

# ETJN

ESSEX TRANSITIONAL  
JUSTICE NETWORK

## **Máximos responsables y sanciones inferiores a 5 años**

**Recomendaciones preliminares sobre la Sentencia TP-SA 230/21**

**Sabine Michalowski  
Michael Cruz Rodríguez**

Documento de trabajo número 2  
3 de junio de 2021

## **Máximos responsables y sanciones inferiores a 5 años**

Recomendaciones preliminares sobre la Sentencia TP-SA 230/21

### **Resumen**

La sentencia 230 de 2021 es la primera decisión de la Sección de Apelación que aborda el concepto de máximo responsable y la aplicación de sanciones inferiores a 5 años a quienes no hayan tenido participación determinante en los crímenes de sistema. La decisión describe dos modalidades de máximo responsable relacionadas con el rol esencial, las cuales a primera vista se diferencian de manera clara porque la primera enfatiza en el liderazgo *de iure* o *de facto* y la segunda en la participación determinante. Sin embargo, un examen más cercano evidencia que en ambas debe existir participación determinante y no se ve con nitidez cuál es el significado de este concepto y cómo distinguir claramente en cada caso la participación determinante por liderazgo de la participación determinante por participación. Por su parte, la decisión plantea una selección discrecional de personas que no sean máximos responsables, esto es, de quienes no hayan tenido una participación determinante.

El presente documento analiza estos dos temas en las primeras dos partes y, en la última parte, propone algunas recomendaciones que deberían considerarse. El lector puede optar por la lectura del análisis o abordar directamente las recomendaciones cortas y concisas de la última parte.

### **Autores**

Sabine Michalowski, co-directora de la Essex Transitional Justice Network, profesora en la School of Law, University of Essex [smichal@essex.ac.uk](mailto:smichal@essex.ac.uk)

Michael Cruz Rodríguez, investigador sénior en la School of Law, University of Essex [mcruzro@unal.edu.co](mailto:mcruzro@unal.edu.co)

## **Agradecimientos**

Los autores agradecen los rigurosos comentarios del investigador Hobeth Martínez Carrillo.

Este documento ha sido posible gracias a los Proyectos *Legitimacy, accountability, victims' participation and reparation in transitional justice settings - lessons from and for Colombia*, financiado por el AHRC–GCRF Urgency Grant, y *Conditionalities in the Colombian Special Jurisdiction for Peace* financiado por ESCR-IAA Impact Fund del Reino Unido, investigadora principal Sabine Michalowski.

## Contenido

<b>1</b>	<b><i>Análisis de los conceptos de máximo responsable y participación determinante.....</i></b>	<b>4</b>
1.1	Liderazgo .....	6
1.2	Participación.....	7
1.3	La necesidad de precisar los conceptos.....	9
<b>2</b>	<b><i>Análisis de las sanciones inferiores a 5 años .....</i></b>	<b>12</b>
<b>3</b>	<b><i>Recomendaciones.....</i></b>	<b>16</b>
3.1	Sobre el concepto de máximo responsable .....	16
3.2	Sobre las sanciones inferiores a 5 años.....	17
<b>4</b>	<b><i>Referencias.....</i></b>	<b>19</b>

## 1 Análisis de los conceptos de máximo responsable y participación determinante

La sentencia 230 de la SA es el primer pronunciamiento de la JEP que ofrece consideraciones sobre las siguientes preguntas: ¿cuál es la definición del concepto de máximo responsable? ¿cuál es la definición de la participación determinante? y ¿cuál es la relación entre ambos conceptos?

La SA rechaza implícitamente la distinción de los conceptos de máximo responsable y participación determinante propuesta por la ETJN,<sup>1</sup> según la cual no solamente se trata de dos conceptos distintos, sino que solamente el máximo responsable tiene que ser seleccionado obligatoriamente por la JEP, mientras que el participe determinante es de selección optativa<sup>2</sup>.

Conforme a la sentencia 230, la selección se basa en el concepto único del máximo responsable y la participación determinante tiene el rol de darle contenido a ese concepto. La SA sostiene que máximo responsable y participación determinante “[...] se deben asociar y complementar en la interpretación del orden transicional, de manera que el entendimiento de cada una de ellas depende necesariamente de la otra”,<sup>3</sup> pero no aclara cuál, exactamente, es la relación entre los dos conceptos. Mientras que, a lo largo de la sentencia, la SA consistentemente plantea que el concepto de máximo responsable tiene dos modalidades (liderazgo y participación),<sup>4</sup> el rol que juega la participación determinante en definirlos no es del todo claro.

En algunas partes, la sentencia da la impresión de que el máximo responsable en las dos modalidades se definiera como aquel quien actuó con participación determinante y que por ende ambas modalidades requieren participación determinante. En la primera modalidad, máximo responsable es:

- (i) aquella persona que, en razón de su posición jerárquica, rango o liderazgo, *de facto* o *de iure*, de tipo militar, político, económico o social, ha

---

<sup>1</sup> Michalowski, S., Cruz Rodríguez, M., & Martínez Carrillo, H. (2020). *¿A quiénes sancionar? Máximos responsables y participación determinante en la Jurisdicción Especial para la Paz*. Bogotá: ETJN- Dejusticia. Disponible en: <https://www.dejusticia.org/publication/a-quienes-sancionar/>.

<sup>2</sup> Aunque el Auto 19 de la SRVR usa los conceptos sin definirlos o explicar como ve la relación entre ambos. Ver: JEP-SRVR. Retención ilegal de personas por parte de las FARC-EP. Caso 001, Auto SRVR 19 (enero 26, 2021).

<sup>3</sup> JEP. Apelación a la resolución 6934 del 8 de noviembre de 2019, proferida por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ). Interesado Moreno Jaimes. Auto TP-SA 230 de 2021 (febrero 10 de 2021), párr. 38.

<sup>4</sup> *Ibíd.*, párr. 55.

tenido una *participación determinante* en la generación, desenvolvimiento o ejecución de patrones de macrocriminalidad, v.g. de dominio de dichas tipologías paradigmáticas de criminalidad ocurridas en el CANI<sup>5</sup>.

Y en la segunda modalidad, máximo responsable es:

(ii) aquel que, sin importar su posición jerárquica, rango o liderazgo, *participó de forma determinante* en la comisión de delitos especialmente graves y representativos que definieron el patrón de macrocriminalidad, al punto que su judicialización contribuiría sustancialmente a las finalidades de la transición en un grado comparable al procesamiento del artífice de la política<sup>6</sup>.

En otra parte la sentencia, la SA explica que:

[l]a calidad de máximo responsable se predica conceptualmente, en la JEP, del liderazgo que haya ejercido la persona en los patrones de macrocriminalidad, o la participación determinante que esta haya tenido en la ejecución de los crímenes especialmente graves y representativos que los conforman<sup>7</sup>.

Mientras la última cita sugiere que solamente una de las dos modalidades del máximo responsable está ligada a la participación determinante, la inmediatamente anterior parece indicar que la SA ve el liderazgo como una forma de participación determinante. En efecto, a lo largo la sentencia la SA deja claro que lo que define el nivel tan alto de responsabilidad y hace merecedora a la persona de la calificación de máximo responsable es el carácter determinante de su participación. Que la SA optó por una selección obligatoria del máximo responsable en sus dos modalidades parece demostrar que atribuye el mismo nivel de responsabilidad a ambas.

Las dos modalidades del máximo responsable propuestas por la SA buscan desarrollar otro concepto importante que proviene de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el del rol esencial en el patrón de macrocriminalidad o en la organización criminal<sup>8</sup>. De forma general, el rol esencial se refiere a:

---

<sup>5</sup> *Ibíd.*, párr. 57. *Cursivas añadidas.*

<sup>6</sup> *Ibíd.*

<sup>7</sup> *Ibíd.*, párr. 110.

<sup>8</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-080 de 2018. (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo: agosto 15 de 2018).

[...] quienes detentaron poderes de dirección en ese aparato, como a otros individuos, si su intervención fue esencial para configurar el fenómeno de macro criminalidad respectivo, lo cual puede incluir a terceros que usaron la arquitectura delictiva en beneficio propio o de otros<sup>9</sup>.

Como ya se puede observar con el uso del concepto de participación determinante, el concepto del rol esencial igualmente se puede manifestar entonces por liderazgo (poder de dirección) o intervención esencial.<sup>10</sup> Es decir, el rol esencial parece obvio si se manifiesta en la forma del liderazgo, pero requiere más esfuerzo de delimitación en la segunda modalidad, llámese por participación determinante o por intervención esencial.

Ahora bien, aunque la SA de esta manera define algunos elementos fundamentales tanto del concepto del máximo responsable como del concepto de participación determinante, muchos detalles quedan por definir y a veces el desarrollo de los conceptos parece poco claro e incluso contradictorio. Para entender mejor qué tipo de liderazgo y qué tipo de participación se requieren para calificar a una persona como máximo responsable, es preciso analizar con más precisión cómo la SA se refiere a cada uno de los dos conceptos.

## 1.1 Liderazgo

La definición más clara y detallada de la modalidad de máximo responsable por liderazgo es esta:

[...] aquella persona que, en razón de su posición jerárquica, rango o liderazgo, *de facto* o *de iure*, de tipo militar, político, económico o social, ha tenido una participación determinante en la generación, desenvolvimiento o ejecución de patrones de macrocriminalidad, v.g. de dominio de dichas tipologías paradigmáticas de criminalidad ocurridas en el CANI<sup>11</sup>.

A esto se agregan en otras partes la sentencia, las siguientes definiciones:

- “quienes detentaron poderes de dirección en el patrón de macrocriminalidad o en la organización criminal”<sup>12</sup>;

---

<sup>9</sup> JEP. Apelación a la resolución 6934 del 8 de noviembre de 2019, proferida por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ). Interesado Moreno Jaimes. Auto TP-SA 230 de 2021 (febrero 10 de 2021), párr. 30.

<sup>10</sup> *Ibíd.*

<sup>11</sup> *Ibíd.*, párr. 57.

<sup>12</sup> *Ibíd.*, párr. 30.

- “quienes definieron, coordinaron o articularon dicho sistema [ilegal]”<sup>13</sup>;
- “dominio del patrón macrocriminal”, “haber sido artífices o modeladores de la política criminal masiva”; “se encuentran en la cúspide o en el corazón del patrón de macrocriminalidad”;
- “guían la estructura de acción colectiva”<sup>14</sup>;
- “la importancia que jugó la persona en la configuración del fenómeno criminal a gran escala como líder de esta”<sup>15</sup>;
- “liderazgo que haya ejercido la persona en los patrones de macrocriminalidad”<sup>16</sup>.

Se puede ver que, para la SA, el liderazgo se puede referir al patrón de macrocriminalidad, la organización criminal, el sistema ilegal, la política criminal, la estructura de acción colectiva o el fenómeno criminal. Algunas caracterizaciones del máximo responsable, por ejemplo, la de estar en el corazón del patrón, son un poco nebulosas y no ayudan mucho para delimitar los criterios que definen la más alta responsabilidad.

Valdría la pena considerar esta modalidad del máximo responsable basada en el liderazgo en relación con los conceptos de política y patrón de macrocriminalidad. Estos dos conceptos podrían brindar más elementos de análisis para determinar a quiénes serán seleccionados. Delimitar de esta manera el uso de la modalidad de máximo responsable por liderazgo sería más claro que referir el liderazgo a múltiples elementos o elementos difíciles de determinar en la práctica.

## **1.2 Participación**

La descripción más detallada de la modalidad de máximo responsable por participación es esta:

[...]aquel que, sin importar su posición jerárquica, rango o liderazgo, participó de forma determinante en la comisión de delitos especialmente graves y representativos que definieron el patrón de macrocriminalidad,

---

<sup>13</sup> *Ibíd.*, párr. 55.

<sup>14</sup> *Ibíd.*, párr. 56.

<sup>15</sup> *Ibíd.*, párr. 59.

<sup>16</sup> *Ibíd.*, párr. 110.

al punto que su judicialización contribuiría sustancialmente a las finalidades de la transición en un grado comparable al procesamiento del artífice de la política<sup>17</sup>.

Otras descripciones son las siguientes:

- “intervención esencial para configurar el fenómeno de macro criminalidad, lo cual puede incluir a terceros que usaron la arquitectura delictiva en beneficio propio o de otros”<sup>18</sup>;
- “quienes desarrollaron el sistema de forma especialmente grave y representativa”<sup>19</sup>;
- “participación destacada en conductas punibles especialmente graves y representativas que incidieron en el desarrollo o configuración del todo”, “si los individuos ejercieron su voluntad criminal a través de la estructura particular de acción colectiva, o en ejercicio de un rol esencial actuaron de una forma que los hizo absorber la máxima responsabilidad”, “haber tenido una contribución efectiva en la ejecución de la política criminal masiva; se sirven de la estructura de acción colectiva”<sup>20</sup>;
- “La importancia que jugó la persona en la configuración del fenómeno criminal a gran escala, como ejecutor de uno de sus componentes más importantes”<sup>21</sup>;
- “participación determinante en la ejecución de los crímenes especialmente graves y representativos que conforman los patrones de macrocriminalidad”<sup>22</sup>.

Aunque la SA presenta descripciones distintas para circunscribir la modalidad de participación del concepto del máximo responsable, aquellas en su mayoría apuntan a un rol en el patrón o la política macrocriminal y no solamente en hechos concretos. También se puede destacar que la participación requiere un alto grado de impacto en la configuración o la ejecución del patrón. Consideradas de manera aislada, algunas formulaciones, como la del uso de la arquitectura delictiva en beneficio propio o de otros, servirse de la estructura de acción

---

<sup>17</sup> *Ibíd.*, párr. 57.

<sup>18</sup> *Ibíd.*, párr. 30.

<sup>19</sup> *Ibíd.*, párr. 55.

<sup>20</sup> *Ibíd.*, párr. 56.

<sup>21</sup> *Ibíd.*, párr. 59.

<sup>22</sup> *Ibíd.*, párr. 110.

colectiva o la contribución efectiva en la ejecución de la política, dejan mucho margen de discrecionalidad.

Para aplicar y concretar esto en casos futuros, es importante no perder de vista la función y las consecuencias de determinar una conducta como participación en los términos de la segunda modalidad del concepto del máximo responsable, es decir, identificar conductas de la más alta responsabilidad que llevan a una selección obligatoria. Así, no estaría justificado sostener que cada participación en la ejecución de la política, solamente por ser efectiva, debería llevar a una calificación de máximo responsable con la consecuencia de una selección obligatoria. Tampoco puede cada uso de las estructuras criminales resultar en una selección como máximo responsable. En últimas, debe precisarse en qué consiste la participación determinante y no solamente usar una definición negativa y amplia en la que quepa todo lo que no sea liderazgo.

Una insistencia en el alto grado de la participación en el patrón o la política, en el momento de definir si una conducta cumple con los requisitos de la modalidad de participación del concepto de máximo responsable, es esencial para evitar una selección obligatoria de un grupo grande de personas con variables niveles de responsabilidad.

### **1.3 La necesidad de precisar los conceptos**

Ambas modalidades de máximo responsable tienen en común varios elementos. Primero, que la responsabilidad está comprometida por los hechos delictivos que se enmarcan en el patrón<sup>23</sup>. Segundo, un enfoque en “la relación del sujeto, conforme a los criterios anteriores y con arreglo a una visión de conjunto de los hechos en concreto, con el patrón de macrocriminalidad”<sup>24</sup>. Y tercero, la importancia que jugó la persona en la configuración del fenómeno criminal a gran escala<sup>25</sup>. Como indica la SA, la “máxima responsabilidad se encuentra ligada al tipo o relevancia de la participación en los planes y políticas de la criminalidad de sistema: participación determinante o no determinante”<sup>26</sup>.

Adicionalmente, un punto que vale la pena clarificar es que la selección de los máximos responsables se hace por su rol en las políticas y los patrones de

---

<sup>23</sup> *Ibíd.*, párr. 56.

<sup>24</sup> *Ibíd.*, párr. 58.

<sup>25</sup> *Ibíd.*, párr. 59.

<sup>26</sup> *Ibíd.*, párr. 38.

macrocriminalidad y no por hechos aislados, como parece inferirse de algunas expresiones de la SA. Es en este sentido en el que se deben comprender los “hechos ilustrativos”, como manifestaciones de los patrones de macrocriminalidad, patrones en los cuales el rol de los responsables permite endilgarle la máxima responsabilidad. Al respecto podrían plantearse dos interpretaciones:

La primera es que máximos responsables pueden ser aquellos que tuvieron un rol esencial en hechos concretos o conductas punibles que forman parte del patrón. Por ejemplo, por cometer un solo delito en una fecha y hora determinada (un hecho ilustrativo), el cual se enmarca en un patrón. Esta interpretación parece inferirse de algunos apartados como el siguiente:

[...] el hecho de ser máximo responsable puede ser compatible con haber sido partícipe, en el sentido dogmático penal de la expresión –o sea cómplice o determinador–, en uno o varios delitos individuales, considerados en su singularidad, o agregados, en la forma de un patrón.<sup>27</sup>

En una nota al pie la SA parece referirse a crímenes representativos del patrón o la política, pero sin dejar muy clara la función de estos hechos o conductas en relación con el rol esencial de los responsables que podrían ser seleccionados. Dice la SA: “[e]n el caso de los crímenes representativos, los delitos no se toman uno a uno, sino como componente paradigmático o trascendental de patrones de macrocriminalidad acaecidos durante la confrontación armada”.<sup>28</sup>

La segunda interpretación es que máximos responsables pueden ser aquellos que tuvieron un rol esencial en el patrón de macrocriminalidad mediante su participación en ciertas conductas punibles “que incidieron en el desarrollo o en la configuración del todo”.<sup>29</sup> Esta interpretación es más conveniente, y debe quedar más clara en las decisiones futuras, pues la primera llevaría a considerar que máximos responsables pueden ser aquellos responsables de algunos hechos concretos o conductas punibles específicas que, si bien pueden enmarcarse en un patrón, no son componentes definitorios del rol de los responsables en el patrón o política de macrocriminalidad (o no están conectados con el crimen de sistema). En últimas, la primera interpretación ampliaría el rango de punibilidad en vez de restringirlo a los máximos responsables del fenómeno macrocriminal, y

---

<sup>27</sup> *Ibíd.*, párr. 60.

<sup>28</sup> *Ibíd.*, párr. 54 Nota al pie 81.

<sup>29</sup> *Ibíd.*, párr. 56.

conduciría a la JEP a la evaluación hecho por hecho, lo cual no se encuentra dentro de su mandato.

## 2 Análisis de las sanciones inferiores a 5 años

La SA distingue entre aquellos que pueden ser seleccionados como máximos responsables y aquellos que pueden ser seleccionados según el Art.129 LEJEP. Para la SA, ese artículo autoriza a la SRVR para seleccionar, “en casos excepcionales y bajo criterios de razonabilidad, [...] a otras personas que no tengan la máxima responsabilidad en los delitos priorizados, pero que sí hayan participado en su comisión<sup>30</sup>. Esto solamente se hará “en ejercicio de sus facultades discrecionales y de ejercicio excepcional<sup>31</sup>.

De manera un poco más concreta, la SA explica que

[...] también está dentro de las potestades de la Jurisdicción, y concretamente de la SRVR, seleccionar a personas que no sean máximos responsables, en ninguna de sus dos acepciones. La voluntad del legislador estatutario se evidencia claramente en el artículo 129 de la LEJEP. Esa norma indica quiénes podrán –en oposición a deberán– ser objeto de sanciones propias o alternativas por un periodo de dos a cinco años. Esto es, por un término menor que el previsto para los máximos responsables, de cinco a ocho años. La norma señala que las personas que hayan tenido participación en crímenes graves y representativos, pero sin que esta haya sido determinante, podrán ser sancionados bajo esos parámetros, siempre y cuando reconozcan responsabilidad. En los términos hasta aquí expuestos por la SA, esto implica que quienes no son máximos responsables aun así pueden verse sujetos al proceso de selección si así lo decide la SRVR, en ejercicio de su facultad de selección. Esta interpretación guarda coherencia con la política de transición a la paz en tanto es posible imponer una sanción inferior a aquellos que, aunque incidieron en el patrón de macrocriminalidad, no detentaron un rol decisivo y de liderazgo en el diseño o puesta en marcha de las políticas y planes criminales a y representativos<sup>32</sup>.

Naturalmente, la JEP debe concentrar sus esfuerzos institucionales en los máximos responsables de los patrones de macrocriminalidad, pero eso no se opone a que, circunstancialmente ejerza sus competencias en materia

---

<sup>30</sup> JEP. Apelación a la resolución 6934 del 8 de noviembre de 2019, proferida por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ). Interesado Moreno Jaimés. Auto TP-SA 230 de 2021 (febrero 10 de 2021)., párr. 19.

<sup>31</sup> *Ibíd.*, párr. 23.

<sup>32</sup> *Ibíd.*, párr. 63.

de juzgamiento y sanción respecto de otros comparecientes envueltos en los mismos fenómenos delictivos, si esto resulta apropiado y necesario para lograr los objetivos de la justicia transicional y, particularmente, luchar contra la impunidad de los peores crímenes<sup>33</sup>.

De lo anterior se infiere que es posible seleccionar a quienes no son máximos responsables en la medida en que la selección es un proceso que, en lo atinente a las características de los responsables, exige una de dos características (y no necesariamente las dos de manera simultánea): o bien la “[p]participación activa o determinante en la comisión de los crímenes de competencia de esta jurisdicción [la JEP]” por un lado; “y/o la prueba de su autoría y participación en los hechos concretos” (art. 19 núm. 4 L1957/19) por otro. Así lo evidencia la expresión copulativa y disyuntiva “y/o” que da lugar a la posibilidad de seleccionar con base en esta última característica del responsable. Aunque cabe recordar que para el proceso de selección deben aplicarse todos los criterios del artículo 19 LEJEP en forma conjunta de conformidad con la jurisprudencia constitucional.

En otras palabras, la JEP podrá seleccionar responsables cuando cuente con la prueba de su autoría y participación en los hechos concretos, sin que necesariamente estos responsables deban ser máximos responsables. Esta interpretación abre la primera puerta para imponer sanciones inferiores a 5 años, es decir, la selección de quienes, en principio, “no hayan tenido una participación determinante en las conductas más graves y representativas, aún teniendo intervención en ellas” tal y como establece el art. 129 de la Ley Estatutaria.

Para la SA, la posibilidad de seleccionar discrecionalmente a comparecientes que tuvieron participación no determinante en crímenes no amnistiables no solamente es compatible con los fines de la justicia transicional, sino incluso necesario para lograrlos. Sin embargo, no está tan claro cómo reconciliar esto con la insistencia de toda la normativa de la JEP, la jurisprudencia de la Corte Constitucional e incluso de la misma SA sobre el deber de la JEP concentrar sus investigaciones en los máximos responsables y las personas con participación determinante en los crímenes más graves y representativos.

Además, esto excluye, de entrada y por la misma Ley Estatutaria a los terceros civiles (Art. 129). Esta exclusión podría resultar en un trato desigual injustificado.

---

<sup>33</sup> *Ibíd.*, párr. 64.

Mientras los terceros que no hayan tenido una participación determinante son beneficiarios de tratamientos no sancionatorios como la renuncia a la persecución penal y están excluidos de la selección, el resto de los partícipes no determinantes sí pueden ser objeto de selección. Conviene que esta consecuencia sea considerada por la JEP en el momento de decidir si y cómo usar su competencia para seleccionar a partícipes no determinantes.

Tampoco es obvio qué es lo que se gana si al lado de los máximos responsables de selección obligatoria, que potencialmente incluyen a un grupo amplio por la indeterminación de la modalidad del máximo responsable por participación determinante, se puede además seleccionar a las personas “que, aunque incidieron en el patrón de macrocriminalidad, no detentaron un rol decisivo y de liderazgo en el diseño o puesta en marcha de las políticas y planes criminales a y representativos”<sup>34</sup>. La SA explica al respecto que circunstancialmente esto puede resultar “apropiado y necesario para lograr los objetivos de la justicia transicional y, particularmente, luchar contra la impunidad de los peores crímenes” en la medida que se trata de “otros comparecientes envueltos en los mismos fenómenos delictivos”<sup>35</sup>.

Está por verse en cuáles casos la selección de comparecientes en esta situación sería conducente a los objetivos de la justicia transicional, es decir “luchar contra la impunidad de los peores crímenes.” Como lo explica bien la SA, para la definición de su situación jurídica no sancionatoria, estos comparecientes de todos modos tienen que reconocer su responsabilidad y someterse a un régimen de condicionalidad estricto. No está claro entonces por qué podría ser importante en algunos casos adicionalmente imponerles una sanción de 2 a 5 años, algo que implica un enorme esfuerzo probatorio y procesal por parte de la SRVR. Más importante aún, no queda claro en absoluto en cuales casos esto sería necesario y propenso para lograr los objetivos de la justicia transicional.

La única pista que da la SA para señalar a los comparecientes que potencialmente pueden caer en esta categoría es que son “aquellos que, aunque incidieron en el patrón de macrocriminalidad, no detentaron un rol decisivo y de liderazgo en el diseño o puesta en marcha de las políticas y planes criminales a y representativos”<sup>36</sup>. Por razones de equidad entre los comparecientes tanto como

---

<sup>34</sup> *Ibíd.*, párr. 63.

<sup>35</sup> *Ibíd.*, párr. 64.

<sup>36</sup> *Ibíd.*, párr. 63.

de eficiencia procesal, es crucial que la JEP en futuros casos desarrolle criterios claros según los cuales ejercer esta selección.

### 3 Recomendaciones

#### 3.1 Sobre el concepto de máximo responsable

La sentencia 230 caracteriza dos modalidades de máximo responsable relacionadas con el rol esencial, las cuales a primera vista se diferencian de manera clara porque la primera enfatiza en el liderazgo *de iure* o *de facto* y la segunda en la participación determinante. Sin embargo, un examen más cercano evidencia que en ambas debe existir participación determinante. Tampoco se ve con nitidez cuál es el significado de este concepto y cómo distinguir claramente en cada caso la participación determinante por liderazgo de la participación determinante por participación. La desambiguación de los conceptos de máximo responsable y de participación determinante podría llevarse a cabo distinguiendo en forma más clara los roles que estos desempeñan en los patrones y políticas de macrocriminalidad.<sup>37</sup> De esta manera, sería recomendable estimar las siguientes propuestas:

- a) Conceptualizar la primera modalidad de máximo responsable, calificada por el liderazgo según la SA, como un *rol esencial en el diseño, formulación o planeación de los planes o políticas de violencia organizada en contra de la población civil* (en adelante PPVO) contra la población civil, o en la *dirección o control* de una estructura armada (legal o ilegal) que cometió graves crímenes (*liderazgo*).
- b) Conceptualizar la segunda modalidad de máximo responsable, calificada por la participación determinante según la SA, como un rol esencial en el que el significado de la participación determinante es contribuir sustancial o efectivamente a que una estructura armada ejecute un PPVO o a que se configure un patrón de macrocriminalidad, para lo cual no es necesario tener un grado de liderazgo y, en caso de existir liderazgo, este no es suficiente para modificar o dirigir los PPVO.

Esta conceptualización es conveniente ya que, por un lado, permitiría distinguir entre grados de responsabilidad, mayor para la primera modalidad y menor para la segunda, en términos de la macrocriminalidad; y, por otro lado, ofrecería mayores elementos para individualizar las responsabilidades y caracterizar las

---

<sup>37</sup> Esta propuesta se basa en un trabajo previo de análisis: Michalowski, S., Cruz Rodríguez, M., & Martínez Carrillo, H. (2020). *¿A quiénes sancionar? Máximos responsables y participación determinante en la Jurisdicción Especial para la Paz*. Bogotá: ETJN- Dejusticia

actividades (conductas punibles) realizadas en el marco de los crímenes de sistema.

- c) Es importante aclarar que el alcance del rol esencial que desempeñan los máximos responsables en relación con los hechos y conductas más graves y representativas se refiere a aquellas conductas de las que se puede inferir su rol en los patrones y políticas y no en hechos aislados. Tanto el liderazgo como la participación determinante no deberían referirse a expresiones poco concretas como “el fenómeno macrocriminal” sino a las políticas y los patrones. Aún valiéndose de estos conceptos de patrón y política de macrocriminalidad, se requiere de mayores lineamientos para comprender el rol esencial por participación determinante.

En efecto, es preciso determinar con claridad en qué consiste la participación determinante de la segunda modalidad de máximo responsable señalada por la SA. De ahí que fijar algunos lineamientos relacionados con los patrones de macrocriminalidad y su ejecución, tal y como se propone en este documento, pueda resultar una vía para fijar el alcance de este rol esencial del máximo responsable por participación determinante.

### **3.2 Sobre las sanciones inferiores a 5 años**

- a) Es recomendable precisar los criterios que justifican la selección positiva por parte de la Sala de Reconocimiento de quienes no hayan tenido una participación determinante a fin de imponerles sanciones inferiores a 5 años dentro de los casos priorizados. Esto con el fin de evitar que la selección “excepcional” y “circunstancial” se convierta en una regla que amplíe injustificadamente el rango de punibilidad y conduzca al colapso de un sistema enfocado en los máximos responsables, lo cual también podría llevar a un trato desigual entre los comparecientes que participaron en crímenes no amnistiables de manera no determinante. A este respecto conviene precisar y proponer lo siguiente:
  - i. Conviene precisar que las sanciones inferiores a 5 años no aplican para los terceros de conformidad con el art. 129. Sin embargo, esto puede resultar en un trato desigual: mientras los terceros obtienen directamente la renuncia a la persecución penal, otros partícipes no determinantes pueden ser seleccionados para una sanción.

- ii. Debería precisarse el sustento normativo para seleccionar a los partícipes no determinantes con base en los criterios de selección de la LEJEP. Esto es particularmente importante porque los partícipes no determinantes pueden ser seleccionados si se cuenta con “la prueba de su autoría y participación en los hechos concretos”, pues este es el requisito establecido en cuanto a las características de los responsables (Art. 19 L 1957/19). Esta constituye una base normativa más clara que no fue explorada en la sentencia 230.
- iii. Debe tenerse en cuenta que al tratarse de una selección excepcional existe una carga argumentativa más fuerte en relación con los otros requisitos del mismo precepto: la gravedad y representatividad de los hechos, las características de las víctimas y la disponibilidad probatoria (Art. 19 L 1957/19).
- iv. Es aconsejable que la selección positiva esté acorde con la estrategia de investigación y se justifique dentro de ella.

#### 4 Referencias

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-080 de 2018. (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo: agosto 15 de 2018).
- Michalowski, S., Cruz Rodríguez, M., & Martínez Carrillo, H. (2020). *¿A quiénes sancionar? Máximos responsables y participación determinante en la Jurisdicción Especial para la Paz*. Bogotá: ETJN- Dejusticia. Disponible en: <https://www.dejusticia.org/publication/a-quienes-sancionar/>.
- JEP-SRVR. Retención ilegal de personas por parte de las FARC-EP. Caso 001, Auto SRVR 19 (enero 26, 2021).
- JEP. Apelación a la resolución 6934 del 8 de noviembre de 2019, proferida por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ). Interesado Moreno Jaimes. Auto TP-SA 230 de 2021 (febrero 10 de 2021).