

ETJN

ESSEX TRANSITIONAL
JUSTICE NETWORK

**Máximos responsables, planes, patrones y
políticas de macrocriminalidad en el caso 001
de la Jurisdicción Especial para la Paz
Análisis del Auto 19 de 2021 de la Sala de Reconocimiento**

**Sabine Michalowski
Michael Cruz Rodríguez
Hobeth Martínez Carrillo**

Documento de trabajo número 1
5 de mayo de 2021

Máximos responsables, planes, patrones y políticas de macrocriminalidad en el caso 001 de la Jurisdicción Especial para la Paz

Análisis del Auto 19 de 2021 de la Sala de Reconocimiento

Resumen

El Auto 19 de 2021 de la Sala de Reconocimiento es la primera decisión sobre determinación de hechos y conductas, así como en la imputación de los responsables en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Este valioso avance permite abrir el debate sobre algunos elementos propios de la JEP en términos de la investigación macrocriminal y su propósito de seleccionar a los máximos responsables. En este sentido, el presente documento analiza la decisión y realiza algunos comentarios sobre la definición y el uso de dos grupos de categorías: por un lado, las de planes, patrones y políticas de macrocriminalidad, resaltando su utilidad metodológica en la investigación judicial; por otro lado, los conceptos de máximos responsables y partícipes determinantes, para indicar los retos de definir estos conceptos y la utilidad de hacerlo de cara a los casos. Al final presenta algunos comentarios a modo de recomendaciones sobre la importancia de la claridad conceptual y las opciones interpretativas plausibles a seguir.

Autores

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

Michael Cruz Rodríguez, investigador sénior en la School of Law, University of Essex mcruzro@unal.edu.co

Hobeth Martínez Carrillo, investigador sénior en la School of Law, University of Essex hobeth.martinez.c@gmail.com

Agradecimientos

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

1	<i>Introducción</i>	4
2	<i>Políticas, patrones y planes en el Auto 19/21 SRVR</i>	6
2.1	Políticas	6
2.1.1	Definición	7
2.1.2	Los usos del concepto de “política”	8
2.2	Planes	11
2.2.1	Definición y usos	11
2.3	Patrones de macrocriminalidad	11
2.3.1	Definición	11
2.3.2	Usos del concepto de patrones.....	13
2.4	La aclaración del Magistrado Parra Vera	17
2.5	Análisis	20
3	<i>Máximos responsables y partícipes determinantes</i>	24
3.1	Definición	24
3.2	La selección en las aclaraciones de voto	26
3.2.1	El Magistrado Parra Vera.....	26
3.2.2	La Magistrada Izquierdo Torres	27
3.3	Análisis	27
4	<i>Recomendaciones</i>	33
4.1	Sobre el uso de políticas, planes y patrones en la investigación macrocriminal	33
4.2	Sobre el concepto de máximo responsable	34
5	<i>Referencias</i>	37

1 Introducción

El Auto 19 es la primera decisión que avanza en la determinación de hechos y conductas, así como en la imputación de los responsables en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Este valioso avance permite abrir el debate sobre algunos elementos propios de la JEP en términos de la investigación macrocriminal y su propósito de seleccionar a los máximos responsables. Este debate es necesario y debe hacerse con la mayor claridad analítica posible para asentar las decisiones en criterios flexibles pero determinados.

La definición y el uso de conceptos como el de “planes”, “políticas” y “patrones de macrocriminalidad” es de vital importancia tanto para la investigación macrocriminal como para la imputación. El valor principal de estos conceptos es de orden metodológico, ya que revelan distintas formas o vías para identificar los propósitos o finalidades del accionar macrocriminal y los niveles de responsabilidad para efectos de la selección. Un uso consistente de estos conceptos por parte de la JEP podría contribuir a graduar las escalas de análisis en las cuales se pretenden aplicar para producir decisiones más concisas y uniformes.

Por su parte, la selección según el nivel de responsabilidad es un aspecto apenas inicial en el Auto 19. Esto es comprensible al tratarse de la primera decisión e, incluso, de los lineamientos que con posterioridad a esta fueron ofrecidos por la Sección de Apelación¹. Con todo, si se usan las herramientas metodológicas (planes, patrones y políticas de macrocriminalidad) para comprender los distintos niveles de responsabilidad, es posible distinguir entre máximos responsables según los roles esenciales que desempeñen. De este modo, conviene clarificar las nociones de máximo responsable que usa la JEP y especificar aquellas nociones que, recientemente, ha enunciado la SA como máxima responsabilidad por liderazgo y máxima responsabilidad por participación².

A este respecto, insistimos en la especificidad que puede tener esta segunda modalidad de máximo responsable por participación, a la que hemos llamado “el

¹ 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). Véase nuestro análisis a esta decisión: Michalowski, S. & Cruz-Rodríguez, M. Máximos responsables y sanciones inferiores a 5 años. Reflexiones preliminares sobre la Sentencia TP-SA 230/21. Documento de trabajo número 2 (3 jun 2021) *ETJN Working Papers Second Series*.

² *Ibíd.*

partícipe determinante”³. El partícipe determinante tiene una relación clara con la ejecución de los patrones de macrocriminalidad y, pese a ostentar la máxima responsabilidad, es diferente a los máximos responsables por liderazgo que, en sentido estricto, están más vinculados con la definición de directrices de política de la organización. Esta categoría puede cobrar mayor relevancia en el marco de las diferentes estrategias de investigación y priorización dentro de cada caso.

Por último, cabe señalar que máximo responsable (sea por liderazgo a participación) es una categoría de selección y no una modalidad de imputación. Esto quiere decir que no debe confundirse con la autoría, la coautoría o la complicidad. Por eso es preciso que se distinga con mayor claridad analítica cuáles son las características de esta categoría de selección.

Para ilustrar estos argumentos, en este documento se analiza del Auto 19 de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad (SRVR). La segunda parte reconstruye la argumentación de la SRVR en relación con estos los patrones, los planes y las políticas y realiza algunos comentarios. La tercera parte analiza el concepto de máximos responsables. La cuarta parte plantea algunas recomendaciones. El lector/a puede centrarse en la tercera parte, más corta y que resume los aspectos fundamentales, o profundizar en la segunda parte sobre cuestiones específicas que resaltamos del Auto 19.

³ Algunos de los elementos de esta modalidad coinciden con la propuesta que planteamos en otro texto. Véase: Michalowski, S. et al. (2020). *¿A quiénes sancionar? Máximos responsables y participación determinante en la Jurisdicción Especial para la Paz*. Bogotá: ETJN- Dejusticia, pp. 70- 72, 93. Disponible en: <https://www.dejusticia.org/publication/a-quienes-sancionar/>

2 Políticas, patrones y planes en el Auto 19/21 SRVR

El Auto 19 de 2021⁴ renombra el caso 001 como “toma de rehenes y graves privaciones de la libertad cometidas por las FARC-EP” (párr. 766), determina los hechos y conductas por los cuales debe responder el ex Secretariado de las FARC-EP y realiza imputaciones a ocho de sus integrantes. La decisión aborda la escala nacional y anuncia que emitirá, con posterioridad, Autos similares en relación con cada bloque o comando conjunto de la organización ilegal que operaba en niveles territoriales (párr. 2). Según la decisión, el análisis de los niveles territoriales se hará en coordinación con los casos territoriales ya abiertos por la JEP (párr. 454, 458 y 532). La providencia contó con dos aclaraciones de voto.

En la medida en que se trata de la primera decisión que se toma con estas características vale la pena examinar los elementos analíticos que plantea en relación con dos temas estrechamente relacionados: 1) políticas, planes y patrones de macrocriminalidad y 2) el concepto de máximo responsable. Este examen describe la manera en que se definen los conceptos y el uso que se da a los mismos dentro de la decisión, al tiempo que realiza algunos comentarios sobre estos para alimentar el debate de cara a las futuras decisiones de similar entidad, así como a las etapas subsiguientes del proceso judicial

La definición y el uso de los conceptos ‘políticas’, ‘planes’ y ‘patrones’ en el marco de la investigación por macrocasos, así como las relaciones entre estos conceptos, son importantes para comprender el alcance de la JEP y la manera en que realiza su trabajo más allá del análisis caso a caso o por compareciente, especialmente porque la selección está estrechamente vinculada con el rol del seleccionado en las políticas y los patrones de macrocriminalidad. El significado que se atribuye a estos conceptos no es universal y depende tanto del diseño institucional de los mecanismos de justicia como de los contextos nacionales o internacionales en que se aplican. De ahí que sea conveniente analizar el Auto 19 considerando la manera en que define y usa estos conceptos y sus relaciones para examinar los desafíos y oportunidades que plantea.

2.1 Políticas

La Sala ofrece una definición de política e identifica tres de estas como “expresas” y una como “de facto” o “tácita” en el accionar criminal de las FARC-EP referido

⁴ JEP-SRVR. Retención ilegal de personas por parte de las FARC-EP. Caso 001, Auto SRVR 19 (enero 26, 2021).

al caso 001. Este acápite se dedica a presentar la definición de política (1.1.1) y el uso de dicho concepto en el marco del caso para efectos de fijar el alcance del reconocimiento y la manera de realizar la imputación a los responsables (1.1.2).

2.1.1 Definición

El Auto 19, después de citar algunas fuentes del derecho penal internacional, ofrece una definición de política:

[...] cuando en este Auto se refiere a una política, se refiere al conjunto de planes o directrices de la organización armada que se reflejan en los patrones identificados. Los patrones permiten identificar los elementos esenciales de las políticas implementadas por un grupo armado organizado, tanto de su implementación real como de su contenido tácito, y, por lo tanto, permiten establecer los grados de responsabilidad penal de los integrantes de la organización armada. Así, en el contexto de graves violaciones a los derechos humanos, la responsabilidad penal de los dirigentes de la organización armada surge de las políticas que ordenaron y que resultaron en crímenes internacionales. (párr. 231)

Posteriormente, la Sala distingue entre la posibilidad de que exista una política “expresa” y una política “tácita” (usa también la expresión “de facto”, ver p. ej. párr. 236, 264 y 265) en los siguientes términos:

La política puede ser expresa, como cuando está escrita en documentos o articulada verbalmente por los dirigentes, o puede ser tácita, en cuanto se puede inferir la intención de la organización armada de cometer los hechos reflejados en los patrones de violencia. (párr. 229)

La decisión se refiere a “la política, entendida como el direccionamiento hacia un objetivo de la organización armada” (párr. 228). Efectivamente, el Auto identifica “tres políticas” perpetradas por las FARC-EP y las clasifica según sus propósitos:

Políticas	Descripción	Sección o párrafos
1	<i>Política expresa:</i> Las FARC-EP adoptaron, entre 1982 y 2012, la política de privar de la libertad a civiles para financiar sus operaciones a través del pago para obtener la libertad.	Sección C2

	<i>Política tácita:</i> “en su dimensión de facto, la política consistía en la privación de la libertad indiscriminada en búsqueda de dinero para financiar la organización armada, y el asesinato y la desaparición forzada como la consecuencia posible por la falta de pago”.	párr. 264
2	Las FARC-EP tenían una política de privar de la libertad a civiles, así como a militares y policías puestos fuera de combate, para forzar un intercambio por guerrilleros presos.	Sección C4
3	Las FARC-EP tenían como política privar de la libertad a civiles como parte de sus dinámicas de control social y territorial.	Sección C5

Fuente: elaboración propia

Cabe resaltar que el elemento que distingue a las políticas entre sí, en la narrativa de la Sala, se refiere a los propósitos que se perseguían con la “toma de rehenes y graves privaciones de la libertad”. En la primera política el propósito es financiero, en la segunda es forzar el intercambio por guerrilleros presos y en la tercera ejercer control social y territorial.

2.1.2 Los usos del concepto de “política”

La Sala utiliza el concepto de “política” de dos formas: por un lado, para subsumir el reconocimiento de responsabilidad por hechos concretos en el marco del reconocimiento de responsabilidad por la política (1.1.2.1); y, por otro lado, para describir la criminalidad de sistema en que se basan las imputaciones, salvo en el caso de los crímenes de guerra. (1.1.2.2).

2.1.2.1.1 Reconocimiento de responsabilidad en las políticas

El primer uso importante del concepto de “política” se refiere al reconocimiento generalizado de la responsabilidad por el accionar macrocriminal. Esto significa que “[...] quienes ordenan las políticas, expresas y tácitas, que dirigen el accionar de la organización armada, y [...] sus órdenes, junto con el control que tienen sobre la organización armada” (párr. 225), deben reconocer su responsabilidad por el rol que desempeñaron. El reconocimiento de la responsabilidad por el rol en la política es asumido por la Sala como reconocimiento de responsabilidad por los hechos individualmente considerados, a menos que estos hechos individuales sean refutados por los comparecientes. Según la Sala, “salvo manifestación expresa en contrario, el reconocimiento de la política conlleva entonces el reconocimiento de los hechos que la materializan, y especialmente el listado anexo en la tabla analítica”. (párr. 233)

Este reconocimiento de “la política” incluye el reconocimiento de la “política tácita”. Por ejemplo, en relación con el secuestro extorsivo indica la Sala que los responsables reconocieron esta dimensión “de facto”:

[...] todos los comparecientes en sus versiones individuales han reconocido la existencia de dicha política, que denominan “financiera,” y reconocido la existencia de numerosos hechos que ejemplifican su implementación por parte de las unidades militares en terreno, incluyendo hechos con víctimas menores de edad y víctimas pobres y de ingresos medianos. (párr. 267)

Lo que busca la Sala es el reconocimiento de responsabilidad de los dirigentes de la organización: “por dar órdenes generales y adoptar políticas que fueron implementadas por miles de guerrilleros en miles de hechos individuales,” y no necesariamente el reconocimiento de responsabilidad de los ejecutores directos en cada caso individual. Ya que:

[a]l no ser los ejecutores directos, la verdad que aportan los comparecientes en cuanto dirigentes, por detallada, exhaustiva y plena que sea, no va a comprender descripciones o reconocimientos detallados de todos los hechos por los cuales los guerrilleros ejecutaron sus órdenes ni sobre todos los hechos por los cuales se acreditaron las víctimas en el Caso No. 01. (párr. 817, ver también párr. 818).

2.1.2.2 El rol de la “política” para acreditar crímenes de sistema

La política es un elemento analítico que se usa para describir los crímenes de sistema a partir de la información recabada por la Sala. Este uso metodológico permite esclarecer varios aspectos del fenómeno macrocriminal. Sin embargo, este uso no se presenta en todos los crímenes.

La Sala afirma que, cuando se trata de crímenes de guerra, no es necesario acreditar la existencia de una política. Respecto a estos crímenes basta con acreditar la existencia objetiva del elemento contextual y la ocurrencia material de los crímenes concretos. A este respecto dijo la Sala:

[...] la existencia de un conflicto armado es el único elemento contextual de los crímenes de guerra y queda claramente determinado. No es necesario determinar, de manera adicional, si los crímenes cometidos se realizaron como parte de un plan o política, y si se hicieron a gran escala, o si son de especial gravedad, para determinar que se trata de crímenes de

guerra. En efecto, el ER [Estatuto de Roma] establece que la competencia de la CPI en los crímenes de guerra, y en particular, cuando estos han sido cometidos en el marco de “un plan o política o [...] la comisión en gran escala de tales crímenes” ello corresponde a la naturaleza jurídica de la competencia de la CPI, y no a la naturaleza del crimen. Así, la Corte Constitucional ha reiterado que para la JEP no son parte de la definición de un crimen de guerra ni la existencia de un plan o política, ni la gran escala de los crímenes. Tampoco lo es la gravedad de los hechos, ya que si bien la vulneración del DIH que representa un crimen de guerra debe ser grave o seria para ser un crimen de guerra, esta gravedad no es parte del contexto sino del crimen mismo. Así lo aclaró la Corte Constitucional, en sentencia C-007 de 2018, disponiendo que la gravedad es propia de la calificación como crimen de guerra, constitutivo del crimen y no un elemento contextual. (Auto 19/21 párr. 715)

Respecto a los crímenes de lesa humanidad, la Sala tuvo en cuenta con mayor vigor a la política como elemento importante para caracterizar el fenómeno macrocriminal. Siguiendo a la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI en su examen de la situación de Kenia, en la cual se entiende como requisito para acreditar los crímenes de lesa humanidad: “si el grupo articula, ya sea explícita o implícitamente, una intención de atacar a una población civil” (Auto 19/21 párr. 734), la Sala entendió que este era el elemento ‘política’. Señaló al respecto:

En el acápite (B) de este auto la Sala determinó la existencia de todos estos requisitos en lo que respecta a las FARC-EP. Las FARC-EP fueron una organización armada que en sus más de cincuenta años de existencia logró adquirir todas las características mencionadas por la CPI, en diferentes zonas del país y diferentes momentos. Tuvieron el personal, armamento, disciplina, estructura de comando y despliegue territorial suficiente para garantizar que tenía la capacidad de la guerrilla de conducir ataques generalizados o sistemáticos de acuerdo con una política o plan, específicamente, la privación de la libertad de civiles para financiar a la organización, para intercambiarlos por guerrilleros presos, o para mantener el control social y territorial. (Auto 19/21 párr. 735)

En suma, la Sala sostuvo que la política es un elemento que no es necesario acreditar para imputar crímenes de guerra, siempre que se cuente con la existencia objetiva del elemento contextual (el conflicto armado) y la ocurrencia

material de los crímenes. No obstante, cuando se refirió a los crímenes de lesa humanidad, sí resaltó la política como articulación de la intención implícita o explícita de atacar a la población civil.

2.2 Planes

2.2.1 Definición y usos

No hay un concepto de planes que sea delimitado expresamente en el Auto 19 tal y como sucede respecto a patrones o políticas. Aunque se dice que la política es un conjunto de planes, la noción de plan no tiene un rol significativo y parece estar presente de diversas maneras y en distintos niveles. Por ejemplo, a veces se refiere a los “Planes Estratégicos” definidos en las conferencias guerrilleras de las FARC-EP, otras a los planes adoptados por los frentes para darle cumplimiento a la política.

Igualmente, la Sala señala una relación entre la política y lo que denomina “el plan común” que es transversal a las tres políticas que la decisión identifica (ver párr. 790). Esta idea del “plan común” está asociada en la decisión con el título de imputación por coautoría mediata, pues, según la decisión, “La coautoría requiere que el acto realizado por el coautor sea esencial o fundamental para la concreción del plan común” (párr. 786 y 787). La acepción “plan” también se relaciona con las unidades militares y no solo con el nivel nacional de toma de decisiones en el que se centra el Auto, de manera que las unidades militares también contaban con sus propios planes generales (párr. 120).

En ocasiones, el Auto usa indistintamente política y plan para significar aparentemente lo mismo (ver por ejemplo párr. 715 y 734). No obstante, esta postura no es uniforme en la decisión y persiste la polisemia del concepto de plan. Lo que sí se hace explícito es que en relación con los crímenes de guerra no hay necesidad de determinar los planes o políticas para efectos de identificar dichos crímenes, pues basta la existencia del conflicto armado como elemento contextual (párr. 715), como ya fue mencionado.

2.3 Patrones de macrocriminalidad

2.3.1 Definición

El concepto de patrones que adopta la decisión se basa en algunas fuentes del derecho internacional penal (párr. 226) y en la noción de patrones del Decreto 3011 de 2013 (párr. 227), de ese modo se indica que:

[...] cuando este Auto se refiere a un patrón, se trata de la repetición no accidental de una conducta delictiva similar en cuanto a sus finalidades, modo de comisión, y características de las víctimas. Es importante señalar frente a la repetición que no hay una tarifa respecto a la cantidad de acciones que constituyen una repetición, sino que esta debe ser comprendida en el contexto del accionar como repetitiva frente a un número múltiple de acciones. Es esta comparación entre las acciones la que permite distinguir un hecho aislado de un hecho repetido. Entonces, el patrón se refiere a la similaridad de múltiples acciones, la cual permite describir cuáles eran las políticas expresas o tácitas del Estado o la organización armada. (párr. 230 cursivas añadidas)

Los patrones de macrocriminalidad, según la Sala, desempeñan dos funciones. Por un lado, permiten describir las políticas expresas o tácitas:

[...] la identificación de los patrones permite develar la política, entendida como el direccionamiento hacia un objetivo de la organización armada. (párr. 228)

[...] la identificación de patrones resulta esencial para establecer, por una parte, si efectivamente se implementó la política expresa y, por otra parte, cuál era la política tácita del Estado u organización armada. (párr. 229)

Y, por otro lado, tanto los patrones como las políticas de macrocriminalidad permiten determinar a los máximos responsables y fundamentar su responsabilidad individual:

[...] la función última de estos conceptos [patrones y políticas], [...] es la de identificar a los máximos responsables de los crímenes bajo estudio. Son estos quienes ordenan las políticas, expresas y tácitas, que dirigen el accionar de la organización armada, y son sus órdenes, junto con el control que tienen sobre la organización armada, las que fundamentan su responsabilidad individual. (párr. 225)

En relación con la imputación de responsabilidad individual, la Sala aclara que:

[...] las conductas imputables en el Auto de Determinación de Hechos y Conductas no son hechos aislados o individuales, sino aquellos que configuran un patrón o que fueron desarrollo de la adopción de una política macro criminal. En ese sentido, la descripción de la conducta no se refiere a hechos particulares, sino a un patrón criminal (o a varios) que debe ser identificado y demostrado apelando, entre otras cosas, a un

ejercicio de contexto acotado a la comisión de crímenes no amnistiabiles, que permita advertir las circunstancias que los promovieron o facilitaron y que delimitaron su forma de ocurrencia. Dentro de este contexto, debe advertirse el reparto funcional real que existía en el patrón macro criminal identificado, que no necesariamente tiene por qué coincidir con el reparto funcional formal de la organización y este será el que permitirá a la Sala describir la participación de los comparecientes llamados a reconocer. (párr. 90)

2.3.2 Usos del concepto de patrones

El concepto de patrones es usado por la Sala para identificar dentro de cada política algunas características de las finalidades, los modos de comisión y de las víctimas una vez ha constatado que existe una repetición no accidental de las conductas delictivas, a esto es a lo que se refiere con los patrones⁵. Los “patrones de hechos o de implementación de la política” (la Sala usa indistintamente estos términos) remarcan el *modus operandi*, las afectaciones diferenciadas a las víctimas o el objetivo que se perseguía dentro de la política. La Sala identifica los bloques que ejecutaron las acciones y presenta algunos ejemplos ilustrativos. En este sentido, la descripción de dichos elementos en cada política puede graficarse mostrando el énfasis que, a nuestro juicio, realizó la Sala en cada uno de los patrones.

La descripción de los patrones en la política 1 resalta el *modus operandi* más que las afectaciones o el objetivo de los patrones dentro de la política:

POLÍTICA 1	PATRONES (implementación de la política)			
	<i>Modus operandi</i>	Afectaciones diferenciadas a las víctimas	Bloque que ejecuta. párr.	Hechos ilustrativos. párr.
<i>Política expresa:</i> Las FARC-EP adoptaron,	Cobro por el cadáver		Oriental	323
			Sur	330

⁵ En estos elementos el auto coincide con lo que hemos denominado “elementos mínimos” para determinar la existencia de patrones de macrocriminalidad: la repetición de las conductas, el modus operandi, el objetivo específico del patrón (dentro de la política) y las afectaciones diferenciadas a las víctimas (Michalowski et al., 2020). Por ello los cuadros sinópticos usan las mismas categorías.

<p>entre 1982 y 2012, la política de privar de la libertad a civiles para financiar sus operaciones a través del pago para obtener la libertad (Sección C2)</p> <p><i>Política tácita:</i> “en su dimensión de facto, la política consistía en la privación de la libertad indiscriminada en búsqueda de dinero para financiar la organización armada, y el asesinato y la desaparición forzada como la consecuencia posible por la falta de pago” (párr. 264).</p>	<p>Incursiones armadas para realizar el plagio en zonas donde no había control territorial</p>		<p>Sur</p>	<p>332</p>
	<p>Pescas milagrosas, retenes y secuestro de empleados</p>		<p>Sur. 337</p>	<p>Victimización de Roberto Lacouture. 341</p>
			<p>Caribe. 339</p>	<p>343</p>
			<p>Noroccidental. 351-358</p>	<p>356-358</p>
	<p>Privaciones de la libertad como continuo de la extorsión (secuestro extorsivo)</p>	<p>Privación de la libertad de miembros de familias dueñas de fincas ganaderas y productivas.</p>	<p>Caribe. 340</p>	<p>343</p>
			<p>Magdalena Medio. (345)</p>	<p>349</p>
<p>Occidental y Bloque Móvil Arturo Ruiz. 359</p>			<p>363-364, 366-368</p>	
		<p>Comando Conjunto Central. 369</p>	<p>373-375</p>	

Fuente: elaboración propia

Igualmente, la descripción de la política 2 está gobernada por el objetivo (dentro de la política) de forzar el intercambio de cautivos por guerrilleros presos. La descripción de su implementación enfatiza en el *modus operandi* a la hora de describir los patrones: primero se describe una serie de tomas a bases militares y después una serie de casos ilustrativos de varios modos de cometer los delitos con diferentes tipos de víctimas civiles.

POLÍTICA 2	PATRONES (implementación de la política)	Bloque que ejecuta	Hechos ilustrativos. párr.
	<i>Modus operandi</i>		
<p>Las FARC-EP tenían una política de privar de la libertad a civiles, así como a militares y policías puestos fuera de combate, para forzar un</p>	<p>Tomas a bases militares: las Delicias (397), Cerro de Patascoy (398)</p>	<p>Noroccidental</p>	<p>Óscar Tulio Liscano, Guillermo Gaviria y Gilberto Echeverri. 415-418</p>

intercambio por guerrilleros presos (Sección C4)	base militar El Billar (401), Mitú (402) y Miraflores (403).	Caribe	Fernando Araújo Perdomo y Consuelo Araújo Noguera. 419- 421
		Occidental y bloque móvil Arturo Ruiz	Doce Diputados del Valle del Cauca. 422- 427
		Sur y Oriental	Doce civiles cautivos para forzar el intercambio por guerrilleros presos. 428- 445

Fuente: elaboración propia

La descripción de la política 3 presenta una particularidad en términos de los objetivos. Por un lado, se enuncia el control territorial como el que define a la política misma y, además, por otro lado, en la descripción de la implementación de la política se plantean algunos objetivos específicos de la misma, tales como identificar enemigos, castigar o imponer trabajos forzados.

POLÍTICA 3	PATRONES (implementación de la política)			Bloque que ejecuta	Hechos ilustrativos. párr.
	<i>Modus operandi</i>	Objetivo	Afectaciones diferenciadas a las víctimas		
Las FARC-EP tenían como política privar de la		Privaciones de la libertad de civiles para identificar enemigos.		Oriental	467
				Sur	505
				Caribe	516
				Noroccidental	533

libertad a civiles como parte de sus dinámicas de control social y territorial (Sección C5)			Occidental	545	
			Magdalena Medio	562	
			Comando Conjunto Central	576	
		Privaciones de libertad de civiles para identificar “enemigos” y realizar trabajos forzados.		Sur	492
		Privaciones de la libertad de funcionarios públicos y otros civiles que ejercen presencia institucional.	Oriental	469	
			Sur		
			Caribe	520	
		Privaciones de la libertad como castigo o para imponer trabajos forzados.	Occidental	549	
			Oriental	484	
			Caribe	524	
	Noroccidental		538		
	Occidental		553		
		Magdalena Medio	569		

Fuente: elaboración propia

A su vez, la Sala describe un patrón transversal a las tres políticas que identificó. La descripción de este patrón (como conjunto de hechos repetidos), no obstante, hace un énfasis general en el trato violatorio de la dignidad humana. La manera de describir este patrón enfatiza en algunos objetivos específicos de los malos tratos a los cautivos, también en los malos tratos en sí mismos como forma de comisión o en las propias características de las víctimas.

PATRÓN TRANSVERSAL	Objetivo//Modus operandi	Afectaciones diferenciadas// Modus operandi	Hechos ilustrativos. párr.
El trato brindado a los cautivos fue violatorio de la dignidad humana (Sección C.6, 580-591)	Las FARC-EP encadenaron y amarraron a los cautivos como forma de castigo y humillación (Sección C.6.1.)		592- 602 [con ejemplos de cada frente]
		Las FARC-EP obligaron a los cautivos a efectuar marchas forzadas sin consideración a sus circunstancias de vulnerabilidad (Sección C.6.2.)	603-610

	Las FARC-EP agredían a los cautivos con golpes, gritos, burlas y otros malos tratos físicos y psicológicos como forma de castigo, intimidación y coacción (Sección C.6.3.)		611-621
		En las privaciones de la libertad las víctimas de la antigua guerrilla de las FARC- EP vieron vulnerada su intimidad (Sección C.6.4.)	622-625
		Las privaciones de la libertad de las víctimas de la antigua guerrilla de las FARC- EP ocurrieron en zonas campamentarias en las que no se preservó su integridad física y dignidad (Sección C.6.5.)	626-627
		Las FARC-EP usaban las amenazas de muerte y simulacros de fusilamiento como castigo, intimidación y humillación (Sección C.6.6.)	628-632
		Las FARC-EP privaron a los cautivos de condiciones de sanidad e higiene necesarias para el cuidado de su integridad (Sección C.6.7.)	633-638
		Las FARC-EP omitieron la atención en salud causando mayores riesgos a la vida e integridad de las víctimas (Sección C.6.8.)	639-644
		Las FARC-EP brindaron alimentación inadecuada o insuficiente como humillación o castigo (Sección C.6.9.)	645-646
		Las FARC-EP cometieron actos de violencia sexual contra los cautivos que son hechos de especial gravedad (Sección C.6.10.)	647-650

Fuente: elaboración propia

2.4 La aclaración del Magistrado Parra Vera

El Magistrado Parra Vera aclara su voto en relación con algunos aspectos que parece querer dejar planteados como bases para futuras decisiones. Así, en relación con los patrones indica que:

- a) Debe analizarse con más detalle la afirmación de la Sala sobre el carácter aislado de la violencia sexual y el desplazamiento forzado en relación con el secuestro. Estima que el Auto 19 (párr. 728) califica como aislados estos hechos sin estimación de la escala de análisis y sin evaluar evidencia suficiente para argumentar su insignificancia, cuando, a su juicio, podría tratarse también de patrones de macrocriminalidad (párr. 30 y ss. de la Aclaración de Voto).
- b) La determinación de los patrones no requiere, a su juicio, un número especial de víctimas acreditadas (párr. 35 de la AV).

c) Los patrones se deben determinar a partir del análisis fáctico:

[...] el análisis de hechos en conjunto es el que contribuye a construir los patrones y, en ese sentido, es ese análisis de los hechos el que permite establecer cuál puede ser el más ilustrativo. En este sentido pueden existir narrativas donde la alusión a una mayor cantidad de hechos, no solo algunos escogidos como ilustrativos, pudiera ser pertinente, por ejemplo, la alusión a diversos hechos que documentan niveles de gravedad asociados a los elementos de los crímenes internacionales (párr. 38 de la AV).

d) Según el Magistrado, también está por definir lo que se entiende por “hechos de especial gravedad” pues, en su interpretación, algunos de los hechos recabados en el Auto puede que no tengan “la proyección” para demostrar la existencia de un patrón:

En decisiones futuras la Sala podrá precisar con mayor detalle el alcance de expresiones como “hechos de especial gravedad”, dado el desafío de comparar entre hechos tan atroces como los que se han analizado en el Auto 19. También es relevante resaltar que pueden existir hechos que en este avance inicial no tienen una proyección cuantitativa y cualitativa para demostrar la existencia de patrones, pero que por su especial gravedad la Sala los documenta para efectos de su imputación. (párr. 41 de la AV)

Por su parte, en relación con el concepto de “política”, Parra Vera realiza las siguientes acotaciones:

La Sala avanza en determinar que esa política puede ser expresa o puede ser implícita o tácita, “en cuanto se puede inferir la intención de la organización armada de cometer los hechos reflejados en los patrones de violencia” [cita el párrafo 229 del Auto 19/21]. En esta Aclaración quiero complementar estas consideraciones para resaltar que, si bien en el Caso 1 se estima pertinente avanzar con políticas de 19 años de alcance, miles de hechos y con escala nacional, en el derecho internacional penal existen diversos casos donde la escala de esta “política” es mucho más acotada en términos de su dimensión tanto temporal como cuantitativa. En mi opinión, los diversos macrocasos priorizados podrán determinar la existencia de “políticas” más acotadas, sea de alcance nacional o territorial. Asimismo, corresponderá analizar en el futuro casos donde la política se

derive de omisiones, tal como lo contemplan los Elementos de los Crímenes cuando se señala que “esa política, en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo. La existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización. (párr. 47 de la AV)

Aclara también que los crímenes de lesa humanidad no exigen el elemento de sistematicidad, el cual tampoco es sinónimo de “política”:

Por otro lado, la existencia de una política en la comisión de un crimen de lesa humanidad no exige que el ataque sea también sistemático. Como han señalado distintas Salas de la CPI, mientras el elemento de la política y el carácter sistemático de los crímenes de lesa humanidad están relacionados en cierto modo, “esto no significa que los términos “política” y “sistematicidad” sean sinónimos”. La sistematicidad se refiere a la naturaleza organizada del ataque que refleja patrones de crímenes. Así, mientras una política tiene normalmente un carácter más general y tiene como fin eliminar, perseguir o debilitar a cierta comunidad o población civil, la naturaleza sistemática del ataque se encuentra en la acción planeada y repetida ejecutada contra una población civil. (párr. 53 de la AV)

Posteriormente, se detiene en lo que, a su juicio, constituyen características flexibles del elemento “política” en los crímenes de lesa humanidad, acudiendo a un excursus de jurisprudencia internacional:

Así, la política puede ser implícita, no tiene que estar formalizada ni mencionada expresamente, y no tiene por qué estar definida en términos precisos. Además, aunque puede tener valor como prueba, el Estatuto de Roma no requiere demostrar un “motivo” o “finalidad” subyacente a la política para atacar a la población civil. La política puede inferirse de la manera como ocurren los hechos, en particular, de la improbabilidad de que los hechos ocurrieron aleatoriamente. No es necesario que la política muestre la previsión de cada uno de los crímenes específicos que formaron parte del ataque. La política puede crecer, variar y desarrollarse con el tiempo, de forma que su existencia o no existencia debe considerarse a la luz de la totalidad del progreso de la política. (párr. 55 de la AV)

2.5 Análisis

El uso de políticas, planes y patrones en la investigación macrocriminal que ha iniciado la JEP es importante para definir la manera en que desarrollará su mandato. El Auto 19, al tratarse de la primera decisión que avanza al respecto, da luces sobre algunos elementos analíticos que requieren de mayor claridad. Vale la pena resaltar el arduo trabajo de contrastación de distintas y variadas fuentes de información, el análisis de la estructura armada y su jerarquía, la consideración de distintas visiones y la imputación de las políticas. Sin embargo, la decisión también deja algunos escenarios analíticos que requieren mayor desarrollo para optimizar la investigación macrocriminal.

La definición de planes y patrones propuesta no da claridad sobre si existe jerarquía o transversalidad entre estos conceptos y el papel que podrían llegar a tener en una escala distinta al ámbito nacional. La amplitud de la definición de patrón y de política hace difícil comprender cuál de los dos conceptos es el más general y hasta dónde llega su alcance explicativo en términos de la intencionalidad de cometer los crímenes. En la medida en que se analiza la escala nacional, tampoco es muy claro si pudieran y cómo aplicarse los conceptos de patrones y políticas en escalas territoriales, y si esta aplicación permitiese describir el fenómeno macrocriminal e identificar a los máximos responsables.

El uso de los términos política y patrón es confuso en algunas secciones de la decisión. Por ejemplo, pese a que la decisión identifica tres “políticas” (secuestro para financiar la organización, secuestro de civiles y agentes del estado para forzar el intercambio por guerrilleros presos y secuestro como forma de control territorial), en el párrafo 65 se refiere a estas mismas como “patrones”. Adicionalmente, en algunos apartes de la decisión se equipara directamente a las políticas con los planes (párr. 231), mientras que en otros parece que los planes son instrumentos de menor jerarquía que sirven para implementar las políticas en niveles inferiores de la estructura armada (párr. 814, 819).

El concepto de “políticas tácitas” tampoco queda del todo claro, sobre todo en la manera en que pueden ser imputadas a integrantes que no hacen parte de la cúpula en las etapas sucesivas que plantea la estrategia de investigación. De hecho, hay 12 menciones a la dimensión “de facto” de la política y 9 menciones a la política “tácita”, sin que se distinga entre lo “tácito” y lo “de facto” en términos de la intencionalidad, es decir, de si se puede derivar siempre una

intencionalidad de este tipo de políticas o no. Cabe resaltar que, justamente esta intencionalidad es lo que permite distinguir a las políticas según su propósito.

Ante estas ambigüedades, la aclaración de voto del Magistrado Parra Vera, aunque trata de abrir las perspectivas sobre cómo debe entenderse “la política” en el marco de la macrocriminalidad, incurre en una definición tautológica que le resta claridad analítica al debate cuando indica que: “La política puede crecer, variar y desarrollarse con el tiempo, de forma que su existencia o no existencia debe considerarse a la luz de la totalidad del progreso de la política” (párr. 55 de la aclaración de voto).

De este modo, conviene considerar los aspectos en los que el Auto 19 requiere de mayor claridad para avanzar en la conceptualización y clarificación de las herramientas analíticas (políticas, planes y patrones en la investigación macrocriminal) para casos futuros.

En primer lugar, debe hacerse explícita la priorización interna del macrocaso. Pese a que el Auto anuncia la coordinación con casos territoriales para indagar en los Bloques de las ex FARC, la JEP debería ofrecer más claridad y publicidad sobre los pasos siguientes en la investigación macrocriminal. A este respecto seguimos a la Comisión Colombiana de Juristas cuando señala que en “el Auto 019 de 2021 no se hace pública la estrategia de priorización efectuada, lo cual debería señalarse expresamente en cada decisión similar en los casos y situaciones abiertas por la JEP, siendo relevante para el entendimiento y comprensión de su labor por parte de las víctimas y las organizaciones de la sociedad civil”.⁶

En segundo lugar, la publicación de la priorización interna es necesaria para afrontar los problemas de definición de la escala de la investigación macrocriminal señalados, por ejemplo, en la aclaración del Magistrado Parra Vera y en las críticas relacionadas con la aplicación del enfoque de género. Este ejercicio es necesario para definir con mayor claridad los conceptos de patrones y políticas de macrocriminalidad y los ámbitos de aplicación.

En efecto, la afirmación del Auto 19 sobre el carácter aislado de la violencia sexual y el desplazamiento forzado (párr. 728) puso de presente las zonas grises generadas por la falta de claridad de los conceptos de patrón y de política y los ámbitos en que deben aplicarse. El Magistrado Parra Vera indicó que esta

⁶ CCJ-Observatorio de la JEP. Boletín No. 31 (15 de abril de 2021), p. 8

afirmación se debía a la falta de estimación de la escala de análisis y de evaluar evidencia suficiente para formarse un juicio sobre la existencia o no de un patrón⁷. En ese sentido se pronunciaron algunas organizaciones sociales que estimaron que no se había aplicado una perspectiva de género en la investigación pues los hechos de violencia sexual, a su juicio, fueron minimizados.⁸ Algunos de estos problemas podrían afrontarse con definiciones más claras y con la fijación de la escala del análisis mediante la publicación de la priorización interna de los casos.

En tercer lugar, en términos metodológicos es recomendable estimar que los planes y las políticas desempeñan dos funciones equivalentes: expresar el propósito o finalidad del accionar macrocriminal e identificar los niveles de responsabilidad para efectos de la selección según el rol esencial que desempeñen los responsables en los planes y las políticas o en su ejecución. Por ello, deberían usarse de manera consistente como una sola categoría dentro de la dogmática futura de la JEP. En efecto, el Auto 19 ofrece una definición de política: “el direccionamiento hacia un objetivo de la organización armada” (párr. 228) y el “conjunto de planes o directrices de la organización armada que se reflejan en los patrones identificados” (párr. 231). Proponemos usar esta noción amplia y entender conjuntamente que tanto planes como políticas (que en adelante llamamos de violencia organizada en contra de la población civil-PPVO⁹) cumplen las mismas funciones metodológicas y se refieren a los lineamientos o decisiones estratégicas de diseño, formulación o planeación, explícitas o tácitas, que orientan el accionar macrocriminal.

En cuarto lugar, los patrones, planes y políticas como herramientas metodológicas dotadas con mayor claridad, podrían ser sumamente útiles en la investigación macrocriminal. Los patrones de macrocriminalidad, entendidos por la SRVR como la “repetición no accidental de una conducta delictiva similar en cuanto a sus finalidades, modo de comisión, y características de las víctimas” (párr. 230), son herramientas analíticas para inferir la existencia de políticas y

⁷ Aclaración de Voto del Magistrado Oscar Parra Vera (párr. 30 y ss.)

⁸ Pronunciamiento de la Alianza Cinco Claves. <https://www.humanas.org.co/wp-content/uploads/2021/03/10-03-21-Pronunciamiento-5-Claves-sobre-Auto-del-001.pdf>. Algunas de estas críticas responden a la falta de claridad sobre la escala de análisis para aplicar los conceptos de patrones y políticas de macrocriminalidad.

⁹ 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, pp. 70-72, 93. Disponible en: <https://www.dejusticia.org/publication/a-quienes-sancionar/>. En esto seguimos particularmente a la Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-579 de 2013. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: agosto 28 de 2013), fundamento jurídico 8.2.3.

caracterizar los crímenes. Esto incluye la inferencia de políticas tácitas, entendidas por la SRVR como aquellas que: “se puede [n] inferir [de] la intención de la organización armada de cometer los hechos reflejados en los patrones de violencia” (párr. 229).

Con todo, hace falta más claridad sobre los elementos que componen a los patrones de macrocriminalidad y aquellos que la Sala decide enfatizar como elementos que los definen y distinguen de otros. En el caso de las políticas la Sala diferenció enfatizando en el propósito que estas perseguían. Sin embargo, los patrones se describen sin un hilo conductor que permita diferenciarlos entre sí. De hecho, la Sala indica que existe un “patrón transversal” pero, como ya se anotó, no es clara la relación entre estos y las políticas o los planes.

Finalmente, la manera en que los patrones permiten determinar a los máximos responsables tampoco es del todo clara, a pesar de que la decisión anuncia desde el principio que esta será una de las funciones del concepto de patrones. En efecto, la responsabilidad está determinada por las políticas: si se ha jugado un rol en las políticas y si se reconoce responsabilidad generalizada por ellas, entonces es posible realizar imputaciones

3 Máximos responsables y partícipes determinantes

3.1 Definición

Las expresiones “máximos responsables” y “partícipes determinantes” se mencionan al inicio de la decisión (párr. 26, 28, 30) para indicar que estas cuentan con sustento constitucional en la medida en que es función de la JEP individualizar a los responsables y a este respecto se rescatan citas textuales de la Corte Constitucional (ver el párr. 232, nota al pie 440). Sin embargo, no se elabora una definición clara de ninguno de los dos conceptos.

Lo que puede inferirse como elemento definitorio del concepto de máximo responsable es que se trata de “[...] quienes ordenan las políticas, expresas y tácitas, que dirigen el accionar de la organización armada, y son sus órdenes, junto con el control que tienen sobre la organización armada, las que fundamentan su responsabilidad individual” (párr. 225). Como “dirigentes de la organización armada” (párr. 231), su responsabilidad se basa en la emisión de órdenes y en el control sobre las personas que obedecen dichas órdenes:

[...] en el contexto de graves violaciones a los derechos humanos, la responsabilidad penal de los dirigentes de la organización armada surge de las políticas que ordenaron y que resultaron en crímenes internacionales” (párr. 231)

[...] la responsabilidad de estos dirigentes en cuanto máximos responsables surge tanto de la emisión de órdenes, como del contexto que les permite controlar a las personas que obedecen estas órdenes cometiendo directamente los crímenes”. (párr. 231, nota al pie 439)

De esta manera, la Sala enfatiza en los tipos de órdenes que daba el Secretariado de las FARC-EP y la forma en que se tomaban las decisiones. Es decir, los máximos responsables serían aquellos que dirigían las políticas y daban las órdenes que deberían ser implementadas por la estructura organizacional, para lo cual el Auto describe varios tipos de decisiones:

- a) “por consenso o votación con el método asambleario de presentación de temas, deliberación y decisión, y es a esto que hace referencia el principio del “centralismo democrático.” Las decisiones así tomadas no correspondían al funcionamiento cotidiano, sino que eran decisiones estratégicas de la organización,

es decir, las decisiones referentes a los objetivos de la organización y el modo general de alcanzarlos”;

- b) “En una segunda forma de toma de decisiones en las FARC-EP, estas las tomaba un grupo de comandantes en un mando colegiado. Así se tomaban las decisiones operacionales y tácticas que implementaban las decisiones estratégicas, y se materializaban en planes correspondientes a la actuación de varias unidades militares en un territorio amplio (decisiones operacionales) y planes y órdenes concretas referentes a acciones específicas en territorios y situaciones concretos (decisiones tácticas). La toma de decisiones colegiada no implicaba hacer una asamblea, presentar temas y generar votaciones, sino discutir y llegar a consensos donde la jerarquía de quién presentaba sus opiniones tenía un peso importante, y podía dominar en mayor o menor grado la toma de decisiones que en principio era colegiada”; y
- c) “el tercer tipo de mando era individual sobre la unidad militar, pero este se ejercía en los niveles inferiores de la jerarquía. El mando individual era el que primaba especialmente en los niveles inferiores al frente, como eran la columna, guerrilla y la escuadra, así como en las distintas comisiones. Sin embargo, era parte importante de la cultura de la organización que a fin de cuentas se concebía como una organización militar en la que la obediencia al mando era muy importante a todo nivel.” (párr. 122, 123 y 124).

La decisión anuncia que en los niveles inferiores de toma de decisiones la responsabilidad se establecerá con posterioridad (párr. 224), sin indicar explícitamente si dicha responsabilidad será objeto de selección y si esta selección también se hará en calidad de máximos responsables.

Igualmente, importante resulta ser, para la Sala, mostrar el control efectivo de los dirigentes de la organización armada sobre sus subordinados describiendo la organización burocrática de las FARC-EP para justificar la autoría o coautoría mediata. Para esto se vale de la categoría de la responsabilidad de mando por acción u omisión (párr. 98) y de la descripción del Secretariado como la cúpula de la organización armada (párr. 130), así como de las decisiones que, a título individual, pero a nombre del Secretariado, tomaban los coordinadores de Bloque (párr. 133, 134 y 137).

En este sentido, la cuestión de determinar la responsabilidad de mando de los dirigentes en otros niveles de decisión y el rol de los sujetos en la aplicación de las órdenes se pospone para futuras decisiones de carácter territorial (párr. 140 y 141), en la medida en que, según la Sala, en esa escala sí puede determinar “el dominio ejercido por el comandante de cada bloque” (párr. 142). Así, en la escala local estaría la responsabilidad de los comandantes y estados mayores de frentes (párr. 144), pues eran “la unidad militar básica del control territorial de las FARC-EP para la implementación de las decisiones estratégicas y operacionales tomadas en el plano nacional y regional.” (párr. 144). En esta escala se aplicarían los mismos criterios (órdenes o toma de decisiones, poder de mando o dominio de la organización y conocimiento del crimen) (párr. 794 y 798).

3.2 La selección en las aclaraciones de voto

3.2.1 El Magistrado Parra Vera

El Magistrado Parra Vera se refiere a la selección tanto de responsables como de hechos, pero parece diferirla a la resolución de conclusiones:

Quisiera resaltar que la Sala de Reconocimiento, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1957 de 2019, estatutaria de administración de justicia de la JEP, en su artículo 19, debe atender dos mandatos transicionales que se traducen en dos dimensiones: por una parte, concentrar el ejercicio de la acción penal en aquellos que tuvieron la participación determinante (lo que se traduciría en la selección subjetiva o personal) en los hechos más graves y representativos (selección objetiva o fáctica). Cuando se introduce la idea de la selección como punto de llegada, implica que esta opera en fases avanzadas del proceso (por ejemplo, en eventuales remisiones a la Unidad de Investigación y Acusación y a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas) y, en particular, en la resolución de conclusiones (que conduciría a eventuales remisiones a la Sección con Reconocimiento de Responsabilidad del Tribunal para la Paz). En esas fases avanzadas podrá establecerse frente a quiénes la Sala recomendará la imposición de sanciones propias o remitirá para adelantar un juicio adversarial ante la UIA (selección positiva) y frente a quienes se recomendará el uso de los distintos mecanismos de renuncia de la acción penal (selección negativa). (párr. 6 de la aclaración de voto)

En efecto, sugiere que esta no es una discusión cerrada y que se irá decantando con las decisiones subsiguientes al Auto:

En decisiones futuras la Sala irá precisando lo que podría corresponder a la eventual selección de hechos, en el marco de un análisis macrocriminal. También corresponderá organizar gradualmente las estrategias de decisión respecto a miles de comparecientes que tienen responsabilidad en estos graves hechos. No será lo mismo adoptar decisiones de selección de personas que una selección de hechos, en el marco de un análisis macrocriminal. De allí que el camino hacia esas decisiones debe ser un camino claro y transparente, y con debida participación de las víctimas. (párr. 7 de la aclaración de voto)

Posteriormente indica que el Auto 19 no constituye una decisión de selección de hechos. Para ello cita textualmente la decisión: “[...] la Sala hace una aclaración respecto a la escogencia de hechos ilustrativos en este Auto. Esta escogencia no corresponde a una selección de hechos a imputar y de hechos que al no ser seleccionados no serían imputados” (párr. 232).

3.2.2 La Magistrada Izquierdo Torres

La aclaración de voto de la Magistrada Izquierdo Torres aclara su voto en el sentido de que:

[...] por tratarse de un auto que determina los hechos y conductas a imputar, la Sala de Reconocimiento no ha debido limitarse a señalar que no se realiza una “selección” sino una “escogencia”, sino que ha debido precisar por qué no se trata de esta figura; o si se trata de una priorización interna; o si la selección es un proceso que se realiza en varias etapas y culmina con una decisión definitiva de selección; o la argumentación que en su autonomía considere, pero que permita a los sujetos procesales e intervinientes especiales tener claridad sobre el momento en que podrán ejercer el recurso de apelación. (párr. 8 de la aclaración de voto)

3.3 Análisis

Los intentos por definir a los máximos responsables en el Auto 19 son considerables y deben ser vistos a la luz de las categorías de investigación macrocriminal señaladas en la primera parte. El hecho de que la investigación macrocriminal haya iniciado por la cúpula de la organización parece simplificar la determinación de la más alta responsabilidad. A este respecto vale la pena resaltar algunos rasgos de los máximos responsables que son fijados en la decisión, tales como dar las órdenes, ser dirigentes de la organización armada y participar en la dirección de las políticas de orden nacional. Aquí parece que la

jerarquía dentro de la organización juega un papel fundamental para determinar si se trata de máximos responsables o no. Al menos eso parece inferirse cuando se trata de la judicialización de las cúpulas de una organización armada.

El enfoque del Auto 19 parece estar acorde con algunos lineamientos dados por la Sección de Apelación en una decisión posterior. En particular, respecto a una de las dos modalidades de máximo responsable (por liderazgo) a la que responde, según la Sección de Apelación:

(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 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.¹⁰

No obstante, pensando en los casos futuros que la SRVR tiene que decidir, algunos elementos merecen mayor claridad y desarrollo.

En primer lugar, el Auto 19 no indica explícitamente que realiza imputaciones a los máximos responsables. Esta premisa es implícita cuando indica que, en el caso del Secretariado de las FARC-EP, “Su responsabilidad se concentra, como se argumentará en la parte considerativa, en la toma de decisiones y en la expedición de órdenes que justamente serán determinadas mediante este auto [...]” (párr. 25). Este análisis de por qué son máximos responsables debería hacerse explícito.

La Sala tampoco indica si el Auto de determinación de hechos y conductas constituye una decisión de selección de los responsables. Esto nunca se enuncia en forma explícita, como tampoco los criterios para determinar si se hace o no la selección. La decisión tampoco señala si se trata de una decisión de preselección en el sentido de que los individuos imputados serán seleccionados si al final del proceso dialógico no se logra demostrar que no ostentaban la máxima responsabilidad.

La ausencia de estas definiciones y premisas deja preguntas abiertas sobre la responsabilidad que se endilgará en los futuros casos territoriales que se

¹⁰ 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. 57.

anuncian. Respecto al examen del rol que desempeñaron comandantes de rango medio, que dominaron en menor grado la toma de decisiones o el control de la organización: ¿serán objeto de selección? ¿serán considerados máximos responsables? La falta de criterios explícitos sobre estos elementos no contribuye a la claridad analítica en la investigación.

En segundo lugar, vale la pena llamar la atención sobre la conveniencia de la distinción entre máximos responsables por liderazgo (relativamente determinados en el Auto 19 refiriéndose a la cúpula) y máximos responsables por participación determinante. En el primer caso, el liderazgo en las políticas o los patrones es el definitorio, en el segundo lo es la participación determinante. En efecto, habrá responsables cuya selección se justifica por su grado de responsabilidad, aunque no hayan participado en las decisiones que fijaron los planes o políticas o las direccionaron (no hayan tenido liderazgo), pero que contribuyeron *“efectivamente a que una estructura armada ejecute un PPVO o a que se configure un patrón de macrocriminalidad contra la población civil.* Puede o no tener un grado de liderazgo dentro de la misma, pero no el suficiente para modificar el PPVO”¹¹.

A esta categoría parece referirse la SA cuando caracteriza una segunda modalidad de máximo responsable (por participación, la primera siendo por liderazgo), aunque no define con claridad el énfasis en la ejecución. Dice la SA que a esta modalidad responde:

(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. (párr. 57).¹²

Estos responsables, debido al rol determinante que desempeñaron son claves para la investigación macrocriminal que efectúa la JEP, en términos de los aportes a la verdad y el esclarecimiento de las responsabilidades como en términos de la dimensión restaurativa y reparadora. Adicionalmente, seleccionar a los máximos

¹¹Michalowski, Et. al., (2020), op. Cit. p. 67.

¹² 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. 57.

responsables por participación permitiría distinguir entre niveles de responsabilidad (participación determinante con selección obligatoria y participación no determinante con selección optativa).

El concepto de máximo responsable por participación ayudaría a precisar aspectos que la Sala, en el Auto 19, adecuadamente distingue a partir de las normas de las FARC-EP, las órdenes de la cúpula y la ejecución efectiva de unas y otras (ver párr.149). Asimismo, la Sala apela a la consideración de la estructura burocrática para fundamentar la omisión, dada la existencia de un régimen disciplinario dentro de la organización (párr. 152), por ejemplo, por no tomar los correctivos necesarios para evitar el maltrato a los secuestrados (párr. 583, 585 y 586).

En tercer lugar, conviene estimar que imputar la política puede ser una forma limitada de concebir la responsabilidad en el marco de la investigación macrocriminal. Esto, especialmente en aquellos en los que no es necesario o no es posible acreditar la existencia de una política. En estos casos, valdría la pena imputar los patrones de macrocriminalidad y no solamente las políticas, usando una descripción más clara de los patrones y de la diferencia analítica entre ellos para justificar la selección de los responsables.

Imputar los patrones y no solo las políticas de macrocriminalidad permitiría vislumbrar con mayor claridad los roles desempeñados por los responsables para efectos de la selección. Así se podría distinguir entre aquellos responsables por su rol en la política y aquellos responsables por su rol en los patrones de macrocriminalidad. Esto permite, a su vez, establecer distintos niveles de responsabilidad según el rol desempeñado en la comisión de los crímenes. Por ejemplo, ahondando en aquellos patrones que se ejecutaron, como el patrón transversal que se caracterizó en el Auto 19, y en quienes los llevaron a cabo.

Por último, a tono con la reciente decisión de la Sección de Apelación (TP-SA 230/21) conviene tener en cuenta que la máxima responsabilidad no es equivalente a una categoría de imputación. Por eso, aunque en el caso de las ex FARC era factible usar la modalidad de imputación por responsabilidad de mando, y podría pensarse en una equivalencia entre los mandos y los máximos responsables, esto no necesariamente siempre es así¹³, como lo indicó la SA:

¹³ Llamamos la atención sobre este tema en Michalowski, et. al., (2020), p. 68.

Los criterios para materializar los instrumentos de la política criminal para la transición hacia la paz no deben confundirse con las formas propias de la dogmática penal enderezadas a determinar la autoría o el tipo de participación de un individuo en una conducta típica específica. Esto implica, por una parte y como ya se indicó, que la calidad de máximo responsable en las modalidades de liderazgo o participación no está determinada por la calidad de autor o partícipe en los delitos concretos. Haber tenido un rol esencial, en los términos arriba expuestos, no es un resultado coextensivo a la conclusión de autoría o participación en crímenes puntuales. En otras palabras, 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. Por eso es importante diferenciar los criterios de selección de aquellos de imputación. (TP SA 230/21 párr. 60)

La no equivalencia entre la máxima responsabilidad y las categorías de imputación también parece inferirse en el caso de las políticas que no se imputaron a algunos de los integrantes del ex Secretariado de las FARC- EP. Esta sección de la decisión plantea algunas dudas sobre qué se debería entender como rol esencial y participación determinante. Mientras que a algunos no se les imputan algunas políticas por no participar en su ejecución, a otros se les excluye por no participar en la toma de decisiones y la emisión de órdenes. Con todo, no se distingue entre estos roles respecto a la política y a los patrones de macrocriminalidad, sino que simplemente no se hace la imputación.

En el caso de Pastor Alape la Sala no lo encontró responsable por la política de canje o intercambio de secuestrados porque no hacía parte del Estado Mayor en 1997 ni en 2001 y dirigió un Bloque que no tuvo cautivos (párr. 893). De esta política “de canje” de civiles tampoco se acusa a Julián Gallo por no haber hecho parte del secretariado cuando se adoptó y por no cumplir un rol esencial en su ejecución, dado que ocupaba un cargo de suplencia dentro del Secretariado y, además, como comandante del Frente Urbano Antonio Nariño, dice la Sala “tampoco es responsable por la implementación de la política, en cuanto ninguna fuente reporta hechos de este tipo cometidos por este Frente” (párr. 903). A Julián Gallo tampoco se le imputa la política de secuestro con el fin de ejercer control territorial por las mismas razones y porque el Frente que dirigía “no ejercía control territorial” (párr. 904).

Por su parte, a Rodrigo Granda no se le imputa directamente ningún hecho o patrón por no haber ejercido mando de tropa, pero este no es exonerado de responsabilidad pues “en el periodo priorizado por la Sala (1993-2012) participó, con otros comandantes, en la adopción de los planes, políticas y acciones concretas” (párr. 908). Explica la Sala que:

[...] a pesar de que no tuvo combatientes directamente bajo su mando, Rodrigo Granda fue coautor mediato, por estos hechos, pues dada su posición de liderazgo, la participación en la toma de estas decisiones permitió poner en marcha el aparato criminal, concluyendo en la victimización de todos aquellos civiles que por los planes financieros de la organización armada vieron afectados sus más elementales derechos. (párr.- 909)

Con todo, a Granda no se le imputa por la “política” de canje ni el secuestro de civiles por control territorial mediante las mismas razones que a Julián Gallo: no haber sido parte del Secretariado cuando estas políticas se adoptaron.

4 Recomendaciones

4.1 Sobre el uso de políticas, planes y patrones en la investigación macrocriminal

- Es conveniente que la JEP haga de público conocimiento la priorización interna de cada macrocaso. Esto es importante tanto para la sociedad como para todas las partes interesadas, en especial las víctimas.¹⁴ El Auto 19 lo hace solamente en forma implícita, pues se infiere que avocó una estrategia de investigación de arriba hacia abajo, desde la cúpula (el ex Secretariado de las FARC-EP) hacia los bloques que conforman la estructura. Pero no son del todo claros todavía la escala ni el período en el que investigará a estos últimos.¹⁵
- Pese a que hay varias posibilidades para definir los patrones de macrocriminalidad a partir de la definición general que ofrece el Auto 19, en aras de la claridad analítica debería ser explícita la decisión sobre los elementos que los componen y, entre estos, aquellos elementos que se enfatizan para diferenciar entre patrones.¹⁶ El Auto 19 diferencia entre políticas según el propósito que persigan, sin embargo, cuando se trata de los patrones no enfatiza ninguno de los elementos con claridad, de manera que se pueda distinguir entre políticas y patrones.
- Los conceptos de plan y política deberían usarse como sinónimos que expresan el propósito o intencionalidad del accionar macrocriminal. Además, sería conveniente que las definiciones de “plan (común)” o “política” de macrocriminalidad (expresa o tácita), así como la de patrón de macrocriminalidad, se usen como metodología para investigar todos los crímenes de sistema cometidos en el conflicto armado y de competencia de la JEP. Esto debería aplicar en todos los casos, independientemente de que la estructura dogmática de los crímenes exija o no la existencia de una política o de la caracterización de su ejecución como un patrón.

¹⁴ CCJ-Observatorio de la JEP. *Boletín No. 31* (15 de abril de 2021), p. 8.

¹⁵ Un ejercicio de este talante se dio en el caso 003 mediante el Auto 033 de 2021 en el que se definió una estrategia de abajo hacia arriba enfocada inicialmente en la investigación de algunas dependencias militares en períodos de tiempo delimitados según el mayor impacto del fenómeno macrocriminal estudiado. JEP-SRVR. Asunto: Hacer de público conocimiento la priorización interna del Caso 03 denominado “muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado”. Auto 033 de 2021 (febrero 12, 2021).

¹⁶ Hicimos una propuesta de definición de estos elementos así como del concepto de política en un trabajo previo, Michalowski et al (2020), como hemos indicado en las notas al pie.

- Los conceptos de política y de patrones de macrocriminalidad deberían usarse en diferentes escalas de análisis en forma consistente. Las dos categorías son aplicables a distintas escalas locales, regionales o nacionales y no tienen una escala determinada de antemano, esto depende de la estrategia de investigación de cada caso. Por eso, es recomendable procurar el uso consistente de estas categorías en escalas similares o equivalentes de análisis en todos los casos, especialmente para delimitar con claridad la aplicación de enfoques intersecciones en la investigación macrocriminal.

4.2 Sobre el concepto de máximo responsable

- Sería conveniente que en las futuras decisiones de determinación de hechos y conductas la JEP no solo realizara las imputaciones, sino que explicara de manera explícita el vínculo entre estas y la calidad de máximo responsable. Debería quedar claro que estas decisiones realizan un ejercicio de preselección a través de una imputación preliminar.
- Para la selección como máximo responsable conviene usar herramientas conceptuales que permitan determinar el nivel de responsabilidad del compareciente según su rol en las políticas y en los patrones de macrocriminalidad. Una manera de determinar estos niveles de responsabilidad que justifican la selección es distinguiendo entre los roles esenciales que desempeñan los responsables:
- El liderazgo en las políticas o la configuración de los patrones, a quienes llamamos en estricto sentido máximos responsables de selección obligatoria y la SA los denomina máximos responsables en la modalidad de liderazgo;
- El rol esencial en la ejecución de los patrones de macrocriminalidad, a quienes hemos llamado partícipes determinantes y la SA denomina máximos responsables en la modalidad de participación.¹⁷
- Es conveniente considerar que los máximos responsables por liderazgo serían aquellos comparecientes que desempeñaron un *rol esencial* en los PPVO [Planes o Políticas de Violencia Organizada], en su diseño, formulación o planeación o en la dirección y control de una estructura armada para ordenar

¹⁷ Aunque cabe mencionar que la SA no precisa el significado que tiene la participación determinante en términos de la ejecución sino que deja el concepto abierto e indeterminado. Dos argumentos adicionales que planteamos y que deberían ser considerados por la JEP a propósito de la distinción entre máximos responsables y partícipes determinantes, consisten en que, por un lado, estos últimos son de selección optativa y no obligatoria, y por otro, permite diferenciar entre distintos niveles de responsabilidad. Este margen de discrecionalidad permitiría, a nuestro juicio, limitar el rango de punibilidad y ofrecer incentivos positivos (no sancionatorios) a quienes se comprometían con el Sistema Integral. Ver Michalowski, et al (2020).

o configurar los patrones. Así lo hace el Auto 19, al imputar al secretariado de las FARC-EP como aquellos dirigentes que ordenaron las políticas o que en el marco de un contexto determinado detentaban el control de la organización¹⁸.

- Es conveniente usar la descripción de los patrones de macrocriminalidad para identificar los niveles de responsabilidad en la ejecución de estos que justifican la selección de los responsables.¹⁹ Esto puede resultar de particular relevancia en aquellos casos en los que el rol desempeñado por los responsables esté directamente relacionado con la ejecución de los patrones, aunque no tomen decisiones de política o de dirección, como es el caso de lo que hemos denominado partícipes determinantes (o la segunda modalidad de máximo responsable según la SA Auto 230/21, máximo responsable por participación). También es importante cuando no sea totalmente claro o no se pueda inferir de los patrones la existencia de una política.
- Conviene imputar los patrones de macrocriminalidad a los partícipes determinantes (o máximos responsables en la modalidad de participación determinante según la SA) y no solamente considerar la imputación de las políticas de macrocriminalidad que se manifestaron en patrones (que bien aplican para los máximos responsables en la modalidad de liderazgo, según la clasificación de la SA). En tal sentido, la JEP podría enunciar los patrones con mayor claridad y detalle en relación con cada uno de sus elementos definitorios (reiteración, objetivos específicos, *modus operandi*, afectaciones diferenciadas sobre las víctimas), de modo que se facilite la caracterización de los roles esenciales en estos.

¹⁸ Según la decisión: “[...] la responsabilidad de estos dirigentes en cuanto máximos responsables surge tanto de la emisión de órdenes, como del contexto que les permite controlar a las personas que obedecen estas órdenes cometiendo directamente los crímenes” (párr. 231, nota al pie 439, Auto 19/21).

¹⁹ Esta observación está acorde con la caracterización de los máximos responsables que realizó recientemente la Sección de Apelación TP-SA 230/21 interesado Moreno Jaimes. En esta decisión indicó que existen dos modalidades, la modalidad de liderazgo y la modalidad de participación: “[...] la SA encuentra que un máximo responsable puede ser definido como aquel que haya tenido un “rol esencial” en la organización criminal. Puede clasificar en esta categoría (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 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, y (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.” (párr. 57). Aunque cabe señalar que estos lineamientos generales están lejos de permitir una diferenciación clara de la relación que pueden tener los máximos responsables, en cualquiera de estas dos modalidades, con los patrones y no solo con las políticas de macrocriminalidad.

- La máxima responsabilidad no debe ser entendida como una categoría de imputación sino como una categoría de selección. Esto significa que el máximo responsable no debe responder necesariamente al título de autor o coautor, sino que su rol esencial también puede estar dado por la participación como modalidad de imputación, por ejemplo, como cómplice.²⁰

²⁰ Así lo indicó recientemente la Sección de Apelación TP SA 230/21 párr. 60.

5 Referencias

- CCJ-Observatorio de la JEP. *Boletín No. 31* (15 de abril de 2021)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-579 de 2013. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: agosto 28 de 2013).
- JEP-SRVR. Asunto: Hacer de público conocimiento la priorización interna del Caso 03 denominado “muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado”. Auto 033 de 2021 (febrero 12, 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).
- JEP-SRVR. Retención ilegal de personas por parte de las FARC-EP. Caso 001, Auto SRVR 19 (enero 26, 2021).
- Michalowski, S. & Cruz-Rodríguez, M. Máximos responsables y sanciones inferiores a 5 años. Reflexiones preliminares sobre la Sentencia TP-SA 230/21. Documento de trabajo número 2 (3 jun 2021) *ETJN Working Papers Second Series*
- 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, pp. 70- 72, 93. Disponible en: <https://www.dejusticia.org/publication/a-quienes-sancionar/>
- Pronunciamento de la Alianza Cinco Claves. <https://www.humanas.org.co/wp-content/uploads/2021/03/10-03-21-Pronunciamento-5-Claves-sobre-Auto-del-001.pdf>). Algunas de estas críticas responden a la falta de claridad sobre la escala de análisis para aplicar los conceptos de patrones y políticas de macrocriminalidad.