabilidad era un asunto probatorio que debía ser verificado en la etapa de juicio pues, en la etapa en que se encontraban, el Tribunal solo se ocupaba de puras acusaciones: al acusado se le endilgaba una posición de liderazgo en una de las fracciones

⁵⁶ ECCC. D267, Closing Order. International Co-investigating Judge: Michael Bohlander. Parágrafo 460 (noviembre 28, 2018).

⁵⁷ *Ibid.*, párrafos 171, 461, 465-469.

⁵⁸ ECCC. Closing Order (Indictment). International Co-investigating Judge: Michael Bohlander. Párrafos 699-700 (agosto 16, 2018).

⁵⁹ *Ibid.*, párrafos 708-711.

⁶⁰ SCSL. 04-14-PT, Decision on the Preliminary Defense Motion of Lack of Personal Jurisdiction Filed on Behalf of Accused Fofana. Parágrafo 42 (marzo 3, 2004).

involucradas en el conflicto y la defensa falló al tratar de convencer al Tribunal de que no era así⁶¹.

Durante la etapa de juicio, Norman falleció antes de que se emitiera la sentencia⁶². No obstante, Fofana y Kondewa fueron condenados como máximos responsables después de evaluar la gravedad de los crímenes (*gravity of the offense*) y la forma y el grado de participación. Fofana fue hallado responsable por los crímenes de sus subordinados, sobre quienes ejercía control efectivo, por su escala, por la brutalidad con que se ejecutaron y por el impacto que tuvieron en las víctimas (mujeres y niños)⁶³. Los crímenes de Kondewa fueron considerados igualmente graves; involucraban reclutamiento de niños y actos humillantes y degradantes con las víctimas⁶⁴. La participación de Fofana fue calificada como de instigador (*aider and abettor*) porque no evitó las masacres, sino que las animó como líder y superior al mando. Kondewa, además de instigador, fue condenado como superior al mando y perpetrador directo de algunos crímenes⁶⁵.

El otro caso que merece mención es el de Charles Taylor, antiguo presidente de Liberia, condenado como partícipe instigador y cómplice (*aider and abettor*) con máxima responsabilidad, dados la contribución sustancial en la comisión de los crímenes del RUF/AFRC, el conocimiento que tenía sobre las acciones de este grupo armado, su planeación (*planning*) y diseño⁶⁶. En efecto, Taylor (i) habilitó la estrategia operacional del RUF/AFRC; (ii) apoyó, mantuvo y desarrolló la capacidad del RUF/AFRC para implementar dicha estrategia; y (iii) alentó y apoyó moralmente las operaciones militares y ataques contra civiles del RUF/AFRC en desarrollo de la mencionada estrategia. Este caso es particularmente relevante para entender que las situaciones en que hubo complicidad

61 El tribunal, literalmente, dice que «*is essentially concerned with mere allegations*». *Ibid.*, párrafos 42, 44-45.

62 *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa*. Case No. 04-14-T, Trial Chamber. Judgement. Párrafo 4 (agosto 2, 2007). La decisión de eliminar el nombre de Norman del fallo generó polémica y votos disidentes entre los jueces.

63 *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa*. Case No. 04-14-T, Trial Chamber. Judgement on the Sentencing of Moinina Fofana and Allieu Kondewa. Párrafos 45-49 (octubre 9, 2007).

64 *Ibid.*, párrafos 52-56.

65 *Ibid.*, párrafos 50-51 y 57-78.

66 *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*. Case No. 03-01-A, Appeals Judgement. Párrafos 540, 550 y 564 (septiembre 26, 2013).

pueden revestir la gravedad suficiente como para llevar a la máxima responsabilidad⁶⁷.

1.2.5 La CPI

La CPI ha aclarado que no es necesario tener una posición de liderazgo para ser considerado máximo responsable. Al decidir sobre la admisión de órdenes de captura en los casos Lubanga y Ntaganda dentro de la situación de la República Democrática del Congo, la Sala de Cuestiones Preliminares señaló que, únicamente debería juzgar perpetradores con los más altos rangos. Sin embargo, la Sala de Apelaciones indicó que «ninguna categoría de perpetradores sea *per se* excluida de ser potencialmente llevada ante la Corte» y que «la imposición de estándares rígidos, fundados primariamente en el rango superior puede conducir a que ni la retribución ni la prevención sean alcanzados»⁶⁸.

Por su parte, el criterio de participación fue delimitado a partir de los modos de imputación utilizados. En el caso Katanga, el líder de más alto rango del grupo armado FRPI (Force de résistance patriotique d'Ituri), en la República Democrática del Congo, se utilizó un modelo de imputación de participación indirecta (*indirect commission-accessory participation*) en el ataque realizado por el FRPI a civiles en Bogoro por razón de su etnia⁶⁹. Los criterios tenidos en cuenta al analizar su participación fueron: (i) la pertenencia de los perpetradores a un mismo grupo con un propósito común; (ii) una contribución significativa, por parte del acusado, en la comisión de los crímenes y en la manera cómo ocurrieron⁷⁰ –en particular, la contribución de Katanga consistió en el apoyo logístico militar necesario para que el FRPI asegurara su superioridad armada–; (iii) que el acusado

⁶⁷ *Ibid.*, parágrafo 512.

⁶⁸ CPI. Situation in the Democratic Republic of Congo. Judgment on the Prosecutor's Appeal Against the Decision of Pre-Trial Chamber I Entitled Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest. Article 58, ICC 01/04-169-US-Exp. Parágrafos 73-75 (julio 13, 2006). Citado en Uprimny, Sánchez y Sánchez (2014).

⁶⁹ Prosecutor v. Germain Katanga. Case No. 01/01-04/07, Trial Judgement (marzo 7, 2014). El Tribunal se refirió, en la parte resolutive, a la participación indirecta a pesar de no haber intervenido en las hostilidades (*not taking direct part in the hostilities*) y a la participación accesoria (*accessoryship through a contribution made «in any other way to the commission of a crime by a group of persons acting with a common purpose»*).

⁷⁰ *Ibid.*, parágrafos 1665 y 1679.

tuvo la intención de realizar dicha contribución; y (iv) que el acusado tenía conocimiento de la intención del grupo para cometer crímenes⁷¹.

En el caso Lubanga, líder político de la Unión Patriótica Congoleesa y comandante de su brazo armado (FPL), se juzgó como coparticipación directa (*co-perpetrator*) bajo tres criterios⁷². Primero, la existencia de un plan común, que Lubanga apoyó políticamente, para atacar a la población civil. El acusado estuvo activamente relacionado con su implementación y además jugó un rol directo en el reclutamiento de niños⁷³. Segundo, una contribución esencial para la materialización del plan común: el acusado tenía capacidad suficiente para modificar las políticas del FPL y para dirigir las actividades de los otros perpetradores, estuvo informado y emitió instrucciones para implementar dicho plan⁷⁴. Y tercero, el elemento de la intencionalidad: se valoró que Lubanga tenía plena conciencia de los crímenes cometidos como resultado del plan común, en particular, en lo referido al reclutamiento de menores de 15 años⁷⁵.

Por último, en el caso Bemba, presidente del partido político Movimiento de Liberación del Congo (MCL) y comandante del grupo armado Ejército de Liberación del Congo (ALC), la CPI utilizó, por primera vez, el modo de imputación de responsabilidad del superior derivado del artículo 28 del Estatuto de Roma⁷⁶. Vale la pena indicar que esta dis-

71 *Ibid.*, párrafos 1682 y 1689

72 Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Case No. 01/01-04/06, Trial Judgment (marzo 14, 2012).

73 *Ibid.*, párrafo 1132.

74 *Ibid.*, párrafo 1270.

75 *Ibid.*, párrafo 1350.

76 Estatuto de la Corte Penal Internacional, 1998. El Estatuto entró en vigor a partir de 2002 en la medida en que solo hasta esta fecha fue ratificado por sesenta Estados y este era el requisito de vigencia que establecía su propio Artículo 126. El Artículo 28 del Estatuto de Roma establece: «Responsabilidad de los jefes y otros superiores. Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte: a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades

posición trató de codificar los criterios de los tribunales internacionales e híbridos sobre el particular⁷⁷.

Bemba fue considerado máximo responsable con los siguientes argumentos. Primero, el acusado tenía amplios poderes formales, la decisión última de autoridad, poderes de nombramiento, ascenso y despido, controlaba la financiación, emitía órdenes y tenía la facultad de establecer investigaciones (*inquiries*) y cortes marciales⁷⁸. Igualmente, ejercía control efectivo sobre el MLC, ordenó su despliegue, seleccionó las unidades y los comandantes que lo harían, mantuvo un contacto directo y regular con los comandantes en campo y recibía reportes operacionales y de inteligencia detallados, y proporcionaba soporte logístico y equipamiento a las tropas⁷⁹. Segundo, al considerar que el acusado conocía los hechos por la posición que ocupaba, la disponibilidad de canales de comunicación, el contacto regular entre Bemba y los oficiales en el campo, las fuentes generales de información sobre los crímenes, como los reportes de ONG, y el conocimiento directo del acusado de las denuncias de asesinato, violación y pillaje⁸⁰. Por último, porque el acusado falló en tomar medidas, y las que tomó no fueron genuinas pues se redujeron a simples alegatos públicos⁸¹. Con estos argumentos fue inicialmente condenado como máximo responsable por su responsabilidad de superior.

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

77 *Ibid.* Para un análisis más detallado de estos criterios en los casos de jefes militares conviene consultar Skander Galand, Hunter, Ilia y Bekou (2016).

78 *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. Case No. 01/05-01/08, Trial Judgement. Parágrafo 697 (marzo 21, 2016).

79 *Ibid.*, parágrafo 700.

80 *Ibid.*, parágrafo 717.

81 *Ibid.*, parágrafo 727.

Con todo, en una decisión controvertida, Bemba fue absuelto en segunda instancia al considerar errado el razonamiento del *a quo* respecto a la evaluación de la autoridad efectiva del acusado y a su participación. Los criterios analizados en la decisión de primera instancia para determinar la responsabilidad del superior no fueron cuestionados en su integridad por el *ad quem*, sino solamente en su aplicación al caso concreto, por lo que no pierden vigencia y utilidad⁸². En lo atinente a la aplicación del artículo 28, la mayoría de la Sala de Apelación sostuvo que no se aplicó correctamente el estándar de prueba «más allá de toda duda razonable» y se basó en los errores de procedimiento cometidos en primera instancia.

1.3 Ejemplos de políticas investigativas que incorporaron criterios jurisprudenciales

Los criterios jurisprudenciales, y su construcción paulatina de cara a los casos concretos, han sido incluidos dentro de las políticas investigativas que pretenden identificar a los máximos responsables. Esta inclusión de criterios específicos es más reciente y suele estar vinculada a los órganos titulares de la acción penal y a sus estrategias de investigación. El ECCC y la CPI son dos ejemplos de cómo se han incorporado los criterios jurisprudenciales en las políticas investigativas.

El ECCC (Camboya) tomó una decisión sobre jurisdicción personal y política investigativa de sospechosos. En dicha decisión, se adoptaron los dos criterios desarrollados por la jurisprudencia internacional en materia de selección de casos y de sospechosos de ser máximos responsables: la gravedad de los crímenes y el nivel de responsabilidad de los acusados⁸³. En relación con el primer criterio, deben tenerse en cuenta el número de víctimas, la extensión geográfica y temporal de los crímenes, la forma en la que fueron cometidos y el número de cada incidente⁸⁴.

En cuanto al segundo criterio, se señaló que debe tenerse en cuenta la autoridad *de iure* y *de facto* del sospechoso al considerar alguna de las siguientes condiciones: (a) la posición jerárquica, (b) el procedimiento de su nombramiento, (c) la permanencia en dicho cargo, (d) el número de

⁸² Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Case No. 01/05-01/08 A, Appeals Chamber. Parágrafo 189 (junio 8, 2018).

⁸³ ECCC. D49, Office of the Co-Investigating Judges. Decision on Personal Jurisdiction and Investigative Policy Regarding Suspect. Parágrafo 15 (mayo 2, 2012).

⁸⁴ *Ibid.*, parágrafo 16.

subordinados, (e) la capacidad del sospechoso para emitir órdenes, (f) si las órdenes son seguidas por los subordinados, (g) saber que sus subordinados cometieron crímenes, lo que incluye conocer el número, el tipo y su alcance, el momento en el que fueron cometidos, su ubicación geográfica, así como la eventual naturaleza sistemática de los mismos, (h) la autoridad del sospechoso para negociar, firmar o implementar acuerdos, (i) la extensión temporal del control del sospechoso, (j) el control de acceso al territorio; (k) el rol real del sospechoso en la comisión de los crímenes y (l) si los rangos superiores del sospechoso ya han sido juzgados⁸⁵.

En un sentido similar, la Oficina del Fiscal de la CPI (OTP, por sus siglas en inglés, Office of the Prosecutor) ha señalado que la estrategia de investigación dirigida hacia los máximos responsables se construye de manera dinámica. Desde la estrategia 2012-15, la OTP cambió su enfoque de uno basado en la concentración de la investigación de una persona específica desde el inicio, a uno que se construye desde abajo hacia arriba (*building upwards*) en el que el máximo responsable se descubre en el camino. Este enfoque involucra un primer paso de investigación de un limitado número de perpetradores –de mediano y alto nivel– con el fin de contar con suficiente información para asegurar el enjuiciamiento de los máximos responsables⁸⁶. De esta manera, la Oficina de la Fiscalía sostiene que el máximo responsable no es identificado antes del inicio de la investigación a partir de su rango, sino que, más bien, la información recolectada, a partir de la investigación de rangos más bajos, permite llegar a identificar a un máximo responsable que antes no se conocía.

De igual manera, la OTP aclaró que la categoría del máximo responsable no es necesariamente igual a la autoridad *de iure* que tenga un individuo dentro de una estructura jerárquica. Por el contrario, a medida que la investigación hacia arriba va avanzando, el grado de responsabilidad de cualquier perpetrador será analizado a partir de la naturaleza del acto cometido, el grado de participación e intención, la existencia de algún motivo que involucre alguna forma de discriminación y cualquier abuso de poder o de autoridad⁸⁷.

Estos dos ejemplos de política investigativa permiten comprender la identificación de los máximos responsables como un proceso que se

⁸⁵ *Ibid.*, parágrafo 21.

⁸⁶ OTP. Strategic Plan 2016-2018. Parágrafo 35 (noviembre 16, 2015).

⁸⁷ OTP. Policy Paper on Case Selection and Prioritisation. Parágrafo 42 (septiembre 15, 2016).

va decantando a partir de la determinación de los crímenes más graves y representativos. De ese modo, como estrategia de investigación, el nivel de responsabilidad se establece con posterioridad a la determinación de la gravedad de los crímenes y, a partir de su estructura, se pueden evaluar tanto la participación, como el liderazgo de los máximos responsables. Algunas de estas estrategias investigativas han sido adoptadas en otros países dentro de la dogmática de los crímenes graves y representativos, como el genocidio o los crímenes de lesa humanidad.

Efectivamente, algunas legislaciones nacionales han incorporado, dentro de su política criminal, la persecución de crímenes atroces y los criterios para identificar a los máximos responsables. En esos casos la estrategia de investigación y los modos de imputación varían según la estructura del delito, pero el liderazgo y la participación, como criterios generales, están plasmados en mayor o menor grado. Vale la pena ejemplificar este argumento con el caso de Ruanda.

La Ley Orgánica 08/1996 de Ruanda, sobre la organización del enjuiciamiento por crímenes constitutivos de genocidio o crímenes de lesa humanidad a partir del 1º de octubre de 1990, estableció diferentes categorías en las que pueden clasificarse los perpetradores. La categoría 1 establece criterios que pueden asociarse, razonablemente, al concepto de máximo responsable: (a) personas cuyos actos criminales o cuyos actos de participación penal los sitúan entre los organizadores, planeadores, instigadores, supervisores y líderes del crimen de genocidio o de lesa humanidad; (b) personas que tenían posiciones de autoridad a nivel nacional, prefectoral, comunal o sectorial, o en un partido político, en el Ejército, en organizaciones religiosas o en una milicia y que perpetraron o propiciaron dichos crímenes; (c) asesinos notorios que eran conocidos en sus áreas de residencia en virtud de la sevicia o excesiva malicia con la que cometieron los crímenes; y (d) personas que cometieron actos de tortura sexual⁸⁸.

1.4 Conclusiones

Es posible inferir que el liderazgo y la participación en los crímenes más graves y representativos han sido los criterios analíticos usados por los tribunales internacionales e híbridos, aunque con distintos énfasis,

88 Organic Law No. 08/1996 of 1996 on the Organization of Prosecutions for Offenses constituting the Crime of Genocide or Crimes Against Humanity committed since 1 October 1990, Article 2.

dependiendo del caso. El liderazgo, tanto *de jure* como *de facto* tuvo un peso más importante en algunos tribunales que en otros, incluso en la etapa de selección, y no fue restringido al liderazgo militar. En su valoración, se tuvieron en cuenta tanto el rango y la posición jerárquica, como el ejercicio efectivo de la autoridad. La participación fue más allá de un criterio formal asentado en el rango y se extendió al análisis de las contribuciones efectivas en la comisión de los crímenes, al cobijar civiles, funcionarios públicos o mandos medios por acciones u omisiones a través de varios modos de imputación que incluyeron la complicidad o la responsabilidad de mando. Con todo, se debe resaltar que ninguno de estos criterios fue suficiente por sí mismo, sino que requirió la valoración conjunta frente a los casos concretos.

En todos los casos, la máxima responsabilidad ha implicado un margen de discrecionalidad razonable por parte de los jueces habida cuenta de los propósitos de la justicia. Igualmente, la intensidad en la aplicación de cada uno de estos elementos ha variado dependiendo de las particularidades del caso. Esto es, mientras algunos tribunales se enfocaron en mayor medida en el criterio de liderazgo, como el SCSL, otros enfatizaron en la participación pues no estimaron necesaria una posición de liderazgo para una consideración de máximo responsable, sino que evaluaron la forma y la contribución efectiva en la comisión de los crímenes, tal y como lo ha sostenido la CPI o como lo sostuvo el Grupo de Expertos para el ECCC.

2 MÁXIMO RESPONSABLE Y PARTICIPACIÓN DETERMINANTE EN EL CONTEXTO COLOMBIANO

Los criterios analíticos identificados en la jurisprudencia internacional (liderazgo y participación) pueden usarse con beneficio de inventario en el caso colombiano si se tienen en cuenta las diferencias del contexto y los mecanismos *sui generis* de este último en relación con las experiencias internacionales de justicia. En primer lugar, las razones para usar la justicia y los criterios de selección de responsables varían de un caso a otro; por ejemplo, algunos tribunales internacionales fueron establecidos por mandato del Consejo de Seguridad de la ONU, como el ICTY y el ICTR y, en algunos casos, no hubo una voluntad soberana nacional de iniciar un proceso de paz, como sucedió en Colombia. En segundo lugar, conviene considerar algunas diferencias de contexto en términos de los rasgos particulares de las dinámicas del conflicto y de la violencia en los que se presentan los crímenes de sistema. Y, en tercer lugar, es importante tener en cuenta las particularidades institucionales de cada país para investigar, juzgar y sancionar los crímenes internacionales.

El componente judicial del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición se basa en la idea de que solamente las personas con mayor responsabilidad en la comisión de los crímenes más graves y representativos serán incluidas en las Resoluciones de Conclusiones ante la Sección de Primera Instancia del Tribunal para la Paz en casos de reconocimiento de verdad y de responsabilidad y que solo estas personas recibirán una sanción propia o alternativa según el momento en que reconozcan su responsabilidad. Lo que no está del todo claro es si, para definir quiénes tienen ese nivel de responsabilidad, es oportuno usar el concepto de máximo responsable o el de participación determinante, e, incluso, si los dos conceptos son sinónimos o si se trata de dos conceptos distintos con finalidades distintas.

Como se pudo ver en la primera parte de este documento, los tribunales internacionales, con algunas variaciones, se han referido al concepto de máximo responsable en su labor de persecución de quienes tuvieron la más alta responsabilidad en los crímenes de sistema (delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio). El concepto de máximo responsable también se entiende bajo la perspectiva de la justicia transicional. Como lo explicó el relator especial de la ONU sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición: si cumplir con la obligación de investigar, juzgar y sancionar todas las violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario y los crímenes internacionales es imposible, «[u]na estrategia para fijar prioridades puede centrarse simultáneamente (o alternativamente) [junto a un enfoque en los crímenes más graves] en perseguir a los máximos responsables de violaciones graves»¹.

Asimismo, el concepto de *máximo responsable* hizo parte del lenguaje jurídico transicional colombiano al ser utilizado en la estrategia para concentrar la acción penal en los procesos de Justicia y Paz y, posteriormente, al ser integrado a la Constitución como parte del llamado Marco Jurídico para la Paz como criterio orientador para la selección (AL 1/2012, artículo transitorio 66 y, después, en el AL 1/2017, artículo transitorio 3).

Por su parte, el concepto de participación determinante no tiene antecedentes en la jurisprudencia penal internacional. En Colombia, aparece por primera vez en el Acuerdo Final de Paz² y, por consiguiente, en las

-
- 1 Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, A/HRC/27/56. Parágrafo 59 (agosto 27, 2014).
 - 2 Son varias las menciones explícitas del AFP. Basta citar el parágrafo 32 donde se plantea que «También serán de competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz las conductas de financiación o colaboración con los grupos paramilitares, o con cualquier actor del conflicto, que no sean resultado de coacciones, respecto de aquellas personas que tuvieron una participación activa o determinante en la comisión de los crímenes competencia de ésta jurisdicción, según lo establecido en el numeral 40, salvo que previamente hubieren sido condenadas por la justicia por esas mismas conductas. Los órganos de la JEP decidirán, según el caso, el procedimiento apropiado. De conformidad con el numeral 48 (t) y el 58 (e) serán llamados a comparecer ante la Jurisdicción Especial para la Paz, por parte de la Sección de Revisión del Tribunal, aquellas personas que hubieran tenido una participación determinante en una de las conductas de que trata el numeral 40 y no hubieren comparecido previamente ante

normas encargadas de integrarlo al ordenamiento jurídico (L1957/19). Este nuevo concepto se usó, al menos, con dos propósitos. Primero, para caracterizar aquellos en quienes se debería concentrar la acción penal a través de la selección, es decir, la participación determinante hace parte de los criterios que la JEP debe utilizar para definir hacia quiénes enfocar el ejercicio de la acción penal (Artículo 19 de la L1957/19). Segundo, para definir la competencia de las distintas salas de la JEP, especialmente de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ) y de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad (SRVR): el artículo 79 (m) de la L1957/19 incluye, dentro de las funciones de la SRVR, la presentación de resoluciones de conclusiones con «individualización de las responsabilidades, en particular de quienes tuvieron una participación determinante», mientras que el artículo 84 confiere a la SDSJ el papel de «definir la situación jurídica de quienes no hayan tenido una participación determinante en los casos más graves y representativos».

En el marco de la negociación política que condujo al Acuerdo Final de Paz se optó por un concepto nuevo, el de participación determinante, por el temor de los líderes de la extinta guerrilla a que los procesos judiciales se enfocaran tan solo en la cúpula militar a través del concepto de máximo responsable. Esto habría anulado sus pretensiones políticas al limitar la responsabilidad penal solamente a ellos (Bermúdez Liévano, 2019, p. 230) sin la posibilidad de juzgar, también, a otros actores del conflicto que no hicieron parte de la cúpula de la organización. El origen del concepto hace pensar que su objetivo era ampliar la responsabilidad que, hasta ese momento, se concentraba solamente en los máximos responsables de los crímenes más graves. En todo caso, desde el punto de vista jurídico, es necesaria una interpretación sistemática de los conceptos en concordancia con los fines del sistema integral.

Nuestro argumento principal, que elaboramos en esta segunda parte del documento, busca maximizar el efecto útil de la normativa que consagra ambos conceptos. Con este fin, planteamos una distinción entre los conceptos de máximo responsable y de participación determinante en razón de su historia conceptual, su alcance y sus consecuencias jurídicas en el contexto colombiano. Para ello, tomamos en consideración la priorización de casos hecha por la JEP y las diferencias entre ellos en tanto no

la Sala de Verdad y Reconocimiento». Ver Gobierno Nacional de Colombia y FARC-EP (2016).

todos los casos son del orden nacional y las razones para priorizar han sido distintas en cada uno con el fin de que los conceptos respondan, adecuadamente, a estas decisiones.

El elemento fundamental que nos permite distinguir entre ambos conceptos es lo que denominamos planes o políticas de violencia organizada en contra de la población civil (PPVO) y que definimos en tanto lineamientos o decisiones estratégicas sobre el diseño, la formulación o la planeación, explícitos o tácitos, que orientan el accionar macrocriminal³. Proponemos que, mientras que el concepto de máximo responsable se apoya en el rol esencial que se expresa tanto en el liderazgo como en el papel que la persona haya tenido en la formulación de un PPVO, el concepto de participación determinante se basa, fundamentalmente, en la contribución efectiva a la ejecución de aquellos PPVO o de un patrón de criminalidad. Fundamentamos semejante distinción en una interpretación posible, aunque no sea la única, de las normas constitucionales y legales relevantes de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia, al situar el análisis en el momento histórico-político en que surgió el Acuerdo Final de Paz.

Planteamos, además, que, aunque se trata de dos conceptos distintos, tienen una relación de gradualidad del nivel de responsabilidad que se evidencia en que el máximo responsable siempre conduce a la selección, mientras que en la participación determinante la selección es optativa y depende de la evaluación de otros criterios suplementarios.

Cuando se trata de terceros, planteamos que el máximo responsable sería aquel que realizó aportes esenciales a la existencia de los grupos armados o a algunas de sus estructuras, así como aquellos que participen en las decisiones relacionadas con la formulación de PPVO. Los terceros partícipes determinantes serían quienes hagan aportes significativos para garantizar la operación de una estructura armada o sin los que estas no habrían podido ejecutar el PPVO y/o los patrones de criminalidad de la manera en que lo hicieron.

Adicionalmente, argumentamos que determinar los PPVO (que pueden ser explícitos o implícitos) ayuda a comprender el propósito o la finalidad del accionar macrocriminal para justificar inferencias que

3 Es de aclarar que no usamos los conceptos de «plan» y de «política» en el sentido del Derecho Internacional Humanitario, es decir, como elementos definitorios de los crímenes de guerra (Artículo 8, Estatuto de Roma).

permiten atribuir responsabilidad a través de una propuesta de selección de responsables que se base en los patrones de macrocriminalidad perpetrados por ellos. Para construir esta propuesta, es preciso identificar con claridad cuatro elementos mínimos de los patrones de macrocriminalidad (la reiteración de las conductas, el *modus operandi*, el objetivo y las afectaciones diferenciadas sobre las víctimas) que constituyen la base empírica de la atribución de responsabilidad y el fundamento de la selección y, al tiempo, sirven para descifrar los PPVO cuando son implícitos.

Así, esta segunda parte del documento se divide en dos secciones. La primera se dedica al análisis del marco jurídico colombiano para proponer cómo entender cada uno de los conceptos, así como la relación entre ambos (2.1). Para este fin, planteamos una interpretación del concepto de máximo responsable (2.1.1) a partir de la que explicamos el tránsito hacia el nuevo concepto de participación determinante en la jurisprudencia constitucional (2.1.2) y proponemos una definición del concepto de participación determinante y cómo esta se distingue del concepto del máximo responsable (2.1.3). Después de presentar argumentos por los que descartamos posibles alternativas a nuestra propuesta de cómo conceptualizar la relación entre los dos conceptos (2.1.4.), al final de la sección recapitulamos nuestra distinción entre los dos (2.1.5).

La segunda sección se concentra en algunos elementos específicos que permiten identificar máximos responsables y partícipes determinantes para efectos de la selección. En este sentido, examinamos los planes o políticas de violencia organizada en contra de la población civil (PPVO) pues, según la definición que proponemos, la relación que guardan con el máximo responsable o con el partícipe determinante permite distinguir entre ambos conceptos (2.2.1); luego abordamos los patrones de macrocriminalidad como principal herramienta para analizar crímenes de sistema (2.2.2); y sugerimos la necesidad de plantear propuestas de selección, para cada macrocaso, basadas en PPVO y en patrones de macrocriminalidad, así como en elementos adicionales tales como el análisis de contextos y la identificación de estructuras o del *dossier* de los grupos armados (2.2.3). Al término de la sección, recapitulamos sobre la importancia de estos elementos para identificar a los máximos responsables y partícipes determinantes (2.2.4).

Nuestro objetivo con el presente documento es proponer algunas herramientas jurídicas y conceptuales generales con el fin de que sean de utilidad para la JEP. Esto lo hacemos conscientes de las limitaciones de un

análisis académico. Pese a que no hacemos referencia a casos específicos, protegidos por la reserva característica de las investigaciones judiciales en curso, nuestro planteamiento busca responder a las características de los diferentes casos ya priorizados por la JEP⁴. En este marco, estimamos que los conceptos que proponemos son aplicables a todos los casos priorizados y ayudan a resolver cuestiones relativas a la selección de responsables dentro de ellos.

2.1 La más alta responsabilidad: entre máximos responsables y partícipes determinantes

Proponemos, en esta sección, una interpretación de los dos conceptos, basada en los fines del sistema integral y en los estándares internacionales, explicados en la primera parte, con el objetivo de que su sentido responda a las necesidades del contexto colombiano y al uso razonable del margen de discrecionalidad judicial de la JEP. Para ello, nos detenemos, primero, en el concepto de máximo responsable y en sus elementos definitorios. Luego, interpretamos la participación determinante como una innovación colombiana, avalada por la Corte Constitucional, y planteamos una forma de entender la relación entre los conceptos de máximo responsable y de participación determinante. Posteriormente, presentamos propuestas para la diferenciación de los dos conceptos.

-
- 4 La JEP ha priorizado siete casos con diferentes características. Caso 001: retención ilegal de personas por parte de las FARC-EP (Auto SRVR 002, julio 4, 2018); caso 002: situación territorial en los municipios de Ricaurte, Tumaco y Barbacoas del departamento de Nariño (Auto SRVR 004, julio 10, 2018); caso 003: muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado (Auto SRVR 005, julio 17, 2018); caso 004: situación territorial de la región de Urabá (Auto SRVR 040, septiembre 11, 2018, en los municipios de Turbo, Apartadó, Carepa, Chigorodó, Mutatá y Dabeiba, en el departamento de Antioquia, y El Carmen del Darién, Riosucio, Unguía y Acandía, en el departamento del Chocó); caso 005: situación territorial en la región del Norte del Cauca y del sur del Valle del Cauca (Auto SRVR 078, noviembre 8, 2018, en los municipios de Santander de Quilichao, Suárez, Buenos Aires, Morales, Caloto, Corinto, Toribío y Caldonó; adicionado por el Auto SRVR 032/19, marzo 12, 2019, en los municipios de Jambaló, Miranda, Padilla, Puerto Tejada, Florida, Pradera, Palmira, Jamundí y Candelaria); caso 006: victimización de integrantes de la Unión Patriótica (UP) (Auto SRVR 027, febrero 26, 2019); y caso 007: reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado (Auto SRVR 029, marzo 1º, 2019).

2.1.1 Máximos responsables

Con base en la jurisprudencia penal internacional, el concepto de máximo responsable se acogió en la Constitución Política mediante dos reformas constitucionales: la que creó el Marco Jurídico para la Paz (AL 01/12) y su posterior modificación (AL 01/17). En esta última reforma, la alusión a los máximos responsables quedó plasmada de la siguiente manera:

Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos (*sic*) y al Derecho Internacional Humanitario, en el marco de la justicia transicional, el Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno Nacional, podrá mediante ley estatutaria determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los *máximos responsables* de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; establecer los casos, requisitos y condiciones en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena; establecer los casos en los que proceda la aplicación de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena (AL 01/17 cursivas añadidas).

Ahora bien, que se use el concepto sin presentar una definición de cómo entenderlo no significa una total indeterminación. Por el contrario, los tribunales internacionales han utilizado, principalmente, dos criterios para establecer cuándo se encuentran ante un culpable que puede ser considerado máximo responsable, a saber: liderazgo y participación, tal y como vimos en la primera parte. Siguiendo muy de cerca estos lineamientos, la Corte Constitucional se refirió al tema de la siguiente manera:

[...] los criterios que lo han definido en el Tribunal Penal para la antigua Ex Yugoslavia (*sic*), el Tribunal Penal Internacional para Ruanda y la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional tienen en común que a través de esta figura identifican a aquella *persona que tiene un rol esencial* en la organización criminal para la comisión de cada delito⁵ (cursivas añadidas).

5 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-579 de 2013. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: Agosto 28 de 2013. Fundamento jurídico 8.2.3).

De estas consideraciones, se puede inferir que, en el concepto de máximo responsable prevalece la noción del rol esencial que desempeña la persona. Dicho papel, sugiere la Corte, se puede expresar tanto en la *dirección* de una estructura armada –que por regla general se caracteriza por sostenerse sobre un orden jerárquico–, como en el *control* efectivo que haya ejercido la persona dentro de la estructura (rol esencial por liderazgo). Además, desde nuestra perspectiva, este rol esencial también se refiere a la relación de la persona con los lineamientos o con las decisiones estratégicas de diseño, de formulación o de planeación, explícitas o tácitas, que orientan la acción de la estructura criminal, lo que denominamos planes o políticas de violencia organizada en contra de la población civil (PPVO)⁶.

Por esta razón, dado que en su mayoría se trata de estructuras militares caracterizadas por un estricto funcionamiento jerarquizado, donde el control de la organización y las decisiones tienden a estar fuertemente centralizadas, el concepto de máximo responsable busca identificar a aquellos que tuvieron control y dirección sobre dichas estructuras o que hicieron parte de la toma de decisiones sobre esos PPVO más generales y que las estructuras subordinadas se encargarían de hacer realidad.

Nuestro planteamiento no niega la posibilidad de que haya *máximos responsables* en estructuras descentralizadas o de que operaran en niveles más restringidos, territorialmente hablando. Por el contrario, acepta que esta situación se podría dar, entre otros, en el caso de que una estructura de operación territorial ejecutara un PPVO de una forma distintiva o característica o, simplemente, diseñara y ejecutara, de forma relativamente autónoma, un nuevo PPVO dónde operar.

El rol esencial no puede equipararse, tan solo, con una dimensión activa, sino también con una dimensión pasiva que cubre la omisión. Así quedó claro, también, cuando la Corte se refirió al artículo 24 del AL 1/2017 que trata sobre la responsabilidad de mando. Sobre esta dijo que «la omisión en el deber de control no envuelve necesariamente la condición de máximo responsable»⁷, sino que debe analizarse en el caso específico de que esa omisión haya tenido un «papel esencial en la comisión de los delitos de genocidio, de lesa humanidad y de los crímenes de

6 En la subsección 2.2.1, nos detendremos en los elementos que componen los PPVO.

7 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-674 de 2017. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez: Noviembre 14 de 2017. Sección 5.5.1.11).

guerra»⁸. Por ende, la responsabilidad de mando puede llevar a identificar a un máximo responsable, aunque no tiene que ser así en todos los casos⁹.

Ahora bien, la Corte Constitucional avanzó en la definición del concepto de *máximo responsable* de la siguiente manera:

[...] aquella persona que tiene un *rol esencial* en la organización criminal para la comisión de cada delito, es decir, que haya: dirigido, tenido el control *o financiado* la comisión de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática. Dentro de este concepto se deben incluir entonces, no solamente líderes que hayan ordenado la comisión del delito, sino también conductas a través de las cuales este se haya financiado como el narcotráfico¹⁰ (cursivas añadidas).

Con esto, la Corte Constitucional deja en claro que, con respecto al liderazgo, el rol esencial entonces no solo se refiere a un liderazgo militar dentro de la estructura jerárquica de la organización, sino que son posibles otras formas de liderazgo como, por ejemplo, el liderazgo económico¹¹. Como ya lo mencionamos, el rol esencial también puede adoptar la forma de una participación en el diseño de PPVO o, en el caso de terceros civiles, de una contribución económica o de financiación para el sostenimiento y operación de la estructura criminal.

Por consiguiente, planteamos que el elemento definitorio del concepto de *máximo responsable* es el *rol esencial* que se puede expresar de dos formas: por liderazgo (por ejemplo, mediante la dirección o el control de

8 *Ibid.*

9 Esto también aplica para los terceros civiles. Como lo demuestra el caso de Musema, del ICTR, es posible que alguien tenga responsabilidad por omisión por control de mando sin que se trate de un mando militar. En ese caso, Musema omitió ejercer control legal y financiero de los empleados sobre los que tenía control *de jure* y *de facto*, pudiendo prevenir así los crímenes cometidos por sus empleados. Esto también se desprende del Artículo 28 (b) del Estatuto de Roma con respecto a superiores civiles. Véase *Prosecutor v. Alfred Musema*. Case No. ICTR-96 13, Trial Judgment. Parágrafos 999-1004 (enero 27, 2000); *Prosecutor v. Alfred Musema*. Case No. ICTR-96-13A, Appeal Judgement. Parágrafos 384, 880 y 894 (noviembre 16, 2001).

10 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-579 de 2013. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: Agosto 28 de 2013. Fundamento jurídico 8.2.3).

11 Un ejemplo de esto es el caso de Musema. *Prosecutor v. Alfred Musema*. Case No. ICTR-9613, Trial Judgment. Parágrafos 999-1004 (enero 27, 2000); *Prosecutor v. Alfred Musema*. Case No. ICTR-96-13A, Appeal Judgement (noviembre 16, 2001).

una estructura armada), o por el *rol* que la persona haya tenido en el diseño o en la formulación de un PPVO.

Con respecto al criterio de liderazgo, el concepto de máximo responsable apela, fundamentalmente, al liderazgo más alto dentro de las estructuras, pero no excluye que se pueda atribuir a personas de liderazgo intermedio, siempre y cuando hayan tenido un rol esencial en el diseño del PPVO, hayan dirigido la ejecución de dichos PPVO de una manera específica o distintiva (por ejemplo introduciendo innovaciones técnicas), o incluso, que se hayan separado de los lineamientos centrales para actuar de forma relativamente autónoma. Además, el rol esencial puede ser tanto de orden militar, como también político y económico, con lo cual se incluye a terceros que hayan participado en el diseño de un PPVO o en la financiación de estructuras armadas que cometieron delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio. Finalmente, la figura incluye una dimensión pasiva (omisión) que se operacionaliza a través de la responsabilidad de mando.

La definición que planteamos permite entender que, debido a la complejidad de los crímenes y a la construcción judicial de la verdad que se pretende con la investigación, es perfectamente probable encontrar varios máximos responsables de una dinámica macrocriminal, incluso en los casos territoriales.

2.1.2 De máximos responsables a partícipes determinantes

Contrario a lo que sucede con el concepto de máximo responsable, que solo se encuentra mencionado en el artículo transitorio 66 de la Constitución, bien sea en su versión inicial como parte del marco jurídico para la paz (AL 01/12), o en su versión definitiva como parte de la reforma constitucional que introdujo el Sistema Integral de Verdad, Justicia y Reparación a la Constitución (Artículo 3 AL 01/17), la participación determinante tiene un mayor desarrollo normativo. Esta se introdujo, inicialmente, en el AFP y después hizo parte de la ley estatutaria (L1957/19), especialmente en su artículo 19 que desarrolla el principio de selección. A pesar de esto, no hay una definición normativa de lo que se debe entender por participación determinante y la Corte Constitucional tampoco se ha aventurado a delimitar el concepto.

Dado que el concepto de participación determinante no tiene ninguna referencia en la práctica de tribunales internacionales, es difícil entrar a conceptualizarlo sin entender previamente cómo se relaciona con el

concepto de máximos responsables. Abordar esta relación, además, facilita comprender si hay en realidad alguna diferencia entre ambos conceptos y, si es así, en qué radica.

La Corte Constitucional sugiere que el concepto de máximo responsable no solo abarca a personas que hayan sido líderes, sino que incorporaría a quienes hubieran tenido «un rol esencial o determinante» e, incluso, a quienes hubieran sido perpetradores materiales de los crímenes. En efecto, la Corte afirma que:

[...] el «máximo responsable» no se circunscribe a quien ideó o estructuró el plan criminal ni a quien ocupa la máxima posición en la organización delictiva, sino a todos aquellos que jugaron un rol esencial o determinante en la ejecución de los delitos, y este rol podría coincidir, incluso, con quien fue el perpetrador material. Desde esta perspectiva, es posible que quien vulneró directamente los derechos de las víctimas tenga también la calidad de «máximo responsable» en el escenario de la Jurisdicción Especial para la Paz, y que, por tanto, respecto del mismo, no sea posible la renuncia a la persecución judicial¹² (cursivas añadidas).

A partir de esto se podrían realizar interpretaciones distintas. En primer lugar, se podría entender que la Corte habría definido el concepto de máximo responsable de manera que la participación determinante fuera uno de los criterios para su identificación y, por lo tanto, sería posible decir que no se trata de dos conceptos autónomos sino que, una manera de identificar al máximo responsable es por su *rol determinante* en la comisión de los crímenes sistemáticos. Con ello, la Corte parecería acotar las posibilidades de selección solo a los máximos responsables, así ampliamente entendidos.

Sin embargo, varias razones nos llevan a proponer una interpretación distinta. La primera es que ese planteamiento de la Corte se hizo siguiendo de cerca el precedente jurisprudencial sobre la materia desarrollado en la Sentencia C579/13 que fue proferida cuando solamente existía en el ordenamiento jurídico colombiano el concepto de máximo responsable. La segunda consiste en que, con posterioridad al fallo que citamos textualmente (C674/17), la Corte emitió su Sentencia C-080/18 en donde, de

12 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-674 de 2017. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez: Noviembre 14 de 2017. Fundamento jurídico 5.5.1.10).

forma muy clara, planteó que se puede seleccionar en distintas situaciones. En efecto, en esta sentencia la Corte afirma que:

[...] la selección puede recaer en: (i) quienes han tenido una participación *activa*, (ii) quienes han tenido una participación *determinante*, o (iii) los *máximos responsables* de los hechos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra cometidos de manera sistemática y genocidio. Aun cuando el artículo analizado no los incluya, por cuanto estos, incluso si no han tenido una participación *activa* o *determinante*, deben ser seleccionados de conformidad con la Constitución (art. transitorio 66 C.P.)¹³.

Esto demuestra que, para la Corte, hay una relación cercana entre los conceptos que hace posible que máximos responsables también hayan tenido una participación determinante. La cita también indica que es igualmente posible que alguien tenga calidad de máximo responsable sin haber tenido participación determinante. Además, pueden ser seleccionados tanto casos de máximos responsables, como casos de participación determinante.

Así, una interpretación que armoniza los pronunciamientos en las distintas sentencias de la Corte lleva a concluir que, en la primera sentencia, la Corte buscaba caracterizar el «rol esencial» al adicionar otro adjetivo: «determinante». Sin embargo, ante las nuevas circunstancias en que la Corte acepta que se puede seleccionar a los máximos responsables y también a quienes hayan tenido una participación determinante, el rol «determinante en la ejecución de los delitos» no podría hacer referencia más que a la participación determinante. Implícitamente, la Corte habría desplazado algunas de las características de los máximos responsables hacia los partícipes determinantes y le habría otorgado cierta autonomía a la participación determinante como concepto optativo de selección.

Ello llevaría a plantear que no es posible interpretar que el concepto de participación determinante haga parte o esté incluido en el de máximo responsable, ni que todo máximo responsable sea, automáticamente, un partícipe determinante. Más bien, el planteamiento de la Corte establece una distinción entre ambos conceptos, pero no niega que el máximo

13 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-080 de 2018. (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo: Agosto 15 de 2018. Fundamento jurídico 4.1.5.3).

responsable pueda también participar en la ejecución del PPVO que, como veremos en la subsección siguiente, y según nuestra propuesta, constituye el elemento distintivo primordial entre ambos conceptos. A este argumento, que se apoya en la interpretación de la sentencia de la Corte, se podría agregar uno de orden empírico: nada impide que quien ayude a diseñar un PPVO también contribuya a su ejecución.

En síntesis, proponemos que máximo responsable y participación determinante son dos conceptos distintos aunque, en la práctica, es de suponer que muchos de los casos de máximos responsables también cumplirán con los elementos distintivos de la participación determinante. Planteamos, entonces, conforme con el análisis de la Corte, la posibilidad de que en el máximo responsable concurra o no participación determinante.

Como lo explica la Corte en la Sentencia 080/18, la consecuencia jurídica de esta postura es que todos los máximos responsables deben ser seleccionados «incluso si no han tenido una participación activa o determinante»¹⁴, en cumplimiento del artículo 66 de la Constitución. Frente al caso de los partícipes determinantes, la selección es facultativa, como se explicará en detalle en la sección que sigue. Esto sugiere que la JEP cuenta con un elevado grado de discrecionalidad que, en todo caso, debe ejercer con precaución para evitar un maximalismo punitivo que se aleje de los métodos y finalidades de la justicia penal transicional.

Por último, es importante aclarar que, en contra de lo que la Corte Constitucional planteó en la Sentencia C080/18, la participación activa no es un concepto con base en el que se puedan seleccionar casos. Más bien, los conceptos orientadores para la selección son únicamente el máximo responsable (AL 1/2012, artículo transitorio 66 y AL 1/2017, artículo transitorio 3) y la participación determinante (artículo 19 de la Ley 1957/19). En efecto, el concepto de la participación activa solamente aparece en el acápite 4 del artículo 19 de la Ley 1957/19, pero únicamente como un concepto que define uno de los criterios de selección, el criterio de las características del responsable. En otras palabras, mientras que la participación activa puede ser un criterio para determinar si una persona tenía participación determinante y por ende podría ser objeto de selección, en sí misma la participación activa no es un concepto en el que se puede basar la selección.

14 *Ibid.*

2.1.3 Participación determinante y su distinción del concepto de máximo responsable

Como mostramos, no hay una definición normativa del concepto de participación determinante. Originalmente, el artículo transitorio AL01/17 presentó una definición del concepto en el acápite 2¹⁵, pero este fue declarado inexecutable por la Corte en la Sentencia C674/17. Tampoco existe jurisprudencia de la Corte Constitucional que delimite su contenido y su alcance. Con base en el análisis anterior de la relación de los dos conceptos, proponemos que la participación determinante se debe entender como la contribución sustancial o efectiva para que una estructura armada *ejecute* un PPVO, lo que se puede establecer al analizar uno o varios patrones de macrocriminalidad contra la población civil con base en los cuales se caracterizan los delitos más graves y representativos cometidos en el marco del conflicto armado.

Vale la pena disgregar los dos elementos que definen la participación determinante así: primero, el análisis de la contribución sustancial está en la ejecución de dichos PPVO en contra de la población civil, por lo que se estima que el grado de autonomía sobre los mismos no alcanza para incidir en sus lineamientos o decisiones estratégicas de diseño, formulación o planeación. Segundo, dentro de dicha ejecución, no se descarta que la persona cuente con algún grado de liderazgo intermedio, pero este no califica para dirigir, controlar o financiar, de forma autónoma, una estructura armada o alguna de sus unidades en una escala territorial determinada. En todo caso, el elemento fundamental para decidir que se está ante un partícipe determinante es su contribución efectiva a la ejecución del PPVO. Estos dos elementos permiten distinguir la participación determinante de la categoría de máximo responsable.

En efecto, el máximo responsable fue definido en términos de su liderazgo o de su participación en los lineamientos o decisiones estratégicas de diseño, formulación o planeación de PPVO y en ello radica el nexo o rol esencial. Por su lado, la participación determinante indica que puede haber algún grado de liderazgo intermedio, pero el carácter determinante de la participación se manifiesta, ante todo, a la hora de evaluar la ejecución de un PPVO. Esto es, sin esa participación no habría sido posible que

15 La definición era la siguiente: se entiende por participación determinante para estos efectos aquella acción eficaz y decisiva en la realización de los delitos enunciados.

la estructura armada de que se trate ejecutara el PPVO de la forma como lo ejecutó, en la región o área donde operaba y en el periodo investigado¹⁶.

De esta manera, cobra sentido preguntarse acerca de las características de los responsables que suelen poner a prueba las distinciones analíticas: ¿en cuál categoría, máximo responsable o participación determinante, encajarían los liderazgos intermedios y en cuál los terceros civiles, financiadores u otros? La respuesta, según las definiciones propuestas, es que tanto los liderazgos intermedios, como los terceros civiles (financiadores) podrían entrar en las dos categorías dependiendo de la calidad de su liderazgo y del grado de su contribución. Comprender las razones que justifican esta respuesta ayuda a distinguir, con mayor claridad, cuándo deben aplicarse una y otra categoría en el marco de la justicia transicional.

Los liderazgos intermedios, militares, políticos o de otro tipo, pueden calificar ya sea como máximos responsables o como partícipes determinantes, según su papel dentro de la estructura y su contribución efectiva. Calificarían como máximos responsables aquellos líderes intermedios que dirigieron la ejecución de un plan o política en sus jurisdicciones y que pudieron llevar a cabo, incluso, innovaciones o sofisticaciones para hacer más eficiente la actividad criminal, que se distanciaron de los lineamientos centrales o diseñaron, de forma relativamente autónoma, un PPVO y/o que tuvieron un mayor grado de dirección o control de la estructura criminal. Por su parte, calificarían como partícipes determinantes aquellos liderazgos intermedios que ejecutaron el PPVO sin distanciarse de estos lineamientos e, incluso, los hicieron más efectivos a través de medios más violentos, o tuvieron un grado de dirección, de control o de financiación de la estructura armada, subordinados a las directrices emanadas de liderazgos superiores que ordenaban los PPVO, independientemente de la escala territorial en la que operaran¹⁷.

16 En la sección 2.1.1, parte del presente documento, presentamos el concepto de PPVO, sin perder de vista la dificultad que entraña nuestra distinción analítica en términos de los «crímenes de sistema», pero rescatando su utilidad. En efecto, como menciona la ACNUDH: «Los crímenes del sistema, como la mayor parte de la delincuencia organizada, se caracterizan, en general, por una división del trabajo entre planificadores y ejecutores, así como por unos esquemas en materia de estructura y ejecución que tienden a dificultar la determinación de relaciones entre esos dos niveles». ACNUDH, *op. cit.*, p.13.

17 Esto incluso cobijaría a los conocidos como «ejecutores notorios». Con este concepto, se hizo referencia, en el contexto de ICTY, a quienes, a pesar de haber ostentado un mando intermedio o bajo, tuvieron un rol

Desde el punto de vista de los terceros civiles financiadores, estos podrían ser considerados como máximos responsables en los casos en que, sin formar parte de los grupos armados, realizaron aportes esenciales para la existencia del grupo o para alguna de sus estructuras (por ejemplo bloque, frente) o que tuvieron un rol esencial en los lineamientos o decisiones estratégicas de diseño, formulación o planeación de los PPVO, por fuera de la estructura o grupo armado. Es importante, en este aspecto, tener en cuenta los límites de la competencia de la JEP en cuanto a los terceros civiles. Esto significa que, si estos hacen parte de la estructura criminal o del grupo armado, particularmente en relación con estructuras del paramilitarismo procesadas bajo la Ley de Justicia y Paz, estarían por fuera de la competencia de la jurisdicción¹⁸.

Sin embargo, la Sección de Apelación (SA) de la JEP precisó, recientemente, que, con respecto a la competencia sobre terceros civiles relacionados con grupos paramilitares, en razón del rol variable entre los terceros civiles fundadores y/o financiadores de grupos paramilitares que se convierten en integrantes del grupo, o viceversa, la JEP debe incorporar: «Una mirada funcional a estas organizaciones [la cual] permite concluir que existe una diferencia importante entre quienes han contribuido al diseño y realización del plan criminal, y quienes son sus simples ejecutores»¹⁹. En

crucial en la dirección y ejecución de infracciones al DIH. Un ejemplo ilustrativo es el que se conoció como el caso Foča, por el nombre de la región serbia donde ocurrieron los hechos. Dragoljub Kunarac, una persona a cargo de un pequeño equipo de reconocimiento (*reconnaissance group*) del Ejército serbio, fue condenado por la ejecución de crímenes contra la humanidad (violación, tortura, esclavitud) en contra de las mujeres y niñas residentes en el área de Foča. Estos hacían parte de un ataque sistemático y generalizado contra la población civil musulmana de la región. Debido a su posición y rol, Kunarac sabía del plan de las autoridades serbias de derrotar a la población musulmana por cualquier medio, incluso criminal («*Considering his role and position, Dragoljub Kunarac obviously knew of the authorities' intention to overcome the Muslims in any possible ways, including through criminal means*»). Es decir, el patrón de violencia sexual contra las mujeres de Foča y de las localidades aledañas fue posible gracias al papel que ejecutó Kunarac y solo puede entenderse como parte del propósito más general de eliminación de la población musulmana. Ver *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic. Judgement*. Parágrafos 48-50, 582 (febrero 22, 2001) y Caine (2009).

18 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rads. 32.672 y 35.954 (Caso Salvador Arana Sus). (Decisión de mayo 13, 2020).

19 JEP. Apelación a la resolución 2513 del 31 de mayo de 2019, proferida por la Subsala Dual Tercera de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas.

ese sentido, la JEP tendría que emplear un método de investigación basado en crímenes de sistema en lugar de individualizar conducta por conducta. De esta manera podrá diferenciar el papel de los terceros que no son comandantes del grupo armado, pero que tienen suficiente poder sobre este, del de aquellos que hacen parte de la estructura y sobre los que no tiene competencia, pues su rol ya no sería el de terceros civiles²⁰.

Por otro lado, los terceros financiadores calificarían dentro de la categoría de partícipes determinantes si su aporte, sin ser esencial para la existencia de la organización, fue lo suficientemente significativo para concluir que, sin este, la estructura no habría podido operar de la misma manera, es decir, no habría podido ejecutar el PPVO de la forma como lo hizo, en la región o área donde operaba y en el periodo que se investiga. También, si participaron en la ejecución de los PPVO sin incidir en sus lineamientos o en su diseño, formulación o planeación, sino más bien siguiendo directrices del poder central. La eficacia de esta distinción analítica dependerá, entonces, de la estimación del grado de contribución económica de los terceros civiles y de su nivel de autonomía para incidir en el diseño o ejecución del PPVO. Esto requiere de la fijación específica de los elementos de dichos PPVO en el marco de cada macrocaso²¹.

Adicionalmente, como criterios para distinguir terceros civiles cuya participación era lo suficientemente significativa para calificar como determinante de los casos en los que se trata de participación no determinante, se puede evaluar si el apoyo logístico que prestó el tercero (por ejemplo, en la coordinación para la ejecución de los crímenes o para su encubrimiento) se materializó en una victimización elevada (magnitud) o distintiva (notoriedad) como consecuencia, justamente, de la ejecución de un PPVO²². La pregunta clave para evaluar la intensidad de ese apoyo es si los patrones de macrocriminalidad –mediante los que se analiza la ejecución de un PPVO–, distintivos de un área geográfica y de marco temporal determinados, se habrían podido llevar a cabo gracias a la acción o la omisión de la persona involucrada y, con ello, se decidiría si su participación fue o no determinante.

cas (SDSJ). Interesado Angulo Osorio. Auto TP-SA 565 de 2020. Parágrafo 23.1 (julio 15 de 2020).

20 *Ibid.*, párrafos 29.1.1.5 y 30.1, respectivamente.

21 En la sección 2.2.1 nos detenemos en los PPVO y sus elementos.

22 Acá se recogen algunos elementos, referidos a los terceros, reunidos en Michalowski et al. (2018); Michalowski et al. (2019) y Michalowski (2012).

En este sentido, vale la pena mencionar que, en los casos de terceros civiles, la competencia de la JEP no se limita a las actividades de «financiar, patrocinar, promover o auspiciar la conformación, funcionamiento y operación de grupos armados», como rezaba el Artículo 11 de la L1922/18, declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-050/20. Basta con que el delito se cometa por causa, con ocasión o en relación directa con el conflicto para que sea de su competencia²³.

Estas distinciones analíticas y de grado son necesarias para comprender el alcance del innovador concepto de participación determinante, de sus propósitos en el marco del contexto colombiano y de su funcionalidad en relación con la verdad y con los derechos de las víctimas. Con dicho concepto se contribuiría al entendimiento de los rasgos que adquirió la violencia en las distintas regiones del país, así como de sus responsables, a partir de una perspectiva más cercana al contexto de las víctimas y de las dinámicas locales del conflicto armado.

En este contexto, es importante recordar la diferencia entre la experiencia internacional expuesta en la primera parte de este documento, concretamente la de los tribunales especiales para Ruanda y Yugoslavia, y el caso colombiano. En las experiencias internacionales, si la persona no se podía considerar un máximo responsable, su caso se remitía (*referral*) a un tribunal nacional; mientras que en el actual proceso colombiano, esta opción simplemente no existe porque la JEP tiene competencia exclusiva y preferente sobre los hechos relacionados con el conflicto armado. Esta situación es, entonces, un argumento fuerte para sustentar la necesidad de la figura adicional de la participación determinante para que algunos casos de responsabilidad muy alta, incluso si no llegan a la máxima responsabilidad, no terminen, automáticamente, en la no selección.

Con todo, para evitar que el número de personas que la JEP pueda seleccionar aumente peligrosamente y se acerque, por esta razón, a una investigación caso por caso que podría sobrepasar las capacidades de la jurisdicción y, con ello, denegar derechos de las víctimas y contrariar el deber de investigar, juzgar y sancionar, se debe aclarar, otra vez, que no

23 Apelación a la resolución 2513 del 31 de mayo de 2019, proferida por la Subsala Dual Tercera de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ). Interesado Angulo Osorio. Auto TP-SA 565 de 2020. Parágrafo 29.1.1.2 (julio 15 de 2020). Véase, también, Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-050/20. (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado: Febrero 12 de 2020).

todos los casos de participación determinante merecen ser seleccionados. Tras definir que una persona se ajusta al concepto de participación determinante, es necesaria una decisión sobre si esta debería ser seleccionada. Para esto, se acude a unos criterios complementarios. En otras palabras, para calibrar la selección, el criterio principal de la participación determinante –la contribución efectiva– se debe analizar junto con otros criterios que, sin ser taxativos, siempre se han de tener en cuenta dado que las particularidades del macrocaso que se analiza pueden conducir a la necesidad de seleccionar la persona. Así, contrario a lo que sucede con los máximos responsables, que siempre se *deben* seleccionar, aquellas personas que califiquen dentro de la categoría de participación determinante se *pueden* seleccionar, siempre y cuando se den unos requisitos adicionales que hay que evaluar en conjunto.

En esta dirección apunta el artículo 19 de la Ley 1957/19 que enlista los criterios para la selección de los casos en los que existe participación determinante y que, desde nuestro punto de vista, solo aplica para este concepto y no para el de máximos responsables, porque en el último no hay selección facultativa que requiera de criterios orientadores. No solo se deben tener en cuenta las características de los responsables, sino otros criterios como la *gravedad de los hechos* (N.º 1) su *representatividad para ilustrar el modus operandi* (N.º 2), las *características diferenciales de las víctimas* (N.º 3) y la *disponibilidad probatoria* (N.º 5). De ahí que la participación determinante sea un criterio específico, optativo y no absoluto o necesario para efectos de la selección de los individuos, pero central en relación con la búsqueda de la verdad y la determinación de los hechos y conductas, pues flexibiliza el margen de acción de la JEP y, en particular, de la SRVR, de manera que pueda establecer distintas responsabilidades por las formas diversas que adoptó la violencia.

Si se entiende de este modo, para la selección de individuos que han tenido participación determinante, se acude a un conjunto de criterios y a la evaluación de la contribución, sustancial o efectiva, en la ejecución de un PPVO que define el concepto mismo de la participación determinante, a saber: la gravedad de los hechos; la magnitud de la victimización; la representatividad de los hechos para ilustrar un *modus operandi*²⁴; la

24 En la parte sobre 'Elementos para construir propuestas de selección' nos referiremos al significado del *modus operandi* como elemento definitorio de los patrones de macrocriminalidad.

disponibilidad probatoria; la notoriedad de la victimización; y el conocimiento de la finalidad o de los resultados de la contribución. Además, la participación determinante no solo alude a una dimensión activa, sino también a una pasiva (omisión) que es igualmente indispensable, sustancial o efectiva para que ocurran las graves violaciones a los derechos humanos.

Aun más, la participación determinante, dado su énfasis en lo que efectivamente realizaron o en lo que dejaron de hacer combatientes y terceros civiles, puede tener un mayor grado de importancia en los macrocasos territoriales o en un nivel más delimitado, territorialmente, de los macrocasos nacionales. Esto no excluye que, en estas situaciones, se pueda llegar a identificar máximos responsables²⁵, pero reconoce que la figura de la participación determinante es más fácil de identificar porque se refiere a las características específicas que adquirió la violencia en una unidad de análisis más pequeña y delimitada.

Es legítimo pensar en dos preguntas finales sobre las consecuencias del concepto de participación determinante en relación con aquellos casos que no son seleccionados. Por un lado, ¿qué sucede con aquellos que no son partícipes determinantes? Y por otro, ¿qué sucede con aquellos partícipes determinantes que no son seleccionados? Se trata de dos circunstancias diferentes y clave a la hora de definir la ruta jurídica que corresponde a los comparecientes que no son seleccionados según su rol en los PPVO.

El tratamiento de los comparecientes no seleccionados está orientado a ofrecer beneficios jurídicos condicionados para una maximización de la verdad, la reparación y las garantías de no repetición (Michalowski, 2019)²⁶. Este régimen de condicionalidad de los beneficios jurídicos es aplicado por las salas o secciones de la JEP a través de diferentes mecanismos: a) las amnistías o la libertad condicionada, concedidas por la Sala de Amnistías e Indultos (SAI)²⁷; b) la renuncia a la persecución penal, la libertad transitoria condicionada y anticipada (LTCA), la preclusión de la investigación, la cesación de procedimiento, la extinción de las obligaciones penales, disciplinarias, fiscales y administrativas, o la privación de la

25 Este planteamiento quedó expuesto en la sección 2.1.1.

26 Un análisis más pormenorizado de la definición del tratamiento de los comparecientes no seleccionados o del régimen de condicionalidad será objeto de una futura publicación.

27 Artículos 40, 41, 42, 51, 52, 81-83 L1957/19; Artículo 45 L1820/18.

libertad en unidad militar o policial (PLUM) concedidas por la SDSJ²⁸; o c) la sustitución de la sanción penal por sanciones propias o alternativas, o la revisión de las decisiones sancionatorias en materia penal, disciplinaria fiscal o administrativa por parte de la Sección de Revisión (SR)²⁹.

Aunque todos los comparecientes no seleccionados pueden ser objeto de beneficios condicionados a la satisfacción de los derechos de las víctimas, las condiciones de satisfacción de los derechos de las víctimas para acceder a estos beneficios deben ser diferentes según si se trata de un partícipe determinante o de un compareciente que no tuvo participación determinante.

La distinción y la variabilidad esbozada tiene fundamento constitucional (inciso 1, artículo 1 AL 01/17) e interpretación autorizada de la Corte Constitucional en el sentido de que:

[...] si bien es cierto que el derecho a la justicia se encuentra limitado porque el Estado puede renunciar a la persecución de los delitos que no tienen connotación de crímenes de guerra, de genocidio o de delitos de lesa humanidad y a la persecución de quienes no cumplieron un rol esencial en su realización [...] no es menos cierto que mediante el sistema de condicionalidades se asegura que las renunciadas en términos de justicia tienen como contrapartida una ganancia en términos de reconocimiento de verdad y de reparación a las víctimas³⁰.

2.1.4 Interpretaciones alternativas (descartadas)

Consideramos que nuestra propuesta, que se sustenta en la intención de preservar el efecto útil de las normas que consagran la existencia de dos conceptos distintos (máximo responsable y participación determinante) presenta algunas ventajas frente a varias alternativas que son perfectamente posibles. Por ejemplo, se puede plantear que el concepto de máximo responsable subsume el de participación determinante en el sentido de que el máximo responsable caracteriza al sujeto y la participación determinante la conducta. Así, se trataría de un solo concepto y la SRVR solo podría seleccionar a los máximos responsables que hayan tenido una participación determinante en los crímenes de competencia de la

28 Artículos 32, 43-50, 56, 84, 85 L1957/19; Artículo 48 L1820/18

29 Artículo 32, 97 L1957/19; Artículos 52 y 52A L1820/18.

30 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-674/ de 2017. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez: Noviembre 14 de 2017. Fundamento jurídico 5.5.1.10).

jurisdicción. En otras palabras, la participación determinante calificaría la acción o la conducta de aquel sujeto que tendría que ser seleccionado como máximo responsable. Sin embargo, no optamos por esta salida porque implicaría ignorar el precedente de la Corte Constitucional, expuesto en la Sentencia C-080/18, en el que se aceptan varias situaciones de selección (para máximos responsables y partícipes determinantes).

Seleccionar exclusivamente a máximos responsables puede conducir a la JEP a centrar sus esfuerzos en un grupo reducido de líderes, que podrían coincidir con niveles nacionales o centrales de mando y, en el mejor de los casos, con niveles intermedios o ejecutores notorios. Esto llevaría a dejar por fuera de la selección a personas que, sin hacer parte de dichos niveles de mando, pueden haber contribuido significativamente a las dinámicas distintivas del conflicto armado en las diferentes regiones del país. Con ello se limitaría excesivamente la discrecionalidad de la JEP y de esta manera sería incapaz de dar cuenta de las dinámicas territoriales que adoptó la violencia en el conflicto armado. Esta situación podría tener un impacto negativo en la satisfacción de los derechos a la justicia, la verdad y la reparación de las víctimas del conflicto lo que, a su vez, podría socavar la legitimidad de la JEP. Además, esa propuesta significaría desconocer el objetivo de incluir el concepto de la participación determinante en el Acuerdo de Paz y la normativa que lo implementa, es decir, ampliar la posibilidad de selección más allá del núcleo limitado de los máximos responsables.

Otra alternativa consiste en proponer que el concepto de participación determinante es el único que tendría validez y utilidad en la JEP por ser el que se utiliza en la Ley Estatutaria. Según esta propuesta, solo se podría seleccionar a quienes tuvieran participación determinante en los crímenes más graves y representativos del conflicto armado, así, el concepto del máximo responsable vendría a ser obsoleto. Tampoco optamos por esta alternativa porque creemos que implicaría desconocer, de frente, el marco constitucional que abrió la posibilidad al proceso de paz. En efecto, esta propuesta simplemente ignoraría que el concepto de máximo responsable se introdujo a la Constitución como parte del Marco Jurídico para la Paz y que fue más adelante reiterado por el AL 1/2017. Además, significaría desconocer, sin razones suficientes, el ejemplo aportado por la experiencia internacional en la materia que ha acudido, de diversas formas, al concepto de máximo responsable. Este, desde nuestra perspectiva, es valioso y útil, y contribuye a orientar a la magistratura de la JEP

sin convertirse en una camisa de fuerza que limite su independencia o discrecionalidad.

Además, un énfasis exclusivo en la participación determinante puede llevar a que la discrecionalidad de la JEP se traduzca en la selección de muchas personas. Esto se debe evitar para no caer en un maximalismo punitivo que se aleja de los métodos y de las finalidades de la justicia penal transicional. De ahí que parezca conveniente buscar un balance entre ambos conceptos, antes que centrarse, exclusivamente, en uno de ellos, pues por un lado se podría pecar por defecto, seleccionando un número reducido de máximos responsables y por el otro por exceso, ampliando, indiscriminadamente, la selección a todos los partícipes determinantes.

Por otra parte, reconocer que los conceptos de máximo responsable y de participación determinante son distintos, abre la posibilidad a dos interpretaciones acerca de la relación que deberían guardar entre sí. La primera postura querría ver una relación de grado entre los conceptos, en donde el máximo responsable aplicaría al grado más intenso del mismo acto u omisión y, en una escala descendente, el límite inferior estaría fijado por la participación determinante. En otras palabras, los conceptos marcarían dos extremos entre los que habría múltiples grados hipotéticos posibles cuya selección tendría que ser decidida caso por caso. Nos alejamos de esta interpretación puesto que el ejercicio analítico y abstracto de formular tipos ideales para encajar los diferentes grados es difícil, puede resultar un poco artificioso y, sobre todo, fácilmente podría no responder a la realidad empírica de los macrocasos.

La segunda interpretación propondría una distinción cualitativa radical entre ambos conceptos. Máximo responsable y participación determinante serían dos conceptos totalmente distintos e inarticulados, y su única característica común sería su función instrumental, esto es, como herramientas para concentrar la acción penal del Estado a través de la selección de personas. Desde nuestra perspectiva, esta forma de entender la relación entre los conceptos marca una distancia excesiva entre ambos que poco contribuye al ejercicio de selección y a la función de esclarecimiento de la JEP. La aplicación desarticulada de los conceptos podría conducir a que la develación de la verdad sobre la violencia y sus responsables, en los macrocasos abiertos, se reconstruya de forma fragmentaria y parcial sin buscar una coherencia en la reconstrucción del patrón de violencia y de los distintos responsables.

En este aspecto, nuestra postura es intermedia: se distancia de la separación radical de máximo responsable y de participación determinante, pero la relación de grado que proponemos no equivale a una de género y especie. Desde nuestro punto de vista, ambos conceptos guardan una relación de gradualidad en el sentido de que corresponden a grados distintos de responsabilidad. Por esta razón, cuando se está frente a un caso de máximo responsable, la selección es obligatoria mientras que, cuando se trata de un partícipe determinante, la selección es opcional y la decisión ha de tomarse con base en la evaluación de otros criterios adicionales. Esta perspectiva nos permite, además, proponer que ambos conceptos se utilicen de forma articulada en la investigación de los macrocasos, es decir, se debe apuntar a seleccionar tanto máximos responsables como partícipes determinantes en cuanto a las formas de violencia que hayan ocurrido en el marco del conflicto. Con este fin, se debe tratar de clarificar la relación entre planes y políticas, de un lado, y patrones macrocriminales, del otro.

2.1.5 Conclusiones

Es imposible encontrar un uso definitivo, claro y delimitado de los conceptos de máximo responsable y de participación determinante en los fallos de la Corte Constitucional. Lo único cierto es que antes del Acuerdo Final de Paz (AFP), solo se hablaba de máximo responsable (evidente en los pronunciamientos de la época), mientras que el concepto de participación determinante empieza su recorrido con el AFP y con su implementación normativa.

No es aconsejable entender las sentencias de la Corte Constitucional fuera de dicho contexto histórico-político. Así, si bien es cierto que la Corte parecía reducir todo al concepto de máximo responsable en las sentencias previas al Acuerdo Final de Paz, después de este cambió su jurisprudencia y empezó a introducir y a darle cabida a la categoría de participación determinante. Con este movimiento, la Corte desplazó algunas de las características del máximo responsable hacia la participación determinante, concretamente, la contribución efectiva en conjunto con otros elementos que no se reducen al liderazgo, para así aceptar y darle sentido a la decisión que quedó en el AFP de incluir y enfatizar en la participación determinante. Con ello, además, se amplió la posibilidad de seleccionar casos que no caen en el concepto de máximos responsables.

Por lo tanto, cualquier intento de conciliar ambos conceptos debe partir del reconocimiento de ese hecho histórico que caracteriza el actual

proceso transicional colombiano. En lugar de negar sus consecuencias y de tratar ambos conceptos como sinónimos, es mejor aceptar que la negociación política llevó a la introducción de un concepto nuevo que tendrá que probar su utilidad en los procesos jurídico-penales en un contexto de transición. Especialmente, tendrá que asegurar que el peligro maximalista que entraña el concepto de participación determinante, del que la JEP debe ser muy consciente y precavida, será contenido de forma que la investigación no desemboque en un caso a caso que sería perjudicial para el proceso, para la garantía de los derechos de las víctimas y para el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar.

Con base en las anteriores consideraciones, proponemos la posibilidad de interpretar coherentemente los conceptos de máximo responsable y de participación determinante con fundamento en las sentencias de la Corte Constitucional y en la normativa relevante. La coherencia se consigue si se interpreta que, en primer lugar, los dos términos son autónomos y conducen, con fuerza diferente, a la selección de casos. Sin embargo, dicha autonomía no excluye la posibilidad, bastante probable, de que en la práctica muchos casos de máximos responsables impliquen una participación determinante o, en otras palabras, que un máximo responsable no solamente participe en el diseño o formulación de un PPVO, sino también en su ejecución. Según lo que hemos planteado, se seleccionarán unos individuos de forma necesaria y definitiva (máximo responsable), mientras que otros podrán ser seleccionados al evaluar el impacto de la *contribución* en la ejecución de los PPVO en conjunto con otros criterios adicionales, como la gravedad y la representatividad de los hechos, las características de las víctimas y la disponibilidad probatoria que permita identificar los PPVO (participación determinante).

En segundo lugar, se debe entender que el máximo responsable –que necesariamente debe ser seleccionado– acude al criterio del rol esencial en el diseño o formulación de PPVO o al liderazgo como elementos determinantes, mientras que la participación determinante –cuya selección depende de la existencia concomitante de criterios adicionales de selección– enfatiza en la contribución sustancial o efectiva en la ejecución de un PPVO. No se trata, por supuesto, de elementos absolutos pues, como hemos visto, el énfasis de cada criterio se hace en relación con los PPVO. Si se utilizan el rol esencial en el diseño, formulación o planeación de PPVO y la contribución a su ejecución como variables que permiten establecer el significado de uno y otro concepto, es posible hacer una interpretación de

la ley y de los usos de las denominaciones en la jurisprudencia de la Corte Constitucional más consistente con las finalidades de la justicia transicional, con la seguridad jurídica y con los derechos de las víctimas.

De este modo, cuando la Corte enfatiza en el liderazgo, que puede ser militar pero también social, económico o político, suele referirse al máximo responsable. Además, cualifica el *rol esencial* en términos del diseño, formulación o planeación del plan o política de violencia organizada en contra de la población civil (PPVO). Finalmente, cuando la Corte resalta la *contribución* de la persona en la realización de la conducta (crimen de sistema), se trata de la participación determinante que puede llevar a la selección si concurren otros criterios, como aquellos incluidos en la Ley Estatutaria³¹. Así, dicha contribución, estaría referida a la ejecución de PPVO.

En la tabla 1 presentamos, en síntesis, los principales elementos de nuestra propuesta conceptual.

Antes que limitar la discrecionalidad de la JEP, pensamos que nuestra propuesta conceptual y de armonización debería asistir a magistrados y magistradas al momento de inclinarse por uno u otro concepto en la selección y, por ende, ayudarles a ejercer su poder discrecional de la mejor forma posible y en armonía con los fines del proceso transicional. Con ello, además, esperamos contribuir a los debates internos de la jurisdicción cuyas decisiones y jurisprudencia, en últimas, serán las que moldeen, de forma definitiva, cómo se deban entender los conceptos que acá analizamos.

Finalmente, y en aras de clarificar cualquier ambigüedad que persista en este documento, quisiéramos terminar por dejar en claro lo que *no* planteamos acá en relación con los conceptos de *máximo responsable* y de *participación determinante*. No afirmamos:

- i) que solo pueda haber un número limitado de máximos responsables y que estos solo se configuran por liderazgo militar formal;
- ii) que el concepto solo aplique a quienes ocuparon los más altos cargos de una estructura militar;
- iii) que el concepto esté reservado a quienes hacían parte del mando central de la totalidad de las estructuras de una organización;

31 Artículo 19 L1957/19.

TABLA 1
Síntesis de la propuesta conceptual

Conceptos para la selección en la justicia transicional colombiana	Definición	Terceros	Consecuencias jurídicas
Máximo responsable	El máximo responsable es alguien que tuvo <i>un rol esencial en el diseño, formulación o planeación de los PPVO</i> contra la población civil, o en la <i>dirección o control</i> de una estructura armada (legal o ilegal) que cometió graves crímenes (<i>liderazgo</i>).	Aquel que realice aportes esenciales para la existencia de los grupos armados o de algunas de sus estructuras (bloques, frentes). También quienes participen en la creación de los lineamientos o de las decisiones estratégicas de diseño, formulación o planeación de los PPVO.	Selección necesaria Porque su identificación es indispensable para satisfacer el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar.
Participación determinante	Partícipe determinante es aquel que <i>contribuye sustancial o efectivamente a que una estructura armada ejecute un PPVO o a que se configure un patrón de macrocriminalidad</i> contra la población civil. Puede o no tener algún grado de liderazgo dentro de la misma, pero no el suficiente para modificar el PPVO.	Quien realice aportes significativos para la operación de las estructuras armadas o sin cuyos aportes no habría sido posible que la estructura armada de que se trate ejecutara el PPVO de la forma como lo ejecutó, en la región o área donde operaba y en el periodo investigado.	Selección optativa Luego de una valoración en conjunto con otros criterios de selección: gravedad de los hechos, representatividad para ilustrar el <i>modus operandi</i> , características diferenciales de las víctimas, disponibilidad probatoria.
Los planes o políticas de violencia organizada en contra de la población civil (PPVO) deben entenderse como los lineamientos o decisiones estratégicas de diseño, formulación o planeación, explícitas o tácitas, que orientan el accionar macrocriminal.			

- iv) que máximo responsable solo se pueda aplicar en los macrocasos de alcance nacional, mientras que participación determinante solo aplique a los de alcance territorial;
- v) que participación determinante solo se atribuya a subdivisiones o delimitaciones territoriales de casos nacionales;
- vi) por último, tampoco entendemos el concepto de máximo responsable o el de participación determinante como modos de imputación.

Por el contrario, proponemos que el concepto de máximo responsable puede abarcar distintos tipos de liderazgo, *de jure* o *de facto* (económico, político y social), así como diversos niveles de mando y escalas territoriales o jurisdiccionales. Por consiguiente, podría haber varios *máximos responsables* tanto en los macrocasos nacionales, como en los territoriales. Si bien aceptamos que es más probable que en unidades de análisis más pequeñas el criterio de selección de partícipe determinante sea más importante, con ello no desconocemos la existencia de partícipes determinantes en distintos niveles y escalas organizacionales, ni mucho menos que habrá partícipes determinantes tanto en macrocasos nacionales, como territoriales. Para nosotros, el elemento fundamental que permite elegir entre un criterio de selección u otro está dado por el análisis del tipo de papel que jugó la persona involucrada en relación con los planes o políticas de violencia en contra de la población civil (PPVO).

Consideramos, también, que máximo responsable y partícipe determinante no son en sí mismos modos de imputación. La responsabilidad penal tanto del máximo responsable, como del partícipe determinante puede manifestarse por todos los modos distintos de la imputación. Es decir, la noción de participación determinante no limita este concepto a la imputación por complicidad. Más bien, un partícipe determinante puede ejecutar crímenes dentro del patrón criminal también como autor. Al mismo tiempo, el concepto de máximo responsable no se limita a la imputación por autoría mediata, como el énfasis en los elementos de liderazgo y control podrían llevar a pensar. Máximo responsable también puede ser, por ejemplo, quien, por su contribución a la financiación de la estructura criminal, actúa como cómplice (Michalowski *et al.*, 2018). La importancia de estos conceptos consiste en que permiten elegir (seleccionar) a las personas a quienes se puede imputar con figuras tanto del derecho interno, como del derecho internacional, según como lo autoriza el inciso séptimo del artículo 5 del AL 1/2017. Así, a quienes

se seleccione bajo un concepto u otro, se puede aplicar cualquier modo de imputación por autoría, determinación o complicidad.

Para complementar esta propuesta, en la segunda sección presentamos los elementos que componen los planes o políticas de violencia organizada en contra de la población civil (PPVO) y su importancia en relación con el uso de los conceptos de máximo responsable y de participación determinante para efectos de la selección.

2.2 Elementos para construir propuestas de selección

El principal reto de nuestra propuesta analítica, que presentamos en la primera sección de esta segunda parte, consiste en hacer operativa la distinción entre máximos responsables y partícipes determinantes a la hora de plantear la propuesta de selección. Es decir, mostrar qué elementos son útiles para determinar quiénes deben ser seleccionados, al aplicar el concepto de máximos responsables, y quiénes pueden serlo al tomar en cuenta el de partícipes determinantes, según su rol en relación con los planes o políticas de violencia organizada en contra de la población civil (PPVO). ¿Cuándo podemos decir que estamos ante uno u otro concepto en un macrocaso particular? ¿Cómo determinar el umbral entre uno y otro concepto? ¿Qué elementos deberían tenerse en cuenta para formular una propuesta de selección de personas determinadas? ¿Cómo caracterizar los crímenes graves y representativos de violaciones masivas a los derechos humanos y al tiempo atribuirlos a los máximos responsables o a los partícipes determinantes?

En esta sección, planteamos algunos lineamientos para construir propuestas de selección de máximos responsables y de partícipes determinantes con base en la distinción y los conceptos definidos en la sección anterior. Para ello, exponemos los PPVO como la herramienta analítica clave para distinguir entre máximos responsables y partícipes determinantes según el papel que cumplieron en ellos (2.2.1). Después, presentamos el análisis de los patrones de macrocriminalidad como un elemento que permite describir los crímenes de sistema que serán atribuidos a los responsables respectivos (2.2.2).

Con estos elementos básicos (PPVO y patrones de macrocriminalidad) estimamos que es posible construir una propuesta de selección de forma preliminar en dos decisiones clave de la SRVR: el auto de determinación de hechos y conductas y la resolución de conclusiones. Con todo, dicha propuesta puede hacerse más robusta si se vale tanto del análisis de contextos –para brindar un marco de referencia del accionar

criminal—, como de la identificación de las estructuras o del *dossier* de los grupos armados en los macrocasos para los que dicho estudio sea posible (2.2.3).

2.2.1 Planes o políticas de violencia organizada en contra de la población civil (PPVO)

Los conceptos de máximo responsable y de participación determinante deben ser comprendidos en el marco de la estrategia de investigación macrocriminal que lleva a cabo la JEP. En ese sentido, nuestra definición de los conceptos se basa en la relación de la persona con los planes o políticas de violencia organizada en contra de la población civil (PPVO) que caracterizan el accionar de los grupos armados o las estructuras criminales. Los PPVO permiten comprender el propósito o finalidad del accionar macrocriminal para dar cuenta de las razones por las que se produce y los marcos ideológicos en los que se insertan estos actos criminales complejos. Estos PPVO no siempre son explícitos; de hecho, la mayoría de las veces están ocultos, pero su contenido puede comprenderse a partir del análisis de los patrones de macrocriminalidad y de los contextos del accionar macrocriminal.

Vale la pena indicar que esta es una propuesta conceptual de PPVO simplificada que busca facilitar su uso por la JEP, tanto en aquellos casos en que se presentan de manera explícita, como en los que su presencia es implícita. Basamos nuestra propuesta en los desarrollos normativos y en experiencias institucionales previas en Colombia, pero el objetivo fundamental es que los conceptos respondan a las necesidades de la JEP en razón de los casos ya priorizados. De ahí que el desarrollo y el ensamblaje de los conceptos dependa, en última instancia, de la propia jurisdicción en ejercicio de su autonomía y margen de discrecionalidad, a los que nuestra propuesta busca aportar.

Argumentamos que los planes o políticas de violencia organizada en contra de la población civil (PPVO) se refieren a los lineamientos o decisiones estratégicas de diseño, formulación o planeación, explícitas o tácitas, que orientan el accionar macrocriminal. Esto significa que el orden o la planificación suelen estar presentes en algún grado en los crímenes de sistema perpetrados por las estructuras criminales y que las acciones criminales no pueden comprenderse si se examinan aisladas unas de otras o sin relación con los contextos y con los actores que en ellas intervienen. Así, los PPVO son un elemento heurístico para

identificar tanto a máximos responsables, como a partícipes determinantes según su rol en ellos.

Pese a la complejidad que ello supone, cuando se trata de crímenes internacionales, el concepto de PPVO resulta operativo para interpretar violaciones sistemáticas o generalizadas de los derechos humanos en la medida en que devela la dirección del accionar macrocriminal y permite descifrar el papel de los implicados en la toma de decisiones y al impartir órdenes estratégicas, así como en su ejecución. Con respecto a esto, el análisis de los patrones de macrocriminalidad y el análisis de contexto en los macrocasos resultan importantes. En efecto, estas herramientas permiten determinar el umbral a partir del que se distinguirá entre máximos responsables y partícipes determinantes de conformidad con el rol de las personas en la definición de los lineamientos o decisiones estratégicas de diseño, formulación o planeación del accionar criminal, por un lado; o en la contribución efectiva en la ejecución de PPVO en conjunto con otros criterios no relativos a las características del responsable, sino del crimen grave y representativo o de los sujetos pasivos de este, por otro. Así, es posible formular una propuesta de selección coherente en términos conceptuales y basada en la evidencia disponible.

Propósito o finalidad del accionar macrocriminal

Para efectos de la selección, estimamos que los términos «plan» y «política» cumplen la misma función: comprender el propósito o finalidad del accionar macrocriminal. Si bien solamente la noción de «política» de violencia organizada en contra de la población civil podría sintetizar el significado de este importante elemento que define los crímenes internacionales, y la noción de «plan», por su parte, podría interpretarse como la operacionalización de la política en una estrategia de acción, aquí usamos las dos expresiones (plan y política) como una sola acepción que hace relación al contenido ideológico de los crímenes o, más sencilla y llanamente, al propósito o finalidad del accionar macrocriminal. De hecho, vale la pena considerar que la política puede estar conformada por elementos que no apuntan, necesariamente, a un ataque contra la población civil, pero que sí generan el marco de sentido a partir del cual se pretende justificar. Así, es necesario concretar el contenido criminal de la política. De esta manera, ambas nociones (plan y política) tienen la misma consecuencia en términos de la selección.

Esta comprensión amplia tiene dos implicaciones importantes para el trabajo de la JEP. Por un lado, que los crímenes internacionales exigen cierto grado de concertación o planeación, pero esto no significa que siempre se deba demostrar la existencia de una estructura y de todas sus partes o el seguimiento de una estrategia completa para perpetrarlos para, de ese modo, determinar su propósito o finalidad. Así lo sostiene la oficina del ACNUDH:

La hipótesis en los crímenes del sistema es que generalmente son de una escala tal que exigen cierto grado de organización para ser cometidos. Esto no quiere decir que la fiscalía deba demostrar que todos los actos de genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra hayan sido cometidos por una organización o con arreglo a una estrategia. En la mayoría de los casos, esa organización es el aparato del Estado³².

Por otro lado, pese a que planes y políticas tengan el mismo uso en la selección, en el marco del margen de discrecionalidad de la JEP es posible, aunque no necesario, que se realicen algunas distinciones entre planes y políticas en etapas más avanzadas, como en la imputación. Estas distinciones permitirían comprender los detalles a nivel macro o micro, según la escala en que se investigue cada caso, y ayudarían a la formulación de la imputación individual. Sin embargo, no siempre son necesarias dichas distinciones para atribuir responsabilidad individual, siempre y cuando se conozca el propósito o finalidad del accionar macro-criminal en el sentido amplio en el que lo hemos planteado³³. Por ejemplo,

32 ACNUDH, *op. cit.*, pág. 12. Véase al respecto el enfoque en los máximos responsables que propone la SA de la JEP cuando menciona la insuficiencia de ciertas categorías del derecho penal nacional para comprender los crímenes de sistema, «Con el fin de limitar el alcance de la responsabilidad, esa atribución debe acotarse a aquellas personas que pueden ser consideradas como máximas responsables del patrón». Apelación a la resolución 2513 del 31 de mayo de 2019, proferida por la Subsala Dual Tercera de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ). Interesado Angulo Osorio. Auto TP-SA 565 de 2020. Parágrafo 29.1.3.2 (julio 15 de 2020).

33 La razón que justifica el uso conjunto que le damos a los dos términos (plan y política) radica en que, aunque pueda ser deseable una descripción detallada de todos los elementos de la acción macrocriminal, no es necesario que en la etapa de selección se presenten todos los pormenores, sino que es suficiente que se determine el propósito o finalidad que movilizó el accionar criminal. Por ello, preferimos usar los dos términos

cuando la imputación se realiza tomando como referencia un hecho grave y representativo de un patrón de macrocriminalidad, puede ser necesario ilustrar el plan criminal a través del que se concibió y no solamente precisar la política que orientaba al grupo criminal³⁴. Sin embargo, esta es una opción metodológica que no siempre es necesaria si se conoce el propósito o la finalidad del accionar macrocriminal y si la imputación se realiza sobre la base de los patrones de macrocriminalidad que permiten caracterizar los crímenes de sistema.

Inferencias deductivas e inductivas

Los PPVO pueden presentarse de forma explícita mediante estatutos o declaraciones de intenciones insertadas en marcos ideológicos más amplios que explican el propósito o la finalidad del accionar macrocriminal de los grupos o estructuras criminales. No obstante, los PPVO no siempre se hacen explícitos; pueden estar ocultos en la medida en que benefician o encubren a quienes participan en su diseño o planeación. De ahí se deriva la necesidad de distinguir entre casos cuya identificación parte desde arriba, en tanto haya evidencia *prima facie* sobre la existencia explícita de PPVO, los casos en los que la producción de inferencias se hace de forma deductiva y aquellos en los que la identificación parte desde abajo en tanto los PPVO deben ser inferidos a partir del contenido de las acciones macrocriminales, es decir, el análisis se hace de forma inductiva³⁵.

con la misma consecuencia jurídica para permitir algunas distinciones de nivel macro o meso, según la escala en que se investiguen los planes o políticas de violencia organizada en contra de la población civil (PPVO). Por supuesto, dentro del marco de cada macrocaso puede optarse por distinciones entre los conceptos según las características de los crímenes, pero, en principio, no es necesario para seleccionar *máximos responsables* y *partícipes determinantes*.

- 34** Estimamos que la selección se hace sobre personas, tal y como hemos venido sosteniendo, y no sobre hechos graves y representativos. Lo que aplica para la selección de hechos graves y representativos es la priorización de casos. Este planteamiento no excluye, sin embargo, que se puedan hacer varias rondas de delimitación de hechos dentro de un macrocaso, según sea necesario, por la lógica de la investigación. Véase al respecto las directrices de representatividad objetiva de los casos priorizados Case Matrix Network (2018).
- 35** Véase, a este respecto, la alusión a los métodos deductivo e inductivo de investigación que hace la Fiscalía en el Memorando 33 de 2013. Igualmente, el acápite sobre la Corte Penal Internacional y la identificación de los *máximos responsables* mediante la estrategia *building upwards*. Esto es particularmente relevante en aquellos casos en que los presuntos

Dada la complejidad de los crímenes de sistema, el proceso que permite explicar su comisión en términos de PPVO (en caso de que sean explícitos desde el principio), o inferir los PPVO del contenido de las acciones macrocriminales (en caso de que sean implícitos y no declarados), debe tener en cuenta, primero, la caracterización de dichas acciones macrocriminales como crímenes internacionales y, segundo, el planteamiento de hipótesis que permitan atribuir dichas acciones a los máximos responsables o partícipes determinantes en dicho proceso heurístico. Lo primero requiere del análisis de los patrones de macrocriminalidad. Lo segundo exige la formulación de propuestas de selección que faciliten, posteriormente, la atribución de los crímenes de sistema a los responsables.

En primer lugar, el análisis de patrones de macrocriminalidad permite caracterizar el accionar criminal en términos de crímenes de sistema. Los patrones de macrocriminalidad dan cuenta de una serie de actividades criminales reiteradas en un espacio-tiempo determinados; estas son ejecutadas por un grupo o estructura criminal o, incluso, por una fracción de esta, con un *modus operandi* y unos objetivos que hacen parte de un PPVO (pueden ser comunes a los de otros patrones y se dirigen hacia el mismo propósito o finalidad del PPVO). Esta es una herramienta analítica importante para describir la macrocriminalidad y avanzar en la identificación de los responsables.

En segundo lugar, la formulación de propuestas de selección puede entenderse como aquellas reconstrucciones fácticas y jurídicas que permiten una narración coherente de las acciones macrocriminales de manera que puedan ser atribuidas, individualmente, a los máximos responsables o a los partícipes determinantes. Las propuestas de selección deben sintetizar los patrones de macrocriminalidad así como las inferencias descriptivas o causales que permiten identificar a los responsables de forma preliminar. Como parte de la fundamentación de las propuestas, adicionalmente, puede usarse el análisis de contextos en los que se produce el fenómeno macrocriminal, pues algunos factores del contexto social,

máximos responsables o partícipes determinantes no comparecen ante la justicia y se mantienen en el anonimato y la impunidad. A juicio de Beatriz Cuervo, esto último fue lo que sucedió en el proceso especial de Justicia y Paz en el que los postulados no ostentaban la más alta responsabilidad. De ahí las críticas al uso de los patrones de macrocriminalidad que no estaban orientados a la identificación de los máximos responsables y al escaso esclarecimiento de la manera en que operaron las estructuras criminales y sus redes (Cuervo Criales, 2016).

económico, político, etc., podrían contribuir a la explicación o, incluso, a la descripción de la estructura o del *dossier* del grupo armado en los casos en que ello sea posible.

Con todo, para realizar estas inferencias siempre es necesario describir y caracterizar el accionar macrocriminal en términos de los patrones de macrocriminalidad. Este es el elemento fáctico que ayuda a identificar a los responsables y a realizar atribuciones de responsabilidad, especialmente en aquellos casos en los que los PPVO son implícitos y no declarados.

A continuación, nos detenemos en el análisis de los patrones de macrocriminalidad y su utilidad para determinar el umbral en el que, según el macrocaso en concreto, se debe identificar a los máximos responsables y a los partícipes determinantes. Posteriormente, planteamos cómo formular la propuesta de selección teniendo en cuenta elementos adicionales, como el análisis de contextos y la posibilidad de identificar la estructura o el *dossier* del grupo armado.

2.2.2 Patrones de macrocriminalidad

El análisis de patrones de macrocriminalidad tiene una importancia particular al establecer o inferir los PPVO y, a partir de ahí, avanzar en la identificación de los responsables. En efecto, en la medida en que los PPVO no se presentan de forma explícita en todos los casos, pueden ser inferidos si se tiene en cuenta el contenido del accionar criminal, es decir, su caracterización a partir del análisis de los patrones de macrocriminalidad. Vale la pena resaltar que, cuando hay una formulación explícita de los PPVO, hay menor dificultad para identificar a los máximos responsables y a los partícipes determinantes.

No sucedería lo mismo si los PPVO están implícitos en las acciones y deben inferirse del contenido de estas. Esto por cuanto, en dichos casos, los PPVO se deben establecer de forma inductiva para proceder a, por un lado, identificar el propósito o la finalidad del accionar criminal y, por otro, analizar los patrones de macrocriminalidad. De este modo, se facilita relacionar uno y otro elemento con las personas que responderán a título de máximos responsables o de partícipes determinantes para efectos de atribuirles responsabilidad.

El análisis de patrones de macrocriminalidad es una de las herramientas que permite caracterizar el accionar macrocriminal en términos de crímenes de sistema. Por eso, conviene señalar que patrón de macrocriminalidad no es sinónimo de un tipo de delito, sea que se trate de un delito tipificado

o de un crimen grave o representativo (de sistema), sino que puede agrupar varias conductas en una relación de mayor complejidad. De ahí que el concepto de patrón de macrocriminalidad no sea unívoco y las funciones que cumple en la investigación y en la selección varíen según el caso, tal y como vimos en la primera parte con respecto a los tribunales internacionales.

¿Qué es un patrón de macrocriminalidad? No existe un concepto cerrado y único de patrón de macrocriminalidad ni en el ámbito internacional, ni en el caso colombiano, ni para el análisis de la delincuencia común, ni para el análisis de crímenes internacionales³⁶. En todos los escenarios, tanto el concepto como su funcionalidad, han sido objeto de debate para la investigación criminal. Aún así, en el caso colombiano, hay varios antecedentes normativos que vale la pena mencionar y a partir de los cuales se puede inferir el concepto operativo que planteamos, basado en cuatro elementos mínimos³⁷.

El principal antecedente se encuentra en el proceso de Justicia y Paz a partir del que se observa la trayectoria normativa del concepto de patrones de macrocriminalidad y el aumento de su complejidad y detalle. Para empezar, la Fiscalía ofreció una definición amplia a través de la Directiva 01 de 2012 en el marco de la política de priorización que promovía. Posteriormente, la Ley 1592 de 2012, aunque no dio una definición, hizo mención de los patrones de macrocriminalidad dentro del proceso de Justicia

36 La oficina de ACNUDH denomina «pautas» a lo que aquí llamamos patrones de macrocriminalidad: «Una “pauta” se refiere a un conjunto de episodios que, por su frecuencia, localización y características, implican algún grado de planificación y control centralizado. Las pautas pueden ayudar a demostrar que cierto crimen forma parte de un proceso planificado. Las conclusiones legales que se puedan extraer del uso de pautas en relación con las pruebas dependerán de los hechos propiamente dichos. Aunque no todos los crímenes del sistema se producen con arreglo a pautas de acontecimientos, la investigación de las pautas puede ser decisiva para determinar la responsabilidad de los que han actuado en la sombra. Esta cuestión es particularmente importante en las situaciones donde la responsabilidad puede ser más por omisión que por comisión. Reconstruir pautas puede ayudar a establecer un marco que implica que los que actuaban entre bambalinas sabían o tenían motivos para saber que los acontecimientos se estaban produciendo o tenían probabilidad de producirse y no cumplieron su deber de impedirlos». ACNUDH, *op. cit.*, pág.17. La literatura es más amplia cuando se trata del análisis de patrones de delincuencia común en términos de su proximidad geográfica o del análisis táctico. A este respecto véase, entre otros, Hill y Paynich (2014).

37 No nos detendremos en los debates jurisprudenciales que están bien abordados en el texto de Cardona (2020).

y Paz³⁸. Después, la Fiscalía especificó algunos elementos de los patrones de macrocriminalidad mediante el Memorando 033 de 2013. Al concepto amplio y a los numerosos elementos que componen los patrones de macrocriminalidad, planteados por las regulaciones señaladas, se sumó el intento teorizador de los patrones de violencia política de la academia (Gutiérrez-Sanín y Wood, 2019).

Con todo, estimamos que estos elementos coinciden, en gran medida, con la regulación más amplia del Decreto 3011 de 2013, promulgado con posterioridad a las demás normas. Este recoge las iniciativas normativas que lo precedieron y plantea una lista de características derivadas de las mismas. Por eso, antes que detenernos en el detalle de las diferencias entre una u otra de estas iniciativas (Cardona, 2020), optamos por tomar el Decreto 3011 de 2013 como punto de partida para comprender el concepto de patrones de macrocriminalidad. Asimismo, hacemos una interpretación sistemática de la normatividad que lo antecede y de una propuesta académica para exponer los elementos mínimos que, a nuestro juicio, hacen operativo el concepto para la JEP.

Así, luego de definir el análisis de contexto, y teniendo en cuenta que dicho marco de referencia ofrece algunos factores relevantes de diverso orden para efectos de decantar la priorización en Justicia y Paz³⁹, el Decreto 3011/13 presentó el concepto de patrón de macrocriminalidad en los siguientes términos:

38 La Ley 1592/2012, en su Artículo 10, que modifica el Artículo 15 de la Ley 975/05, realmente no brinda ninguna definición de lo que ha de entenderse por patrón de macrocriminalidad, sino que se limita a decir que: «Dentro del procedimiento que establece la presente ley los servidores públicos dispondrán lo necesario para que se asegure el esclarecimiento de la verdad sobre el patrón de macrocriminalidad en el accionar de los grupos armados organizados al margen de la ley y se pueda develar los contextos, las causas y los motivos del mismo». Pese a ello, de forma explícita alude al despojo y al abandono forzado de tierras como «patrón de macrocriminalidad» (Artículo 11, que modifica el 15A); subordina los criterios de priorización al propósito de «esclarecer» los patrones de macrocriminalidad (Artículo 13, que modifica el 16A); delega a la Unidad de Fiscalías para Justicia y Paz la labor de esclarecer «los patrones y contextos» de criminalidad con base, entre otras, en las versiones libres (Artículo 14, que modifica el 17). A partir de esto, el patrón se usaría en otros momentos de la investigación: imputación (Artículo 18), incidente de reparación (Artículo 23).

39 En la subsección 2.2.3.1 nos referimos al análisis de contextos como herramienta auxiliar para el planteamiento de propuestas de selección dentro de los macrocasos.

[...] el conjunto de actividades criminales, prácticas y modos de actuación criminal que se desarrollan de manera repetida en un determinado territorio y durante un periodo de tiempo determinado, de los cuales se pueden deducir los elementos esenciales de las políticas y planes implementados por el grupo armado organizado al margen de la ley responsable de los mismos. La identificación del patrón de macrocriminalidad permite concentrar los esfuerzos de investigación en los máximos responsables del desarrollo o realización de un plan criminal y contribuye a develar la estructura y *modus operandi* del grupo armado organizado al margen de la ley, así como las relaciones que hicieron posible su operación (D3011/13, Artículo 16, inciso 1)⁴⁰.

El decreto también planteó que el objetivo de identificar los patrones es «[...] buscar el adecuado esclarecimiento de la verdad sobre lo ocurrido en el marco del conflicto armado interno, así como determinar el grado de responsabilidad de los integrantes del grupo armado organizado al margen de la ley y de sus colaboradores» (Artículo 16, inciso 2). Igualmente, estableció una lista no exhaustiva de elementos que permiten la identificación de un patrón de macrocriminalidad⁴¹.

Con base en esta definición, interpretada de forma sistemática con las demás propuestas normativas y académicas, estimamos que, en el marco de la investigación y de la selección, el análisis de patrones de macrocriminalidad cumple varias funciones. En primer lugar, permite caracterizar el accionar criminal y examinar su contenido. Esta función es particularmente relevante en aquellos casos en los que los PPVO son implícitos y deben inferirse de forma inductiva y según las particularidades de cada

40 Con algunas ligeras modificaciones, esta definición se transcribe en el Decreto 1069/2015.

41 El Artículo 17 dice que, «entre otros», el patrón de macrocriminalidad debe contener los siguientes elementos: 1. Delitos más característicos. 2. Identificación y análisis de los fines del grupo armado. 3. Identificación y análisis del *modus operandi*. 4. Identificación de la finalidad ideológica, política o económica de la victimización y, si es posible, una caracterización de la población objetivo. 5. Identificación de mecanismos de financiación. 6. Identificación de una muestra cualitativa de los casos emblemáticos que sirvan para ilustrar el accionar del grupo armado. 7. Descripción cuantitativa de los delitos. 8. Identificación de prácticas de encubrimiento de los delitos y desaparición de evidencia. 9. Identificación de «excesos o extralimitaciones en la comunicación, implementación y ejecución de las órdenes».

macrocaso⁴². Pese a que, según el concepto planteado en el Decreto 3011 de 2013, de los patrones de macrocriminalidad «se pueden deducir los elementos esenciales de las políticas y planes implementados por el grupo armado organizado al margen de la ley responsable de los mismos», estimamos que la inducción también permite ir de los contenidos particulares del patrón de macrocriminalidad a los contenidos generales de los PPVO.

En segundo lugar, el análisis de patrones de macrocriminalidad ayuda a descifrar el rol que cumplieron los implicados en los PPVO, su diseño, formulación, planeación o su ejecución. Esta función es importante incluso cuando se conocen, de antemano, los PPVO para establecer la operación y las relaciones entre los individuos con respecto al accionar macrocriminal, es decir, para fijar el umbral a partir del cual se identificará a máximos responsables y partícipes determinantes en cada caso concreto⁴³.

Cabe mencionar que cada patrón de macrocriminalidad tiene objetivos que hacen parte de los PPVO, que pueden ser comunes a los de otros patrones y que se dirigen hacia el mismo propósito o finalidad del PPVO. Por ejemplo, un patrón de macrocriminalidad puede tener por objetivo producir ilegalmente recursos económicos para la estructura criminal, pero ese objetivo en sí mismo no necesariamente coincide con el propósito o finalidad del accionar criminal en su conjunto, que bien podría ser uno de carácter político, como la toma del poder del Estado. Por supuesto, como parte de los PPVO el objetivo del patrón de macrocriminalidad permite identificar máximos responsables y partícipes determinantes según su rol.

¿Cómo se determina que existe un patrón de macrocriminalidad? Los patrones de macrocriminalidad pueden ser entendidos como el «conjunto de actividades criminales» que caracterizan la comisión distintiva o particular de crímenes de sistema por un grupo o estructura criminal, orientados por objetivos dentro de los PPVO, y que se repiten en un tiempo y espacio determinados. Esta sencilla definición, extraída del análisis

42 Véase en ese sentido el Memorando 033 de la Fiscalía General de la República de Colombia.

43 Para la oficina del ACNUDH: «Mientras que reconstruir los componentes del crimen es fundamental para el enjuiciamiento de los crímenes del sistema, el análisis debe desempeñar un papel central. Si no se da al análisis la importancia que requiere, el proceso probablemente será más costoso, más largo, atenderá a un número menor de víctimas y tendrá menos probabilidades de demostrar la participación de los que actúan entre bastidores». ACNUDH, *op cit.*, pág. 17.

conjunto de los antecedentes normativos reseñados –particularmente del Decreto 3011 de 2013–, permite plantear la existencia de cuatro elementos mínimos y comunes a las formulaciones complejas que existen sobre los patrones de macrocriminalidad:

- a. La *reiteración* de las actividades criminales.
- b. El *modus operandi* mediante el cual se ejecutan los crímenes.
- c. La existencia de un *objetivo* que guía al patrón.
- d. Las afectaciones diferenciadas sobre las víctimas.

Por supuesto, no se trata de reducir arbitrariamente la complejidad del concepto, sino de hacerlo operativo en función de las actividades de investigación, juzgamiento y sanción de la JEP. Por esta razón, dependiendo del macrocaso, de la disponibilidad de otros recursos, como el tiempo o las evidencias, así como del margen de discrecionalidad judicial, los elementos adicionales señalados por el decreto o por las directivas de la Fiscalía –reseñados antes– podrán acreditarse o nutrirse de los modelos discutidos en la academia⁴⁴. No obstante, lo que argumentamos es que, en el marco de una estrategia de investigación coherente, estos cuatro elementos son necesarios y suficientes para hacer una inferencia contextualizada sobre el carácter masivo de las conductas y sus posibles responsables: la propuesta de selección.

Reiteración de las actividades criminales

El primer elemento definitorio de los patrones de macrocriminalidad consiste en la reiteración de las actividades criminales que puede consistir en la comisión de uno o varios delitos. La regularidad con la que se ejecutan las actividades criminales o su repetición, en un contexto determinado, así como algún grado de uniformidad y/o constancia, permiten identificar dichas actividades como un patrón de macrocriminalidad. Sin una reiteración de las conductas no es posible hablar de la conformación de un patrón, pero no basta con que las conductas se repitan, sino que deben responder a algún grado de planeación u organización⁴⁵.

44 Por ejemplo, Gutiérrez y Wood (2019, p. 29) se refieren a la posibilidad de que existan «subpatrones» si se acotan los elementos a un espacio-tiempo más específicos.

45 Para la oficina del ACNUDH: «No es posible decir con certeza cuántos actos concretos deben incluirse en la prueba de una pauta [patrón de macrocriminalidad en nuestros términos] para determinar que existió conocimiento y control. Cuanta más información se tenga sobre planificación y organización, menos se necesitará sobre actos que muestren frecuencia,

En términos de la CPI, por ejemplo, cuando se trata de un ataque contra la población civil, los patrones son definidos en el marco de una línea de conducta (Artículo 7 del Estatuto de Roma). Así, la línea de conducta implica la existencia de algún patrón y este contiene un «carácter sistemático ya que describe una serie o flujo general de eventos en lugar de un mero agregado de actos aleatorios»⁴⁶.

En este elemento mínimo coinciden las definiciones de la Fiscalía, la contenida en el Decreto 3011 de 2013 y la propuesta por la academia. A través del Memorando 033 de 2013, la Fiscalía alude a la reiteración de las conductas que, incluso, se han tenido en cuenta para evaluar la responsabilidad internacional de los Estados tanto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Decreto 3011/13 señala, dentro de los elementos del patrón de macrocriminalidad, «la descripción cuantitativa de los delitos» (Artículo 17). Por su parte, el modelo de Gutiérrez y Wood hace alusión a la «frecuencia» o «tasa de eventos» con que se lleva a cabo una forma de violencia perpetrada por un grupo armado; igualmente, se refieren a un «repertorio» de delitos y no a una sola conducta necesariamente

modus operandi y localización. En última instancia, la ciencia de la investigación consiste en encontrar el equilibrio correcto entre todos los elementos», ACNUDH, *op. cit.*, pág. 17, nota al pie 35. Igualmente, desde el punto de vista del análisis táctico de los patrones de delincuencia común: «Un patrón delictual no se define solo por las estadísticas. La identificación del patrón es más que contar y resumir crímenes similares por sus características o su ubicación. Un patrón no es simplemente una lista o un recuento de todos los delitos dentro de un rango de fechas, tampoco es simplemente un conjunto de incidentes ubicados en un mapa. Un patrón delictual se llega a identificar o reconocer a través de un proceso analítico deductivo, sistemático, que posteriormente es comunicado a las agencias de policía mediante un boletín» (IACA, 2011, p. 3).

- 46** Prosecutor v. Laurent Gbagbo. Case No. ICC-02/11-01/11-656-Red, Decision on the Confirmation of Charges Against Laurent Gbagbo. Parágrafo 209. Traducción propia de: «[...] *systemic aspect as it describes a series or overall flow of events as opposed to a mere aggregate of random acts*». Igual que en las definiciones reseñadas, la CPI estima otros elementos que podrían considerarse a la hora de identificar patrones, por ejemplo, «si los delitos [que] fueron cometidos comparten características comunes (en términos de sus características, naturaleza, objetivos, blancos y presuntos autores), así como también en tiempos y lugares». Traducción propia de «*[if] charged crimes [that] were committed share common features (in terms of their characteristics, nature, aims, targets and alleged perpetrators, as well as times and locations*». *Ibid.*, parágrafo 212.

(2019). En suma, la reiteración de las actividades criminales es un elemento mínimo sin el cual no se puede hablar de la existencia de patrones de macrocriminalidad.

Modus operandi

El segundo elemento definitorio mínimo de los patrones de macrocriminalidad es el *modus operandi*, es decir, la manera de ejecutar los crímenes sobre la víctima, teniendo en cuenta los medios, las técnicas y las herramientas de que se vale el perpetrador. Las técnicas o maneras de ejecutar los crímenes pueden revelar cierta identidad atribuible al grupo o estructura armada. Esto puede ser útil para caracterizar el ejercicio de la violencia, las víctimas contra quienes se dirige o los mensajes que se pretende expresar en contra de ellas. Los rasgos, más o menos regulares, de estas formas de proceder son indicativos de que no se trata de hechos aislados, sino que pueden dirigirse contra grupos específicos de la población civil y los cambios en el tiempo pueden dar cuenta de la manera de operar del grupo o estructura criminal.

Este elemento también es común a las perspectivas anotadas. El Memorando 033 de 2013 de la Fiscalía señala que el *modus operandi* es una forma de actuar de los grupos armados. El Decreto 3011 de 2013 no ofrece una definición particular, pero sí indica que dentro del patrón debe estar la «identificación y análisis del *modus operandi*» (Artículo 17). Por su parte, Gutiérrez y Wood le dan el nombre de «técnicas» a estas formas de proceder del grupo o estructura armada a la hora de perpetrar los crímenes (Gutiérrez-Sanín y Wood, 2019, p. 30). Vale la pena indicar que estas formas de comisión o actuación permiten distinguir a los grupos o estructuras armadas y pueden variar en términos temporales o espaciales lo que permitiría un examen más detallado del contenido de las acciones y sus cambios según el contexto en el que se ejecutan.

Los objetivos de los patrones de macrocriminalidad

Los objetivos de los patrones de macrocriminalidad consisten en los resultados o efectos a que se espera llegar, es decir, lo que el grupo o estructura criminal busca conseguir con su ejecución. Estos objetivos hacen parte de los PPVO, pueden ser comunes a los de otros patrones y tienen el mismo propósito o finalidad de los PPVO. En algunos casos, los objetivos específicos de los patrones permiten comprender el propósito o finalidad del accionar criminal y no solo de uno de los patrones que lo caracterizan.

Por ejemplo, en aquellos casos en los que se cuenta con PPVO explícitos y su adscripción, si no es evidente, es mucho más fácil de establecer. En otros, los objetivos específicos de los patrones solo sirven para explicar el propio patrón y son necesarios elementos adicionales para vincularlos con claridad a los PPVO. Tal podría ser el caso del análisis de los contextos en que se ejecutan. Esto es especialmente relevante en los casos en los que los PPVO son implícitos y se deben empezar a reconstruir a partir de los objetivos comunes identificados en los patrones.

De este modo, en el marco de los PPVO, pueden enlazarse varios patrones de macrocriminalidad al cumplir con objetivos distintos o comunes dentro del accionar criminal, orientado por un propósito o finalidad de carácter más general. A su vez, dentro de un mismo macrocaso pueden coexistir varios PPVO con sus respectivos patrones de macrocriminalidad. Así, el propósito o finalidad, de carácter más general, también puede aglutinarlos. Cuando decimos que los objetivos de los patrones de macrocriminalidad hacen parte de los PPVO, planteamos que, pese a que un objetivo explique el sentido de un conjunto de actividades criminales concretas, se inserta en un propósito o finalidad del accionar criminal más amplio, y así debe ser comprendido para efectos de atribuir responsabilidad. En este sentido, las iniciativas conceptuales precedentes, que se han reseñado, suelen identificar el objetivo del patrón de macrocriminalidad con el propósito o finalidad del accionar criminal de los PPVO que tiene un carácter más general. Esto no necesariamente es desacertado, pero es deseable que, al menos, se evalúen los propósitos y los objetivos como una cuestión de grado en el marco de cada macrocaso y para efectos del esclarecimiento de cada uno de los patrones específicamente.

En efecto, en el Memorando 033 de 2013, la Fiscalía se refiere a motivaciones del grupo. El Decreto 3011/13 menciona que, dentro del patrón, está «la identificación y análisis de los fines del grupo armado», la «identificación de la finalidad ideológica, política o económica de la victimización y, si es posible, una caracterización de la población objetivo» e, incluso, la identificación de «excesos o extralimitaciones en la comunicación, implementación y ejecución de las órdenes» (Artículo 17). Por su parte, la formulación de Gutiérrez y Wood es más amplia e incluye tanto las razones políticas, como las sociales (2019, p. 55). Sin embargo, como hemos indicado, hay una diferencia de grado entre el propósito de un patrón de macrocriminalidad y el propósito del accionar criminal de los PPVO. Por lo tanto, lo que se describe en

las iniciativas conceptuales coincide con lo que hemos denominado el propósito o finalidad del accionar macrocriminal de los PPVO y no con el objetivo de los patrones de macrocriminalidad.

Las afectaciones diferenciadas sobre las víctimas

El último elemento común para identificar con mayor claridad los patrones de macrocriminalidad consiste en establecer las afectaciones diferenciadas sobre las víctimas. Este elemento se refiere a los impactos o daños que se causaron como consecuencia del patrón de macrocriminalidad y brinda la posibilidad de contribuir al esclarecimiento de la verdad judicial sobre los hechos y las conductas⁴⁷. La caracterización de las afectaciones diferenciadas sobre las víctimas es especialmente relevante en aquellos casos en los que no hay un PPVO explícito y es necesario interpretar el contenido del accionar macrocriminal, empezando por los impactos, daños o efectos que produce. Además de ser un elemento de vital importancia para efectos del reconocimiento de la verdad y de la responsabilidad por parte de personas seleccionadas (máximos responsables y partícipes determinantes), es una de las herramientas que permite proyectar, en forma dialógica, las medidas de justicia restaurativa que puedan adoptarse en el marco de la JEP.

El Memorando 033 de la Fiscalía incluye este elemento como una variable del análisis deductivo y, con mayor énfasis, en el inductivo. El Decreto 3011/13 incluye las afectaciones diferenciadas de las víctimas cuando se refiere a la «identificación de la finalidad ideológica, económica o política de la victimización y, en caso de que la hubiere, su relación con características de edad, género, raciales, étnicas o de situación de discapacidad de las víctimas, entre otras» (Artículo 17 N.º 4). Igualmente, Gutiérrez y Wood se refieren a «los grupos sociales contra los cuales se ejecuta regularmente esa forma de violencia» como los «objetivos» de los patrones (Gutiérrez-Sanín y Wood, 2020, p. 30).

47 Cabe señalar que, en los actos de investigación de la JEP, se encuentra el deber de «identificar a las víctimas y las condiciones particulares que les ocasionen afectaciones diferenciadas» (Artículo 11 No. 7 L1922/18). Asimismo, en el marco de las funciones de la SRVR, se contempla: «En la definición de casos graves, conductas o prácticas más representativas cometidas en el marco del conflicto armado contra los pueblos indígenas o sus integrantes, se tendrán en cuenta criterios que permitan evidenciar el impacto diferenciado generado sobre los pueblos y su relación con el riesgo de exterminio físico y cultural» (Artículo 79 Lit. m., L1957/19).

2.2.3 La propuesta de selección

Nuestro planteamiento acota los elementos necesarios de los patrones de macrocriminalidad y brinda mayor claridad sobre los motivos que hay tras varios tipos de acciones criminales a la hora de analizar el fenómeno de macrocriminalidad. Demarcar los patrones de macrocriminalidad a partir de cuatro elementos necesarios y suficientes (la reiteración, el *modus operandi*, los objetivos y las afectaciones diferenciadas sobre las víctimas) reduce la complejidad analítica con que se viene abordando el fenómeno macrocriminal. Esto puede ayudar en la construcción de decisiones más uniformes, que no pierdan de vista elementos esenciales del accionar macrocriminal. Por ejemplo, evita confundir un patrón de macrocriminalidad con el contenido de un delito individual y sus elementos (ya que también se puede configurar por múltiples delitos) o, incluso, con la descripción fáctica y jurídica de cada uno de estos. A continuación, nos detenemos en la propuesta de selección y en las herramientas adicionales que permitirían construirla de forma coherente.

La propuesta de selección consiste en la identificación provisional de los máximos responsables y de los partícipes determinantes, basada en la determinación de los PPVO y su propósito o finalidad, como elemento heurístico, para explicar el accionar macrocriminal. Este proceso, a su vez, se realiza a partir del análisis de los patrones de macrocriminalidad con los elementos mínimos que hemos señalado para caracterizar de manera adecuada los crímenes de sistema. Así, la propuesta de selección plantea el umbral que distingue a máximos responsables de partícipes determinantes y que puede ser presentado tanto en el auto de determinación de hechos y conductas como en la resolución de conclusiones que adopte la SRVR.

El uso de PPVO

La propuesta de selección debe dar cuenta de la forma en que ocurrieron los hechos según la evidencia que se tiene y las razones por las que son atribuibles o se pueden imputar a una persona⁴⁸. Dentro de esta

48 Para la Fiscalía General de la Nación, en el marco de Justicia y Paz, el planteamiento de hipótesis hacía parte de la «fase 3» de su estrategia de investigación: «La tercera fase consiste en el planteamiento de hipótesis para la investigación criminal con base en el contexto formulado. Esta fase debe conducir a la formulación de imputaciones y demás acciones penales contra máximos responsables, identificados con base en su nivel

propuesta, deben esgrimirse elementos de orden fáctico y jurídico que estarían en concordancia con la estrategia de investigación que fue usada y que producen una narración coherente para predicar la (presunta) responsabilidad individual respecto a los crímenes de sistema.

Sostenemos que es deseable plantear propuestas de selección para cada macrocaso tomando en cuenta todos los elementos expuestos en este apartado, esto es, PPVO y patrones de macrocriminalidad⁴⁹. Primero, es preciso identificar y usar los PPVO (explícitos o implícitos) que orientan el accionar criminal como elementos analíticos que ayuden a identificar a máximos responsables y a partícipes determinantes en la etapa de selección.

Segundo, es necesario describir, al menos, los cuatro elementos mínimos que conforman un patrón de macrocriminalidad (reiteración, *modus operandi*, objetivo y afectaciones diferenciadas sobre las víctimas) al señalar la manera en que estos explican que unos PPVO son explícitos o implícitos. Tercero, se debe definir el rol de los presuntos responsables en los PPVO, ya sea en su diseño, formulación, planeación o ejecución para que sea posible atribuir la responsabilidad. Lo anterior significa que, en la propuesta de selección, «La tarea no se limita a describir la ejecución del acto criminal, sino que debe dilucidar el funcionamiento de los elementos de la maquinaria»⁵⁰.

En este sentido, el concepto de PPVO resulta central para interpretar dicho funcionamiento, es decir, los lineamientos o las decisiones estratégicas de diseño, formulación o planeación que orientan la acción macrocriminal. Pese a que se trata de una labor compleja, sostenemos que la propuesta de selección debería enlazar los elementos de orden fáctico con los de orden jurídico a partir de la comprensión de los PPVO. De ese modo, las acciones no serán comprendidas de forma aislada y, además, la manera en que se articulan permitiría determinar el papel de las personas como máximos responsables y partícipes determinantes.

en la estructura de mando de la organización criminal o por haber cometido delitos particularmente notorios» (FGN, 2013, p. 49).

- 49** Nuestro planteamiento general trata de dar coherencia a la investigación de crímenes de sistema en punto a la selección de los responsables de acuerdo con los estándares interamericanos acerca de las líneas lógicas y la debida diligencia en la investigación de crímenes de sistema. Véase, Acosta y Álvarez (2011).
- 50** ACNUDH, *op. cit.*, pág. 13.

Plantear estas distinciones, en el marco de la propuesta de selección, implica realizar inferencias sobre los PPVO teniendo en cuenta los patrones de macrocriminalidad y sus elementos (en especial sus objetivos como parte de los PPVO). Como indicamos antes, esto puede hacerse de forma deductiva o inductiva y la disponibilidad de la evidencia puede facilitar⁵¹. En efecto, según la CPI, «[...] la evidencia relevante para probar el grado de planificación, dirección u organización por parte de un grupo u organización también es relevante para evaluar los vínculos y características comunes entre los actos individuales que demuestran la existencia de una línea de conducta [dentro de la que la CPI enmarca los patrones]»⁵².

Con todo, la construcción de inferencias para identificar a los máximos responsables y los partícipes determinantes no se concentra, exclusivamente, en el análisis de los patrones de macrocriminalidad sino que incluye otros elementos presentes en el marco de la investigación de crímenes de sistema. Aquí, señalamos dos de los más recurrentes, el análisis de contextos y la posibilidad de identificar la estructura o el *dossier* del grupo armado. Sin embargo, su utilidad es variable según el caso al dar argumentos adecuados al planteamiento de la propuesta de selección de los responsables.

Análisis de contextos

El análisis de contextos en la investigación criminal tiene una importancia capital en la caracterización del accionar macrocriminal tanto a escala internacional, como en el caso colombiano. Se trata de una herramienta de investigación con un alcance probatorio variable, pero relevante, en lo que respecta a crímenes internacionales o de sistema en la medida en que contribuye a acreditar los elementos que configuran este tipo de delitos, por ejemplo, su carácter sistemático o generalizado. Aunque el análisis de contextos ha sido usado para coadyuvar en la formulación de juicios de responsabilidad estatal en el ámbito interamericano o de responsabilidad

51 Así, por ejemplo, la oficina del ACNUDH señala: «[...] la investigación de crímenes del sistema se ve facilitada por el hecho de que los órganos oficiales generalmente operan en un marco institucional con líneas directas de mando y de rendición de cuentas. Esa estructura proporciona una base útil para definir líneas de investigación, lo que permite establecer inferencias en cuanto a la autorización de los crímenes cuando no existen pruebas directas». *Ibid.*

52 CPI. Gbagbo Confirmation of Charges Decision. Parágrafo 210. *Op. cit.*

individual por parte de la Corte Penal Internacional⁵³, nos concentraremos en su introducción al escenario colombiano y en su aporte a la determinación de PPVO y a la formulación de la propuesta de selección.

El análisis de contextos en Colombia está relacionado con la formulación de políticas de priorización de casos en la Fiscalía General de la Nación en el proceso especial de Justicia y Paz⁵⁴. El interés inicial radicó en justificar la racionalización de la acción penal a través de la priorización de algunos autores y delitos sin que esto implicara violar el deber de investigar, juzgar y sancionar del Estado, pero considerando la magnitud de los crímenes y la necesidad de acercarse al fenómeno de la macrocriminalidad⁵⁵.

En este escenario, la definición legal de «contexto» –comprendido como marco de referencia del accionar criminal– y los actores que participan en su construcción, estuvo mediada por algunos cambios institucionales a partir de 2012. Vale la pena mencionar dos antecedentes importantes: por un lado, la creación de la Unidad de Análisis y Contextos en la Fiscalía General de la Nación con el mandato de «enfrentar principalmente fenómenos de delincuencia organizada, mediante el uso de herramientas de análisis criminal y creación de contextos, con el objetivo de articular la información aislada que actualmente se encuentra en las unidades de la Fiscalía»⁵⁶. Por otro lado, la consagración legal de la priorización y del análisis de contextos en el proceso especial de Justicia y Paz (L1592/12, Artículo 5), incluso si no se contaba con su definición detallada⁵⁷.

53 A este respecto véanse, entre otros, Ansolabehere et al. (2017) y Paúl (2020). De hecho, el análisis de contextos es una herramienta interdisciplinaria usada, incluso, en el ámbito de áreas distintas al derecho penal, véase, por ejemplo, León (2016).

54 En este sentido, seguimos a Cardona (2020). Para ampliar estos antecedentes, véase, igualmente, Torres (2018).

55 Fiscalía General de la Nación. Dirección Nacional de Análisis y Contextos. Memorando No. 003 (febrero 24, 2015).

56 Fiscalía General de la Nación. Resolución 1810, Artículo 1 (octubre 4, 2012). Véase, Martínez (2014).

57 Cardona (2020) señala que, desde el año 2006, la Fiscalía ya contaba con algunas directivas que ordenaban la elaboración de *dossiers* que permitían caracterizar las estructuras armadas (memorandos 08 de 2006 y 31 de 2008) y, desde 2011, ya se estaba pensando en reorientar la investigación de crímenes de sistema (FGN y GIZ, 2011).

Desde el punto de vista conceptual, el contexto fue definido como un marco de referencia del accionar criminal, tanto por la Fiscalía (Directiva 01 de 2012) como por el presidente de la República a través de un decreto reglamentario (D3011/13). La Fiscalía definió el contexto como un «[m]arco de referencia contentivo de aspectos esenciales acerca de elementos de orden geográfico, político, histórico, económico y social, en el cual se han perpetrado delitos por parte de grupos criminales», mientras que el Decreto estableció que el contexto «es el *marco de referencia* para la investigación y juzgamiento de los delitos perpetrados en el marco del conflicto armado interno, en el cual se deben tener en cuenta aspectos de orden geográfico, político, económico, histórico, social y cultural» (Artículo 15). En ambos textos normativos, se incluye, además, la identificación de «la estrategia de la organización delictiva» (Directiva 1 de 2012) y del «aparato criminal» (Artículo D3011/13), aunque no se definen estos elementos en detalle.

Por otra parte, ante el uso que se empezó a dar al análisis de contextos en Justicia y Paz, la Corte Suprema de Justicia precisó que el contexto, como parte de la verdad judicial, podría ser construido tanto por la Fiscalía como por la Magistratura⁵⁸. En ese sentido, es claro que el análisis de contextos constituye una herramienta para interpretar el fenómeno de la macrocriminalidad y para construir la verdad judicial, pues permite dotar a la investigación de un *marco de referencia* en el que resaltan algunos factores de diverso orden, dependiendo del carácter de los delitos.

Aunque el análisis de contextos no es suficiente por sí mismo para identificar a los máximos responsables o a los partícipes determinantes, contribuye a la caracterización general de las condiciones en las que se producen los crímenes en términos de factores de orden social, cultural, económico, político y geográfico, entre otros. Esta primera aproximación no es concluyente, pero ofrece indicios sobre los PPVO y el propósito o finalidad del accionar criminal⁵⁹. A partir de ahí, es posible contar

58 A este respecto, Cardona (2020) señala las siguientes decisiones en las que se adopta esta postura: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia Rad. No. 45463. (M.P. José Luis Barceló: Noviembre 25 de 2015) y Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia Rad. No. 43005. (M.P. María del Rosario González: Julio 24 de 2014).

59 Según la política de priorización de la Fiscalía, «En el marco de la investigación criminal en contexto, el *análisis* es un proceso que consiste en el estudio sistemático e interdisciplinario de todos los factores o elementos (sociodemográficos, especiales, temporales, entre otros) involucrados en

con elementos iniciales para el proceso de identificación de máximos responsables y de partícipes determinantes.

La estructura o dossier del grupo armado

La estructura o *dossier* del grupo armado es un elemento deseable, pero no necesario, a la hora de identificar a máximos responsables y a partícipes determinantes⁶⁰. La razón es sencilla: los conceptos de máximo responsable y de partícipe determinante no se basan, exclusivamente, en las relaciones jerárquicas (*de iure* o *de facto*) en un grupo o estructura criminal. Como explicamos en la segunda parte de este trabajo, los límites entre tales conceptos dependen de la relación de las personas presuntamente responsables con los PPVO. En ese sentido, basta con caracterizar dicha relación para poder atribuir algún tipo de responsabilidad y fijar el umbral para distinguir a los máximos responsables de los partícipes determinantes, sin que sea necesario dar cuenta de toda la estructura o del *dossier* del grupo armado.

Por supuesto, cuando estos se pueden determinar, se cuenta con más elementos para identificar a algunos de los responsables⁶¹. En efecto, al tratarse de grupos armados, es probable que haya jerarquías visibles entre sus integrantes que responden a criterios castrenses y, así, es más fácil plantear hipótesis sobre el liderazgo militar y sobre el nivel de responsabilidad. Sin embargo, como hemos indicado tanto en la parte internacional, como en la relativa a la distinción entre los conceptos de máximos responsables y de partícipes determinantes, esto no necesariamente aplica a otros tipos de liderazgo –no militares–, como los de carácter civil o

un hecho delictivo [añadiríamos: o un acto criminal complejo, como los crímenes internacionales], que afectan la convivencia social e interesan a la investigación penal», Directiva 2 de 2015, p. 43.

- 60** En el marco del proceso especial de Justicia y Paz, el Decreto 3011 de 2013 daba un mayor peso a la estructura como uno de los elementos que, necesariamente, debía presentar el fiscal para formular cargos (Artículo 24 Lit. 2). Como indicamos, este elemento es deseable, pero no necesario en todos los casos.
- 61** Para efectos de determinar la estructura, es adecuado el análisis de los patrones y de los contextos. De hecho, como indicó la Fiscalía en su informe de rendición de cuentas, esto puede ser objeto de un análisis interdisciplinar (como el análisis de redes) que: «permite la descripción de organizaciones criminales de diferente orden en las cuales las estructuras piramidales propias de ejércitos puedan ser reemplazadas por las estructuras más horizontales y funcionales» (FGN, 2013, p. 47).

político, entre los que pueden hallarse terceros civiles que, no obstante, desempeñan un papel esencial en los PPVO. Por otra parte, incluso ante la existencia de estructuras jerárquicas o castrenses, no es posible asumir, sin más, que los más altos rangos tienen, necesariamente, la más alta responsabilidad, pues el énfasis está en el rol (que puede darse también por omisión) con respecto a los PPVO y no solamente en la posición de liderazgo.

A esto se suman el carácter explícito o implícito de los PPVO y la falta de correspondencia con la visibilidad de las estructuras criminales. Así como pueden darse casos en los que las estructuras son visibles y los PPVO no son explícitos, también son posibles los casos en los que, pese a encontrar PPVO explícitos, la estructura del grupo no es visible. En todo caso, insistimos en lo planteado por la oficina de la ACNUDH: no es necesario demostrar, en todos los crímenes de sistema, que hay una estructura criminal o una estrategia completa, pero esto podría ser deseable en aquellos casos en los que se cuente con la evidencia suficiente. Además, habría que considerar el tipo de crimen de sistema.

2.2.4 Conclusiones

Planteamos que los conceptos de máximo responsable y de partícipe determinante se definen en función de su rol en los planes o políticas de violencia organizada en contra de la población civil (PPVO). Estos PPVO hacen alusión a los lineamientos o decisiones estratégicas de diseño, formulación o planeación, explícitos o tácitos, que orientan el accionar macrocriminal. La función de estos PPVO consiste en comprender el propósito o la finalidad del accionar macrocriminal para poder atribuir responsabilidad a las personas presuntamente responsables.

Cuando los PPVO son explícitos, suele ser más sencillo hacer inferencias para distinguir a los máximos responsables de los partícipes determinantes. No obstante, cuando son implícitos, deben extraerse del examen del contenido del accionar criminal. En ambos casos, es necesario el análisis de los patrones de macrocriminalidad para caracterizar los crímenes de sistema.

Los patrones de macrocriminalidad son un conjunto de actividades criminales que caracterizan la comisión distintiva o particular de crímenes de sistema por parte de un grupo o estructura criminal. Dichos crímenes están orientados por objetivos dentro de los PPVO y se repiten en un tiempo y espacio determinados. Sostenemos que es suficiente describir cuatro elementos de los patrones de macrocriminalidad –la reiteración de

las conductas, el *modus operandi*, el objetivo y las afectaciones diferenciadas sobre las víctimas— para efectos de llegar a deducciones que conduzcan a la selección de máximos responsables y de partícipes determinantes.

De hecho, entre las funciones del análisis de patrones de macrocriminalidad están la de caracterizar el accionar macrocriminal, la de examinar su contenido en términos de crimen de sistema y la de descifrar el papel que cumplieron las personas implicadas en los PPVO, en cuanto a su diseño, formulación, planeación o ejecución. De esta manera, sostenemos que los objetivos de los patrones de macrocriminalidad hacen parte de los PPVO, sean explícitos o implícitos, y aportan elementos para identificar máximos responsables y partícipes determinantes. Esto a pesar de que, al ser particulares, dichos objetivos del patrón no coinciden, necesariamente, con el propósito o finalidad más amplio o general del accionar criminal, sino que expresen *prima facie* solo razones del patrón en específico. En otras palabras, la descripción de los patrones de macrocriminalidad lleva a determinar a los máximos responsables (quienes urdieron los objetivos del patrón) tanto como a los partícipes determinantes (aquellos que contribuyeron a la ejecución del patrón).

Con los elementos anteriores (PPVO y patrones de macrocriminalidad) argumentamos que es posible plantear propuestas de selección. Estas constituyen inferencias razonables, basadas en el rol en los PPVO y a partir del análisis de los patrones de macrocriminalidad, que permiten identificar a los máximos responsables y a los partícipes determinantes. La función de la propuesta de selección consiste en plantear el umbral que distingue a máximos responsables de partícipes determinantes tanto en el auto de determinación de hechos y conductas como en la resolución de conclusiones y, para ello puede, adicionalmente, valerse del análisis de contextos y de la identificación de estructuras o del *dossier* de los grupos armados, según el macrocaso.

Por último, estimamos que la distinción entre los conceptos de máximo responsable y de participación determinante se materializaría en niveles distintos de responsabilidad penal, evidentes a la hora de imponer sanciones que deberían verse en la propuesta de selección. En ella, además de presentarse un relato coherente, se describe el papel que jugó la persona como argumento para atribuirle responsabilidad. Esto permitiría a la JEP responder al reto que implica analizar casos de personas que han participado, de diversas formas y con distintos grados de intensidad, en la

comisión de los hechos más graves y representativos dentro del conflicto armado.

En la tabla 2 presentamos los principales elementos descritos en esta sección para formular propuestas de selección.

TABLA 2
Elementos para plantear propuestas de selección

Elementos	Características	Funciones
PPVO	Lineamientos o decisiones estratégicas de diseño, formulación o planeación, explícitas o tácitas, que guían el accionar macrocriminal.	Comprender el propósito o la finalidad del accionar macrocriminal para justificar inferencias que permitan atribuir responsabilidad a las personas según su rol e identificar a máximos responsables o a partícipes determinantes.
Patrones de macrocriminalidad	Conjunto de actividades criminales que caracterizan la comisión distintiva o particular de crímenes de sistema por un grupo o estructura criminal, orientados por objetivos <i>dentro de los PPVO</i> y que se repiten en un tiempo y espacio determinados con afectaciones diferenciadas sobre las víctimas.	Caracterizar el accionar macrocriminal y examinar su contenido; y descifrar el rol que cumplieron las personas implicadas en los PPVO, su diseño, formulación, planeación o su ejecución. Los objetivos de los patrones de macrocriminalidad hacen parte de los PPVO.
Propuesta de selección	Inferencias que permiten identificar a los máximos responsables y a los partícipes determinantes, basadas en su rol en los PPVO y a partir del análisis de los patrones de macrocriminalidad. Puede también fundamentarse en el análisis de contextos y en la identificación de estructuras o del dossier de los grupos armados, según el macrocaso.	Plantea el umbral que distingue a máximos responsables y a partícipes determinantes tanto en el auto de determinación de hechos y conductas, como en la resolución de conclusiones.

CONCLUSIONES GENERALES

En este documento, hemos realizado una propuesta conceptual y metodológica para que los magistrados y magistradas de la JEP concentren la acción penal y seleccionen a personas con base en los conceptos de máximo responsable y de participación determinante. Hemos hecho un esfuerzo interpretativo, situado contextualmente, al tener en cuenta las características del proceso transicional colombiano, al integrar al análisis los cambios normativos y constitucionales que enfatizaban un concepto u otro y al tratar de develar las razones histórico-políticas para ello conforme a un elemento crucial: el proceso de negociación entre el Gobierno Nacional y la antigua guerrilla de las FARC-EP, y la posterior firma del Acuerdo Final de Paz.

Nos apoyamos, en parte, en la jurisprudencia internacional, no solo para aprender de la experiencia comparada, sino para extraer algunos elementos que contribuyeran a nuestra delimitación conceptual. De la descripción de algunas de estas experiencias internacionales, inferimos dos elementos analíticos importantes, pero que no se aplican de forma consistente en todos los casos: el liderazgo y la participación. El liderazgo, que incluye rangos intermedios y liderazgos civiles y políticos, fue el elemento más recurrente al seleccionar individuos en el ámbito de las experiencias internacionales revisadas. La participación, por su lado, se entendió como la contribución significativa en la comisión de los delitos, aunque hubo discusión sobre cómo determinarla.

Los principales elementos extraídos de la experiencia internacional, en especial la manera de entender el liderazgo y el acento en el ejercicio activo de la autoridad, aspectos recogidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, nos llevaron a definir los *máximos responsables* como aquellos que tuvieron un rol esencial, entendido como el liderazgo en una

estructura o la participación en el diseño o formulación de un PPVO. El contexto histórico-político de las negociaciones y el AFP, así como las sentencias de la Corte Constitucional y la normativa vigente, en especial la Ley Estatutaria de la JEP (L1957/19), nos llevaron a definir la *participación determinante* como la contribución efectiva para la materialización o ejecución de una PPVO.

Un argumento que nos llevó a abogar por la conveniencia de distinguir ente ambos conceptos se sostiene en el análisis sobre la experiencia internacional. En efecto, algunos tribunales internacionales se concentraron en unos pocos máximos responsables. El ICTR y el ICTY fueron instados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, a partir de 2004, a concentrar el ejercicio de la acción penal en los máximos responsables, pero contaban con la posibilidad de remitir los casos no seleccionados a tribunales nacionales. Una opción similar no existe en el caso colombiano, pues la JEP tiene competencia exclusiva y preferente sobre todos los hechos relacionados con el conflicto armado. Además, la Jurisdicción Especial para la Paz cuenta con alternativas más específicas, orientadas al cierre del conflicto armado: seleccionar a los individuos para efectos de aplicar las sanciones u ofrecerles otros beneficios penales (como la renuncia a la persecución penal) a condición de que cumplan con aportes o contribuciones a la verdad, la reparación y las garantías de no repetición.

Desde nuestro punto de vista, la interpretación que proponemos – una entre las varias posibles – tiene mayor coherencia, fuerza y utilidad práctica que otras alternativas. El principal efecto útil de la distinción consiste en administrar, razonablemente, el margen de discrecionalidad judicial para decidir a quiénes se selecciona y a quiénes no, con el objetivo de concentrar el ejercicio de la acción penal. Esto no riñe con el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario. Al contrario, contribuye en esclarecer verdad y responsabilidad frente al fenómeno de la macrocriminalidad. Sin embargo, esto – que, creemos, es la mayor ventaja de nuestra propuesta – entraña un riesgo: los conceptos, en particular el de participación determinante, abren una posibilidad interpretativa y una discrecionalidad que los magistrados de la JEP deben utilizar con rigor y cautela para no caer en un maximalismo que desborde las capacidades de la jurisdicción.

Ahora bien, el contenido de nuestra propuesta implica comprender los elementos que están en juego a la hora de hacer la distinción de cara

a un macrocaso particular. Así, en la segunda sección de la segunda parte del documento, nos detuvimos en estos elementos de orden interpretativo y empírico.

El primero de ellos, quizás el más importante en tanto lo usamos, además, como criterio para distinguir entre máximo responsable y partícipe determinante, equivale a los planes o políticas de violencia organizada contra la población civil (PPVO), entendidos como lineamientos o decisiones estratégicas de diseño, formulación o planeación, explícitos o tácitos, que guían el accionar macrocriminal. Con este concepto apuntamos a la necesidad de comprender el propósito o la finalidad del accionar macrocriminal, que puede ser explícito o tácito y que requiere de un ejercicio deductivo o inductivo para su reconstrucción.

El segundo elemento está conformado por los patrones macrocriminales que definimos como un conjunto de actividades criminales que, juntas, conforman la comisión distintiva de crímenes de sistema por un grupo o una estructura criminal. Proponemos, además, que son cuatro los elementos necesarios y suficientes para identificar y caracterizar un patrón: a) la *reiteración* de las actividades criminales; b) el *modus operandi* mediante el cual se ejecutan los crímenes; c) la existencia de un *objetivo* que guía al patrón; y d) las afectaciones diferenciadas sobre las víctimas.

El tercer y último elemento necesario consiste en las propuestas de selección que entendemos como inferencias que permiten identificar a los máximos responsables y a los partícipes determinantes. Dichas inferencias deben basarse en el rol que las personas hayan tenido en los PPVO y a partir del análisis de los patrones de macrocriminalidad, pero también pueden apoyarse en el análisis de contextos y en la determinación de la estructura o del *dossier* del grupo armado.

Hemos formulado estas propuestas en diálogo interno con las necesidades expresadas por diferentes funcionarios y funcionarias de la jurisdicción, en especial en relación con las características diversas de los macrocasos abiertos hasta junio de 2020. Esperamos contribuir a un debate en el que, sin lugar a dudas, magistrados y magistradas de la jurisdicción tendrán la última palabra, pues serán ellos quienes, a través de sus decisiones, definan cómo ha de realizarse la selección, con base en qué conceptos y con qué efectos jurídicos en el marco del componente judicial del Sistema Integral, con el fin de materializar el principio de la centralidad de las víctimas y de la justicia restaurativa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros y artículos

- Acosta, J. y Álvarez, L. (2011). Las líneas lógicas de investigación: una contribución del Sistema Interamericano de Derechos Humanos al juzgamiento de los crímenes de sistema en marcos de justicia transicional. *International Law Review (Colombia)*, 18, 57-88.
- Angermaier, C. (2010). Case selection and prioritization criteria in the work of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. En M. Bergsmo (Ed.), *Criteria for prioritizing and selecting core international crime cases* (pp. 27-43). FICHL.
- Ansolahehere, K. et al. (2017). *Manual de análisis de contexto para casos de violaciones de derechos humanos*. FLACSO-IBAHRI.
- Bergsmo, M., y Saffón, M. P. (2011). Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales nucleares? En K. Ambos (Coord.), *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado* (pp. 23-112). GIZ.
- Bermúdez Liévano, A. (2019). *Los debates de La Habana. Una mirada desde adentro*. Instituto para las Transiciones Integrales (IFIT). <https://www.ifit-transitions.org/resources/publications/major-publications-briefings/the-colombian-peace-talks-practical-lessons-for-negotiators-worldwide/los-debates-de-la-habana.pdf/view>
- Brammertz, S. (2010). The interaction between International and National Criminal Jurisdictions: Developments at the ICTY. En M. Bergsmo (Ed.), *Criteria for prioritizing and selecting core international crime cases* (pp. 243-254). FICHL.
- Caine, P. (2009). The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia: Planners and instigators or foot soldiers? *International Journal of Police Science and Management*, 11(3), 345-357.
- Cardona, J. P. (2020). *Priorización, contextos y patrones de macrocriminalidad: estrategia de investigación en el marco de la justicia transicional en Colombia* [manuscrito no publicado].
- Case Matrix Network. (2018) *Mapeo, selección y priorización de casos de crímenes relacionados con el conflicto armado y las atrocidades*. Centre for International Law Research and Policy. <http://www.legal-tools.org/doc/f183ff/>
- Cuervo Criales, B. (2016) *Macrocriminalidad y política de priorización en el marco de la justicia transicional* [tesis de doctorado, Universitat de Barcelo-

na]. http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/108272/1/BdPCC_TESIS.pdf

- De Greiff, P. (2012) Theorizing transitional justice. En M. Williams, R. Nagy and J. Elster (Eds.), *Transitional Justice* (pp. 31-77). New York University Press.
- Fiscalía CPI. (2014). *Informe sobre las actividades de examen preliminar de 2014 (situaciones de Honduras y Colombia)*. <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp-hon-col-2014.pdf>
- Fiscalía General de la Nación. Unidad de Análisis y Contextos. (2013). *Innovación en la investigación penal. Informe de rendición de cuentas 2012-2013*. FGN.
- Fiscalía General de la Nación y Agencia Alemana de Cooperación Internacional (GIZ). (2011). *Guía de procedimientos de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz*. GIZ.
- Forer, A. y López Díaz, C. (2011). Selección y priorización de casos como estrategia de investigación y persecución penal en la justicia transicional en Colombia. En K. Ambos (Coord.), *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado* (pp. 229-253). GIZ.
- Gobierno Nacional de Colombia-FARC-EP. (2016). *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Fotos2016/12.11_1.2_016nuevoacuerdofinal.pdf
- Gutiérrez-Sanín, F. y Wood, E. J. (2019). Cómo debemos entender el concepto de «patrón de violencia política»: repertorio, objetivo, frecuencia y técnica. *Revista Estudios Sociojurídicos*, 22(1), 13-65.
- Hill, B. y Paynich, R. (2014) *Fundamentals of crime mapping*. Jones & Barlett Learning.
- International Association of Crime Analysis (IACA). (2011). *Definiciones de patrón del crimen para análisis táctico. Comité de Estándares, Métodos y Tecnología (SMT). Libro Blanco*. IACA.
- León, F. (2016). *La prueba social y de contexto en el proceso de restitución de tierras, Ley 1448 de 2011*. URT.
- Martínez, D. (2014). *Manual de análisis contextual para la investigación penal en la Dirección Nacional de Análisis y Contextos (DINAC)*. ICTJ.
- Michalowski, S. et al. (2019). *Guía de orientación jurídica. Terceros civiles ante la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)*. Dejusticia. <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2020/03/TercerosJEP-Web-Mar9.pdf>

- Michalowski, S. *et al.* (2018). *Entre coacción y colaboración. Verdad judicial, actores económicos y conflicto armado en Colombia*. Dejusticia. <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2018/08/Entre-coaccion-y-colaboración-PDF-para-WEB-agosto-16.pdf>
- Michalowski, S. (2012). No complicity liability for funding gross human rights violations? *Berkeley Journal of International Law*, 30, 451-524.
- Obote-Odora, A. (2012) Transfer of cases from the International Criminal Tribunal for Rwanda to domestic jurisdictions. *African Journal of Legal Studies*, 5.
- Obote-Odora, A. (2010) Case selection and prioritization criteria at the International Criminal Tribunal for Rwanda. En M. Bergsmo (Ed.), *Criteria for prioritizing and selecting core international crime cases* (pp. 45-67). FICHL.
- Paúl, A. (2020). El relato de los contextos hisitóricos, sociales y políticos en las sentencias de la Corte Interamericana. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 13, 1-28
- Saffón, M. P. (2010). Problematic selection and lack of clear prioritization: The Colombian experience. En M. Bergsmo (Ed.), *Criteria for prioritizing and selecting core international crime cases* (pp. 127-142). FICHL
- Skander Galand, A., Hunter, E., Ilia, U. y Bekou, O. (2016). *Directrices de Derecho Penal Internacional: responsabilidad de los jefes militares*. Centre for international Law Research and Policy. <https://www.legal-tools.org/doc/7d980f/pdf>
- Tolbert, D. y Kontic. A. (2008). The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia: Transitional justice, the transfer of cases to National Courts, and lessons for the ICC. En C. Stahn y G. Sluiter (Eds.), *The emerging practice of the ICC* (pp. 135-162). Brill.
- Torres, A. (2018). *La importancia de implementar la investigación penal en contexto para los crímenes de lesa humanidad perpetrados en Colombia* [tesis de maestría en Derecho Penal, Universidad Santo Tomás].
- Uprimny Yepes, R., Sánchez, L. M. y Sánchez, N. C. (2014). *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia.

Fuentes normativas y jurisprudenciales

- ACNUDH. *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Iniciativas de enjuiciamiento*. HR/PUB/06/4. (2006).
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1957 de 2019. Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz. Junio 6 de 2019. DO. N.º 50976.

- Congreso de la República de Colombia. Acto Legislativo 01 de 2017. Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones. Abril 4 de 2017. DO. N.º 50196.
- Congreso de la República de Colombia. Acto Legislativo 01 de 2016. Por medio del cual se establecen elementos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Julio 5 de 2016. DO. 49927.
- Congreso de la República de Colombia. Acto Legislativo 01/12. Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos en el marco del Artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Julio 31 de 2012. DO. 48508.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1592 de 2012. Por medio de la cual se introducen modificaciones a 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» y se dictan otras disposiciones. Diciembre 3 de 2012. DO. 48633.
- Congreso de la República de Colombia. 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. Julio 25 de 2005. DO. 45980.
- CPI. Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Case No. 01/05-01/08 A, Appeals Chamber (junio 8, 2018).
- CPI. Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Case No. 01/05-01/08, Trial Judgement (marzo 21, 2016).
- CPI. Prosecutor v. Germain Katanga. Case No. 01/01-04/07, Trial Judgement (marzo 7, 2014).
- CPI. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Case No. 01/01-04/06, Trial Judgement (marzo 14, 2012).
- CPI. Prosecutor v. Laurent Gbagbo. Case No. ICC-02/11-01/11-656-Red, Decision on the Confirmation of Charges Against Laurent Gbagbo.
- CPI. Situation in the Democratic Republic of Congo. Judgment on the Prosecutor's Appeal Against the Decision of Pre-Trial Chamber I Entitled Deci-

- sion on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest. Article 58, ICC 01/04-169-US-Exp (julio 13, 2006).
- CPI. Estatuto de la Corte Penal Internacional. 1998.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-050/20. (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado: Febrero 12 de 2020).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-080 de 2018. (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo: Agosto 15 de 2018).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-674 de 2017. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez: Noviembre 14 de 2017).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-579 de 2013. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: Agosto 28 de 2013).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rads. 32.672 y 35.954 (Caso Salvador Arana Sus). (Decisión de mayo 13, 2020).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia Rad. No. 45463. (M.P. José Luis Barceló; Noviembre 25, 2015).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia Rad. No. 43005. (M.P. María del Rosario González; Julio 24, 2014).
- ECCC. Order Dismissing the Case Against Ao An. Case No. D359 (agosto 16, 2018).
- ECCC. Closing Order (Indictment) (agosto 16, 2018).
- ECCC. Closing Order. Case No. D267 (noviembre 28, 2018).
- ECCC. Order Dismissing the Case Against Meas Muth. Case No. D266 (noviembre 28, 2018).
- ECCC. Im Chaem, Closing Order (Reasons). Case No. D308/3 (julio 10, 2017).
- ECCC. Office of the Co-Investigating Judges. Decision on Personal Jurisdiction and Investigative Policy Regarding Suspect, D49 (mayo 2, 2012).
- ECCC. Kaing Guek Eav alias «Duch». Case No, 001/18-07-2007/ECCC/TC, Trial Judgement (julio, 26, 2010).
- Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia. Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers in the courts of Cambodia for the prosecution of crimes committed during the period of Democratic Kampuchea, with inclusion of amendments as promulgated (NS/RKM/1004/006) (October the 27th 2004).
- Fiscalía General de la Nación. Memorando No. 33 de 2013.
- Fiscalía General de la Nación. Dirección Nacional de Análisis y Contextos. Memorando No. 003 (febrero 24, 2015).
- Fiscalía General de la Nación. Directiva No. 2 de 2015.
- Fiscalía General de la Nación. Resolución 1810 de 2012 (octubre 4, 2012).

- ICTR. Prosecutor v. Ryandikayo. Case No. ICTR-95-1E-R11bis, Decision on the Prosecutor's Request for Referral of the Case to the Republic of Rwanda (junio 20, 2012).
- ICTR. Prosecutor vs. Munyakazi. Case No. ICTR-97-36-R11bis, Decision on the Prosecutor's Request for Referral of the Case to the Republic of Rwanda (mayo 28, 2008).
- ICTR. Prosecutor v. Simon Bikindi. Case No. ICTR-01-72-T, Trial Judgement (diciembre 2, 2008).
- ICTR. Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza and Hassan Ngeze, Case No. ICTR-99-52 T, Trial Judgement (diciembre 3, 2003).
- ICTR. Prosecutor v. Alfred Musema. Case No. ICTR-9613, Trial Judgment (enero 27, 2000).
- ICTR. Prosecutor v. Alfred Musema. Appeal Judgement (noviembre 16, 2001).
- ICTR. Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu. Case No. ICTR-96-4-T, Trial Judgement (septiembre 2, 1998).
- ICTR. Rule 11bis of Procedure and Evidence. Adoptada el 29 de junio de 1995.
- ICTY. Referral of the Indictment to Another Court. Adoptada el 12 de noviembre de 1997, reformada el 30 de septiembre de 2002 (julio 8, 2015).
- ICTY. Prosecutor v. Rasim Delić. Case No. IT-04-83-T, Trial Judgement (septiembre 15, 2008).
- ICTY. Prosecutor v. Milan Lukić and Sredoje Lukić. Appeals Chamber. Decision on Milan Lukić's Appeal Regarding Referral (julio 11, 2007).
- ICTY. Prosecutor v. Rasim Delić. Referral Bench. Decision on Motion for Referral of the Case Pursuant to Rule 11bis (julio 9, 2007).
- ICTY. Prosecutor v. Vladimir Kovačević. Referral Bench. Decision on the Referral of the Case Pursuant to Rule 11bis with Confidential and Partly *Ex Parte* Annexes (noviembre 17, 2006).
- ICTY. Prosecutor v. Mitar Rašević and Sado Todović. Appeals Chamber. Decision on Savo Todović's Appeals Against Decisions on Referral Under Rule 11 bis (septiembre 4, 2006).
- ICTY. Prosecutor v. Vlademir Kovačević. Referral Bench. Decision on Referral of Case Pursuant Rule 11 bis with Confidential and Partly *Ex Parte* Annexes (noviembre 17, 2006).
- ICTY. Prosecutor v. Pasko Ljubicic. Referral Bench. Decision to Refer the Case to Bosnia and Herzegovina Pursuant to Rule 11 bis (abril 12, 2006).
- ICTY. Prosecutor v. Radovan Stankovic. Referral Bench. Decision on Referral of Case Under Rule 11 bis (mayo 15, 2005).

- ICTY. Prosecutor v. Mitar Rasevic and Savo Todovic. Referral Bench. Decision on Referral of Case Under Rule 11 bis with Confidential Annexes I and II (julio 8, 2005).
- ICTY. Prosecutor v. Gojko Jankovic. Appeals Chamber. Decision on Rule 11bis Referral (noviembre 15, 2005).
- ICTY. Prosecutor v. Rahim Ademi and Mirko Norac. Referral Bench. Decision for Referral to the Authorities of the Republic of Croatia Pursuant to Rule 11bis (septiembre 14, 2005).
- ICTY. Prosecutor v. Gojko Janković. Referral Bench. Decision on Referral of Case Under Rule 11 bis with Confidential Annex (julio 22, 2005).
- ICTY. Prosecutor v. Zeljko Mejakic *et al.* Referral Bench. With Confidential Annex Decision on Prosecutor's Motion for Referral of Case Pursuant to Rule 11 bis (julio 20, 2005).
- ICTY. Prosecutor v. Dragomir Milošević. Referral Bench. Decision on Referral of Case Pursuant to Rule 11 bis (julio 8, 2005).
- ICTY. Prosecuttor vs. Kunarac, Kovac and Vukovic. Judgement (febrero 22, 2001).
- ICTY. Prosecutor v. Milošević, Dragomir. Case No. IT-98-29/1, Trial Judgement.
- ICTY. Prosecutor v. Milan Lukić and Sredoje Lukić. Case No. IT-98-32/1-T, Trial Judgement.
- ICTY. Prosecutor v. Anto Furundzija. Case No. IT-95-17/1-T, Trial Judgement (diciembre 10, 1998).
- ICTY. Prosecutor v. Anto Furundzija. Case No. IT-95-17/1-T, Trial Judgement (diciembre 10, 1998).
- ICTY. Prosecutor v. Duško Tadić. Case No. IT-94-1-T, Trial Judgement (mayo 7, 1997).
- ICTY. Referral Bench. Janković, Mejakić *et al.*, Kovačević, Rasevic *et al.*, Ljubivic, Stankovic.
- JEP. Apelación a la resolución 2513 del 31 de mayo de 2019, proferida por la Subsalta Dual Tercera de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ). Interesado Angulo Osorio. Auto TP-SA 565 de 2020 (julio 15 de 2020).
- JEP-SRVR. Criterios y metodología de priorización de casos y situaciones (junio 28, 2018). <https://www.jep.gov.co/Documents/CriteriosYMetodologiaDePriorizacion.pdf>
- JEP-SRVR. Retención ilegal de personas por parte de las FARC-EP. Caso 001, Auto SRVR 002 (julio 4, 2018).
- JEP-SRVR. Situación en los municipios de Ricaurte, Tumaco y Barbacoas del departamento de Nariño. Caso 002, Auto SRVR 004 (julio 10, 2018).

- JEP-SRVR. Muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado. Caso 003, Auto SRVR 005 (julio 17, 2018).
- JEP-SRVR. Situación territorial de la región de Urabá. Caso 004, Auto SRVR 040, (septiembre 11, 2018, en los municipios de Turbo, Apartadó, Carepa, Chigorodó, Mutatá y Dabeiba en el departamento de Antioquia, y El Carmen del Darién, Riosucio, Unguía y Acandía en el departamento del Chocó).
- JEP-SRVR. Situación territorial en la región del Norte del Cauca y del sur del Valle del Cauca. Caso 005, Auto SRVR 078 (noviembre 8, 2018, en los municipios de Santander de Quilichao, Suárez, Buenos Aires, Morales, Caloto, Corinto, Toribío y Caldonó; adicionado por el Auto SRVR 032/19, marzo 12, 2019, en los municipios de Jambaló, Miranda, Padilla, Puerto Tejada, Florida, Pradera, Palmira, Jamundí y Candelaria).
- JEP-SRVR. Victimización de integrantes de la Unión Patriótica (UP). Caso 006, Auto SRVR 027 (febrero 26, 2019).
- JEP-SRVR. Reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado. Caso 007, Auto SRVR 029 (marzo 1, 2019).
- Naciones Unidas. Consejo de Seguridad. Resolución 1534, S. Doc. S/RES/1534. (Marzo 26, 2004).
- ONU. *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, Pablo de Greiff. A/HRC/27/56. (Agosto 27, 2014).
- Organic Law No. 08/1996 of 1996 on the Organization of Prosecutions for Offenses constituting the Crime of Genocide or Crimes Against Humanity committed since 1 October 1990.
- OTP. *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*. (Septiembre 15, 2016).
- OTP. *Strategic Plan 2016-2018*. (Noviembre 16, 2015).
- SCSL. Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor. Case No. 03-01-A, Appeals Judgment (septiembre 26, 2013).
- SCSL. Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa. Case No. 04-14-T, Trial Chamber. Judgment (agosto 2, 2007).
- SCSL. Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa. Case No. 04-14-T, Trial Chamber. Judgment on the Sentencing of Moinina Fofana and Allieu Kondewa (octubre 9, 2007).
- SCSL. Case No. 04-14-PT, Decision on the Preliminary Defense Motion of Lack of Personal Jurisdiction Filed on Behalf of Accused Fofana (marzo 3, 2004).

U.N. Annex (Report of the Group of Experts for Cambodia established pursuant to General Assembly Resolution 52/135). Doc. A/53/850-S/1999/231. (Febrero 18, 1999).

• DOCUMENTOS 1

ETNORREPARACIONES. La justicia colectiva étnica y la reparación a pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia

Publicación digital e impresa

César Rodríguez Garavito, Yukyan Lam

2011

• DOCUMENTOS 2

LA CONSULTA PREVIA: DILEMAS Y SOLUCIONES. Lecciones del proceso de construcción del decreto de reparación y restitución de tierras para pueblos indígenas en Colombia

Publicación digital e impresa

César Rodríguez Garavito, Natalia Orduz Salinas

2012

• DOCUMENTOS 3

LA ADICCIÓN PUNITIVA. La desproporción de leyes de drogas en América Latina

Publicación digital e impresa

Rodrigo Uprimny, Diana Esther Guzmán, Jorge Parra Norato

2012

• DOCUMENTOS 4

ORDEN PÚBLICO Y PERFILES RACIALES. Experiencias de afrocolombianos con la policía en Cali

Publicación digital e impresa

Yukyan Lam, Camilo Ávila

2013

• DOCUMENTOS 5

INSTITUCIONES Y NARCOTRÁFICO. La geografía judicial de los delitos de drogas en Colombia

Publicación digital

Mauricio García Villegas, Jose Rafael Espinosa Restrepo,

Felipe Jiménez Ángel

2013

• DOCUMENTOS 6

ENTRE ESTEREOTIPOS: Trayectorias laborales de mujeres y hombres en Colombia

Publicación digital

Diana Esther Guzmán, Annika Dalén

2013

• DOCUMENTOS 7

LA DISCRIMINACIÓN RACIAL EN EL TRABAJO. Un estudio experimental en Bogotá

Publicación digital e impresa

César Rodríguez Garavito, Juan Camilo Cárdenas C.,

Juan David Oviedo M., Sebastián Villamizar S.

2013

• DOCUMENTOS 8

LA REGULACIÓN DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO EN COLOMBIA

Publicación digital

Annika Dalén, Diana Esther Guzmán, Paola Molano
2013

• DOCUMENTOS 9

ACOSO LABORAL

Publicación digital

Diana Guzmán, Annika Dalén
2013

• DOCUMENTOS 10

ACCESO A LA JUSTICIA. Mujeres, conflicto armado y justicia

Publicación digital

Diana Esther Guzmán Rodríguez, Sylvia Prieto Dávila
2013

• DOCUMENTOS 11

LA IMPLEMENTACIÓN DE LA DESPENALIZACIÓN PARCIAL DEL ABORTO

Publicación digital e impresa

Annika Dalén
2013

• DOCUMENTOS 12

RESTITUCIÓN DE TIERRAS Y ENFOQUE DE GÉNERO

Publicación digital e impresa

Diana Esther Guzmán, Nina Chaparro
2013

• DOCUMENTOS 13

RAZA Y VIVIENDA EN COLOMBIA. La segregación residencial y las condiciones de vida en las ciudades

Publicación digital e impresa

María José Álvarez Rivadulla, César Rodríguez Garavito, Sebastián Villamizar Santamaría, Natalia Duarte
2013

• DOCUMENTOS 14

PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE LAS MUJERES Y PARTIDOS. Posibilidades a partir de la reforma política de 2011.

Publicación digital

Diana Esther Guzmán Rodríguez, Sylvia Prieto Dávila
2013

• DOCUMENTOS 15

BANCADA DE MUJERES DEL CONGRESO. Una historia por contar

Publicación digital

Sylvia Cristina Prieto Dávila, Diana Guzmán Rodríguez
2013

• DOCUMENTOS 16

OBLIGACIONES CRUZADAS. Políticas de drogas y derechos humanos

Publicación digital

Diana Guzmán, Jorge Parra, Rodrigo Uprimny
2013

• DOCUMENTOS 17

GUÍA PARA IMPLEMENTAR DECISIONES SOBRE DERECHOS SOCIALES.

Estrategias para los jueces, funcionarios y activistas

Publicación digital e impresa

César Rodríguez Garavito, Celeste Kauffman
2014

• DOCUMENTOS 18

VIGILANCIA DE LAS COMUNICACIONES EN COLOMBIA.

El abismo entre la capacidad tecnológica y los controles legales

Publicación digital e impresa

Carlos Cortés Castillo
2014

• DOCUMENTOS 19

NO INTERRUMPIR EL DERECHO.

Facultades de la Superintendencia Nacional de Salud en materia de IVE

Publicación digital

Nina Chaparro González, Annika Dalén
2015

• DOCUMENTOS 20

DATOS PERSONALES EN INFORMACIÓN PÚBLICA.

Oscuridad en lo privado y luz en lo público

Publicación digital e impresa

Vivian Newman
2015

• DOCUMENTOS 21

REQUISAS, ¿A DISCRECIÓN?

Una tensión entre seguridad e intimidad

Publicación digital e impresa

Sebastián Lalinde Ordóñez
2015

• DOCUMENTOS 22

FORMACIÓN EN VIOLENCIA SEXUAL EN EL CONFLICTO

ARMADO. Una propuesta metodológica para funcionarios

Publicación digital

Silvia Rojas Castro, Annika Dalén
2015

• DOCUMENTOS 23

CASAS DE JUSTICIA:

una buena idea mal administrada

Publicación digital

Equipo de investigación: Mauricio García Villegas,
Jose Rafael Espinosa Restrepo, Sebastián Lalinde Ordóñez,
Lina Arroyave Velásquez, Carolina Villadiego Burbano
2015

• DOCUMENTOS 24

LOS REMEDIOS QUE DA EL DERECHO.

El papel del juez constitucional cuando la interrupción del embarazo no se garantiza

Publicación digital

Diana Esther Guzmán, Nina Chaparro González
2015

• DOCUMENTOS 25

EL EJERCICIO DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO EN EL MARCO DEL CONFLICTO ARMADO

Publicación digital

Margarita Martínez Osorio, Annika Dalén,
Diana Esther Guzmán, Nina Chaparro González
2015

• DOCUMENTOS 26

CUIDADOS PALIATIVOS.

Abordaje de la atención en salud desde un enfoque de derechos humanos

Publicación digital e impresa

Isabel Pereira Arana
2016

• DOCUMENTOS 27

SARAYAKU ANTE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.

Justicia para el pueblo del Medio Día y su selva viviente

Publicación digital e impresa

Mario Melo Cevallos
2016

• DOCUMENTOS 28 IDEAS PARA CONSTRUIR LA PAZ

LOS TERRITORIOS DE LA PAZ.

La construcción del estado local en Colombia

Publicación digital e impresa

Mauricio García Villegas, Nicolás Torres Echeverry,
Javier Revelo Rebolledo, Jose R. Espinosa Restrepo,
Natalia Duarte Mayorga
2016

• DOCUMENTOS 29 IDEAS PARA CONSTRUIR LA PAZ

NEGOCIANDO DESDE LOS MÁRGENES.

La participación política de las mujeres en los procesos de paz en Colombia (1982-2016)

Publicación digital e impresa

Nina Chaparro González, Margarita Martínez Osorio
2016

• DOCUMENTOS 30 IDEAS PARA CONSTRUIR LA PAZ

LA PAZ AMBIENTAL.

Retos y propuestas para el posacuerdo

Publicación digital e impresa

César Rodríguez Garavito, Diana Rodríguez Franco,
Helena Durán Crane
2016

• DOCUMENTOS 31 IDEAS PARA CONSTRUIR LA PAZ

**ACCESO A LOS ARCHIVOS DE INTELIGENCIA
Y CONTRAINTELIGENCIA EN EL MARCO DEL POSACUERDO**

Publicación digital e impresa

Ana María Ramírez Mourraille, María Paula Ángel Arango,
Mauricio Albarracín Caballero, Rodrigo Uprimny Yepes,
Vivian Newman Pont
2017

• DOCUMENTOS 32

JUSTICIA TRANSICIONAL Y ACCIÓN SIN DAÑO.

Una reflexión desde el proceso de restitución de tierras

Publicación digital e impresa

Aura Patricia Bolívar Jaime, Olga del Pilar Vásquez Cruz
2017

• DOCUMENTOS 33

SIN REGLAS NI CONTROLES.

***Regulación de la publicidad de alimentos y bebidas
dirigida a menores de edad***

Publicación digital e impresa

Diana Guarnizo Peralta
2017

• DOCUMENTOS 34

ACADEMIA Y CIUDADANÍA.

Profesores universitarios cumpliendo y violando normas

Publicación digital e impresa

Mauricio García Villegas, Nicolás Torres Echeverry,
Andrea Ramírez Pisco, Juan Camilo Cárdenas Campo
2017

• DOCUMENTOS 35 IDEAS PARA CONSTRUIR LA PAZ

ESTRATEGIAS PARA UNA REFORMA RURAL TRANSICIONAL

Publicación digital e impresa

Nelson Camilo Sánchez León

2017

• DOCUMENTOS 36 IDEAS PARA CONSTRUIR LA PAZ

SISTEMA DE JUSTICIA TERRITORIAL PARA LA PAZ

Publicación digital e impresa

Carolina Villadiego Burbano, Sebastián Lalinde Ordóñez

2017

• DOCUMENTOS 37

DELITOS DE DROGAS Y SOBREDOSIS CARCELARIA EN COLOMBIA

Publicación digital e impresa

Rodrigo Uprimny Yepes, Sergio Chaparro Hernández,
Luis Felipe Cruz Olivera

2017

• DOCUMENTOS 38 IDEAS PARA CONSTRUIR LA PAZ

COCA, INSTITUCIONES Y DESARROLLO.

Los retos de los municipios productores en el posacuerdo

Publicación digital e impresa

Sergio Chaparro Hernández, Luis Felipe Cruz Olivera

2017

• DOCUMENTOS 39 IDEAS PARA CONSTRUIR LA PAZ

RESTITUCIÓN DE TIERRAS, POLÍTICA DE VIVIENDA Y PROYECTOS PRODUCTIVOS.

Ideas para el posacuerdo

Publicación digital e impresa

Aura Patricia Bolívar Jaime, Angie Paola Botero Giraldo,
Laura Gabriela Gutiérrez Baquero

2017

• DOCUMENTOS 40

CÁRCEL O MUERTE.

El secreto profesional como garantía fundamental en casos de aborto

Publicación digital

Ana Jimena Bautista Revelo, Anna Joseph, Margarita Martínez Osorio

2017

• DOCUMENTOS 41

SOBREDOSIS CARCELARIA Y POLÍTICA DE DROGAS EN AMÉRICA LATINA

Publicación digital e impresa

Sergio Chaparro Hernández, Catalina Pérez Correa

2017

• DOCUMENTOS 42

SOBREPESO Y CONTRAPESOS.

La autorregulación de la industria no es suficiente para proteger a los menores de edad

Publicación digital e impresa

Valentina Rozo Rangel

2017

• DOCUMENTOS 43

VÍCTIMAS Y PRENSA DESPUÉS DE LA GUERRA.

Tensiones entre intimidad, verdad histórica y libertad de expresión

Publicación digital e impresa

Vivian Newman Pont, María Paula Ángel Arango,

María Ximena Dávila Contreras

2018

• DOCUMENTOS 44

LO QUE NO DEBE SER CONTADO.

Tensiones entre el derecho a la intimidad y el acceso a la información en casos de interrupción voluntaria del embarazo

Publicación digital

Nina Chaparro González, Diana Esther Guzmán,

Silvia Rojas Castro

2018

• DOCUMENTOS 45

POSCONFLICTO Y VIOLENCIA SEXUAL.

La garantía de la interrupción voluntaria del embarazo en los municipios priorizados para la paz

Publicación digital

Ana Jimena Bautista Revelo, Blanca Capacho Niño,

Margarita Martínez Osorio

2018

• DOCUMENTOS 46

UN CAMINO TRUNCADO. Los derechos sexuales y reproductivos en Montes de María

Publicación digital e impresa

María Ximena Dávila, Margarita Martínez, Nina Chaparro

2019

• DOCUMENTOS 47

ETIQUETAS SIN DERECHOS. Etiquetado de productos comestibles: un análisis desde los derechos humanos

Publicación digital e impresa

Diana Guarnizo, Ana María Narváez

2019

• DOCUMENTOS 48

RENDICIÓN DE CUENTAS DE GOOGLE Y OTROS NEGOCIOS EN COLOMBIA.

La protección de datos personales en la era digital

Publicación digital e impresa

Vivian Newman Pont, María Paula Ángel Arango
2019

• DOCUMENTOS 49

ELOGIO A LA BULLA. Protesta y democracia en Colombia

Publicación digital e impresa

Sebastián Lalinde Ordóñez
2019

• DOCUMENTOS 50

LOS TERCEROS COMPLEJOS. La competencia limitada de la Jurisdicción Especial para la Paz

Publicación digital e impresa

Sabine Michalowski, Alejandro Jiménez Ospina,
Hobeth Martínez Carrillo, Daniel Marín López
2019

• DOCUMENTOS 51

DIME DÓNDE ESTUDIAS Y TE DIRÉ QUÉ COMES.

Oferta y publicidad en tiendas escolares de Bogotá

Publicación digital e impresa

Valentina Roza Ángel
2019

• DOCUMENTOS 52

LOS CAMINOS DE DOLOR.

Acceso a cuidados paliativos y tratamiento por consumo de heroína en Colombia

Publicación digital e impresa

Isabel Pereira, Lucía Ramírez
2019

• DOCUMENTOS 53

LOS SEGUNDOS OCUPANTES EN EL PROCESO DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS.

Reto a la reparación con vocación transformadora

Publicación digital e impresa

Hobeth Martínez Carrillo
2019

• DOCUMENTOS 54

CANNABIS EN LATINOAMÉRICA.

La ola verde y los retos hacia la regulación

Publicación digital e impresa

Alejandro Corda, Ernesto Cortés, Diego Piñol Arriagada
2019

• DOCUMENTOS 55

ACCESO, PROMOCIÓN Y PERMANENCIA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES EN EL SISTEMA EDUCATIVO COLOMBIANO.

Avances, retos y recomendaciones

Publicación digital e impresa
Silvia Ruiz Mancera, Lucía Ramírez Bolívar,
Valentina Rozo Ángel
2020

• DOCUMENTOS 56

ENTRE LA BATA Y LA TOGA.

El rol de los tribunales de ética médica en la garantía de los derechos sexuales y reproductivos

Publicación digital e impresa
María Ximena Dávila, Nina Chaparro
2020

• DOCUMENTOS 57

LA IMAGINACIÓN MORAL EN EL TRÁNSITO HACIA LA PAZ.

Experiencias regionales de convivencia pacífica en Montes de María

Publicación digital
Ivonne Elena Díaz García
2020

• DOCUMENTOS 58

FESTÍN DE DATOS.

Empresas y datos personales en América Latina

Publicación digital e impresa
Coordinadores académicos: Vivian Newman Pont,
Juan Carlos Upegui, Daniel Ospina-Celis
2020

• DOCUMENTOS 59

CATASTRO PARA LA PAZ.

Tensiones, problemas, posibilidades

Publicación digital e impresa
Felipe León, Juana Dávila
2020

• DOCUMENTOS 60

¿RESTITUCIÓN DE PAPEL?

Notas sobre el cumplimiento del posfallo

Publicación digital e impresa
Cheryl Morris Rada, Ana Jimena Bautista Revelo,
Juana Dávila Sáenz
2020

El deber estatal de investigar, juzgar y sancionar

graves violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario enfrenta importantes retos en contextos de justicia transicional. La priorización de algunos casos y la selección de los más serios responsables no riñe con el cumplimiento de dicho deber estatal, siempre y cuando el Estado preserve la posibilidad de imponer una sanción efectiva.

Las reformas que elevaron a rango constitucional parte del Acuerdo Final de Paz (AFP) facultaron a la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) para priorizar algunos casos y concentrar el ejercicio de la acción penal en los *máximos responsables* de los crímenes más graves y representativos. Por su lado, la Ley Estatutaria de la JEP (L1957/19) indicó que la *participación determinante* constituye un criterio de selección de los responsables que pueden ser llevados ante el Tribunal. Sin embargo, el contenido de los conceptos y la manera en que deberían ser aplicados por la JEP quedaron indeterminados.

Con el objetivo de aportar en esta discusión, después de un análisis de la experiencia de algunos tribunales penales internacionales, este libro plantea una distinción entre los conceptos de *máximo responsable* y *participación determinante*. Su consecuencia práctica es que mientras el máximo responsable siempre debe ser seleccionado por su rol en el diseño, formulación y planeación de los planes o políticas de violencia organizada (PPVO), el partícipe determinante contribuye sustancial y efectivamente para que estos PPVO se ejecuten y su selección es optativa.

Más que dar respuestas unívocas, esta propuesta busca contribuir al debate y ofrecer herramientas analíticas para orientar el trabajo de la JEP. En particular, apunta a asistir a la Jurisdicción en su labor de esclarecimiento de la verdad y la responsabilidad y en la protección de los derechos de las víctimas del conflicto armado colombiano.

978-958-5597-42-6



9 789585 597426