

TARAPUÉS SANDINO, DIEGO FERNANDO, "Máximos responsables y participación determinante en la justicia transicional colombiana", *Nuevo Foro Penal*, 99, (2022).

Máximos responsables y participación determinante en la justicia transicional colombiana¹

Most responsible and decisive participation in the Colombian transitional justice

Fecha de recibo: 1/02/2022. Fecha de aceptación: 16/09/2022.

DOI: 10.17230/nfp18.99.4

DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO²

Resumen

Máximos responsables y participación determinante constituyen dos categorías jurídicas con mucha relevancia actual en la justicia transicional colombiana. Se trata de conceptos incorporados en la Constitución gracias a dos reformas constitucionales que han precisado aspectos puntuales que deben orientar la administración de justicia en este ámbito. Pese a su importancia, el desarrollo doctrinal y jurisprudencial de estas disposiciones normativas ha sido reducido, sobre todo frente al recién creado concepto de participación determinante. En ese sentido, este artículo se propone hacer un

1 El presente artículo hace parte del proyecto de investigación denominado: "El Tribunal para la Paz como Juez Constitucional: puntos de encuentro entre la justicia transicional y constitucional", presentado a la Maestría en Derecho Público de la USTA bajo la dirección del Prof. Dr. Carlos Cárdenas.

2 Profesor Titular de la Universidad Santiago de Cali. Investigador Asociado (MinCiencias). Investigador del Cedpal y del GICPODERI. Magistrado Auxiliar del Tribunal para la Paz (JEP). Abogado, Politólogo, Especialista en Derecho Penal y en Derecho Administrativo. Magister en Derecho Público. Master of Laws (LL.M.) y Doctorando en Derecho de la Universidad de Göttingen (Alemania). OrcID: <https://bit.ly/3HT5lmU> / Email: dtarapues@usc.edu.co

recuento normativo y jurisprudencial sobre ambas categorías jurídicas, con la finalidad de indagar en sus orígenes, alcances, convergencias y divergencias y a partir de ahí proponer algunos planteamientos frente a su uso práctico en la Jurisdicción Especial para la Paz.

Palabras clave

Máximos Responsables, Participación Determinante, Jurisdicción Especial para la Paz, Justicia Transicional, Reforma Constitucional, Derechos Humanos.

Abstract

Most responsible and decisive participation are two legal categories of great current relevance in Colombian transitional justice. These are concepts incorporated into the Constitution thanks to two constitutional amendments that have specified aspects that should guide the justice in this area. Despite their importance, the doctrinal and jurisprudential development of these normative provisions has been very limited, especially with regard to the recently created concept of decisive participation. In this sense, the purpose of this article is to review the normative and case law on both legal categories in order to determine their origins, scope, convergences and divergences and, to propose some approaches to their practical use in the Special Jurisdiction for Peace.

Keywords

Most Responsible, Decisive Participation, Special Jurisdiction for Peace, Transitional Justice, Constitutional Amendment, Human Rights.

Sumario

1. Introducción. 2. Bases indefinidas en el modelo de Justicia y Paz. 3. La constitucionalización de la figura de máximos responsables en el Marco Jurídico para la Paz. 4. Aparición de la expresión participación determinante en el Acuerdo Final de Paz y en el Acto Legislativo 01 de 2017. 5. Alcances jurídicos, convergencias y divergencias entre las expresiones máximos responsables y participación determinante. 6. Resultados y reflexiones finales.

1. Introducción

En el marco de la implementación de mecanismos judiciales y extrajudiciales de justicia transicional, creados para esclarecer de manera integral y holística las

graves violaciones a los derechos humanos acontecidas en el prolongado conflicto colombiano (caracterizado por la concurrencia de diversos conflictos armados no internacionales), se han gestado en el ordenamiento constitucional figuras que resultan novedosas para el derecho nacional. Tal es el caso de los conceptos de máximos responsables y participación determinante, los cuales no habían hecho parte del lenguaje jurídico nacional, ni siquiera en el ámbito del derecho penal ordinario. Estos dos conceptos han sido incorporados a la normatividad colombiana a partir de dos reformas constitucionales, cuyo origen a la vez se asocia con los problemas derivados de la implementación inicial de la justicia transicional a través de la Ley 975 de 2005.

En efecto, este modelo extraordinario de justicia llegó a Colombia hace un poco más de tres lustros con el modelo de Justicia y Paz. Si bien antes habían existido varios procesos de paz, algunos de ellos exitosos, nunca se había recurrido, en estricto sentido, a los mecanismos de justicia transicional para la superación de los graves episodios de violencia ocurridos en los diferentes conflictos armados no internacionales³. Solo con los desarrollos foráneos en materia de justicia transicional en los noventa, sumado a la entrada en vigor del Estatuto de Roma y a la consolidación de los principios internacionales sobre la lucha contra la impunidad derivada de fenómenos de macrocriminalidad, se entró en una nueva fase en la que institucionalmente el Estado colombiano fue consciente del redimensionamiento que debían tener los procesos de negociación de paz de cara a la materialización de los derechos de las víctimas y a los procesos de determinación de responsabilidad⁴.

Es posible afirmar entonces que gracias a la creación de estándares internacionales para la superación de la impunidad en escenarios de conflicto armado o de dictaduras, así como a la redefinición de los alcances de los compromisos internacionales ratificados por el Estado en materia de derechos humanos, es que se ha transitado de procesos de negociación de paz con perdones amplios e incondicionados a escenarios de justicia de transición que se centran en la satisfacción de los derechos de las víctimas. Atendiendo a la multiplicidad

3 Alejandro Aponte realiza un recuento general de los mecanismos de superación del pasado y de reincorporación civil de actores armados ilegales en los diversos escenarios de pacificación que ha experimentado Colombia. APONTE CARDONA, ALEJANDRO, "Informe Colombia", en K. Ambos & G. Elsner. (Ed.), *Justicia de transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Bogotá, KAS, 235-299, 2008, pp. 235 y ss.

4 Se puede decir que se da un "proceso de autorrestricción de la soberanía en materia de acuerdos de paz", BOTERO MARINO, CATALINA & RESTREPO SALDARRIAGA, ESTEBAN, "Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia", en *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2006. pp. 48-50.

de mecanismos y componentes que se interrelacionan en este ámbito, se ha ido definiendo de manera progresiva un límite que obliga al Estado a judicializar siempre lo más grave y representativo, así como a aquellos que han ostentado un mayor nivel de responsabilidad. Justamente, esa es la lógica de fondo del componente judicial de la justicia transicional al investigar, juzgar y sancionar las más graves violaciones a los derechos humanos, lógica que se ha ido cristalizando con el pasar de los años y con la puesta en marcha de tres modelos sucesivos de justicia transicional en Colombia: (i) Justicia y Paz, (ii) el Marco Jurídico para la Paz y (iii) el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR).

2. Bases indefinidas en el modelo de Justicia y Paz

El proceso de desmovilización colectiva de los grupos de autodefensas o paramilitares, y de desmovilización individual de algunos guerrilleros, tuvo como base jurídica para la rendición de cuentas en materia penal un modelo novedoso que difería del ya tradicional sistema de amnistías e indultos que promovía la Constitución y algunas leyes como la 418 de 1997 y la 782 de 2002, bajo una lógica propia del modelo de perdones amnésicos⁵. Sin embargo, esta justicia transicional instalada con la Ley 975 de 2005 fue duramente criticada y paulatinamente reformulada, luego de que la academia, las ONG's y la judicatura revisaran su naturaleza jurídica y los verdaderos alcances de lo planteado⁶.

Independientemente de estas críticas y variaciones al modelo inicial de Justicia y Paz, en el plano específico de la persecución penal de los perpetradores de mayor peso en las organizaciones victimarias, se propendió por centrar esfuerzos investigativos y de judicialización en los que pueden denominarse como máximos responsables, es decir, aquellos que habían desempeñado el papel más determinante en las violaciones a los derechos humanos cometidas por los grupos que comandaban, aunque sin acuñar explícitamente el término. En ese sentido, de una manera tal vez tímida o aún muy incipiente, la Ley 975 de 2005 buscó gestar

5 UPRIMNY YEPES, RODRIGO, "Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano", en *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2006, pp. 23 y ss.

6 Así, por ejemplo, véase Corte Constitucional, Sentencia C-360 de 2006 y trabajos académicos como los de UPRIMNY YEPES, RODRIGO & SAFFÓN SANÍN, MARÍA, "Usos y Abusos de la Justicia Transicional en Colombia", en *Anuario de Derechos Humanos*, 4, 165-195, 2008, pp. 165-195 y FORER, ANDREAS & LÓPEZ DÍAZ, CLAUDIA, "Caso colombiano. Selección y priorización de casos como estrategia de investigación y persecución penal en la justicia transicional en Colombia", en *K. Ambos (Coord.) Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado*, Bogotá, GIZ, 2011, pp. 229 y ss.

un modelo dual o bifurcado de resolución de la situación jurídico penal dentro del sistema de Justicia y Paz⁷.

Por un lado, diseñó un procedimiento judicial transicional que conducía a que, a los postulados que eran procesados por tener responsabilidad en los delitos más representativos y por su papel relevante en estos hechos victimizantes, le fueran impuestas y ejecutadas sanciones alternativas de 5 a 8 años de privación de la libertad. Esto como un incentivo generoso para facilitar el esclarecimiento de lo sucedido y la determinación de responsabilidad en casos en los que la legislación penal ordinaria establece sanciones mucho más elevadas. En últimas, con ello se buscaba que solo los aún no llamados, pero sí hipotetizados, máximos responsables de los crímenes más representativos fueran los que transitaran por los estrados judiciales de Justicia y Paz.

Por otro lado, esta ley buscaba que la gran mayoría de conductas, y por lo tanto de personas, salieran de manera rápida del modelo de judicialización transicional a través de la concesión de amnistías e indultos por delitos que así lo admitieran. Para ello, la versión original de esta ley volvía “delincuentes políticos” a los miembros de grupos de autodefensa, ya que dicha normativa creaba el tipo penal de “sedición paramilitar”⁸ y con ello se trasladaba a los exintegrantes de grupos de autodefensas todo el régimen jurídico aplicable hasta ese entonces solo a exguerrilleros. No

7 Acerca de esta bifurcación, en un estudio sobre los antecedentes inmediatos del Marco Jurídico para la Paz, se ha sostenido que: “mediante la Ley de Justicia y Paz se tomaron dos medidas que se deben resaltar: (i) la posibilidad de suspender la ejecución de la pena impuesta según las normas ordinarias del Código Penal colombiano y la imposición y ejecución en su lugar de una pena alternativa más benigna y (ii) la posibilidad, según el artículo 71, de imputar el delito de sedición a los miembros de grupos paramilitares, es decir, el reconocimiento de que la pertenencia a uno de estos grupos podía ser constitutiva de un delito político. De esta manera, no todos los miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia quedaban sujetos a la Ley de Justicia y Paz. Solo aquellos desmovilizados que tuvieran responsabilidad penal por conductas que corresponden a crímenes internacionales, como crímenes de lesa humanidad o de guerra, debían someterse al proceso penal especial diseñado en dicha Ley y podrían acceder a la pena alternativa; mientras que si no tenían responsabilidad penal por este tipo de delitos, al haber incurrido en el delito de sedición, los desmovilizados podían ser beneficiados por el indulto u otros beneficios previstos en la Ley 782 de 2002”. COTE BARCO, GUSTAVO & TARAPUÉS SANDINO, DIEGO, “El Marco Jurídico para la Paz y el Análisis Estricto de Sustitución de la Constitución realizado en la Sentencia C-579 de 2013”, en *K. Ambos (Coord.), Justicia de Transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá, Temis-KAS, 2014, pp. 203-204.

8 El artículo 71 de la Ley 975 de 2005 establecía lo siguiente: “Adiciónese al artículo 468 del Código Penal un inciso del siguiente tenor: También incurrirá en el delito de sedición quienes conformen o hagan parte de grupos guerrilleros o de autodefensa cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal. En este caso, la pena será la misma prevista para el delito de rebelión. (...)”.

obstante, la Corte Constitucional⁹ declaró inexecutable esta disposición por vicios de procedimiento y con ello vinieron nuevos esfuerzos legislativos que evidenciaron, con mayor contundencia, que el propósito de fondo era clasificar y tratar jurídicamente de manera diferenciada los hechos menos representativos de los más representativos y, a su vez, a los responsables de menor nivel de aquellos máximos responsables.

Frente a la inconstitucionalidad de amnistiar e indultar bajo el abrigo del frustrado delito de sedición paramilitar sobrevino la Ley 1312 de 2009 que creaba la causal 17 en el art. 324 del Código de Procedimiento Penal¹⁰, con el propósito de que “la Fiscalía pudiera suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal con relación a desmovilizados que no hubieran sido postulados por el gobierno nacional al procedimiento y beneficios contemplados en la Ley de Justicia y Paz”¹¹. Pero esta vía jurídica también fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional¹², al estimar que se desconocía el principio de legalidad y los límites constitucionales para su aplicación, así como los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, incurriéndose con ello en una omisión legislativa, ya que esta causal no excluía a las graves violaciones de derechos humanos¹³.

Finalmente, el modelo de Justicia y Paz quedaría bifurcado en lo concerniente a la resolución de la situación jurídico penal, al mantenerse el procedimiento de juzgamiento, aunque de una manera más amplia que la pensada inicialmente, pero acompañada de los “acuerdos de contribución a la verdad histórica y la reparación” como figura jurídica creada por la Ley 1424 de 2010 para no perseguir judicialmente

9 Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006.

10 Esta disposición legal señalaba: “Artículo 324. Causales. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos: (...) 17. Al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley que en los términos de la normatividad vigente haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad, siempre que no haya sido postulado por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la Ley 975 de 2005 y no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal, que para efectos de esta ley incluye la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones”, Ley 1312 de 2009, art. 324.

11 COTE BARCO, GUSTAVO & TARAPUÉS SANDINO, DIEGO, cit., p. 204.

12 Corte Constitucional, Sentencia C-936 de 2010.

13 Sobre el particular, Gustavo Cote y Diego Tarapué s sostienen que la Corte sustentó la inconstitucionalidad a partir de la valoración de que esta norma “estaba fundamentada en una “especie de presunción”, según la cual una buena cantidad de desmovilizados no tendrían responsabilidad penal por graves violaciones a los DD.HH. o al DIH por el solo hecho de encontrarse en la base de la organización, es decir, por tratarse de miembros rasos. Según la Corte, al aplicarse el principio de oportunidad únicamente bajo la condición de que el desmovilizado asegurara mediante declaración juramentada que no tenía responsabilidad por delitos graves, implicaba una renuncia injustificada a la obligación constitucional e internacional del Estado colombiano de investigar y esclarecer la comisión de este tipo de delitos”, COTE BARCO, GUSTAVO & TARAPUÉS SANDINO, DIEGO, cit., p. 205.

a los autores de ciertos delitos considerados de menor connotación¹⁴.

3. La constitucionalización de la figura de máximos responsables en el Marco Jurídico para la Paz

El segundo momento de justicia transicional implementado en Colombia tuvo lugar con ocasión a una reforma constitucional que, ya partiendo de lo experimentado con el modelo de Justicia y Paz, buscó reconducir y blindar constitucionalmente los mecanismos judiciales y extrajudiciales de la justicia de transición bajo un enfoque holístico e integral¹⁵, que atendiera a los compromisos internacionales en materia de verdad, justicia, reparación y no repetición, con una pretensión judicial más reducida, es decir, minimalista frente al maximalismo asumido por la Ley 975 de 2005. Dentro de las diversas innovaciones que trajo consigo el Acto Legislativo 01 de 2012, conocido también como el Marco Jurídico para la Paz, estuvo la incorporación de criterios de priorización y de selección, como mecanismos dirigidos a concentrar los recursos y la capacidad estatal de persecución penal en los máximos responsables de los crímenes más representativos que han tenido lugar en el conflicto armado¹⁶.

Con el inciso 4° del art. transitorio 66 de la Constitución se formalizó el

14 Sobre el objeto de esta ley, señala el art. 1 que la misma busca: “contribuir al logro de la paz perdurable, la satisfacción de las garantías de verdad, justicia y reparación, dentro del marco de justicia transicional, en relación con la conducta de los desmovilizados de los grupos armados organizados al margen de la ley, que hubieran incurrido únicamente en los delitos de concierto para delinquir simple o agravado, utilización ilegal de uniformes e insignias, utilización ilícita de equipos transmisores o receptores, y porte ilegal de armas de fuego o municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas o de defensa personal, como consecuencia de su pertenencia a dichos grupos, así como también, promover la reintegración de los mismos a la sociedad”. Mientras el art. 2 precisa que: “El Gobierno Nacional promoverá un Acuerdo de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación con aquellas personas que, habiéndose desmovilizado de los grupos armados organizados al margen de la ley, hubieren incurrido únicamente en los delitos descritos en el artículo anterior, en los términos allí establecidos. El Acuerdo de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación es un instrumento de transición para poner en vigor los principios de verdad, justicia y reparación como complemento a los instrumentos jurídicos que se han establecido para tal efecto, y contribución al proceso de reconciliación nacional”, Ley 1424 de 2010, art. 1.

15 Con profundidad, véase SÁNCHEZ LEÓN, NELSON & IBÁÑEZ GUTIÉRREZ, CATALINA, “La justicia transicional como categoría constitucional”, en *K. Ambos (Coord.), Justicia de Transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá, Temis-KAS, 2014, pp. 120 y ss.

16 TARAPUÉS SANDINO, DIEGO, “El sistema integral de justicia transicional y sus mecanismos para satisfacer el derecho a la justicia de cara al deber estatal de investigar, juzgar y sancionar”, en *D.F. Tarapués Sandino (Coord.), Justicia transicional, reforma constitucional y paz: reflexiones sobre la estrategia integral de justicia transicional*, Medellín, Díké y Editorial USC, 2017, pp. 170 y ss.

término de máximo responsable dentro del ordenamiento jurídico colombiano¹⁷. Esta concepción constitucional ha marcado su significado y alcances, al clasificarlo como un elemento a considerar en la formulación de criterios de selección que posibiliten enfocar la investigación penal única y exclusivamente en el ámbito del derecho transicional. En efecto, el Marco Jurídico para la Paz, al constitucionalizar la posibilidad de priorizar y seleccionar casos en la justicia transicional, determinó que, sin importar lo que señale el legislador estatutario, al momento de definir qué es seleccionable para judicializar y qué renunciable a la persecución penal, los factores *ratione personae* (máximos responsables) y *ratione materiae* (crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra) deberán ceñir la configuración legislativa en esta materia¹⁸.

El Marco Jurídico para la Paz, siguiendo el enfoque asumido por los tribunales penales internacionales *ad hoc* y por la CPI, centró su atención en que las graves violaciones a los derechos humanos cometidas en masa sean perseguidas penalmente atendiendo tanto a la gravedad de los hechos, como a la representatividad de los perpetradores¹⁹. En ese orden de ideas, la expresión constitucional referenciada

17 Originalmente, el inciso 4° del art. transitorio 66 de la Constitución señalaba: “Tanto los criterios de priorización como los de selección son inherentes a los instrumentos de justicia transicional”, precisando que el “Fiscal General de la Nación determinará criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal”; mientras que, “el Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno Nacional, podrá mediante ley estatutaria determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática”, puntualizando además que el legislador estatutario “tendrá en cuenta la gravedad y representatividad de los casos para determinar los criterios de selección”, Acto Legislativo 01 de 2012, art. 1. Se debe resaltar que la expresión máximos responsables “no se encontraba en el texto original del proyecto de acto legislativo, pero se agregó en el primer debate llevado a cabo en el Senado, con el fin de que quedara claro el objetivo de la aplicación de estos criterios”; asimismo, “en el informe de ponencia presentado para este debate se advirtió sobre la importancia de que fuera el legislador quien determinara en cada caso quiénes eran los máximos responsables”, especificando que dicho concepto “no está claramente definido en el derecho internacional y que su sentido puede variar dependiendo de la organización de cada grupo y de la manera como se planearon los crímenes”, Cote Barco, Gustavo & Tarapués Sandino, Diego, cit., p. 214.

18 Sobre la constitucionalidad de estos presupuestos, véase AMBOS, KAI & ZULUAGA TABORDA, JOHN, “Justicia de Transición y Constitución. A manera de introducción”, en K. Ambos (Coord.), *Justicia de Transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá, Temis-KAS, 2014, pp. 6-7.

19 Dentro de la exposición de motivos del proyecto de acto legislativo que derivó en esta reforma constitucional se hizo énfasis en que: “Las experiencias internacionales demuestran que incluso ante contextos de violencia masiva, los procesos de justicia transicional exitosos se concentran en la judicialización de los casos que impliquen a los más responsables y esclarezcan los hechos más atroces. Por ejemplo, después de la segunda guerra mundial, el Tribunal de Núremberg juzgó a

traduce este propósito racional y minimalista de investigar, juzgar y sancionar no a todos por todo, sino a aquellos que han desempeñado un rol significativo en la comisión de los crímenes más graves y representativos.

Por consiguiente, no se trata de los máximos responsables de todas las conductas acontecidas en el conflicto, ni tampoco de todos los responsables de las conductas más representativas, sino que el cruce de variables constitucionales de selección penal conduce a que lo personal y lo material delimiten suficientemente lo que debe sobreponerse a la hora de investigar y juzgar las más graves violaciones a los derechos humanos ocurridas en el conflicto armado. Con ello se regula de manera pragmática el enfoque de la persecución penal estatal ante la imposibilidad fáctica de judicializar todos los hechos punibles cometidos en el conflicto y a todos sus perpetradores. Se reglamenta la posibilidad de renunciar a la persecución penal a partir de una ley estatutaria, con el propósito de que el maximalismo normativo no genere impunidad fáctica y se posibilite un mayor esclarecimiento de lo más representativo.

4. Aparición de la expresión participación determinante en el Acuerdo Final de Paz y en el Acto Legislativo 01 de 2017

Por su parte, la expresión participación determinante fue introducida por las disposiciones constitucionales y legales que han implementado lo acordado en el punto cinco del Acuerdo Final de Paz referente a las “Víctimas del Conflicto”²⁰, donde se contempló la creación del actual Sistema Integral de Justicia Transicional, el cual cobraría vida en la Constitución tras la expedición del Acto Legislativo 01 de 2017. En este sistema integral, que también parte de un enfoque holístico, el universo de

24 líderes del gobierno nazi y el Tribunal Militar Internacional para el lejano oriente en Tokio, juzgó a 28 personas. Más recientemente el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ha juzgado a 55 personas desde su entrada en funcionamiento en 1993, el Tribunal de Ruanda ha adelantado la judicialización de 65 casos y la Corte Especial de Sierra Leona condenó a 13 personas. La judicialización de los 54,000 desmovilizados, e incluso de los 4,800 postulados a la Ley de Justicia y Paz no tiene antecedente internacional”, Barreras Montealegre, Roy, *Proyecto de acto legislativo por medio del cual se adiciona un nuevo artículo transitorio 66 a la Constitución Política*, Bogotá, Congreso de la República de Colombia, 2011, p. 12.

20 Acuerdo Final de Paz, 2016, pp. 124 y ss. Políticamente, se explica la introducción de este concepto “por el temor de los líderes de la extinta guerrilla a que los procesos judiciales se enfocaran tan solo en la cúpula militar a través del concepto de máximo responsable”, lo cual denota un propósito de ampliación de la responsabilidad y judicialización más allá de los altos líderes de la organización, MICHALOWSKI, SABINE, ET AL., *¿A quiénes sancionar? Máximos responsables y participación determinante en la Jurisdicción Especial para la Paz*, Bogotá, Dejusticia, 2020, p. 43; BERMÚDEZ LIÉVANO, ANDRÉS, *Los debates de La Habana. Una mirada desde adentro*, Bogotá, Instituto para las Transiciones Integrales (IFIT), 2019, p. 230.

personas y, por lo tanto, de conductas ha sido considerablemente ampliado respecto a lo realizado por el modelo de Justicia y Paz. Pues bien, además de incluir a un sinnúmero de excombatientes de una organización armada ilegal, en esta ocasión de la otrora guerrilla de las FARC-EP, se incluyó también a los miembros de la fuerza pública, a agentes del Estado no miembros de la fuerza pública, a terceras personas que hubiesen financiado o colaborado con alguno de los actores del conflicto armado (agrupaciones guerrilleras o paramilitares), así como a personas procesadas por hechos acontecidos en el marco de la protesta social²¹.

Justamente, por esa ampliación de personas sobre las cuales llega a tener competencia la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)²² fue que se introdujo el nuevo concepto en la legislación transicional. En ese sentido, el concepto de participación determinante fue empleado en el Acuerdo Final de Paz con dos acepciones iniciales: (i) principalmente para delimitar las conductas de los civiles que pueden ser de competencia de la JEP²³; y (ii) de una forma genérica y abstracta cuando se alude a la

21 De acuerdo con el “Análisis sobre los resultados y costos de la Ley de Justicia y Paz” realizado por la Dirección de Estudios Sectoriales de la Contraloría General de la República en 2017, Justicia y Paz llegó a tener 4.981 postulados, de los cuales 2.603 (el 52%) salieron principalmente por renuncia voluntaria de los postulados. Mientras que la JEP, y en general el SIVJNR, en lo que lleva funcionando desde su puesta en marcha en 2017, tiene 12.529 personas sometidas, Secretaría Ejecutiva de la JEP, *JEP en cifras*, 2020, p. 1.

22 Dentro del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición se creó la JEP como componente judicial de naturaleza *sui generis* para resolver la situación jurídico penal de los comparecientes e investigar, juzgar y sancionar a los máximos responsables y partícipes determinantes de los crímenes más graves y representativos ocurridos en el marco del conflicto armado. Al respecto, véase TARAPUÉS SANDINO, DIEGO, “El Tribunal para la Paz y las Salas de Justicia de la JEP como órganos jurisdiccionales *sui generis*”, en *Universitas*, 69, 2020, pp. 1-20; SÁNCHEZ LEÓN, NELSON & PARRA VERA, OSCAR, *Elementos para una Justicia de Paz Restaurativa*, Bogotá, Ediciones USTA, 2018, pp. 68-74.

23 Frente a esta primera acepción, el Acuerdo Final de Paz señala: “También serán de competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz las conductas de financiación o colaboración con los grupos paramilitares, o con cualquier actor del conflicto, que no sean resultado de coacciones, respecto de aquellas personas que tuvieron una participación activa o determinante en la comisión de los crímenes competencia de ésta jurisdicción, según lo establecido en el numeral 40, salvo que previamente hubieren sido condenadas por la justicia por esas mismas conductas”, Acuerdo Final de Paz, 2016, num. 32, p. 149. Este mismo numeral emplea nuevamente la expresión participación determinante al precisar que: “De conformidad con el numeral 48 (t) y el 58 (e) serán llamados a comparecer ante la Jurisdicción Especial para la Paz, por parte de la Sección de Revisión del Tribunal, aquellas personas que hubieran tenido una participación determinante en una de las conductas de que trata el numeral 40 y no hubieren comparecido previamente ante la Sala de Verdad y Reconocimiento”, Acuerdo Final de Paz, 2016, núm. 32, p. 149. Asimismo, el lit. t del núm. 48 del Acuerdo, al cual se hace remisión, establece: “Cuando tres meses antes de presentar la resolución de conclusiones, a juicio de la Sala una persona respecto de la cual hubiere fundamentos claros y suficientes que hagan presumir su participación determinante en una de las conductas de que trata el numeral 40, deba ser incluida en

determinación de una pena inferior a las penas de 5 a 8 años, tanto restrictivas como privativas de la libertad que se desprenden de las sanciones propias y alternativas²⁴.

En ese orden de ideas, por un lado, se debe resaltar que el Acto Legislativo 01 de 2017, al momento de implementar lo negociado en La Habana en lo referente a la competencia de la JEP sobre terceros, dispuso algunas expresiones contenidas en los numerales 32 y 48 del Acuerdo Final de Paz e incluso brindó una breve definición según la cual debía entenderse por participación determinante la “acción eficaz y decisiva en la realización de los delitos enunciados”²⁵. No obstante, el inciso 2° de este artículo, que contenía las mencionadas referencias a la participación determinante, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, al considerar que la exigencia de comparecencia de los civiles suprimía la garantía del juez natural²⁶, ratificando con ello que el sometimiento de terceros ante la JEP solo puede ser voluntario²⁷ y dejando en un limbo jurídico esta acepción del concepto de participación determinante

la resolución de conclusiones o ser remitida a la Unidad de investigación o acusación, pero la persona se hubiere negado a comparecer, la Sala deberá solicitarle a la sección de revisión del Tribunal que la obligue a efectuar tal comparecencia ante la Jurisdicción Especial para la Paz”, Acuerdo Final de Paz, 2016, núm. 48, lit. t, p. 157.

- 24 Al respecto, indica: “Para los anteriores supuestos, las normas de desarrollo determinarán de qué manera se graduarán las sanciones y en cuáles casos corresponden sanciones inferiores a los 5 años a quienes no hayan tenido una participación determinante en las conductas más graves y representativas, aun interviniendo en ellas. En este caso el mínimo de sanción será de dos años y el máximo de 5 años, por la totalidad de las sanciones impuestas, incluidos los concursos de delitos”, Acuerdo Final de Paz, 2016, núm. 60, p. 165.
- 25 Esto en los artículos transitorios 12 y 16 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2017. La definición sobre participación determinante estaba contenida en el artículo transitorio 16 y se relacionaba con el siguiente listado de delitos: “el genocidio, delitos de lesa humanidad, los graves crímenes de guerra -esto es, toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática-, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, todo ello conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma”, Acto Legislativo 01 de 2017, art. transitorio 16.
- 26 Sobre el particular, sostuvo que quienes no tienen la calidad de combatientes y no se someten voluntariamente a la Jurisdicción Especial para la Paz, “el acceso forzoso a la JEP sí suprime la garantía del juez natural, en la medida en que, por un lado, se dispuso un traslado de atribuciones de la jurisdicción ordinaria a la JEP, en asuntos que comprometen directamente la libertad individual por referirse a la investigación y sanción de los delitos, y en la medida en que, por consiguiente, bajo el nuevo modelo competencial se produjo una alteración de *ex post* y *ad hoc* de las reglas de competencia, del órgano judicial, y del régimen jurídico al que se encuentran sometidos dichos sujetos, en relación con las infracciones cometidas en el marco del conflicto armado antes del 1° de diciembre de 2016”, Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017, punto 5.5.2.4, p. 395.
- 27 Tribunal para la Paz, sentencia TP-SA 020 de 2018, párrafos 16 y 78.

como un requisito para la asunción de competencia de civiles por parte de la JEP²⁸. En otro acápite más adelante, cuando se fijan las funciones de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, nuevamente se articula este concepto con los terceros, aunque esta vez para reafirmar la competencia de aquella Sala sobre los civiles que no tengan participación determinante en crímenes representativos²⁹.

Por otro lado, tal como se señaló arriba, la única vez que el Acuerdo Final de Paz se refiere a participación determinante de forma genérica e indistinta es al momento de definir los tipos de pena. Si bien se podría interpretar de forma sistemática que el uso aquí es también referente a civiles como en las anteriores alusiones a este concepto, el hecho de no señalar explícitamente que estas penas son aplicables solo a terceros permite entrever que el propósito fue contemplar de manera genérica e indistinta la aplicación de esta pena tanto a combatientes como a no combatientes que hayan participado o intervenido de forma determinante en la realización de conductas graves y representativas³⁰.

5. Alcances jurídicos, convergencias y divergencias entre las expresiones máximos responsables y participación

- 28 En igual sentido, Gustavo Cote sostiene: “En el Acuerdo de Paz el juzgamiento de civiles por parte de la JEP se condicionó, entre otros requisitos, a que el sujeto en cuestión hubiera tenido una ‘participación activa o determinante en la comisión de los crímenes’ de su competencia. Este criterio había sido incorporado también en el inciso segundo del artículo transitorio 16 del Acto Legislativo 01 de 2017 y la expresión ‘participación determinante’ había sido definida en esta misma disposición (...). Sin embargo, al parecer, con la decisión de la Corte Constitucional, la aplicabilidad de este criterio queda en entredicho, pues al declararse inexecutable el artículo transitorio 16, aquel desapareció del Acto Legislativo (...)”, COTE BARCO, GUSTAVO, “Complicidad, responsabilidad penal de directivos empresariales y violaciones de Derechos Humanos cometidas por grupos armados ilegales: lecciones del Derecho Penal Internacional para Colombia”, en *Vniversitas*, 138, 2019, p. 4.
- 29 En concreto, señala: “También definirá la situación jurídica de aquellos terceros que se presenten voluntariamente a la jurisdicción en los 3 años siguientes de su puesta en marcha y que tengan procesos o condenas por delitos que son competencia de la JEP, cuando no hayan tenido una participación determinante en los delitos más graves y representativos”, Acuerdo Final de Paz, 2016, núm. 50, lit. f, pp. 158-159. Esta cláusula se implementó normativamente a través del artículo 84 de la Ley 1957 de 2019 y de los artículos 28 y 30 de la Ley 1820 de 2016. Un análisis sistemático de estos dos artículos de la Ley de Amnistía puede verse en ZULUAGA TABORDA, JOHN, “Comentarios artículos 28 y 30”, en *K. Ambos & G. Cote Barco (Coord.), Ley de Amnistía: Comentario completo y sistemático (Ley 1820 de 2016)*, Bogotá, Temis-KAS, 2019, pp. 283 y ss.
- 30 Este aspecto sería implementado en la Ley Estatutaria de la JEP en su artículo 129 que señala: “Las sanciones propias y alternativas tendrán una duración mínima de dos (2) años y una máxima de cinco (5) años incluidas las aplicables por concurso de delitos, para quienes no hayan tenido una participación determinante en las conductas más graves y representativas, aun interviniendo en ellas, salvo que se trate de las hipótesis contempladas el literal h) del artículo 84 de esta ley”, Ley 1957 de 2019, art. 129.

determinante

Esclarecida la génesis de ambos conceptos en el marco del derecho transicional colombiano, es menester ahondar en desarrollos jurisprudenciales y normativos que han brindado un mayor contenido jurídico a los alcances de ambas figuras. Antes que todo, se debe advertir que la jurisprudencia constitucional ha ahondado más en el análisis del concepto de máximos responsables que en el de participación determinante, donde ha asumido una postura mucho más descriptiva. En efecto, luego de que el inciso 1° del artículo transitorio 66 del ordenamiento constitucional fuera demandado por una aparente sustitución de la Constitución, la Corte detalló en el concepto de máximos responsables como presupuesto constitucional para la determinación de criterios de selección que permiten demarcar lo que se debe perseguir penalmente y lo que es susceptible de renuncia a la persecución penal. Lo primero que hace la Corte al detallar en esta figura es reconocer que se trata de una figura jurídica tomada del derecho penal internacional³¹, la cual no cuenta con una definición unánime en este ámbito, sino que ha sido abordada a partir de diversos criterios por parte de los diferentes instrumentos y tribunales internacionales que han existido³².

Luego de rastrear elementos para la definición de máximos responsables a la luz del derecho penal internacional, la Corte ensambla una concepción dual de máximo responsable según la cual “puede ser tanto el jefe de un grupo, como también quien haya tenido un rol esencial en la comisión de los crímenes de acuerdo

31 En efecto, la CPI y los tribunales penales internacionales *ad hoc* han promovido la utilización de mecanismos de selección en relación con los sujetos para enjuiciar solo a aquellos que son los máximos responsables de los crímenes más graves ACOSTA LÓPEZ, JUANA & IDÁRRAGA MARTÍNEZ, ANA, “Alcance del deber de investigar, juzgar y sancionar en transiciones de conflicto armado a una paz negociada (convergencias entre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional)”, en *Revista Derecho del Estado*, 45, 2020, p. 80. Especialmente, a partir de 2004 los Tribunales *ad hoc* para Ruanda y la ex Yugoslavia fueron exhortados por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, organismo internacional que los creó, para que centraran sus esfuerzos en el juzgamiento de los más altos dirigentes (“the most senior leaders”). (Consejo de Seguridad de la ONU, 2004, Res. 1534). Así, el Tribunal para la ex Yugoslavia reformó sus reglas de procedimiento y prueba, incluyendo “la gravedad y la responsabilidad” como criterios para la remisión a las jurisdicciones nacionales de casos no seleccionados por este tribunal, el cual pasó a enfocarse en los sospechosos a quienes “les cabría la máxima responsabilidad”, MICHALOWSKI, SABINE, et al., cit., p. 19.

32 Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013, punto 8.2.3, pp. 309-313. Para sustentarlo, la Corte hace un recorrido por esta acepción normativa en los Tribunales de Núremberg, del Lejano Oriente, para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, así como en la Corte Penal Internacional, en el Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona y el Tribunal del Khmer Rouge en Camboya.

al papel que la persona pudiese jugar dentro de la organización”³³. Esta concepción se acopla a la desarrollada por la jurisprudencia penal internacional que ha enfocado la selección de aquellos máximos responsables conforme a los criterios de liderazgo militar o civil, bien sea de iure o de facto, y participación efectiva en la ejecución de los crímenes graves y representativos³⁴.

Además, la Corte complementa -citando a Kai Ambos³⁵- que es posible “incluir no solamente a quien haya tenido una intervención decisiva en el delito, sino también a otras personas en virtud de criterios como el de la responsabilidad del superior ‘*Command responsibility*’ o el dominio de un aparato organizado de poder ‘*Organisationsherrschaft*’”³⁶. A partir de estas consideraciones, la Corte aporta una conceptualización propia según la cual “el máximo responsable es aquella persona que tiene un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito, es decir, que haya: dirigido, tenido el control o financiado la comisión de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática”³⁷; precisando que en “este concepto se deben incluir entonces, no solamente líderes que hayan ordenado la comisión del delito, sino también conductas a través de las cuales este se haya financiado como el narcotráfico”³⁸.

33 Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013, punto 8.2.3, p. 313.

34 Sobre el criterio de liderazgo, véase Tribunal Penal Internacional para Ruanda. (28 de mayo de 2008). *Prosecutor v. Munyakazi*. Case No. ICTR-97-36-R11bis, Decision on the Prosecutor’s Request for Referral of the Case to the Republic of Rwanda; (20 de junio de 2012). *Prosecutor v. Ryandikayo*. Case No. ICTR-95-1E-R11bis, Decision on the Prosecutor’s Request for Referral of the Case to the Republic of Rwanda; (3 de diciembre de 2003). *Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza and Hassan Ngeze*. Case No. ICTR-99-52 T, Trial Judgement; (16 de noviembre de 2001). *Prosecutor v. Alfred Musema*. Case No. ICTR-96-13A, Appeal Judgement; (2 de diciembre de 2008). *Prosecutor v. Simon Bikindi*. Case No. ICTR-01-72-T, Trial Judgement; (2 de septiembre de 1998). *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*. Case No. ICTR-96-4-T, Trial Judgement. En cuanto al criterio de participación, véase Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. (14 de septiembre de 2005). *Prosecutor v. Rahim Ademi and Mirko Norac*. Referral Bench, Decision for Referral to the Authorities of the Republic of Croatia Pursuant to Rule 11bis; (9 de julio de 2007). *Prosecutor v. Rasim Delić*. Referral Bench, Decision on Motion for Referral of the Case Pursuant to Rule 11bis.; (17 de noviembre de 2006). *Prosecutor v. Vladimir Kovačević*. Referral Bench, Decision on the Referral of the Case Pursuant to Rule 11bis with Confidential and Partly Ex Parte Annexes.

35 AMBOS, KAI, “Command responsibility and *Organisationsherrschaft*: ways of attributing international crimes to the ‘most responsible’”, en H. Van der Wilt, A. Nollkaemper, M. Dolman & J. Kleffner (Ed.), *System Criminality in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 127-157, 2009, pp. 127 y ss.

36 Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013, punto 8.2.3, p. 313.

37 Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013, punto 8.2.3, p. 314.

38 Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013, punto 8.2.3, p. 314.

El desarrollo de esta formulación conceptual ha sido criticada fundamentalmente por dos razones: (i) por inconsistencias entre la coexistencia de argumentos que sostienen que la función esencial es lo que determina la condición de máximo responsable, mientras que a la par se señala que no solamente quien haya tenido una intervención decisiva en el delito adquiere tal condición; y (ii) por tratar de delimitar de manera confusa que el máximo responsable es aquel que ostenta un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito, mientras que a la par se precisa que quienes adquieren tal condición no se identifican necesariamente como jefes del grupo o bloque³⁹.

Pese al amplio análisis que despliega la Corte Constitucional sobre la expresión máximos responsables, esta no logra precisar de manera clara los alcances de dicho concepto. En ese orden de ideas, este término puede entenderse a la luz de la jurisprudencia constitucional de manera dicotómica: (i) como los jefes máximos de una organización, desde una perspectiva restringida; o (ii) como toda persona que tiene cierto mando o jerarquía entre aquellos a quienes se les puede imputar un determinado crimen, desde una perspectiva más amplia⁴⁰.

Con ese referente constitucional y jurisprudencial se llegó al Acuerdo Final de Paz y posteriormente a su implementación normativa. En esta oportunidad, se

39 En estricto sentido, estas críticas señalan que: “Esta definición propuesta por la Corte es problemática, ya que no permite ver cómo mediante ella es posible reducir el universo de casos que se deben investigar penalmente. En primer lugar se debe decir que al parecer la Corte se contradice al afirmar que el cumplimiento de una función esencial es lo que define la condición de máximo responsable y posteriormente sostener que el concepto de máximo responsable “permite incluir no solamente a quien haya tenido una intervención decisiva en el delito”; ¿puede alguien que no ha tenido una intervención decisiva cumplir un papel esencial?, ¿a qué se refiere la Corte con “intervención decisiva” y cuál sería la diferencia con el “papel esencial”? Se podría pensar que con “intervención decisiva” la Corte se refiere a la ejecución material del hecho o a la intervención durante la etapa de consumación, mientras que con “papel esencial” se estaría refiriendo a personas cuyo aporte ha sido determinante para la realización del delito a pesar de que no han intervenido en la etapa de ejecución. (...) En segundo lugar, es importante señalar que los términos mediante los cuales la Corte intenta precisar la idea de papel esencial son igualmente confusos e indeterminados. En la primera parte de la definición se afirma: “[S]e puede señalar que el máximo responsable es aquella persona que tiene un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito”. Con esta afirmación de la Corte surge un elemento adicional, y es que el papel esencial al parecer no se predica de la perpetración como tal del crimen, sino de la posición de la persona en la estructura general de la organización. Si esto es correcto, la pregunta entonces es si es posible cumplir una función esencial en la organización criminal sin ocupar una posición alta, es decir sin ser un jefe. Sin embargo, se debe recordar que la misma Corte dice que el concepto “máximo responsable” no se identifica con el de jefe del grupo o bloque”, COTE BARCO, GUSTAVO & TARAPUÉS SANDINO, DIEGO, cit., pp. 256-257.

40 COTE BARCO, GUSTAVO & TARAPUÉS SANDINO, DIEGO, cit., pp. 255 y 258.

recurrió no solo al ya explorado y vigente concepto de máximos responsables⁴¹, sino que también se introdujo la expresión “participación determinante”. Si bien, como ya se mencionó, este último concepto se trajo a colación principalmente para restringir el conocimiento de la JEP sobre terceros o civiles que participaron en el conflicto, colaborando o financiando a las estructuras armadas ilegales, tanto la expresión genérica en el Acuerdo Final de Paz relacionada con las sanciones inferiores a cinco años, como también algunas disposiciones de la Ley Estatutaria de la JEP que emplean este término, dan cuenta de que se trata de un concepto que en la normativa transicional actual se aplica más allá de las personas que se someten voluntariamente a la JEP.

Efectivamente, la Ley 1957 de 2019 refiere a la expresión “participación determinante” en los artículos 19 y 79 de forma indistinta y genérica sin reducirlo a los terceros o civiles, por el contrario, pareciera que lo hace como sinónimo, o más bien como reemplazo, del término tradicional de máximos responsables. Pues bien, en el artículo 19 de la Ley Estatutaria de la JEP se concreta el mandato constitucional de regulación de los criterios de selección que desde el Marco Jurídico para la Paz se había previsto, señalando que tanto la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas

41 Se debe advertir que el artículo 4 del Acto Legislativo 01 de 2017 modificó ligeramente el inciso 4° del artículo transitorio 66 de la Constitución, actualizando sus alcances a las novedades introducidas por el Acuerdo Final de Paz y siendo esta la única disposición que refiere a la expresión máximos responsables: “Tanto los criterios de priorización como los de selección son inherentes a los instrumentos de justicia transicional. El Fiscal General de la Nación determinará criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal, *salvo en los asuntos que sean de competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz*. Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, en el marco de la justicia transicional, el Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno Nacional, podrá mediante ley estatutaria determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; establecer los casos, requisitos y condiciones en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena; establecer los casos en los que proceda la aplicación de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena; y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados, *siempre sin alterar lo establecido en el Acuerdo de creación de la JEP y en sus normas de desarrollo*. La ley estatutaria tendrá en cuenta la gravedad y representatividad de los casos para determinar los criterios de selección” (cursiva propia). En cuanto al Acuerdo Final de Paz, este solo alude en una ocasión a la expresión “responsables máximos”, asociándola a la responsabilidad por el mando en una función concreta de la Sala de Reconocimiento que establece que esta deberá: “Recibir las declaraciones de aporte de verdad y reconocimiento o no de responsabilidad, tanto individuales como colectivas. Para la imposición de la sanción por responsabilidad de mando, los responsables máximos, deberán ser identificados individualmente”, Acuerdo Final de Paz, 2016, num. 48, lit. i, pp. 155-156. Texto replicado en el lit. i del art. 79 de la Ley 1957 de 2019.

como la de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas “aplicarán criterios para concentrar el ejercicio de la acción penal en quienes tuvieron participación determinante en los hechos más graves y representativos”, complementando que “respecto a las personas y hechos que no sean objeto de selección, se podrá renunciar al ejercicio de la acción penal”; esta norma también resalta que “constituyen criterios de selección” las “características de los responsables”, es decir, la “participación activa o determinante en la comisión de los crímenes de competencia de esta jurisdicción y/o la prueba de su autoría y participación en los hechos concretos”⁴².

Sobre la constitucionalidad de este criterio, la Corte ha precisado que la selección recae no solo en (i) quienes han tenido una participación activa, y (ii) quienes han tenido una participación determinante, sino también en (iii) los máximos responsables de los hechos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra cometidos de manera sistemática y genocidio, resaltando que a pesar de que este artículo de la Ley Estatutaria no incluyó explícitamente a los máximos responsables, estos deben ser seleccionados de conformidad con el artículo transitorio 66 de la Constitución así no hayan desempeñado una participación activa o determinante⁴³. Con ello, la Corte insiste sucintamente en diferenciar ambas categorías conceptuales y desdibuja la aparente equiparación o reemplazo del concepto de máximos responsables por el de participación determinante.

De forma similar, el artículo 79 de la Ley 1957 de 2019, al establecer las funciones de la Sala de Reconocimiento, refiere en dos literales a la expresión “participación determinante”⁴⁴. En el examen de este artículo, la Corte Constitucional, sin ahondar en su análisis, refiere a que esta disposición da alcance concreto a la aplicación de

42 Ley 1957 de 2019, art. 19.

43 Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, análisis al art. 19, pp. 379-380.

44 Por un lado, en el literal m) cuando refiere a la presentación de la resolución de conclusiones ante la Sección de Primera Instancia del Tribunal para la Paz para casos de reconocimiento de verdad y responsabilidades, en donde detalla que esta deberá hacerse “con la identificación de los casos más graves y las conductas o prácticas más representativas, la individualización de las responsabilidades, *en particular de quienes tuvieron una participación determinante*, la calificación jurídica de las conductas, los reconocimientos de verdad y responsabilidad y el proyecto de sanción propuesto de acuerdo al listado previsto en el artículo 141 de esta ley”, Ley 1957 de 2019, art. 79, literal m) (cursiva propia). Por otra parte, en el literal u), al referir a la solicitud de comparecencia que deberá solicitar esta Sala ante la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz, cuando “una persona respecto de la cual hubiere fundamentos claros y suficientes que permitan inferir que ha tenido una participación determinante en una de las conductas de que trata el inciso 1º del artículo 45 de la presente ley, deba ser incluida en la resolución de conclusiones o ser remitida a la Unidad de investigación o acusación, pero la persona se hubiere negado a comparecer”, Ley 1957 de 2019, art. 79, literal m).

los criterios de selección dados en el artículo transitorio 66 de la Constitución, por lo que se entiende que el uso aquí de participación determinante se asocia con el término de máximos responsables como presupuesto constitucional de los criterios de selección⁴⁵.

En el ámbito jurisprudencial de la JEP, si bien las Salas de Justicia han referenciado en sus decisiones estas expresiones, lo cierto es que las aproximaciones conceptuales han sido muy reducidas y no existen lineamientos precisos que diferencien las nociones de máximos responsables y partícipes determinantes o que permitan definir sus alcances jurídicos. Así, por ejemplo, los autos que empiezan a priorizar y determinar los hechos y conductas en los macrocasos refieren constantemente a ambos conceptos por medio de citas descriptivas y generales sobre lo que prevé el régimen jurídico aplicable a la JEP; sin embargo, estas decisiones no se aventuran a interpretar aquellas disposiciones ni a fijar bases distintivas que permitan esclarecer el alcance judicial de ambas expresiones⁴⁶. Por su parte, la Sala de Amnistía o Indulto y la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas han enunciado estas expresiones en sus decisiones, sobre todo frente a máximos responsables, cuando han tenido que hacer pronunciamientos de trámite respecto a las competencias concurrentes de estas Salas de Justicia con la Sala de Reconocimiento, cuando no han accedido a conceder beneficios definitivos no sancionatorios o cuando han remitido casos concretos por competencia⁴⁷.

En cuanto al Tribunal para la Paz, al margen de enunciaciones normativas realizadas por las diferentes secciones en trámites de distinta naturaleza, vale resaltar que solo en dos providencias de la Sección de Apelación se ha abordado con mayor despliegue interpretativo ambas expresiones. En primer lugar, a través del Auto TP-SA 565 de 2020, se ha aportado a la construcción hermenéutica del concepto relacionado con la participación determinante, al analizar el papel desempeñado por las personas que variablemente pueden ser consideradas como terceros o miembros orgánicos de un grupo armado ilegal. En este ámbito, la Sección de Apelación del alto tribunal de la JEP ha precisado que una “mirada funcional a estas organizaciones permite concluir que existe una diferencia importante entre quienes han contribuido

45 Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, análisis al art. 79, p. 562.

46 Véase Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Autos 19 de 2021, 33 de 2021 y 244 de 2021.

47 Entre muchas providencias judiciales, véase Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, Resolución 6934 de 2019 y Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-RC-PMA 974 de 2019.

al diseño y realización del plan criminal, y quienes son sus simples ejecutores”⁴⁸.

Posteriormente, con la Sentencia TP-SA-RPP 230 de 2021, la misma sección del Tribunal para la Paz fijó el que ha sido el desarrollo conceptual más estructurado en esta jurisdicción sobre el concepto de máximo responsable. En esta decisión, luego de hacer un recuento de la normativa y jurisprudencia constitucional, la Sección de Apelación concluye que la identificación de los denominados máximos responsables “depende fundamentalmente del éxito en la determinación de patrones de macrocriminalidad”⁴⁹. De igual forma, hace énfasis en que la determinación de esta calidad no está dada exclusivamente para los autores de los crímenes, razón por la cual puede abarcar partícipes⁵⁰. Siguiendo el referente dado por los tribunales internacionales y mixtos, la Sección de Apelación concluye que el “liderazgo y la participación, según lo muestra la experiencia internacional recogida, no necesariamente acarrearán la imputación de crímenes a título de autor”, resaltando que los “máximos responsables también pudieron haber sido partícipes, en el sentido dogmático penal de la expresión” y que las “acciones u omisiones en las que incurrieron, fueron en ocasiones esenciales pues, de no haberse dado, los crímenes no se hubieran perpetrado o, al menos, no con iguales características, dimensiones o proporciones”⁵¹. A efectos aplicativos dentro del sistema normativo de la JEP, esta sección ubica a los máximos responsables “en la cúspide o en el corazón del patrón de macrocriminalidad” y resalta que estos “guían o se sirven de la estructura de acción colectiva, lo que señala que su responsabilidad está comprometida por los hechos delictivos que se enmarcan dentro de ese patrón”⁵².

48 Tribunal para la Paz, Auto TP-SA 565 de 2020, párr. 23.1.

49 Tribunal para la Paz, Sentencia TP-SA-RPP 230 de 2021, párr. 33.

50 Tribunal para la Paz, Sentencia TP-SA-RPP 230 de 2021, párr. 39 y ss.

51 Tribunal para la Paz, Sentencia TP-SA-RPP 230 de 2021, párr. 53.

52 Tribunal para la Paz, Sentencia TP-SA-RPP 230 de 2021, párr. 56. A partir de esa elaboración que parte de los desarrollos de la jurisprudencia internacional y constitucional, el órgano de cierre de la JEP sostiene: “En conclusión, con base en un análisis de la práctica internacional en el procesamiento de violaciones masivas a los derechos humanos y al DIH, y una interpretación que toma en cuenta la jurisprudencia constitucional y el orden transicional que administra la JEP, 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

Por último, desde el punto de vista teórico se debe resaltar una propuesta que descarta múltiples acepciones en la interacción conceptual de estas dos expresiones⁵³ y en su lugar apunta a una distinción gradual del nivel de responsabilidad en la que los máximos responsables siempre deben ser seleccionados para ser juzgados, en tanto la selección de los partícipes determinantes es optativa y discrecional por parte de los jueces de la JEP⁵⁴. En ese sentido, esta propuesta conceptual y metodológica plantea que es máximo responsable aquel líder que ha tenido un rol esencial en el diseño, formulación o planeación de políticas de violencia organizada contra la población civil de una estructura armada que perpetró crímenes graves y representativos, mientras que el partícipe determinante se destaca por ser alguien que ha contribuido efectivamente a que una estructura armada ejecutara dichos planes, al margen de que desarrollara o no un liderazgo intermedio, pues esta persona, en todo caso, se caracteriza por no haber tenido la capacidad de modificar dichas políticas⁵⁵.

finalidades de la transición en un grado comparable al procesamiento del artífice de la política”, Tribunal para la Paz, Sentencia TP-SA-RPP 230 de 2021, párr. 57.

53 Así, se excluyen las siguientes interpretaciones y aplicaciones: (i) “que el concepto de máximo responsable subsume el de participación determinante en el sentido de que el máximo responsable caracteriza al sujeto y la participación determinante la conducta”; (ii) la selección exclusiva de máximos responsables que conduzca a centrar esfuerzos “en un grupo reducido de líderes, que podrían coincidir con niveles nacionales o centrales de mando y, en el mejor de los casos, con niveles intermedios o ejecutores notorios”, dejando “por fuera de la selección a personas que, sin hacer parte de dichos niveles de mando, pueden haber contribuido significativamente a las dinámicas distintivas del conflicto armado en las diferentes regiones del país”; (iii) la propuesta de “que el concepto de participación determinante es el único que tendría validez y utilidad en la JEP por ser el que se utiliza en la Ley Estatutaria”, de tal forma que “solo se podría seleccionar a quienes tuvieran participación determinante en los crímenes más graves y representativos del conflicto armado, así, el concepto del máximo responsable vendría a ser obsoleto”, además de que “un énfasis exclusivo en la participación determinante puede llevar a que la discrecionalidad de la JEP se traduzca en la selección de muchas personas”, lo cual “se debe evitar para no caer en un maximalismo punitivo que se aleja de los métodos y de las finalidades de la justicia penal transicional”; (iv) “una relación de grado entre los conceptos, en donde el máximo responsable aplicaría al grado más intenso del mismo acto u omisión y, en una escala descendente, el límite inferior estaría fijado por la participación determinante”, constituyendo “dos extremos entre los que habría múltiples grados hipotéticos posibles cuya selección tendría que ser decidida caso por caso”; finalmente, (v) la comprensión de que máximo responsable y partícipe determinante son “dos conceptos totalmente distintos e inarticulados, y su única característica común sería su función instrumental, esto es, como herramientas para concentrar la acción penal del Estado a través de la selección de personas”, MICHALOWSKI, SABINE, et al., cit., pp. 61-64.

54 MICHALOWSKI, SABINE, et al., cit., p. 44.

55 Ibíd.

6. Resultados y reflexiones finales

Una mera aproximación semántica o dogmática de las expresiones máximos responsables y participación determinante nos conduciría a la elaboración de conceptos que tal vez se aparten de la función y finalidad con que fueron concebidos estos términos en el marco de la justicia transicional colombiana. En ese sentido, indagar en el proceso de configuración normativa y en los desarrollos jurisprudenciales de ambas expresiones puede facilitar de manera más adecuada la orientación conceptual y el uso práctico de los mismos en la JEP. En principio, los dos conceptos podrían instar semántica y dogmáticamente a un ejercicio de clasificación o adecuación en el ámbito de las figuras o títulos de imputación de responsabilidad penal (autoría, participación y extensiones), sin embargo, se debe advertir que no son categorías jurídicas propias de la dogmática penal, ni se deben adecuar de manera forzada a este lenguaje jurídico.

Así, por ejemplo, aterrizar el término participación determinante en el plano de la dogmática penal nos podría sugerir que esta expresión solo refiere a aquellos que cumplen un papel tan activo y concluyente en la realización de un delito, lo cual ineludiblemente implicaría enmarcar este concepto en el terreno de la autoría. Pues solo los autores concurren en la realización de la conducta teniendo el dominio del hecho, bien sea dominio de la acción (autor directo), dominio de la voluntad (autor mediato) o dominio funcional (coautor)⁵⁶. Por consiguiente, equiparar la expresión participación determinante en la comisión de un crimen al dominio del hecho para la realización de dicho crimen, llevaría a un escenario en el que no sería posible hablar de cómplices o instigadores cuya participación haya sido determinante.

Sin embargo, como vemos en los antecedentes normativos y en los desarrollos jurisprudenciales de este concepto, la normativa transicional busca que la JEP no solo judicialice a excombatientes que directamente cometieron delitos graves y representativos en el marco del conflicto armado, sino también a colaboradores e incluso financiadores, los cuales muchas veces solo han concurrido en la comisión de los delitos como cómplices o instigadores⁵⁷. En otras palabras, el no

56 Véase ROXIN, CLAUDIUS, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (7ª ed.), Madrid, Marcial Pons, 1998.

57 En un análisis detallado sobre la complicidad y la responsabilidad penal de los directivos empresariales en el marco de la judicialización de violaciones a los Derechos Humanos cometidas por organizaciones armadas ilegales, Gustavo Cote concluye que: "la JEP sería competente incluso para casos de complicidad, teniendo en cuenta que esta representa la forma básica de imputación reconocida, por ejemplo, en el DPI, para tratar la responsabilidad penal de civiles por crímenes cometidos por grupos armados o regímenes criminales", COTE BARCO, GUSTAVO, cit., p. 21. Asimismo,

tener dominio del hecho no representa que necesariamente la participación de esa persona no haya sido determinante. Para los propósitos de selección y persecución penal que orientan la actividad judicial de la JEP, ser cómplice o instigador no reduce los alcances de la participación determinante que hayan podido tener esas personas frente a la violación grave y sistemática de derechos humanos. Algo similar sucede con la expresión máximos responsables, sobre la cual algunos han insistido en reducir su contenido a la calidad de autores⁵⁸. Tampoco se debe generalizar que toda participación determinante está dada por aquellos que no son autores bajo la concepción binaria de autoría y participación, ya que pueden existir tanto máximos responsables como partícipes determinantes a quienes se les atribuya responsabilidad penal bien sea como autores, partícipes o por figuras de extensión como la responsabilidad por el mando.

En general, no interesa tanto la forma en que se pueda moldear terminológicamente ambas expresiones a través de figuras jurídicas de imputación o de sus elementos, ya que ineludiblemente se vendrán a la mente conceptos como hombres de atrás, dominio de organización, cúspide de aparatos organizados de poder, responsabilidad por el mando, superiores, dirigentes, autores mediatos,

referencia tres tipos de casos donde se puede evidenciar la participación determinante de terceros vinculados al ámbito empresarial o corporativo: “(i) colaboración o participación en la comisión de crímenes indeterminados mediante la financiación a organizaciones consideradas criminales, (ii) colaboración o participación en la comisión de crímenes indeterminados mediante la provisión de bienes o servicios a organizaciones de esta clase y (iii) comisión directa de crímenes concretos, incluso mediante actos con apariencia de legalidad”; esta identificación de escenarios la complementa con la dada por Farrell: “(i) comisión directa de crímenes por parte de las empresas, (ii) contribución a la perpetración de crímenes por parte de otros, por ejemplo, al proporcionar armas a grupos o gobiernos de los que se sabe que están envueltos en la comisión de crímenes internacionales y (iii) ‘participación’ tangencial al desarrollar actividades o negocios en áreas afectadas por este tipo de hechos”, *ibíd.*, nota al pie 96; FARRELL, NORMAN, “Attributing Criminal Liability to Corporate Actors. Some Lessons from the International Tribunals”, en *Journal of International Criminal Justice*, 8, 3, 2010, pp. 873-874.

58 En ese sentido, se ha señalado: “(...) pareciera que estas dos definiciones hacen referencia tanto a autores como a partícipes, complejizando un poco la determinación del sujeto objeto de imputación penal, por lo que debería contextualizarse el concepto y hacerse mención a que teniendo en cuenta que en el desarrollo del conflicto armado han participado personas de diversos sectores políticos y económicos del país, que han influido de manera notoria en la comisión de dichos delitos y que además la ejecución de estos se efectuaron por la obligatoriedad del cumplimiento de órdenes, haciendo énfasis en que personas con jerarquía o poder de mando dentro de la estructura criminal o fuera de ella, quienes tenían la capacidad de determinar la ejecución de los delitos, y deben ser considerados autores y no partícipes de la comisión de delitos de lesa humanidad dentro del conflicto armado”, MOYANO ESPINOSA, PAULA, “Criterios de imputación a Máximos Responsables por graves violaciones a los Derechos Humanos, un aporte a la Construcción de Paz”, *Trabajo de grado especialización*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2015, p. 12.

autores intelectuales, determinadores, instigadores, etc. La fórmula o el título de atribución de responsabilidad variará caso por caso dependiendo de los hechos concretos, del papel que haya desempeñado la persona, de su liderazgo y de la contribución específica en la realización del delito, esto sin importar que sea máximo responsable o partícipe determinante. En todo caso, no se debe pasar por alto que la normativa estatutaria precisa con claridad que aquellos criterios de selección, como ser partícipe determinante o máximo responsable, “no constituyen criterios para imputar responsabilidad”⁵⁹.

Por otra parte, si bien la propuesta teórica que se referenció en el último acápite representa un aporte doctrinario muy útil ante la ausencia de jurisprudencia transicional que oriente la discusión, lo cierto es que se debe reparar en ella con una asepsia terminológica que evite confundir o equiparar el concepto de “contribución efectiva” que caracteriza al partícipe determinante con el elemento “aporte o contribución importante” que evidencia la existencia de un dominio funcional de una persona en la realización de un hecho y que permite identificarlo como coautor cuando hay división del trabajo criminal⁶⁰. Asimismo, este nuevo escenario, donde convergen las dos expresiones estudiadas, no puede conducir a una especie de normativismo puro o radical, en el que se entienda un regreso de la teoría unitaria que desconozca los elementos dogmáticos de las categorías de imputación que diferencian entre autores y partícipes⁶¹.

En suma, ambos conceptos más que ser evaluados a la luz de la dogmática penal, deben ser entendidos desde la órbita de la política criminal. Propiamente, de lo que constituye la política criminal del Estado en escenarios de justicia transicional holísticos e integrales, donde se emplean mecanismos judiciales únicamente para esclarecer y determinar responsabilidades individuales de los que son considerados como máximos responsables o que hayan tenido una participación activa o determinante en los casos más graves y representativos. En ese orden de ideas, los conceptos de máximos responsables y de partícipes determinantes han sido acuñados, de manera sucesiva, como presupuestos jurídicos dirigidos a impactar significativamente en el universo de conductas y personas que deben comparecer a los procesos de juzgamiento ante el componente de justicia del SIVJRN.

59 Ley 1957 de 2019, art. 19.

60 Véase HERNÁNDEZ ESQUIVEL, ALBERTO, “La coautoría”, en *Derecho Penal y Criminología*, 25, 75, 2004, pp. 97-110.

61 Al respecto, véase ARAQUE, DIEGO & VÁSQUEZ, ESTEBAN, “Reflexiones sobre la delimitación entre autor y partícipe: pasado, presente y futuro”, *Nuevo Foro Penal*, 91, 2018, pp. 144 y ss.

A diferencia del modelo de Justicia y Paz, el diseño institucional de la JEP y en general del SIVJRN es mucho más complejo y sofisticado. En este novedoso sistema integral no solo se han creado mecanismos judiciales y extrajudiciales, sino también una pluralidad de instituciones y órganos en diversos componentes que atienden a las dinámicas funcionales que diferencian el tratamiento de hechos y conductas, así como de personas dependiendo de la gravedad del hecho y del papel desempeñado por la persona. De tal forma, que solo el Tribunal para la Paz está habilitado para resolver la situación jurídica de fondo de los máximos responsables de los crímenes graves y representativos con trascendencia de crimen internacional. En otras palabras, este órgano judicial es el único que juzga las más graves violaciones a los derechos humanos y a los perpetradores de mayor nivel. Por su parte, las Salas de Justicia, propiamente, la de Amnistía o Indulto y la de Definición de Situaciones Jurídicas resuelven la situación jurídico penal sin juzgar a las personas, es decir, solo atienden los casos menos representativos o aquellos en los que no convergen los máximos responsables, razón por la cual pueden amnistiar o renunciar a la persecución penal dichas conductas tipificadas en ordenamiento nacional con trascendencia doméstica.

Partiendo de las experiencias dadas por Justicia y Paz, el modelo actual de justicia transicional surgió del aprendizaje de las lecciones dadas por las falencias del maximalismo, en donde el enfoque de judicialización caso por caso condujo inicialmente a un escenario de impunidad fáctica⁶². Por eso conforme ha avanzado en el país la ingeniería constitucional en materia de justicia transicional, asimismo, ha evolucionado la “desjudicialización” de la justicia transicional y el delineamiento judicial de escenarios de resolución de situaciones jurídicas por medio de perdones judiciales (amnistías, indultos, renuncias a la persecución penal, etc.) y por medio de judicialización de hechos y conductas que por su gravedad y representatividad no pueden quedar sin investigación y juzgamiento, en especial, sus perpetradores de mayor jerarquía.

Como se ha sostenido insistentemente, con el propósito de reducir significativamente el universo de conductas y personas a ser juzgadas, la justicia

62 Así lo reconoce la propia Corte al analizar la constitucionalidad del artículo 19 de la Ley Estatutaria de la JEP que define los criterios de selección: “la selección permite superar el enfoque de investigación y judicialización caso a caso, uno de los mayores riesgos para el ejercicio efectivo de justicia frente a crímenes de sistema. Dicho enfoque caso a caso es deseable en condiciones óptimas, en que no se hayan presentado hechos masivos y sistemáticos durante largos períodos de conflicto armado. En un contexto de justicia transicional como el colombiano, dicho enfoque puede traer como consecuencia la impunidad de facto”, Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, análisis del art. 19, p. 374.

transicional colombiana ha incorporado la posibilidad de establecer criterios legales de selección para que los recursos y la capacidad institucional de investigar y juzgar se centren en los máximos responsables de los crímenes más graves y representativos, atendiendo a tendencias internacionales en materia de derecho penal internacional⁶³. Desde el establecimiento de ese mandato constitucional (con el Marco Jurídico para la Paz) hasta la materialización de este (con la Ley Estatutaria de la JEP) pasaron siete años. En el interregno tuvo lugar el proceso de paz entre las FARC-EP y el Gobierno Nacional, el cual influyó en la variación terminológica para regular este propósito de la política criminal transicional del Estado frente a los crímenes ocurridos en el conflicto. El hecho de que la normativa constitucional y legal del SIVJRRN haya, prácticamente, abandonado el empleo de la expresión máximos responsables, se debe a que el Acuerdo Final de Paz casi que prescindió de ese concepto y sobrepuso un término propio del proceso de negociación política que se acuñó como “participación determinante”.

Jurídicamente, se desconoce el motivo para intentar sustituir o reemplazar en el lenguaje transicional el término de máximos responsables por uno nuevo que se aproxima bastante⁶⁴, pues este concepto había sido tomado del derecho penal internacional y ya se encontraba incorporado en el texto constitucional para ese entonces. Sin embargo, independientemente de las causas y de los propósitos políticos de esta variación terminológica, es una realidad jurídica que hoy en día coexisten en el cuerpo normativo transicional ambos conceptos. De hecho, la Corte Constitucional parte de este supuesto y por esa razón condicionó la constitucionalidad del numeral 4 del artículo 19 de la Ley Estatutaria de la JEP, que fija los criterios de selección en razón del factor personal, agregando a esta disposición a los máximos responsables pese a que la misma solo alude a la participación activa o

63 UPRIMNY YEPES, RODRIGO, et al., *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, Bogotá, Dejusticia, 2014, pp. 124-134.

64 Ya en 2014, se advertía que la definición de máximos responsables que brindaba la jurisprudencia constitucional podría ser problemática de cara a futuros procesos de negociación de paz. En ese momento se sostuvo: “Esta situación plantea un gran interrogante sobre el efecto que puede tener la definición de ‘máximo responsable’ hecha por la Corte en la sentencia C-579 de 2013 para las negociaciones de paz que se adelantan con el grupo guerrillero FARC-EP o para los procesos de paz que se lleven a cabo en el futuro: ¿cuál es el margen de negociación con el que cuenta el gobierno nacional en esta materia? De hecho, esta pregunta puede ser planteada a partir del MJP mismo, el cual ya restringía las posibilidades de negociación del gobierno al establecer que los ‘máximos responsables’ necesariamente deben ser procesados penalmente. Pero, con la definición amplia que hace la Corte del término ‘máximos responsables’ el margen de negociación que inicialmente permitía el MJP se estrecha aún más”, COTE BARCO, GUSTAVO & TARAPUÉS SANDINO, DIEGO, cit., p. 263.

determinante⁶⁵.

En síntesis, ambos conceptos coexisten en el marco jurídico de la justicia de transición vigente y se aproximan mucho, al tener un mismo linaje y un idéntico propósito político criminal. No obstante, la profundización jurisprudencial del término máximos responsables, anclado a su dimensión conceptual del derecho penal internacional, junto con la polivalencia de la expresión partícipe determinante, tanto en el Acuerdo Final de Paz como en su implementación normativa, permiten concluir que se trata de conceptos jurídicamente diferenciables. En ese sentido, pueden existir máximos responsables que hayan tenido una participación determinante en hechos y conductas concretas, como también pueden existir aquellos que sean lo uno sin haber ostentado lo otro⁶⁶.

En todo caso, se debe resaltar que la Corte ha insistido en emplear el término de máximos responsables del Marco Jurídico para la Paz en las sentencias en las que ha revisado automáticamente la constitucionalidad de las normas de implementación del Acuerdo Final de Paz⁶⁷. En ese sentido, ha ratificado que los máximos responsables son “aquellos que tienen un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito, es decir, que hayan dirigido, tenido el control o financiado la comisión de los delitos”⁶⁸.

Por otra parte, si bien la Corte ha aclarado que la definición normativa de participación determinante, entendida como “aquella acción eficaz y decisiva en la realización de los delitos enunciados”⁶⁹, ha sido declarada inexecutable⁷⁰, se debe resaltar que la pluralidad de disposiciones del Acuerdo Final de Paz y de las Leyes 1957 de 2019 y 1820 de 2016 deben ser consideradas⁷¹ para comprender la vigencia y el alcance polifacético de esta expresión jurídica; esto es: (i) como criterio orientador

65 Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, análisis al art. 19, pp. 379-380.

66 Así lo planteó la organización Colombia Diversa en el proceso de constitucionalidad de la Ley Estatutaria de la JEP, al señalar: “Una persona pudo no ostentar un rango alto al interior del grupo armado de que se trate (y no ser así un ‘máximo’ responsable), pero sí una participación determinante en la comisión de delitos sobre los cuales la Jurisdicción Especial para la Paz tenga competencia, pudiendo en tal caso ser considerado máximo responsable”, ante esta postura que insta en diferenciar entre ambos conceptos, la Corte Constitucional accedió y por ese condicionó la constitucionalidad del art. 19 de esta ley, Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, p. 367.

67 Corte Constitucional, sentencias C-674 de 2017; C-007 de 2018; C-080 de 2018.

68 Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, pp. 228 y 379.

69 Acto Legislativo 01 de 2017, art. 1, art. transitorio 16, inciso 2.

70 Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, p. 368 y nota al pie 811.

71 De manera similar lo plantea COTE BARCO, GUSTAVO, cit., pp. 20-21.

de la competencia de la JEP frente a terceros que se someten voluntariamente, (ii) como indicador para la determinación de penas inferiores a cinco años, y (iii) como criterio legal de selección a partir de las características propias de los responsables, lo cual posibilita clasificar entre quiénes deben ser juzgados y a quiénes se les puede renunciar a la persecución penal.

Bibliografía

- ACOSTA LÓPEZ, JUANA & IDÁRRAGA MARTÍNEZ, ANA, "Alcance del deber de investigar, juzgar y sancionar en transiciones de conflicto armado a una paz negociada (convergencias entre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional)", en *Revista Derecho del Estado*, 45, 55-99, 2020.
- AMBOS, KAI & ZULUAGA TABORDA, JOHN, "Justicia de Transición y Constitución. A manera de introducción", en *K. Ambos (Coord.), Justicia de Transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá, Temis-KAS, 1-19, 2014.
- AMBOS, KAI, "Command responsibility and Organisationsherrschaft: ways of attributing international crimes to the 'most responsible'", en *H. Van der Wilt, A. Nollkaemper, M. Dolman & J. Kleffner (Ed.), System Criminality in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 127-157, 2009.
- APONTE CARDONA, ALEJANDRO, "Informe Colombia", en *K. Ambos & G. Elsner. (Ed.), Justicia de transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Bogotá, KAS, 235-299, 2008.
- ARAQUE, DIEGO & VÁSQUEZ, ESTEBAN, "Reflexiones sobre la delimitación entre autor y partícipe: pasado, presente y futuro", *Nuevo Foro Penal*, 91, 127-150, 2018.
- Barreras Montealegre, Roy, *Proyecto de acto legislativo por medio del cual se adiciona un nuevo artículo transitorio 66 a la Constitución Política*, Bogotá, Congreso de la República de Colombia, 2011.
- BERMÚDEZ LIÉVANO, ANDRÉS, *Los debates de La Habana. Una mirada desde adentro*, Bogotá, Instituto para las Transiciones Integrales (IFIT), 2019.
- BOTERO MARINO, CATALINA & RESTREPO SALDARRIAGA, ESTEBAN, "Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia", en *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 45-107, 2006.
- COTE BARCO, GUSTAVO & TARAPUÉS SANDINO, DIEGO, "El Marco Jurídico para la Paz y el Análisis Estricto de Sustitución de la Constitución realizado en la Sentencia C-579 de 2013", en *K. Ambos (Coord.), Justicia de Transición y Constitución*.

Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional, Bogotá, Temis-KAS, 197-271, 2014.

COTE BARCO, GUSTAVO, "Complicidad, responsabilidad penal de directivos empresariales y violaciones de Derechos Humanos cometidas por grupos armados ilegales: lecciones del Derecho Penal Internacional para Colombia", en *Universitas*, 138, 2019.

FARRELL, NORMAN, "Attributing Criminal Liability to Corporate Actors. Some Lessons from the International Tribunals", en *Journal of International Criminal Justice*, 8, 3, 873-894, 2010.

FORER, ANDREAS & LÓPEZ DÍAZ, CLAUDIA, "Caso colombiano. Selección y priorización de casos como estrategia de investigación y persecución penal en la justicia transicional en Colombia", en *K. Ambos (Coord.) Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado*, Bogotá, GIZ, 229-253, 2011.

HERNÁNDEZ ESQUIVEL, ALBERTO, "La coautoría", en *Derecho Penal y Criminología*, 25, 75, 97-110, 2004.

MICHALOWSKI, SABINE, ET AL., *¿A quiénes sancionar? Máximos responsables y participación determinante en la Jurisdicción Especial para la Paz*, Bogotá, Dejusticia, 2020.

MOYANO ESPINOSA, PAULA, "Criterios de imputación a Máximos Responsables por graves violaciones a los Derechos Humanos, un aporte a la Construcción de Paz", *Trabajo de grado especialización*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2015.

ROXIN, CLAUS, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (7ª ed.), Madrid, Marcial Pons, 1998.

SÁNCHEZ LEÓN, NELSON & IBÁÑEZ GUTIÉRREZ, CATALINA, "La justicia transicional como categoría constitucional", en *K. Ambos (Coord.), Justicia de Transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá, Temis-KAS, 107-154, 2014.

SÁNCHEZ LEÓN, NELSON & PARRA VERA, OSCAR, *Elementos para una Justicia de Paz Restaurativa*, Bogotá, Ediciones USTA, 2018.

Tarapués Sandino, Diego, "El sistema integral de justicia transicional y sus mecanismos para satisfacer el derecho a la justicia de cara al deber estatal de investigar, juzgar y sancionar", en *D.F. Tarapués Sandino (Coord.), Justicia transicional, reforma constitucional y paz: reflexiones sobre la estrategia integral*

- de justicia transicional*, Medellín, Diké y Editorial USC, 155-185, 2017.
- TARAPUÉS SANDINO, DIEGO, "El Tribunal para la Paz y las Salas de Justicia de la JEP como órganos jurisdiccionales sui generis", en *Vniversitas*, 69, 2020.
- UPRIMNY YEPES, RODRIGO & SAFFÓN SANÍN, MARÍA, "Usos y Abusos de la Justicia Transicional en Colombia", en *Anuario de Derechos Humanos*, 4, 165-195, 2008.
- UPRIMNY YEPES, RODRIGO, "Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano", en *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 17-44, 2006.
- UPRIMNY YEPES, RODRIGO, ET AL., *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, Bogotá, Dejusticia, 2014.
- ZULUAGA TABORDA, JOHN, "Comentarios artículos 28 y 30", en *K. Ambos & G. Cote Barco (Coord.), Ley de Amnistía: Comentario completo y sistemático (Ley 1820 de 2016)*, Bogotá, Temis-KAS, 283-315 y 324-328, 2019.

Normas y otros

- Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera [Acuerdo Final de Paz], 24 de noviembre de 2016.
- Congreso de la República de Colombia, Acto Legislativo 1 de 2017, *Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera*, 4 de abril de 2017.
- Congreso de la República de Colombia, Acto Legislativo 2 de 2017, *Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política*, 31 de julio de 2012.
- Congreso de la República de Colombia, Ley 1312 de 2009, *Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el Principio de Oportunidad*, 9 de julio de 2009.
- Congreso de la República de Colombia, Ley 1424 de 2010, *Por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley*, 29 de diciembre de 2010.
- Congreso de la República de Colombia, Ley 1820 de 2016, *Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales*, 30 de diciembre de 2016.

Congreso de la República de Colombia, Ley 1957 de 2019, *Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz*, 6 de junio de 2019.

Congreso de la República de Colombia, Ley 975 de 2005, *Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley*, 25 de julio de 2005.

Consejo de Seguridad de la ONU, Resolución 1534 de marzo 26 de 2004.

Contraloría General de la República, Dirección de Estudios Sectoriales, *Análisis sobre los resultados y costos de la Ley de Justicia y Paz*, 2017.

Secretaría Ejecutiva de la JEP, *JEP en cifras*, 2020.

Jurisprudencia

Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2018, MP Diana Fajardo Rivera.

Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, MP Antonio José Lizarazo Ocampo.

Corte Constitucional, Sentencia C-360 de 2006, MP Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017, MP Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional, Sentencia C-936 de 2010, MP Luis Ernesto Vargas Silva.

Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, Resolución 6934 de 2019.

Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-RC-PMA 974 de 2019.

Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 33 de 2021.

Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 244 de 2021.

Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 19 de 2021.

Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA-RPP 230 de 2021.

Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 565 de 2020.

Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 020 de 2018.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, (14 de septiembre de 2005), Prosecutor v. Rahim Ademi and Mirko Norac. Referral Bench, Decision for Referral to the Authorities of the Republic of Croatia Pursuant to Rule 11bis.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, (17 de noviembre de 2006), Prosecutor v. Vladimir Kovačević. Referral Bench, Decision on the Referral of

- the Case Pursuant to Rule 11bis with Confidential and Partly Ex Parte Annexes. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, (9 de julio de 2007), Prosecutor v. Rasim Delić. Referral Bench, Decision on Motion for Referral of the Case Pursuant to Rule 11bis.
- Tribunal Penal Internacional para Ruanda, (16 de noviembre de 2001), Prosecutor v. Alfred Musema. Case No. ICTR-96-13A, Appeal Judgement.
- Tribunal Penal Internacional para Ruanda, (2 de diciembre de 2008), Prosecutor v. Simon Bikindi. Case No. ICTR-01-72-T, Trial Judgement.
- Tribunal Penal Internacional para Ruanda, (2 de septiembre de 1998), Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu. Case No. ICTR-96-4-T, Trial Judgement.
- Tribunal Penal Internacional para Ruanda, (20 de junio de 2012), Prosecutor v. Ryandikayo. Case No. ICTR-95-1E-R11bis, Decision on the Prosecutor's Request for Referral of the Case to the Republic of Rwanda.
- Tribunal Penal Internacional para Ruanda, (28 de mayo de 2008), Prosecutor v. Munyakazi. Case No. ICTR-97-36-R11bis, Decision on the Prosecutor's Request for Referral of the Case to the Republic of Rwanda.
- Tribunal Penal Internacional para Ruanda, (3 de diciembre de 2003), Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza and Hassan Ngeze. Case No. ICTR-99-52 T, Trial Judgement.