

LA SISTEMATICIDAD Y LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ

CÉSAR AUGUSTO GAITÁN PEÑALOZA

Dicente Maestría en Derecho Penal

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

BOGOTÁ D.C.

ENERO-2023

LA SISTEMATICIDAD Y LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ

CÉSAR AUGUSTO GAITÁN PEÑALOZA

Dicente Maestría en Derecho Penal

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE MAGÍSTER EN DERECHO
PENAL Y CIENCIAS CRIMINOLÓGICAS**

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

BOGOTÁ D.C.

ENERO-2023

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	6
Hipótesis y problema de investigación	7
Metodología de la investigación	8
ESTADO DEL ARTE	9
1 Antecedentes, origen y concepto de sistematicidad en el derecho penal internacional	9
1.1 La sistematicidad en el derecho penal internacional	11
1.1.1 Concepto histórico a partir del párrafo 1 del artículo 7 del ER	11
1.1.2 El concepto de sistematicidad a partir de los Elementos de los Crímenes y la Jurisprudencia de la CPI.	13
1.1.3 El concepto de sistematicidad en los crímenes de guerra	19
2 La funcionalidad del concepto de sistematicidad	22
3 La sistematicidad en el derecho penal colombiano	23
3.1 Concepto de sistematicidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.....	23
3.2 Concepto de sistematicidad en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia	36
4 El concepto de sistematicidad dentro del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición – SIVJRNR	44
4.1 El concepto de sistematicidad en la Constitución Política y las leyes (normas relativas al SIVJRNR).....	48
MARCO TEÓRICO	50
5 Análisis de las decisiones de la JEP en relación con el concepto de sistematicidad	50

5.1	Sistematicidad en la determinación de los hechos y conductas cometidas por el Secretariado de las FARC-EP en relación con el Caso No. 1	61
5.2	Del concepto de sistematicidad en relación con la calificación jurídica de las conductas relativas al Caso No. 01	71
5.3	Análisis del concepto de sistematicidad en el Caso No. 3 de la JEP. Auto No. 128 de 2021	79
5.4	Del análisis de otras providencias en las que se ha hecho alusión al concepto de sistematicidad	94
5.4.1	Resolución No. 63 de mayo 4 de 2018, por medio de la cual se resuelve una solicitud de libertad, transitoria, condicionada y anticipada.....	95
5.4.2	Decisión sobre solicitud de sometimiento a la Jurisdicción Especial para la Paz, Radicación No. 000083 de mayo 7 de 2018.	100
5.4.3	Auto TP-SA 110 de enero 30 de 2019 en el asunto de Jorge Eliécer Plazas Acevedo, por medio del cual se resuelve un recurso de apelación.....	103
5.4.4	Auto TP-SA 220 de julio 3 de 2019, en el asunto de Pedro Luis Zuleta Noscué por medio del cual se resuelve recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público	105
5.5	Fuentes normativas estudiadas por la JEP y aspectos en los cuales se valora el concepto de sistematicidad en las decisiones estudiadas en el presente acápite	108
	CONCLUSIONES	109
	BIBLIOGRAFÍA	117

ABREVIATURAS

CPI. Corte Penal Internacional.

DIDH. Derecho internacional de los derechos humanos.

DIH. Derecho internacional humanitario.

ER. Estatuto de Roma.

FARC. Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia.

JEP. Jurisdicción Especial para la Paz.

SA. Sección de Apelación del Tribunal para la Paz.

SDSJ. Sala de Definición de Situaciones Jurídicas.

SIVJRN. Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición.

TPIR. Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

TPIY. Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia.

INTRODUCCIÓN

*La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento*¹

El presente trabajo de investigación tiene como propósito elaborar un estudio del concepto de sistematicidad como elemento dogmático del derecho penal internacional empleado en el derecho penal de justicia transicional, correspondiente al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición (SIVJRNR), creado por el *Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, suscrito entre el Gobierno Nacional y los plenipotenciarios de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) el 24 de noviembre de 2016.

Dicho estudio tiene como teleología establecer si el concepto de sistematicidad que implementa la Jurisdicción Especial para la Paz corresponde en su naturaleza al concepto dogmático construido en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional (CPI) a partir de la interpretación y aplicación de las normas del Estatuto de Roma (ER). Con el objeto de cumplir con dicha finalidad, se estudiará: i) los antecedentes, el origen y el concepto de la sistematicidad en el derecho penal internacional; ii) los elementos dogmáticos que lo componen; iii) la teleología del concepto en el actual derecho penal internacional; y iv) el desarrollo de la noción en el derecho vernáculo.

A efectos de cumplir el último de los derroteros descritos en el párrafo anterior: i) se estudiará el concepto de sistematicidad en el derecho constitucional colombiano, concretamente, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional relativa a las normas del SIVJRNR y al derecho penal internacional; ii) se analizará el concepto de sistematicidad adoptado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, como órgano de cierre de la jurisdicción penal; iii) se estudiarán las normas de derecho sustantivo de rango constitucional y legal que regulan la sistematicidad en el derecho penal colombiano de justicia transicional.

¹ Artículo 22 de la Constitución Política de Colombia.

Hipótesis y problema de investigación

La finalidad del presente trabajo de investigación, que a la vez constituye su problema de investigación, consiste en verificar si la implementación del concepto de sistematicidad elaborada en el derecho penal de justicia transicional, concretamente, en la jurisprudencia de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), se compadece con la naturaleza ontológica de la figura en el derecho penal internacional, y cuáles son las diferencias interpretativas con el sistema jurídico de origen, con ello se podrá determinar si existe o no relación de mismidad entre los dos conceptos, para evaluar si los elementos endilgados a la sistematicidad en el derecho colombiano dan cuenta razonable de lo que en efecto son, de acuerdo con el sistema jurídico de origen.

No obstante, es menester indicar que esta constatación y las conclusiones a las que se llegue en la presente investigación tiene la finalidad de analizar el desarrollo de la figura de sistematicidad en el derecho penal de justicia transicional colombiano en relación con el ordenamiento jurídico de donde es oriunda la figura. Sin embargo, no se puede afirmar que el concepto de sistematicidad que se tiene en el derecho penal internacional sea vinculante de forma absoluta para la JEP, ello por que dicha corporación cuenta con un sistema jurídico propio creado por el *Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, donde el derecho penal internacional sólo es una de sus fuentes.

Ello es así, por cuanto, el derecho penal de justicia transicional que aplica la JEP es autónomo y, dentro del sistema de fuentes jurídicas vinculantes, el derecho penal internacional, sus instituciones jurídicas y sus principios son un criterio de referencia obligatorio de análisis de los casos². Empero, la aplicación o no de la figura de forma concurrente permite evidenciar el rigor, la exactitud y la precisión de la aplicación del derecho penal internacional y sus instituciones en el derecho penal colombiano de

² Al respecto es importante acotar que el inciso 7º del artículo 5 del Acto Legislativo 01 de 2017, postula lo siguiente: “La JEP al adoptar sus resoluciones o sentencias hará una calificación jurídica propia del Sistema respecto a las conductas objeto del mismo, calificación que se basará en el Código Penal colombiano y/o en las normas de Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH), Derecho Internacional Humanitario (DIH) o **Derecho penal internacional (DPI)**, siempre con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad”². (Negrillas fuera del texto). Congreso de la República de Colombia. *Acto Legislativo 01 de 2017*, 4 de abril de 2017.

justicia transicional. Dicho análisis toma relevancia teniendo en cuenta la variopinta funcionalidad del concepto de sistematicidad en el marco del SIVJRNRR como criterio de priorización y como elemento objetivo para la estructuración contextual de ciertas conductas punibles que son objeto material de la JEP.

Metodología de la investigación

El presente trabajo de investigación constituye un análisis de fuentes normativas del derecho penal internacional, derecho penal vernáculo y derecho penal de Justicia transicional, las cuáles se concretan en leyes en sentido formal, material y jurisprudencia de los órganos de cierre de dichas ramas del derecho. El análisis de tales fuentes corresponde a una investigación histórica en cuanto al concepto de sistematicidad, puesto que pretende dar cuenta de cómo se originó el concepto y a qué necesidades dio respuesta en tiempos precedentes y en la actualidad.

Con fundamento en ello, se estudia el concepto de sistematicidad atendiendo a una metodología de análisis inductiva, pues se observa el desarrollo del concepto a partir de la construcción que de este ha hecho la jurisprudencia de la CPI a partir de casos concretos, extrayendo de esta forma las reglas de derecho que se han conformado a través del estudio de la figura y que constituyen el fundamento normativo de interpretación y aplicación del concepto de sistematicidad.

En relación con el procesamiento de los datos recogidos que son esencialmente normas y jurisprudencia, se desarrolla un análisis cualitativo de dichas fuentes a través de la recolección de la jurisprudencia que ha contribuido al desarrollo, interpretación y construcción del concepto de sistematicidad. De esta manera las fuentes bibliográficas que sirvieron de base a la presente investigación han sido seleccionadas atendiendo a la naturaleza jurídica de la sistematicidad pretendiendo recoger los pronunciamientos jurisprudenciales que han desarrollado los diferentes factores del concepto i) como elemento objetivo de la tipicidad de los crímenes internacionales, ii) como factor de competencia y iii) como criterio de priorización.

ESTADO DEL ARTE

1 Antecedentes, origen y concepto de sistematicidad en el derecho penal internacional

El advenimiento del concepto dogmático de sistematicidad surge dentro de la teoría general del injusto propia de los crímenes que son competencia del derecho penal internacional y, por tanto, de connotación universal. A este respecto, cabe resaltar que *contrario sensu* a las conductas punibles que son competencia de los ordenamientos jurídicos de los países miembros del ER, cuyo desvalor de acción se fundamenta en la violación de bienes jurídicos, el desvalor de acción de los crímenes en el derecho penal internacional se afina en la violación de intereses jurídicos universales³, particularmente, la paz, los cuales, a su vez, connotan la relevancia diferenciada entre las conductas punibles de los derechos penales nacionales y el derecho penal internacional.

En relación con este último, no es suficiente la simple materialidad de la conducta criminal (*offence*) para estructurar la competencia del derecho penal internacional, pues se requieren además del elemento objetivo (*actus reus*), el elemento subjetivo (*mens rea*) y las circunstancias excluyentes de responsabilidad (*defenses*), un elemento contextual que la doctrina ha denominado “características de macrocriminalidad”⁴.

Dicho concepto de macrocriminalidad, el cual determina que la conducta en cuestión afecta intereses jurídicos universales, convierte el hecho o conducta en crimen competencia del derecho penal internacional, pues la simple materialidad del hecho, con los elementos anteriormente acotados, no conlleva consecuentemente a la estructuración del contexto o hecho global que debe reunir un crimen internacional, de acuerdo con los artículos 6, 7 y 8 del ER.

³ S. P. Ramírez Montes. *La paz y el crimen de agresión*, Bogotá, Universidad Santo Tomás, 2012, p. 39.

⁴ G. Werle. *Tratado de derecho penal internacional*, 2ª Edición, Ed. Tirant Lo Branch, 2011, p. 245.

Dentro del esquema dogmático del delito, es en la tipicidad objetiva de los crímenes internacionales, que se denomina “contexto o hecho global”, donde se encuentra ubicado el concepto de sistematicidad, por lo cual, si dicho elemento se suprime, el crimen deviene atípico objetivamente, lo que consecuentemente impide que se active la competencia de la CPI. De lo anterior, ha dicho la doctrina:

En el marco de los elementos del delito de derecho internacional se pueden asimilar características de la macrocriminalidad. Esta configuración precisa, además del hecho individual (acto), un contexto de violencia organizada (contexto o circunstancias de contexto, o requisitos generales, en la terminología de los Tribunales Ad Hoc) que, como elemento internacional, convierte el hecho en crimen de derecho internacional”.⁵

No obstante, es importante acotar que no en todos los crímenes internacionales el elemento “contexto o hecho global” hace parte del elemento objetivo del tipo, como es el caso del crimen de genocidio, en el cual, el hecho global hace parte del aspecto interno que debe identificarse en la consciencia del autor del crimen. Asimismo, la sistematicidad no es parte del elemento de contexto de todos los crímenes competencia de la CPI, al respecto es importante acotar que este elemento solo se encuentra presente, de acuerdo con el ER, en los crímenes de lesa humanidad y de guerra. Al respecto, Werle resalta:

El elemento contextual está contenido en cada delito, bien como elemento objetivo del mismo o como parte integrante del aspecto interno del hecho. En el genocidio, el contexto se configura como un elemento subjetivo del delito, de manera que el autor debe perseguir la destrucción de un grupo protegido. Por el contrario, en los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión, el elemento contextual se integra en los requisitos objetivos del crimen. El ataque generalizado o sistemático contra la población civil (hecho global) en los crímenes de lesa humanidad constituye un elemento del aspecto externo del crimen, al igual que el conflicto armado en los crímenes de guerra. También en el crimen de agresión la utilización de la violencia organizada pertenece al aspecto externo del hecho.⁶

⁵ G. Werle, *op. cit.*, p. 248.

⁶ *Ibid.*, 248. Al respecto véase también: TPIR. *Sentencia de 21 mayo de 1999 (Kayishema y Ruzindana, TC)*, párr. 94; TPIY. *Sentencia de 14 diciembre de 1999 (Jelusic, TC)*, párr. 100.

1.1 La sistematicidad en el derecho penal internacional

1.1.1 Concepto histórico a partir del párrafo 1 del artículo 7 del ER

De conformidad con el artículo 7 del ER, existe crimen de lesa humanidad cuando las conductas enlistadas en dicha disposición normativa se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Por tal razón, el concepto de sistematicidad hace parte del elemento objetivo del tipo del hecho global o el contexto de la conducta punible.

En relación con la definición de dicho elemento, la doctrina ha sido pacífica en concluir que las conductas que se enmarcan en el artículo 7 del ER, serán sistemáticas cuando las mismas, no hayan sido cometidas como hechos aislados, conductas criminales ordinarias desprovistas de un contexto antecedente que establece una unidad entre ellas⁷. La anterior interpretación cobra sentido al estudiar el numeral 2, párrafo a) del artículo 7 del ER, el cual estatuye lo siguiente:

Por ataque contra una población civil, se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política.⁸

No obstante, este requisito de sistematicidad como elemento objetivo del hecho global del crimen de lesa humanidad, no fue aceptado pacíficamente sino hasta 1998 con la adopción de la definición en el ER, ya que los instrumentos internacionales precedentes no contemplaban el requisito de sistematicidad. Al respecto, la doctrina reconoce que el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY), adoptado en 1993, exigía la presencia de un conflicto armado como parte del elemento objetivo del hecho global. Asimismo, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Ruanda (TPIR), adoptado en 1994, varió esta postura exigiendo en lugar de un conflicto armado, el elemento de motivo discriminatorio. Finalmente, con la

⁷ D. Robinson. "The Draft Convention on Crimes Against Humanity: What to do with the definition?". En *FICHL Publication Series*, No. 18, 2014, p. 104.

⁸ Asamblea General de la ONU. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, 17 Julio 1998, Artículo 7, numeral 2, párr. 2.

adopción del ER, se llegó a la actual postura que ha sido pacíficamente reiterada por la jurisprudencia de la CPI⁹.

No obstante, en las discusiones acerca de la inclusión de los elementos de generalidad y sistematicidad como parte del hecho global del crimen de lesa humanidad, se discutió entre los estados parte de la Convención, si estos elementos debían ser incluidos de forma cumulativa o alternativa, llegándose a la conclusión de que debían incluirse de forma alternativa, dejando claro que el elemento, "ataque contra la población civil" que se incluye en el art. 7.2. del ER debía incluir en su definición el elemento de política¹⁰.

En la actual definición del concepto de crimen de lesa humanidad, adoptada por el ER, el ataque es entendido dentro de un curso de acción (*course of conduct*), lo cual se traduce en que la acción desplegada por el autor de la conducta no es cometida de forma aislada, sino en una comisión múltiple de los mismos hechos (*course of conduct involving multiple commission acts*), de acuerdo con lo estatuido en el artículo 7.1. del ER.

Para ilustrar el punto anterior, la jurisprudencia y la doctrina internacional han destacado que, de acuerdo con la acepción normativa ilustrada en el párrafo anterior, una sola conducta puede ser cometida, pero se valorará como constitutiva de un crimen de lesa humanidad cuando "este hecho individual forme parte de la relación funcional en conjunto"¹¹. Al respecto, Werle cita el siguiente ejemplo para ilustrar la sistematicidad de la conducta:

Un ejemplo histórico (...) lo encontramos en la denuncia de un único ciudadano judío ante la Gestapo que se encuentra en relación funcional de conjunto con la exclusión de los judíos alemanes de la vida económica y cultural del Tercer Reich".¹²

Aunado a lo anterior, es menester analizar la jurisprudencia del TPIY, a efectos de constatar los antecedentes del elemento de sistematicidad en el derecho penal internacional, en relación con el crimen de lesa humanidad. Al respecto, la jurisprudencia del TPIY es clara en afirmar que el elemento de sistematicidad tiene como finalidad

⁹ G. Werle, *op. cit.*, pp. 104-105.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ TPIY. *Sentencia de 7 de mayo de 1997. Caso del Fiscal Vs. Dusko Tádíc*, párr. 918.

¹² S. P. Ramírez Montes, *op.cit.*, p. 475.

establecer la diferencia entre las conductas punibles cometidas como hechos aislados, de aquellas que hacen parte de una política o plan criminal¹³, por tanto, la sistematicidad deviene en un elemento valorativo de la interrelación entre el hecho y la política o plan del que se deriva, a efectos de constatar si se enmarcan en el hecho global del crimen de lesa humanidad.

Sin embargo, es importante acotar que el elemento de sistematicidad propio del crimen de lesa humanidad hace referencia concretamente a “una acción organizada y metódica y que los ataques, por lo general seguirán, algún tipo de plan preconcebido”¹⁴. Dicho concepto ha sido adicionalmente reconocido por la Asamblea General de la Naciones Unidas, en el primer reporte sobre crímenes de lesa humanidad, en el cual al aludir al elemento de sistematicidad acotó lo siguiente: “La naturaleza de sistematicidad (del crimen de lesa humanidad) se extiende generalmente más allá de incidentes aislados de violencia o delitos cometidos con ocasión de simples intereses privados”¹⁵.

1.1.2 El concepto de sistematicidad a partir de los Elementos de los Crímenes y la Jurisprudencia de la CPI.

Una vez realizado el análisis histórico, es menester acudir al sistema de fuentes del derecho penal internacional, el cual se encuentra estatuido en el artículo 21 del ER. Disposición normativa que postula en su numeral 1 literal A que la CPI aplicará en primer lugar el Estatuto, los Elementos de los Crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba.

Pues bien, en el acápite precedente, se estudió el concepto a la luz de lo previsto en el artículo 7 del ER, no obstante, es menester hacer alusión a las demás fuentes del derecho aplicable en su estricto orden jerárquico, de esta manera, se aludirá al concepto de sistematicidad de acuerdo con los Elementos de los Crímenes del ER, y lo que de dicha disposición normativa ha interpretado la jurisprudencia de la CPI, esto teniendo en cuenta que, de acuerdo con el numeral 2) del artículo 21 *ejusdem*: “La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho interpretación en

¹³ TPIY. *Sentencia de 12 de junio de 2002. Caso del Fiscal Vs. Kunarac*, párr. 94.

¹⁴ S. P. Ramírez Montes, *op.cit.*, pp. 478-479, párr. 812.

¹⁵ United Nations. *International Law Commission. Sixty – Seventh Session. First Report on Crimes Against Humanity*, febrero 17 de 2015, p. 13.

decisiones anteriores”. Por tanto, la jurisprudencia hace parte del sistema de fuentes normativas del derecho penal internacional.

De acuerdo con ello, se procederá, en primer lugar, a aludir a la definición de ataque contra la población civil, elemento medular de la conformación del injusto objetivo del crimen de lesa humanidad, donde está inscrito el elemento de sistematicidad. Dicho elemento está definido por lo previsto en el artículo 7, párrafo 2, literal A¹⁶, que fue estudiado en el acápite anterior. No obstante, es necesario acudir nuevamente a esa definición, pues en ella se encuentra inscrito el elemento de sistematicidad, al aludir al concepto de plan o política. El concepto de plan o política se encuentra definido en los Elementos de los Crímenes del ER.

De acuerdo con los Elementos de los Crímenes, la política para cometer dicho ataque (párrafo 1 del artículo 7 del ER) requiere de “una organización que activamente promueva, aliente tal ataque contra la población civil”¹⁷. Los actos desplegados por dicha organización han sido interpretados por la jurisprudencia de la CPI, como aquellos que siendo parte del curso de la conducta “están vinculados”, y los actos que “no están relacionados”, o que han sido cometidos por individuos “actuando al azar por su cuenta, están excluidos”¹⁸.

En reciente decisión proferida por la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI, relativa a la situación en la República de Filipinas, la Sala hace un estudio de los elementos del concepto de política. Al respecto, aludió lo siguiente:

Una política puede consistir en un plan diseñado o preestablecido, pero también se puede cristalizar y desarrollar únicamente como acciones emprendidas por los autores de la

¹⁶ “a) Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1, contra una población civil de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política”.

¹⁷ Elementos de los Crímenes. Introducción al artículo 7 del ER, párr. 3. (Traducción del inglés del autor).

¹⁸ CPI. Sala de Cuestiones Preliminares. *Decisión relativa a la solicitud de la Fiscalía de la CPI sobre la autorización de iniciar una investigación de acuerdo con el artículo 15 (3) del ER. Situación en la República de Filipinas*, No IC-01/21, 15 de septiembre de 2021, p. 26, párr. 77. Véase también: CPI. Sala de Primera Instancia IX. *Decisión en relación con el caso del Fiscal de la CPI Vs. Dominic Ongwen*, No. IC-02/04-01/15, 4 de febrero de 2021, párr. 2678; CPI. Sala de Primera Instancia III. *Decisión de conformidad con el artículo 74 del ER, en el Caso del Fiscal de la CPI Vs. Jean Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-3343, 21 de marzo de 2016, párr. 161.

conducta¹⁹. La “política” puede ser inferida de una variedad de factores, tales como: i) un patrón recurrente de violencia, ii) la existencia de planificaciones o movilización colectivas orquestadas y coordinadas por la organización, iii) el uso de recursos públicos o privados para promover la conducta, iv) la participación de fuerzas organizativas en la comisión de los crímenes, v) afirmaciones, instrucciones o documentación atribuible a la organización que aprueba o incentiva la comisión de los crímenes; y vi) una motivación subyacente”. La forma sistemática en la cual los ataques son llevados a cabo fuertemente sugiere la existencia de una política organizacional.²⁰

De acuerdo con los elementos integrantes del concepto de política en relación con la definición de ataque contra la población civil contenida en el artículo 7 del ER, es menester destacar que el elemento de política se encuentra íntimamente ligado con el concepto de sistematicidad, ello por cuanto la sistematicidad ha sido entendida por el derecho penal internacional, como se aludió previamente, como “una acción organizada y metódica y que los ataques, por lo general seguirán, algún tipo de plan preconcebido”²¹. Por su parte, el concepto de política, de acuerdo con los Elementos de los Crímenes del ER, es aquel que permite determinar, como se señaló anteriormente, que la comisión de una determinada conducta que no es aislada, que no pertenece por tanto al azar, o se encuentra motivada únicamente por la voluntad de quien la comete, *contrario sensu*, es una conducta desplegada como parte de un conjunto de actos que forman parte de un plan preestablecido a su comisión.

En concordancia, se tiene que la CPI ha reconocido, como se aludió *ut supra*, que “la forma sistemática en la cual los ataques son llevados a cabo fuertemente sugiere la existencia de una política organizacional”²². En aplicación de dichos parámetros y considerando los conceptos de política y sistematicidad como análogos y no excluyentes, la jurisprudencia de la CPI los ha utilizado como herramientas dogmáticas para establecer la existencia de situaciones contextuales, y de contera determinar la existencia de los crímenes enlistados en el ER.

¹⁹ CPI. Sala de Primera Instancia IX. *op. cit.*, 4 de febrero de 2021, párr. 2679.

²⁰ CPI. Sala de Cuestiones Preliminares, *op. cit.*, 15 de septiembre de 2021, párr. 78.

²¹ TPIY. Sentencia de 12 de junio de 2002. *Caso del Fiscal Vs. Kunarac*, pp. 478-479, párr. 812.

²² CPI. Sala de Primera Instancia IX. *op. cit.*, 4 de febrero de 2021.

Dicha aplicación ha sido particularmente destacada en la interpretación de los elementos dogmáticos de los elementos de política y sistematicidad en la decisión de la CPI de noviembre 15 de 2011, en la cual autorizó a la Fiscalía de esa misma corporación para que abriera investigación por los hechos cometidos en la República de Costa de Marfil, decisión que se enmarcó en lo previsto en el artículo 15 del ER. En dicha providencia, la CPI aplicó los criterios dogmáticos antes estudiados de la siguiente manera:

La información proveída a la Sala permite demostrar que las Fuerzas Pro-Outtara, actuaron siguiendo una política en la ejecución del ataque en el este de Costa de Marfil, así se demostró por el patrón regular de los crímenes en el cual grupos étnicos particulares fueron determinados como objetivo (...) el material de sustento indica que el ataque en Duékoué y las aldeas vecinas fue desplegado de forma sistemática. Los atacantes fueron de aldea en aldea y sistemáticamente violaron y asesinaron los habitantes de Gueré. La Sala encuentra que la forma sistemática en que estos ataques fueron cometidos fuertemente sugiere la existencia de una política organizacional.²³

De esta forma, se puede concluir que para la CPI los conceptos de política y de sistematicidad son concurrentes, pues ambos permiten identificar si existe vinculación de las conductas individualmente cometidas por los autores de los hechos investigados con un plan previamente establecido que determina la existencia del contexto o hecho global de los crímenes competencia de la CPI.

De otra parte, en providencia de 15 de septiembre de 2021, aludida *inter alia*, en la cual la Sala de Cuestiones Preliminares se pronuncia sobre la solicitud de la Fiscalía de la CPI de iniciar investigación por hechos cometidos en la República de Filipinas, luego de referirse a los elementos del concepto de política, hace un estudio de los conceptos de sistematicidad y generalidad, en contraste con el de política. Pues bien, como ya se ha señalado, el concepto de política se desarrolla (*crystallise and develop*), de acuerdo con esta providencia, solo como acciones que son emprendidas por los autores de la conducta.

²³ CPI. Situación en la República de Costa de Marfil. *Decisión de conformidad con el artículo 15 del ER*, párr. 100.

En contraste, en relación con los elementos de sistematicidad y generalidad, ha dicho la jurisprudencia de la CPI que “son calificativos alternativos que sirven para caracterizar el ataque”²⁴. De tal suerte que, si el concepto de política se cristaliza en la acción, el concepto de sistematicidad es un elemento calificativo de la misma, que en suma es concurrente y equivalente. Esto es así por la definición misma que ha dado la jurisprudencia de la CPI al elemento de sistematicidad, a saber: “El término “sistemático” refleja la naturaleza organizada de los actos violentos, relativo frecuentemente a la existencia de “patrones de los crímenes” y la improbabilidad de su azar o accidental ocurrencia”²⁵.

En desarrollo de esta definición, la CPI en sentencia de julio 8 de 2019, del caso de la Fiscalía de la CPI contra Bosco Ntaganda en la situación de la República del Congo, desarrolló el concepto de sistematicidad a partir de los siguientes criterios de verificación de cara a los presupuestos fácticos de cada caso:

Al considerar el carácter sistemático del ataque, la Sala evaluara si una serie de acciones repetidas desplegadas con el propósito de producir siempre los mismos efectos en la población civil fueron asumidos y, con ello, puede considerar si: i) actos con idénticas características o prácticas criminales similares pueden ser identificados; ii) el mismo modus operandi fue desplegado; o iii) las víctimas fueron tratadas de forma similar en una amplia zona geográfica.²⁶

Teniendo en cuenta la definición del elemento de sistematicidad y su funcionalidad a efectos de establecer el vínculo de cada conducta desplegada con las demás ejecutadas, de tal suerte que no constituyan elementos aislados, independientes o desvinculados de un contexto, la CPI se ha manifestado en dicha funcionalidad dogmática particularmente en la Sentencia de 7 de marzo de 2014 de la Sala de Primera Instancia III relativa al Caso del Fiscal de la CPI contra Germain Katanga, decisión proferida de acuerdo con el artículo 74 del ER en la situación de la República del Congo. En dicha decisión la CPI aludió sobre los elementos prácticos del concepto lo siguiente:

²⁴ CPI. Sala de Primera Instancia IX. *op. cit.*, 4 de febrero de 2021, párr. 79.

²⁵ CPI. *Sentencia de julio 8 de 2019. Caso de la Fiscalía de la CPI Vs. Bosco Ntaganda*, párr. 692, p. 336. CPI. Sala de Primera Instancia IX. *op. cit.*, 4 de febrero de 2021, párr. 80.

²⁶ CPI. *Sentencia de julio 8 de 2019, op. cit.*, párr. 693, p. 337.

El ataque debe ser generalizado o sistemático, lo que implica que los actos de violencia no son espontáneos o aislados. Una pacífica y establecida postura de autoridad sostiene que (...) el adjetivo “sistemático” refleja la naturaleza organizada de los actos de violencia y la improbabilidad de su ocurrencia al azar²⁷. Igualmente, ha sido consistentemente sostenido que la característica de “sistemático” del ataque, se refiere a la existencia de “patrones de los crímenes” reflejados en la repetición no accidental de similares conductas criminales sobre una base regular.²⁸

Dicha definición ha sido constante y pacífica tanto por la CPI, como por los TPIR y TPIY, quienes han insistido en que el elemento de sistematicidad reviste una doble categoría. En primer lugar, demuestra la naturaleza organizada de los actos y su improbable ocurrencia espontánea y, segundo, permite evidenciar un patrón de conducta o *modus operandi*²⁹.

De acuerdo con lo anterior, en estudio del nexo entre las conductas objeto de investigación en un contexto de crimen de lesa humanidad, la CPI en la última sentencia enunciada menciona que se debe necesariamente verificar que el ataque sea sistemático o generalizado y para ello se debe necesariamente evaluar la concurrencia de varios componentes³⁰. Lo anterior, significa que la CPI concibe el elemento de política, como: i) indicador o parte del elemento de sistematicidad, ii) su postura es pacífica en torno a que el elemento de sistematicidad permite determinar la existencia de un patrón de conducta que permite vincular conductas individuales con un contexto o dentro del mismo

²⁷ CPI. Sala de Cuestiones Preliminares. *Caso de la Fiscalía de la CPI Vs. Ahmad Muhammad Harun y Ali Muhamad Ali Abd-Al-Rahman. Decisión conforme al artículo 58 (7) del ER*, 27 de abril de 2007, párr. 62.

²⁸ CPI. Sala de Primera Instancia III. *Caso de la Fiscalía de la CPI Vs. Germain Katanga. Decisión proferida de acuerdo con el artículo 74 del ER*, 7 de marzo de 2014, párr. 1123, p. 426.

²⁹ CPI. *Decisión de confirmación de cargos. Caso de la Fiscalía de la CPI Vs. Germain Katanga*, párr. 397. Véase también entre otras jurisprudencias citadas por la CPI: TPIY. *Kordić y Čerkez Appeal Judgement*, parr. 94; TPIYC. *Blaškić Appeal Judgement*, parr. 101; TPIY. *Kunarac and al. Appeal Judgement*, parr. 94; TPIR. *Akayesu Trial Judgement*, parr. 580; TPIR, *Prosecutor v. Nahimana et al., Case No. ICTR- 99-52-A, Appeal Judgement*, 28 November 2007, parr. 920. (referencias tomadas de la Sentencia de marzo 7 de 2014. *Caso de la Fiscalía de la CPI Vs. Germain Katanga. Decisión proferida de acuerdo con el artículo 74 del ER*).

³⁰ “No únicamente **la política**, pero también son importantes, el patrón de los crímenes, el tipo de las víctimas. Actos aislados difieren claramente en su naturaleza, objetivos y consecuencias, de otros actos que hacen parte de un ataque y por tanto incumplen el requisito del artículo 7 (1) del Estatuto”.

modus operandi, y iii) el elemento de sistematicidad permite determinar el nivel de organización de la comisión de las conductas y por tanto descarta su ocurrencia al azar.

Por tales razones, a efectos de la construcción del concepto de sistematicidad, se tendrá el concepto de política como concepto equivalente de acuerdo a los argumentos jurisprudenciales estudiados anteriormente. Dicha conclusión ha sido pacíficamente aceptada por la jurisprudencia de la CPI y por la jurisprudencia de los Tribunales Ad Hoc³¹ previos a ella. En relación con este postulado, la CPI ha afirmado lo siguiente en Decisión conforme al artículo 58 (7) del ER: “La Sala es también de la visión de que la existencia de una política estatal u organizativa es un elemento del cual se puede inferir la naturaleza sistemática de un ataque”³².

En conclusión, el estado del arte, en relación con el concepto de sistematicidad desarrollado a partir de lo consagrado en el artículo 7 (1) del ER, permite afirmar que el concepto de política es equivalente del concepto de sistematicidad, y que los tres atributos propios de este último concepto son: i) determinar la vinculación de varias conductas entre sí por el desarrollo de un plan u organización, ii) establecer que la comisión de uno o varios hechos no es producto del azar o de la mera voluntad de su autor, sino que por el contrario tiene una relación con las demás conductas, y iii) determinar la existencia de un plan, política o *modus operandi* que caracteriza la ejecución de la conducta y permite relacionarla con un contexto o hecho global.

1.1.3 El concepto de sistematicidad en los crímenes de guerra

En relación con el elemento de sistematicidad relativo a los crímenes de guerra, es importante acotar que su importancia normativa en la configuración del contexto o hecho global en relación con este crimen podría derivarse de la lectura del artículo 8 (1) del ER, el cual estatuye: “La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un **plan o política** o como parte de la comisión a gran escala de tales crímenes” (Negrillas fuera del texto).

³¹ TPIY. *Sala de Apelaciones. Caso de la Fiscalía Vs. Kunarac. Caso No. IT-96-23 & IT-96-23/1-A*, 12 de junio de 2002, párr. 98.

³² CPI. *Sala de Cuestiones Preliminares. Caso de la Fiscalía de la CPI Vs. Ahmad Muhammad Harun y Ali Muhamad Ali Abd-Al-Rahman*.

Si bien, al aludir al concepto de plan como elemento objetivo integrante del tipo de injusto del crimen de guerra, podría pensarse que se alude al concepto de sistematicidad, ello se concluye por cuanto, como se explicó en el acápite precedente, el concepto de política es equivalente al concepto de sistematicidad. La jurisprudencia de la CPI hasta el momento no lo ha reconocido en el estudio del contexto del crimen de guerra y por tanto ha afirmado que la constitución de los contextos o hechos globales de ambos crímenes no es idéntica o análoga, sin que su concurrencia sea excluyente.

Y es que la razón de ser de la diferencia de los contextos de dichas tipologías criminales se encuentra afinada en la teleología de criminalización de las conductas constitutivas del crimen de lesa humanidad y guerra y en lo que buscan proteger. De donde se colige, de acuerdo con la Corte, que, en lo referente al crimen de guerra, lo que se busca es proteger a personas en tiempos de conflicto armado (pudiendo ser este de carácter nacional o internacional), mientras que lo que se busca con la punición del crimen de lesa humanidad es proteger a la población civil cuando se produzca un ataque generalizado o sistemático. De lo anterior se puede concluir que:

Por lo tanto, los dos crímenes reflejan diferentes formas de criminalidad, (...) en términos de intereses protegidos, (...) por tanto, distintos dependiendo (también) de los elementos contextuales. En estas circunstancias, ninguno de estos dos tipos de crímenes puede decirse que está subsumido o contenido de alguna manera por el otro.³³

Hechas las anteriores precisiones, se tiene que el estudio del concepto de sistematicidad en el derecho penal internacional, como elemento objetivo de contexto, se refiere únicamente al crimen de lesa humanidad, y aunque pudiese estar incluido por lo explicado en el acápite anterior en el concepto de política, su equivalencia no ha sido decantada por la jurisprudencia de la CPI. Lo anterior, es congruente con la postura actual de la Corte, la cual, a guisa de ejemplo, en la providencia proferida el 4 de febrero de 2021 por la Sala de Primera Instancia IX, en el caso de la Fiscalía de la CPI contra Dominic Ongwen, en la situación en la República de Uganda, al estudiar los elementos contextuales del crimen de guerra, verificó la concurrencia de los siguientes:

³³ CPI. *Sala de Primera Instancia IX. op. cit.*, 4 de febrero de 2021, párr. 2820.

i) El grado de organización de la estructura criminal, ii) la existencia de un conflicto armado de carácter no internacional entre los grupos armados rebeldes y las fuerzas armadas del Gobierno de Uganda, de tal forma que la intensidad del conflicto militar sobrepasó el umbral requerido para los elementos contextuales del crimen de guerra, y se extendió en el tiempo entre 2002 y 2005, y iii) los crímenes fueron dirigidos en contra de civiles³⁴.

De manera análoga, la CPI sostuvo esta postura al analizar los elementos contextuales del crimen de guerra en la decisión de 15 de noviembre de 2011, en relación con la situación en la República de Costa de Marfil, la cual fue proferida bajo égida del artículo 15 del ER. En esta providencia, se refirió a los elementos aludidos en el párrafo anterior e hizo énfasis en las características que revisten los conflictos armados de naturaleza no internacional, en contraste con los conflictos armados internacionales.

En similar sentido, es importante recabar que los elementos contextuales del crimen de guerra también han sido analizados enfáticamente por la CPI en relación con la existencia de un conflicto armado interno o internacional, sin hacer mención dentro de sus elementos a la sistematicidad. Para ello, es importante referirse a otras jurisprudencias, tales como: el caso de Bosco Ntaganda de 8 de julio de 2019; juicio en el caso de Germain Katanga de 7 de marzo de 2014; y el juicio en el caso de Thomas Lubanga Dylo de 14 de marzo de 2012. Por lo cual, para los efectos del presente trabajo de investigación, se entiende que el elemento de sistematicidad únicamente ha sido decantado teóricamente por la jurisprudencia de la CPI en relación con el crimen de lesa humanidad, sin que ello implique concluir que cuando el artículo 8 del ER alude a los conceptos de plan o política, no contenga incito el concepto de sistematicidad.

No obstante, por las razones aludidas en el estudio realizado en el acápite anterior en relación con el crimen de lesa humanidad, y habiendo definido con suficiencia lo que entiende la CPI como *plan, política y sistematicidad*, se afirma conceptualmente que dichos conceptos son equivalentes materialmente, aunque formalmente la jurisprudencia de la CPI no lo ha afirmado categóricamente en relación con el crimen de guerra, pero por su mismidad ontológica se entenderá que en el crimen de guerra está presente el

³⁴ Ibid., p. 30, párr. 2807-2817.

elemento de sistematicidad, pues el inciso primero o *chapeau* del artículo 8 del ER alude al elemento de plan o política.

Empero, dicha afirmación debe verificarse luego de analizar otros puntos de vista académicos estudiados en la presente investigación, pues la redacción del inciso primero del artículo 8 del ER, al mencionar las palabras plan o política, pareciera aludir a la competencia de la CPI para investigar los crímenes de guerra que se cometan como parte de un plan o una política, más no a los elementos estructurales del contexto de dicho crimen en todos los casos. Para hacer una contextualización se transcribe el aparte del artículo en mención: “La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”³⁵.

De dicho documento se puede deducir solo la competencia de la CPI, más no se puede concluir que dicho elemento sea aplicable sin excepciones a todos los crímenes de guerra. Con fundamento en esta interpretación, la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la Jurisdicción Especial para la Paz afirma que el elemento de sistematicidad, y la materialización de un plan o política, no son elementos *sine qua non* del crimen de guerra. Dicho aserto habrá de verificarse de cara con las otras interpretaciones estudiadas en la presente investigación, y, posterior a ello, se adoptará una postura.

2 La funcionalidad del concepto de sistematicidad

De acuerdo con la teleología del ER, la CPI tiene competencia únicamente para investigar, juzgar y sancionar conductas de gravedad suprema (*supreme gravity*) de conformidad con el artículo 53 del ER. Acorde con este aserto, el profesor Kevin Jon Heller, en estudio del umbral de gravedad que debe ser evaluado por la Fiscalía de la CPI, concluyó que además de considerar el factor cuantitativo, equivalente a un número significativo de atrocidades (*mass atrocities*), debe recurrirse necesariamente a herramientas dogmáticas, tales como los factores múltiples a la cuestión de gravedad o como lo ha denominado la doctrina anglosajona *multiple-factor approach to situational*

³⁵ ER. Artículo 8.

gravity, dentro de los cuales se encuentra el componente de sistematicidad como elemento del umbral de gravedad, a efectos de determinar la admisibilidad en el Sistema de CPI³⁶.

En relación con el componente de sistematicidad, que califica la acción desplegada por el autor de la conducta punible, se tiene que el hecho debe ser necesariamente ejecutado con alto grado de organización, siendo, por tanto, parte de un plan o política de ataque. A efectos de ilustrar la ejecución de tal plan o política, cita como ejemplo los asesinatos selectivos de líderes terroristas por parte de Israel y EE. UU, los cuales reflejan una política consciente de su objetivo, y de contera causa un numero significativamente bajo de muertes de civiles³⁷, demostrando con ello en contraste que el componente de sistematicidad es distinto del elemento de generalidad.

En relación con la diferenciación entre sistematicidad y generalidad, como se analizó al estudiar la sistematicidad como elemento objetivo del hecho global del crimen de lesa humanidad, pueden acontecer alternativamente cualquiera de los dos para que se configure el contexto. De tal modo que el concepto de sistematicidad, a la luz del artículo 7 y 53 ER, no solo es pertinente para demostrar la tipicidad del crimen de lesa humanidad, sino que también se constituye como un elemento para determinar el umbral de gravedad, como criterio de admisibilidad en el sistema de CPI.

3 La sistematicidad en el derecho penal colombiano

Una vez estudiado el concepto de sistematicidad en el derecho penal internacional, es menester hacer un análisis de la figura en el derecho penal colombiano que no reviste las características de derecho penal de justicia transicional.

3.1 Concepto de sistematicidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Previo al estudio del concepto de sistematicidad propio del derecho penal internacional en el ordenamiento jurídico vernáculo, es menester indicar que el ER fue

³⁶ M. Osiel. "The Hague Justice Portal. How should the ICC Office of the Prosecutor choose its cases? The multiple meanings of situational gravity". En *Hague Justice Portal*, vol. 5, 2009, p. 2.

³⁷ G. Werle, *op. cit.*

suscrito por Colombia y posteriormente ratificado por medio de la Ley 742 de 2002, y su análisis de constitucionalidad fue realizado en la sentencia C-578 de ese mismo año, proferida por la Corte Constitucional.

En la providencia antes mencionada, se realizó un estudio del concepto de sistematicidad en el derecho penal colombiano a la luz de las normas del ER, para ratificar lo dicho por la CPI en su jurisprudencia, en el sentido de indicar que la sistematicidad es un elemento objetivo del contexto del crimen de lesa humanidad, pues la sola comisión de las conductas enlistadas en el artículo 7 del ER, el cual define alternativamente cuándo acaece un crimen de tal naturaleza, por sí mismas no bastan para activar la competencia de la CPI, pues es el hecho global lo que permite hablar de un crimen internacional. En ese sentido, la sentencia C-578 de 2002, reconoció:

La evolución de varios de estos crímenes fue acogida por el ER en sus artículos 6 a 8. No obstante, si bien el ER recoge el consenso internacional para la definición de tales crímenes, también establece ámbitos y contenidos específicos para su aplicación por la CPI, tal como se analizará en la sección 4.4.1. de esta sentencia. Por ejemplo, cuando se trata de la comisión de actos de tortura u homicidios, la mera comisión de estos actos es insuficiente para que se configure el crimen internacional de competencia de la CPI. Se requiere un elemento adicional: que la acción esté dirigida contra un grupo con la intención de destruirlo, como ocurre en el caso del genocidio; que la acción revista un patrón sistemático o generalizado basado en la característica civil de las víctimas, como sucede con los crímenes contra la humanidad; que la acción ocurra durante un conflicto armado, como se especifica para los crímenes de guerra; o, finalmente, que la acción destruya sin base jurídica legítima una situación de paz como sucede en los crímenes contra la paz o el crimen de agresión³⁸.

No obstante, la Corte Constitucional afirma con fundamento en la doctrina internacional que en el crimen de genocidio, regulado en el artículo 6 del ER, también existe un componente de sistematicidad³⁹. Teniendo en cuenta el estudio que hace la

³⁸ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-578 de 2002*. MP. M. J. Cepeda Espinosa.

³⁹ Ibid. "La primera de estas categorías es el genocidio, conocido como el "crimen de crímenes". El término genocidio tiene sus orígenes en los trabajos de Raphaël Lemkin, quien enfatizó que el elemento que distinguía al genocidio de otros crímenes era la existencia de un plan sistemático para destruir las bases esenciales de un grupo con el fin de eliminarlo".

Corte Constitucional del concepto de sistematicidad entorno al crimen de genocidio, es relevante citar la doctrina con fundamento en la cual afirma la existencia de un plan o política sistemática, en el hecho global del genocidio, con fundamento en la concepción del tratadista Raphaël Lemkin, como tuvo la oportunidad de referirse precedentemente. Dicho tratadista afirma, en voz del máximo tribunal constitucional, que:

Ese plan sistemático fue descrito por Lemkin en los siguientes términos: “El objetivo de tal plan debe ser la desintegración de las instituciones políticas y sociales, la cultura, el lenguaje, los sentimientos nacionales, la religión y la subsistencia económica de grupos nacionales, así como la destrucción de la seguridad personal, la libertad, la salud, la dignidad e incluso la vida de los miembros de dichos grupos nacionales. El genocidio se dirige contra el grupo nacional como tal, y las acciones ejecutadas contra los individuos de dicho grupo se hacen por el solo hecho de pertenecer a dicho grupo nacional.”⁴⁰

No obstante, dicha postura en relación con la concurrencia de la sistematicidad como elemento del crimen de genocidio varió en posterior jurisprudencia de la Corte Constitucional, al hacer un análisis conjunto de la Convención contra el Genocidio con el ER, ya no refiriéndose a la doctrina⁴¹.

De otra parte, tratándose del crimen de lesa humanidad, como es pacífico en la jurisprudencia y la doctrina internacional, la Corte Constitucional reconoce el elemento de sistematicidad, que puede concurrir alternativamente con el de generalidad en el contexto de dicha conducta típica. En la sentencia *in comento* se define el concepto de sistematicidad junto con el de generalidad, a efectos de diferenciarlos:

El Estatuto utiliza las expresiones “ataque generalizado” para designar “una línea de conducta que implique un alto número de víctimas” y el término “sistemático” para

⁴⁰ Ibid. Ver: R. Lemkin. *Axis Rule in Occupied Europe*, 79, 1944, citado por S. R. Ratner y J. Abrams. “Accountability for Human Rights Atrocities in International Law. Beyond the Nuremberg Legacy”. En *Clarendon Press*, 1997, pp. 24-25.

⁴¹ En su momento, postuló la Corte Constitucional en la sentencia C-801 de 2009: “De acuerdo con la Convención contra el Genocidio, y con el ER, el genocidio requiere de un dolo especial, conforme con el cual, para que se configure la conducta, se requiere que la persona haya actuado con la intención de destruir un grupo en su totalidad o en parte. En complemento de lo anterior, no es necesario que se alcance la destrucción completa del grupo de que se trate, como quiera que lo relevante es la intención del autor de obtener ese resultado y no su consecución. **Por ello, tampoco se exige para su estructuración, que se realicen acciones de manera sistemática**”. (Negrilla fuera del texto).

referirse al alto nivel de organización, ya sea mediante la existencia de un plan o una política. Como se emplea el término disyuntivo “o”, tales condiciones no son acumulativas, por lo cual el homicidio de un solo civil puede constituir un crimen de lesa humanidad si se cometió dentro de un ataque sistemático. El “carácter sistemático o generalizado del ataque a la población civil”, ha sido interpretado por los Tribunales Internacionales Ad Hoc. Por ejemplo, el Tribunal Internacional para Ruanda estableció en el caso Akayesu (sept. 2 de 1998) que: “El concepto de “generalizado” puede ser definido como masivo, frecuente, acción en gran escala, llevada adelante en forma colectiva con seriedad considerable y dirigida contra una multiplicidad de víctimas. El concepto de “sistemático” puede ser definido como bien organizado y siguiendo un plan regular sobre la base de una política concertada que involucre recursos sustanciales públicos y privados⁴².

Dicho concepto de sistematicidad a partir de lo estatuido en el artículo 7 del ER y en las reglas de procedimiento y prueba ha sido constantemente reiterado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, particularmente en las sentencias C-1076 de 2002, C-801 de 2009 y C-579 de 2013. En esta última sentencia se hace un estudio profuso del concepto de sistematicidad con objeto de la demanda presentada contra el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2012, en la que los actores demandaron la expresión “cometidos de manera sistemática”, al referirse a los crímenes de guerra consagrados en dicha disposición normativa.

En la última jurisprudencia citada, la Corte Constitucional equipara el concepto de sistematicidad con el de generalidad, y con fundamento en la doctrina afirma que dichos componentes, sin hacer una distinción de la definición de cada uno de ellos, están presentes en los crímenes de genocidio, lesa humanidad y guerra, y que en este sentido su relevancia consiste en:

Distinguir los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el genocidio, de crímenes ordinarios, pues si se consultan los artículos que consagran dichas conductas punibles se podrá concluir que se mencionan delitos como homicidio, daño en bien ajeno, lesiones personales o hurtos, por lo cual sin un elemento de violencia sistemática o de macrocriminalidad, todo homicidio podría ser considerado como crimen de guerra o de

⁴² ER. Artículo 8.

lesa humanidad y toda lesión personal o daño en bien ajeno podría ser considerado como crimen de guerra, para señalar solo algunos ejemplos⁴³.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte Constitucional destaca que los crímenes de guerra llevan incito un elemento de sistematicidad y que este es equivalente al concepto de macrocriminalidad. Ello por las siguientes razones:

Por lo anterior, el elemento de violencia sistemática o macrocriminalidad, es esencial para diferenciar estos delitos de los crímenes ordinarios y no puede entenderse como una referencia a su masividad (como lo sería el elemento de generalidad), sino como la necesidad de que no sea aislado y particularmente en el caso de los crímenes de guerra a que tenga un nexo con el conflicto armado como parte de un plan o política, pues es claro que el conflicto armado exige per se una violencia generalizada contra la población civil que a través de una investigación de contexto permita diferenciarlo de crímenes ordinarios como un daño en bien ajeno o de un homicidio.

[...] En este sentido, los crímenes de guerra tienen un elemento de violencia sistemática, el cual no se identifica con que los crímenes sean masivos, sino con que tengan un nexo con el conflicto armado como parte de un plan organizado o político:

(i) El *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind* de 1996 exige que los crímenes de guerra tengan un componente sistemático: “Crímenes de guerra. Cualquiera de los siguientes crímenes constitutivos de un delito contra la paz o la seguridad de la humanidad cuando haya sido cometido de manera sistemática o a gran escala (...).

(ii) Los trabajos preparatorios del ER elaborados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas exigían que los crímenes de guerra se cometieran de manera sistemática, aunque luego se prefirió no hacer una alusión expresa a dicha expresión y se reemplazó por la mención del plan en el artículo que tipifica los crímenes de guerra.

(iii) “El ER incluyó una serie de elementos estrechamente ligados con la violencia sistemática o la macrocriminalidad adicionales a la mera descripción de la conducta:

En primer lugar, el propio encabezado del artículo que consagra los crímenes de guerra establece un criterio adicional a la mera comisión de la conducta al señalar que “1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se

⁴³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-579 de 2013. MP. J. I. Pretelt Chaljub.

cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. (...).

En segundo lugar, todos los crímenes de guerra contemplados en el ER exigen “Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él”, lo cual puede verificarse en todos los artículos que explican los crímenes de guerra del documento “Elementos de los Crímenes” emitido por la CPI que interpreta el ER y que exige la existencia de un nexo entre la conducta y el conflicto armado. En ese mismo sentido, tal como lo han señalado las sentencias de la CPI de los casos Musema, Bagilishema y Semanza y en las decisiones de confirmación de cargos de los casos de Katanga y Lubanga.

En este sentido, la doctrina ha señalado que no todos los crímenes cometidos durante el conflicto armado son crímenes de guerra y en este sentido, los actos ordinarios criminales —homicidio, violación, hurto, abusos, fraudes— no se convierten automáticamente en crímenes de guerra porque exista una situación de conflicto armado, sino que debe existir un nexo entre los actos y el conflicto, lo cual es muy distinto a señalar que tienen que cometerse de manera masiva. El nexo con el conflicto armado ha sido interpretado como la relación estrecha del crimen con las hostilidades, es decir, que el conflicto armado debe jugar un rol sustancial en la decisión del perpetrador, en su habilidad para cometer el crimen o en la manera como la conducta fue finalmente cometida.

En consecuencia, el elemento sistemático implica la existencia de un nexo del crimen con el conflicto armado, lo cual además es absolutamente coherente con lo señalado en el propio Acto Legislativo, pues este solamente se aplica respecto de hechos cometidos en este contexto, tal como señala el parágrafo 2º: “En ningún caso se podrán aplicar instrumentos de justicia transicional a grupos armados al margen de la ley que no hayan sido parte en el conflicto armado interno, ni a cualquier miembro de un grupo armado que una vez desmovilizado siga delinquiriendo.”⁴⁴

De las anteriores consideraciones se puede concluir lo siguiente en relación con lo analizado por la sentencia C-579 de 2013, atinente al concepto de sistematicidad en relación con el crimen de guerra: i) es equivalente al concepto de macrocriminalidad; ii) su objetivo es dimensionar la magnitud de la ejecución de las conductas punibles que se producen dentro de dicho contexto, de los delitos comunes desprovistos de un contexto

⁴⁴ Ibid.

o hecho global determinado; iii) el elemento sistemático implica la existencia del nexo del crimen con el conflicto armado; y iv) la vinculación de una determinada conducta punible con otras como parte de un plan o política del autor o autores de las mismas.

En este sentido, la Corte Constitucional concluye que la expresión demandada “cometidos de manera sistemática”, en relación con los crímenes de guerra, contenida en el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2012, es constitucional por las siguientes razones:

La inclusión de la expresión “cometidos de manera sistemática” no sustituye la Constitución, pues tal como se señaló en el análisis de la premisa menor, en opinión de esta Corporación, esta frase implica que no puedan considerarse como crímenes de guerra delitos aislados sino que deben tener un nexo o patrón y este nexo directo debe ser con el conflicto armado, lo cual está de acuerdo con el ER que señala que todos los crímenes de guerra deben tener un nexo con el conflicto armado.

En este sentido, si se consulta el artículo 8 del ER y el Documento sobre los Elementos de los Crímenes de la CPI se puede concluir claramente que para el ER los crímenes de guerra no se pueden cometer de manera aislada, sino que deben tener un nexo con el conflicto armado.

Todos los crímenes de guerra contemplados en el ER exigen “Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él”, lo cual puede verificarse en todos los artículos que explican los crímenes de guerra del documento “Elementos de los Crímenes” emitido por la CPI.

(...) Como se señaló en el análisis de la premisa menor, la doctrina ha señalado que los crímenes de guerra, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad, requieren un contexto de ejercicio de violencia sistemática o de macrocriminalidad: (i) en los delitos de lesa humanidad este elemento se constituye a través de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil; (ii) en el genocidio el contexto de violencia organizada consiste en la destrucción (intencionalmente buscada por el autor) total o parcial de un grupo protegido, mientras que (iii) en los crímenes de guerra “el contexto de violencia organizada corresponde al conflicto armado en cuyo marco los actos criminales deben ser realizados.

Bajo este entendido, la expresión cometidos de manera sistemática sigue los parámetros del bloque de constitucionalidad y por ello no sería contraria a la Constitución ni mucho

menos podría sustituirla, pues lo que se hace es hacerla compatible con el estándar más alto de investigación que es el ER.⁴⁵

Con fundamento en el precedente jurisprudencial anterior, la Corte Constitucional, estudió concepto de sistematicidad de las agresiones sexuales contra mujeres en el marco del conflicto armado interno en Colombia, y en ese sentido aludió a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, para definir la sistematicidad en relación con el crimen de lesa humanidad:

Por su parte, el requisito de sistematicidad hace alusión a que el ataque comporte un nivel de organización y planeación del grupo armado que lo perpetra. En ese sentido, los ataques, deben denotar: “(i) La existencia de una finalidad política o de un plan en virtud del cual el ataque es perpetrado, o de una ideología en el sentido amplio del término, a saber, destruir, perseguir o debilitar a una comunidad; (ii) La perpetración de un acto criminal de gran amplitud contra un grupo de civiles o la comisión repetida y continua de actos inhumanos que presenten un vínculo entre ellos; (iii) La perpetración y la puesta en marcha de medios públicos o privados importantes, que sean militares o de otra naturaleza; (iv) La implicación de autoridades políticas o militares de alto nivel en la planeación o en el diseño de un método.” Y se agrega que: “[...] individuos, provistos de un poder de facto u organizados en bandas, son tan capaces como los dirigentes de un Estado de poner en ejecución una política de terror a gran escala y de cometer delitos de forma masiva⁴⁶.

Con posterioridad, la Corte Constitucional en la sentencia C-674 de 2017, al realizar el análisis de constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2017, entiende el concepto de sistematicidad como equivalente al de masividad, pues el Acto Legislativo en mención, recoge la sistematicidad bajo esta concepción al privilegiar a través de priorización, la investigación y juzgamiento de ciertos patrones de macrocriminalidad, ya que dicha forma de investigación es mucho más eficiente y se aviene al principio de integralidad en el desarrollo de la investigación penal⁴⁷, propia del contexto de la justicia transicional.

⁴⁵ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-801 de 2009*.

⁴⁶ Corte Constitucional de Colombia. *Auto 009 de 2015*. MP. L. E. Vargas Silva.

⁴⁷ Al respecto, ha acotado la Corte Constitucional en la sentencia C-674 de 2017, lo siguiente: “En relación con la Jurisdicción Especial para la Paz, la creación de una jurisdicción especializada se ajusta a las

Por su parte, en la sentencia C-007 de 2018, por medio de la cual la Corte Constitucional estudio la constitucionalidad de la Ley 1820 de 2016, reconoció que el elemento de sistematicidad no corresponde propiamente al crimen de guerra:

El carácter “sistemático” de un crimen internacional ha sido utilizado para hacer referencia a un contexto, esto es, a su comisión como parte de un plan o política. Este criterio, utilizado por ejemplo en el Estatuto de la CPI para establecer su competencia en esta materia, no es, sin embargo, un elemento que forme parte de la estructura del crimen de guerra.⁴⁸

No obstante, la Corte Constitucional precisó, refiriéndose a la sentencia C-579 de 2013, que el estado del arte de la cuestión en relación con la sistematicidad y su vínculo con el crimen de guerra corresponde al “nexo que debe existir entre grave infracción al derecho internacional humanitario, constitutiva de crimen de guerra, el conflicto armado”⁴⁹.

Por su parte, la sentencia C-080 de 2018, la cual estudió la constitucionalidad de la Ley 1957 de 2019, Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, analizó el concepto de sistematicidad, el cual se menciona únicamente en dicho cuerpo normativo para aludir a los criterios de selección de casos por parte de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas y la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad de la JEP. En dicha normatividad, se reconoce a la sistematicidad como criterio que permite determinar la gravedad de una conducta competencia de la JEP.

En dicho pronunciamiento, la Corte Constitucional reconoce que el concepto de sistematicidad adoptado por la sentencia C-579 de 2013 es válido en tanto relaciona el concepto con el de masividad, y de esta manera prevé un sistema de priorización de casos, en los que se puedan investigar contextos macrocriminales y no se deba revisar todas las conductas sometidas a su conocimiento caso a caso, individualmente

especiales necesidades de este escenario que apunta, no tanto a la punición individual de los delitos en un contexto de violación masiva y sistemática de derechos, sino a la identificación de los patrones de macro-criminalidad”.

⁴⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-007 de 2018. MP. D. Fajardo Rivera

⁴⁹ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-801 de 2009*.

consideradas. De otra parte, en la misma sentencia C-080 de 2018, la Corte reconoce que el deber del Estado de investigar las graves violaciones de derechos humanos no se concreta en aquellas que revistan una característica sistemática o que hayan sido cometidas en ejecución de un plan o política, sino que debe extenderse a toda clase de violaciones.

Ahora bien, en interpretación de lo dispuesto en el artículo 66 transitorio de la Constitución Política, el cual fue incorporado en el ordenamiento jurídico a través del Acto Legislativo 01 de 2012, la sistematicidad es criterio de selección de casos, que pertenece netamente a las conductas que revistan las características de un crimen de guerra. Ello por cuanto así lo dispuso textualmente la Constitución y lo indicó la Corte Constitucional, a saber: “La sistematicidad que el artículo transitorio 66 de la Constitución predica de los crímenes de guerra, ha de entenderse como criterio de selección, razón por la que todos los crímenes de guerra cometidos de manera sistemática deberán ser seleccionados obligatoriamente”⁵⁰.

Esta consagración constitucional novedosa del concepto de sistematicidad es acorde con la definición que dicho concepto adoptó la tantas veces citada sentencia C-579 de 2013, y que en esta ocasión reconoció la Corte Constitucional, al entender la sistematicidad como el nexo existente entre una determinada conducta catalogada como una grave infracción al DIH y, por tanto, constitutiva de crimen de guerra y el conflicto armado, de tal suerte que está vinculada con otras conductas que, cometidas bajo la misma égida, son la materialización de un plan o política determinada, y por tanto, están vinculadas entre sí.

Sin embargo, a través del Acto Legislativo 01 de 2017, se introdujo el derecho penal internacional en la Constitución y en el sistema de fuentes jurídicas de la JEP, a efectos de realizar la calificación jurídica de una conducta. Así: “Por consiguiente, para la interpretación del concepto de sistematicidad en la JEP, la Corte debe acudir al derecho penal internacional, en aplicación del Acto Legislativo 01 de 2017, que es novedoso y posterior a la Sentencia C-579 de 2014”.⁵¹

⁵⁰ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-080 de 2018*. MP. A. J. Lizarazo Ocampo

⁵¹ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-801 de 2009*.

En acatamiento de lo anterior, y como quiera que para la calificación jurídica de la conducta por parte del JEP, es menester recurrir al derecho penal internacional, teniendo en cuenta preliminarmente lo consagrado en el Acto Legislativo 02 de 2001, que autorizó la ratificación del ER, resaltando que:

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del ER con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él⁵². Esto por cuanto algunas disposiciones sustanciales del Estatuto diferían en sus contenidos de las regulaciones constitucionales, por lo que el ER no es de aplicación directa e integral en el ordenamiento jurídico interno⁵³.

En orden a determinar el concepto de sistematicidad, la Corte Constitucional define, en primer lugar, lo que ha de entenderse como derecho penal internacional⁵⁴. Dicho lo anterior, la Corte Constitucional reconoce en la sentencia *sub examine*, que la sistematicidad es uno de los elementos del crimen de lesa humanidad, y para ello retoma lo dicho en la sentencia C-578 de 2003, la cual estudio la constitucionalidad del ER⁵⁵.

Con posterioridad, la Corte Constitucional hace un estudio de los elementos de la sistematicidad de acuerdo con los Tribunales Penales Internacionales Ad Hoc, iniciando con el TPIY, el cual decantó los elementos de la sistematicidad en la sentencia del caso Blaskic, de la siguiente manera:

⁵² Acto Legislativo 02 de 2001.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ “Es la rama del Derecho Público Internacional que se encarga de la responsabilidad criminal directa de los individuos. Se puede resumir en la famosa declaración del Tribunal de Núremberg que establece “los individuos tienen obligaciones internacionales que trascienden las obligaciones nacionales de obediencia impuestas por un Estado... crímenes en contra del derecho internacional son cometidos por el hombre, no por entidades abstractas, y solo sancionando a los individuos que cometen estos crímenes, las normas del Derecho Internacional pueden ser exigibles”.

⁵⁵ “La sistematicidad es un elemento esencial de los delitos de lesa humanidad (art. 7 ER). Se trata de un elemento de la definición de los crímenes de lesa humanidad cuando los ataques contra la población civil obedecen, entre otros elementos, a una política o plan. La Corte estudió el concepto de sistematicidad cuando revisó la ley aprobatoria del ER y señaló que esta se refiere “al alto nivel de organización, ya sea mediante la existencia de un plan o una política (...). El carácter “sistemático o generalizado del ataque a la población civil”, ha sido interpretado por los tribunales internacionales ad hoc. Por ejemplo, el Tribunal Internacional para Ruanda estableció en el caso Akayesu (sept. 2 de 1998) que: (...) “el concepto de “sistemático” puede ser definido como bien organizado y siguiendo un plan regular sobre la base de una política concertada que involucre recursos sustanciales públicos y privados”.

La jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales ha hecho alusión el concepto de “sistematicidad”, al referirse a los crímenes de lesa humanidad. El Tribunal Penal de la Ex Yugoslavia señaló que dicho concepto “hacía referencia a cuatro factores: (1) plan u objetivo, (2) plan o a gran escala o comisión continua de crímenes relacionados, (3) recursos significativos, y (4) autoridades de alto nivel implicadas”. También se han señalado, como elementos para identificar la presencia del elemento de sistematicidad, “la naturaleza organizada de los actos de violencia y lo improbable que resulta que su ocurrencia hubiere sido aleatoria.”⁵⁶

Con fundamento en lo anterior, la sentencia C-080 de 2018, alude a que la evolución del concepto de sistematicidad en la jurisprudencia de la CPI y señala:

La CPI ha aclarado que la naturaleza sistemática del ataque va más allá de una política que busca eliminar, perseguir o socavar a una comunidad. Este análisis también conlleva a la indagación sobre si una serie de acciones repetidas buscan producir siempre los mismos efectos en una población civil y si estas acciones fueron tomadas en consideración –actos idénticos o similares en prácticas criminales, repetición continua del mismo modus operandi, tratamiento similar a las víctimas, o la consistencia de dicho tratamiento a lo largo de una amplia área geográfica.

Una vez analizado el elemento de sistematicidad atinente al crimen de lesa humanidad, la Corte Constitucional se ocupa del concepto en relación con el crimen de guerra, y concluye que la sistematicidad no fue incluida como uno de los elementos de los crímenes de guerra de acuerdo con la lectura del artículo 8 del Estatuto de la CPI. Empero, el ER ha priorizado “aquellos crímenes de guerra cometidos como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”.

Teniendo en cuenta el parámetro fijado en el párrafo precedente, la Corte Constitucional hace un estudio del concepto de sistematicidad en los crímenes de guerra con fundamento en el concepto que tiene dicho elemento en relación con el crimen de lesa humanidad, a saber:

Observa esta Corte que estas modalidades de crímenes de guerra, que son priorizadas por la CPI, corresponden a criterios que la jurisprudencia internacional ha usado como prueba de que se presenta el elemento de sistematicidad en el caso de crímenes de lesa

⁵⁶ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-801 de 2009*.

humanidad. Es decir, se configuran como crímenes de lesa humanidad aquellos cometidos, entre otros, como parte de un plan o política, o a gran escala, es decir, que son sistemáticos.

En el mismo sentido, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha usado el concepto de sistematicidad en el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones para aludir al trámite de investigaciones de violaciones graves o sistemáticas, incluyendo la participación de los niños en los conflictos armados (art. 13). Es decir, en dicho caso, si bien la norma alude a violaciones a derechos humanos, le da alcance al término de sistematicidad en el contexto de conflictos armados al incluir en los hechos objeto de investigación por parte del Comité el reclutamiento sistemático de niños en los conflictos armados.

Igualmente, en el marco del Derecho Internacional de los DDHH, acuden al concepto de sistematicidad el Protocolo Facultativo de la Convención de Naciones Unidas para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (art. 8), la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (art. 5) y Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 20). El Comité contra la Tortura ha sostenido que se considera que la tortura es “practicada sistemáticamente cuando parece que los casos de tortura reportados no han ocurrido de manera fortuita en un lugar particular o a una hora en particular, sino que parecen ser habituales, generalizadas y deliberadas en al menos una parte considerable del territorio del país en cuestión.”⁵⁷

En concordancia con lo expuesto, concluye la Corte lo siguiente:

En consecuencia, la Corte aplicará la definición de sistematicidad de los crímenes de lesa humanidad conforme al Derecho penal internacional y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para calificar aquellos crímenes de guerra que son de selección obligatoria por la JEP, conforme al artículo transitorio 66 de la Constitución.⁵⁸

La interpretación del concepto de sistematicidad adoptada por la Corte Constitucional con ocasión de lo dispuesto en el artículo transitorio 66 de la Constitución Política, es relevante pues de dicha interpretación y de lo descrito en el trasuntado artículo, se deriva la obligación para la JEP de seleccionar qué casos constituyen la

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid.

comisión de crímenes de guerra de manera sistemática, por lo cual, los otros crímenes de guerra, que no son cometidos en forma sistemática, son competencia de la JEP siempre y cuando sean cometidos por causa, con ocasión o relación directa o indirecta con el conflicto armado. Cuando no se cumplan dichos requisitos, los delitos no serán competencia de la JEP⁵⁹.

Por último, la sentencia C-080 de 2018 señala que la sistematicidad es “guía para definir el umbral de gravedad”. Dicho umbral de gravedad se refiere al nivel de afectación de derechos fundamentales individuales y colectivos, y de la forma de comisión de las conductas punibles

3.2 Concepto de sistematicidad en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

Ahora bien, una vez estudiado el concepto de sistematicidad en el derecho colombiano de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es menester hacer un análisis del concepto en relación con las normas e instituciones jurídicas propias del derecho penal colombiano, particularmente del Código Penal (Ley 599 de 2000), a efectos de verificar si en ellas se acoge el concepto de sistematicidad, propio del derecho penal internacional.

En relación con el objeto de análisis descrito en el párrafo anterior, se verificará si en el derecho colombiano se sancionan las conductas contenidas en el ER, y si ello es así, determinar la existencia de la sistematicidad dentro de dicho ámbito de punición. De acuerdo con lo anterior, se tiene que el Código Penal colombiano sanciona como delito la conducta de genocidio, no obstante, en lo que atiente a los crímenes de lesa

⁵⁹ No obstante, la Corte Constitucional en la Sentencia C-080 de 2018 ha precisado lo siguiente sobre la no selección de casos por parte de la JEP: “Siempre que la JEP cumpla previamente con su obligación de debida diligencia y aplique restrictivamente los criterios estatuarios de selección. Esta consideración no convierte los crímenes de guerra no sistemáticos en amnistiables pues, como lo dijo esta Corte, al estudiar la Ley 1820 de 2016, los crímenes de guerra no son amnistiables”. [...] “Como se ha venido sosteniendo, la facultad de no selección (art. transitorio 66 C.P.) se distingue de la amnistía (art. 150.17 C.P.) en que esta última es una medida más general para delitos de menor gravedad. Por consiguiente, como se ha reiterado, la amnistía no procede para crímenes de guerra. De hecho, la Corte Constitucional declaró inexecutable las referencias que hacía el artículo 23 de la Ley 1820 de 2016 a “graves crímenes de guerra”, porque permitía amnistiarlos, lo cual está prohibido constitucionalmente”.

humanidad y de guerra, solo hace mención cuando regula la imprescriptibilidad de la acción penal⁶⁰ de las conductas que revistan dicha categoría. En relación con el delito de genocidio, en la descripción típica del artículo 101 de la Ley 599 de 2000, no se hace mención alguna de elemento de sistematicidad como parte de los elementos objetivos de dicha descripción típica.

De otra parte, es importante destacar que las conductas individuales contenidas en los artículos 7 y 8 del ER se sancionan en el derecho penal colombiano como delitos, no obstante, y teniendo en cuenta que su connotación no es de trascendencia internacional, y tampoco se requiere que reúnan un determinado umbral de gravedad o pertenezcan a un determinado contexto o hecho global para su sanción, se penalizan de forma concreta, pues es competencia del Estado investigar, juzgar y sancionar a quien las cometa, independientemente de que ellas sean cometidas dentro de un contexto de crimen internacional.

Con todo, como tuvo la oportunidad de analizarse en el Código Penal colombiano, sí da una connotación especial a las conductas que hayan sido cometidas como crímenes de lesa humanidad y de guerra consagrando la imprescriptibilidad de la acción penal para las mismas. En estudio de la imprescriptibilidad de la acción penal, cuando una conducta revista dichas características la autoridad judicial, necesariamente debe hacer alusión al elemento de sistematicidad, pues es un elemento objetivo del crimen de lesa humanidad, no obstante, previo a realizar un análisis sobre los elementos que debe considerar la autoridad judicial para declarar una conducta de lesa humanidad y lograr de contera la imprescriptibilidad de la acción penal, es menester, a efectos de ilustrar al lector, describir el procedimiento para la declaratoria de lesa humanidad en el derecho penal colombiano.

De acuerdo con la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en estudio de los casos de la Masacre de San Roque, de Ituango, del Aro, y el homicidio del defensor de derechos humanos Jesús María Valle Jaramillo, la declaratoria de lesa

⁶⁰ Ley 599 de 2000. Artículo 83: “La acción penal para los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra será imprescriptible”.

humanidad de un delito hace parte del compromiso asumido por el estado colombiano de investigar y sancionar dichas conductas, y a evitar que dichos delitos prescriban⁶¹.

La declaratoria de lesa humanidad, tal como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia, es competencia de la autoridad judicial, tal y como lo estatuye el artículo 15, inciso 2 de la Ley 1719 de 2014, el cual dispuso: “La autoridad judicial competente que adelante la investigación y el juzgamiento, deberá declarar que la(s) conducta(s) por la cual se investiga o juzga es de lesa humanidad, cuando así se establezca”.

En la última providencia mencionada de mayo 30 de 2018, la Corte Suprema de Justicia, además de estudiar la competencia y las regulaciones procedimentales de la declaratoria de lesa humanidad, también hace un estudio de lo que en el derecho Internacional se ha entendido como crimen de lesa humanidad, y los elementos que lo componen, dentro de los cuales se encuentra el concepto de sistematicidad. En dicho pronunciamiento, la Sala de Casación Penal de la Alta Corporación refiere lo siguiente:

Los crímenes de lesa humanidad han sido comprendidos en los tratados, convenios y el *ius cogens*, como infracciones graves al derecho internacional de los derechos humanos o comportamientos de extrema gravedad que afectan la conciencia humana.

[...] La misma Sala, en Sentencia de 15 de julio de 2015 (SP9145-2015; radicación 45795), sintetizó de la siguiente manera los aspectos básicos que se predicen de los delitos de lesa humanidad:

El derecho universal, de manera más o menos homogénea, ha decantado ciertas características que diferencian a los delitos de lesa humanidad del resto de categorías de crímenes internacionales y de los punibles comunes. En esencia, son las que siguen:

⁶¹ “El Estado colombiano ha asumido compromisos internacionales (tratados, convenios, aceptación del *ius cogens*) en ámbitos regionales y universales, a través de los cuales se obliga a luchar decididamente contra los delitos de lesa humanidad y a evitar que las acciones penales derivadas de ellos prescriban.

La materialización de esos deberes al interior del país involucra a diversas autoridades; entre ellas, las estrictamente judiciales y la fiscalía general de la Nación, a quienes corresponde declarar cuándo una manifestación delictual se cataloga como de lesa humanidad”.

La Sala de Casación Penal, como autoridad judicial que es, también tiene competencia para declarar si los hechos investigados se refieren a delitos que se catalogan como crímenes de lesa humanidad”.

(...) La declaración de crimen de guerra o crimen de lesa humanidad es un acto de connotación judicial (léase de autoridad judicial) que bien puede hacerlo el funcionario de la fiscalía general de la Nación que cumple el papel de acusador, o bien el juez del conocimiento en cualquier oportunidad, a instancia del Ministerio Público o por petición de un ciudadano...”. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Auto Interlocutorio de 30 de mayo de 2018*. AP-2230-2018. Radicación No. 45.110.

i) Corresponden a ultrajes especialmente lesivos de la dignidad humana que degradan de forma grave los más caros intereses del ser humano, como la vida, la libertad, la integridad física, la honra, entre otros.

ii) **Se trata de eventos sistemáticos y generalizados -no aislados o esporádicos-, que representan una política deliberada del Estado ejecutada por sus agentes o una práctica inhumana, tolerada por el mismo, desplegada por actores no estatales.**

Que el ataque sea generalizado significa que puede ser un acto a gran escala o múltiples actos que involucran un número importante de víctimas. **Por su parte, la sistematicidad resulta de que la conducta sea el resultado de una planificación metódica, inmersa en una política común.**

i) Pueden ser cometidos en tiempo de guerra o de paz.

ii) El sujeto pasivo primario de las conductas es, fundamentalmente, la población civil y, en un plano abstracto pero connatural a la ofensiva contra la individualidad del ser humano y su sociabilidad, la humanidad en general.

iii) El móvil debe descansar en criterios discriminatorios por razón de raza, condición, religión, ideología, política, etc.

Así mismo, algunas conductas que constituyen delitos de lesa humanidad han sido enlistadas en diferentes ordenamientos a lo largo de la historia; unas veces con vinculación con los conflictos armados, y otras, para precisar que pueden cometerse en tiempos de paz o de guerra.

[...] De manera más estructurada, el ER, suscrito el 17 de julio de 1998, sentó las bases para codificar los delitos de lesa humanidad y los elementos que los configuran.

[...] De acuerdo con el texto transcrito, los elementos que deben acreditarse para que se configure un crimen de lesa humanidad, se contraen a: i) un ataque contra la población civil, **ii) con carácter general o sistemático**, y iii) con conocimiento del ataque.

Sobre el primer elemento, el Estatuto contempla en el artículo 7º, numeral 2º, literal a), lo que debe entenderse por ataque contra una población civil, "... una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, **de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política.**

En ese contexto, el crimen de lesa humanidad se distingue de otros crímenes, porque: a) no puede tratarse de un acto aislado o esporádico de violencia, sino que debe hacer parte de un ataque generalizado, lo que quiere decir que está dirigido contra una multitud de personas; **b) es sistemático, porque se inscribe en un plan**

criminal cuidadosamente orquestado, que pone en marcha medios tanto públicos como privados, sin que, necesariamente, se trate de la ejecución de una política de Estado; c) las conductas deben implicar la comisión de actos inhumanos, de acuerdo con la lista que provee el mismo Estatuto; d) el ataque debe ser dirigido exclusivamente contra la población civil; y e) el acto debe tener un móvil discriminatorio, bien que se trate de motivos políticos, ideológicos, religiosos, étnicos o nacionales.⁶² (Negrillas fuera del texto).

De acuerdo con el texto citado, es claro que las autoridades judiciales, jueces de la República, ora la Fiscalía General de la Nación, a través de sus delegados deben hacer un análisis de los elementos de lesa humanidad de acuerdo con lo estatuido al respecto en el derecho penal internacional y en los tratados internacionales, instrumentos que han reconocido que el elemento de sistematicidad está incito en la tipicidad objetiva del comportamiento, tal como lo reconoce también la Corte Suprema de Justicia.

Dicho reconocimiento del elemento de sistematicidad en el contexto de lesa humanidad no solo ha sido convalidado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sino también por la Ley. Al respecto, es importante citar nuevamente la Ley 1719 de 2014, que en su artículo 15 inciso 1º, define cuándo un crimen de lesa humanidad se tendrá como verdad judicial, en relación con los actos de violencia sexual cometidos en dicho contexto:

ARTÍCULO 15. *CRIMEN DE LESA HUMANIDAD COMO VERDAD JUDICIAL.* Se entenderá como “crimen de lesa humanidad” los actos de violencia sexual cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil y con conocimiento de dicho ataque, de conformidad con las definiciones del artículo 7º del ER y los elementos de los crímenes desarrollados a partir de ese Estatuto.⁶³

En cuanto a la declaratoria de lesa humanidad de una conducta punible, y la consagración legal de los elementos del crimen de lesa humanidad propios del derecho penal internacional —entre ellos el concepto de *sistematicidad*—, es importante destacar que dicha consagración no ha sido pacífica, en tanto que la Convención sobre Delitos de

⁶² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Auto Interlocutorio de 30 de mayo de 2018. AP-2230-2018.* Radicación No. 45.110.

⁶³ Ley 1719 de 2014. Artículo 15 inciso 1º.

Lesas Humanidad y su Imprescriptibilidad, al momento de estudio por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, no había sido ratificada por Colombia, no obstante, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de dicha corporación había reconocido de forma preferente los principios de ese tratado internacional, y los ha aplicado de forma preferente, ello en tanto que dicha aplicación hace parte del *ius cogens*, cuya aplicación no se ve afectada por la no adhesión o reconocimiento expreso del Estado. En ese sentido:

La Convención sobre Delitos de Lesa Humanidad y su imprescriptibilidad contiene una serie de principios de *ius cogens*, y como tal puede aplicar en Colombia, aun cuando no haya sido ratificada a través de una ley que la incorpore al orden interno.

Sobre ese específico tópico, la Sala de Casación Penal, en Sentencia de 23 de noviembre de 2016 (SP1695-2016; radicación 44312), hizo estas precisiones:

Concretamente, como la censura del defensor también se ha extendido a la supuesta transgresión del principio de legalidad en razón de la aplicación preferente de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Delitos de Lesa Humanidad, en la audiencia preparatoria se acudió a la tesis jurisprudencial ya consolidada por la Corte Suprema de Justicia, consistente en que cuando se está en presencia de un delito de lesa humanidad, se redefine esa garantía y se ajusta a los estándares internacionales.

(...) Ahora, frente a la censura del defensor en torno a que la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad no puede aplicarse en el orden legal interno colombiano sin previa aprobación legislativa, se advierte que no fue por analogía que se acudió a ella, sino por cuanto ese mismo instrumento internacional, suscrito el 26 de noviembre de 1968 con entrada en vigor mundial el 11 de noviembre de 1970, en su preámbulo establece:

Considerando que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad figuran entre los delitos de derecho internacional más graves,

Convencidos de que la represión efectiva de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales, y puede fomentar la confianza, estimular la cooperación entre los pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales,

Advirtiendo que la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios

suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes,

Reconociendo que es necesario y oportuno afirmar en derecho internacional, por medio de la presente Convención, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal...

De otra parte, esta Sala Penal en varias oportunidades ha venido haciendo esa preferente aplicación de la Convención, no obstante que nuestro país no la ha suscrito ni ratificado.

Al respecto, en la audiencia preparatoria se citó (CSJ AP, 22 sep. 2010, rad. 30380):

...pese a que Colombia no ha suscrito la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, firmada el 26 de noviembre de 1968 y con entrada en vigor mundial el 11 de noviembre de 1970, es evidente que tal normativa integra la más amplia noción de *ius cogens* [conjunto de preceptos inderogables, imperativos (no dispositivos) e indisponibles, con vocación universal, cuya no adhesión por parte de un Estado no lo sustrae de su cumplimiento como compromiso *erga omnes* adquirido para prevenir y erradicar graves violaciones a los derechos humanos que desconocen la humanidad y su dignidad].

Así las cosas, se insiste que el *ius cogens*, como grupo de normas de derecho consuetudinario internacional, pueden ser aplicadas en Colombia por virtud de la cláusula de prevalencia de los instrumentos internacionales referidos a los derechos humanos, también conocido como bloque de constitucionalidad (art. 93), el cual no está condicionado a la existencia de un vacío normativo, sino que por orden constitucional es una herramienta de interpretación judicial.

Similar reflexión se aviene frente a algunas conductas punibles que deben declararse de lesa humanidad, pese a que fueron cometidas antes de que Colombia suscribiera los tratados que admitieron formalmente la jurisdicción de la CPI (ER):

En cuanto al concepto de lesa humanidad derivado del *ius cogens*, respecto de hechos sucedidos antes de la entrada en vigor del ER, la Corte Suprema de Justicia ha considerado posible atraerlo a nuestro orden jurídico interno. Al respecto, se ha precisado (CSJ AP, 21 sep. 2009, rad. 32022):

Antes del ER, los principios para el juzgamiento de los delitos de lesa humanidad se encontraban dispersos en varios instrumentos jurídicos. Así, en tiempos de guerra, la categorización de tales delitos estaba dada por las Convenciones de Ginebra y de la Haya, mientras que en tiempos de paz, este tipo de conductas estaba tipificado en Convenciones diversas, tales como los Principios de Derecho Internacional reconocidos

por el Estatuto y las sentencias del Tribunal de Núremberg, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, y la Convención para la Prevención y sanción del Delito de Genocidio.

Queda claro que no se trata de acudir en forma retroactiva al ER ni a otro ordenamiento específico, para extraer de ahí los lineamientos básicos para los delitos de lesa humanidad, ya que, como se dijo, desde mucho antes tales nociones son aplicables internamente por formar parte del derecho consuetudinario internacional o *ius cogens*⁶⁴.

El anterior extracto jurisprudencial es relevante porque permite concluir que en el derecho colombiano los elementos del crimen de lesa humanidad, entre los cuales se encuentra la sistematicidad, hacen parte del bloque de constitucionalidad consagrado en el artículo 93 de la Constitución Política, así como constituyen parte del *ius cogens*, razón por la cual, deben siempre prevalecer en el ordenamiento jurídico colombiano.

Aunado a lo estudiado en precedencia, el estudiado auto de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia también extiende la declaratoria de lesa humanidad —junto con todos los elementos del crimen y la consecuente imprescriptibilidad de la acción penal— a conductas que, no encontrándose consagradas en el derecho penal internacional o nacional como propias de tal crimen, sean cometidas en dicho contexto, por ejemplo, la conducta de concierto para delinquir. Teniendo en cuenta lo anterior:

Existen delitos que no se han enlistado en un texto normativo (ley, convención, tratado) como crímenes de lesa humanidad. No obstante, cuando están íntimamente relacionados con comportamientos punibles que revisten esa connotación, adquieren el mismo carácter y siguen idénticas consecuencias, tales como la universalidad de la jurisdicción y la imprescriptibilidad.

(...) La Corte Suprema de Justicia dejó en claro que: “los delitos de lesa humanidad son el género, con por lo menos dos especies, una de ellas es aquella que está contenida en la descripción de tratados internacionales esto es, la tipificación precisa de conductas; y otra está conformada por el horizonte amplio de la universalidad de los delitos, de suerte que cualquier delito, así no esté incluido en dichos consensos internacionales, puede pertenecer a tal dimensión, según lo dispuesto en el inicio de la citada figura.

⁶⁴ Sala de Casación Penal. *Auto Interlocutorio de 30 de mayo de 2018*. AP-2230-2018.

Por tanto, resulta ser contrario a la jurisprudencia en cita, suponer que los únicos delitos que atentan contra la conciencia de la humanidad son los que están contenidos en los Tratados.⁶⁵

Corolario de lo expuesto, el concepto de ataque sistemático ha sido constante y pacífico en los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, con fundamento en los instrumentos jurídicos internacionales, concretamente: i) los tratados internacionales, dentro de los cuales se encuentra el ER de la CPI y los tratados relativos al crimen de lesa humanidad; ii) el *ius cogens*; iii) Los principios del derecho penal internacional; y iv) la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc,⁶⁶. Lo anterior se concreta en el siguiente concepto:

La sistematicidad resulta de que la conducta sea el resultado de una planificación metódica, inmersa en una política común. (...) El ataque “sistemático” (corresponde) al nivel de organización para llevarlo a cabo (el ataque) que obedezca a un plan regular o una política, al provenir “de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política”.

4 El concepto de sistematicidad dentro del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición – SIVJNR

A efectos de definir el concepto, elementos y funcionalidad de la sistematicidad como componente propio del derecho penal internacional, el cual ha sido acogido en el ordenamiento jurídico colombiano en relación con las normas que componen el derecho penal de justicia transicional, es menester analizar su regulación normativa dentro del SIVJNR, cuya conjunción de actos legislativos, leyes y jurisprudencia comprenden las normas que le son aplicables a la JEP.

Con el fin de cumplir con dicho propósito, en el presente acápite se procederá, a efectos de realizar una contextualización previa, a: i) delimitar el conjunto de

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Sentencia de julio 22 de 2020*. Radicación No. 56.591 SP-544-2020. Véase también: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Sentencia de 15 de julio de 2015*. Rad. 45.795; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Auto de 30 de mayo de 2018*, Radicación 45110.

disposiciones normativas que componen el SIVJRNR y ii) analizar las normas de justicia transicional que regulan la sistematicidad como criterio normativo. De tal suerte que, al abordar los puntos anteriormente descritos, se puede determinar si la adopción del componente de sistematicidad propio del derecho penal internacional —acogido por el DIDH— se compadece con la naturaleza ontológico-normativa de la figura en los ordenamientos jurídicos de origen y cumple con las mismas funciones o, por el contrario, si en el derecho vernáculo se le ha atribuido una funcionalidad diferente.

Como se afirmó anteriormente, el objeto del presente trabajo de investigación es el estudio del concepto de sistematicidad en el ordenamiento jurídico colombiano, particularmente, el análisis de sus elementos y funcionalidad en relación con el sistema de justicia transicional, razón por la cual se hace imprescindible comprender qué disposiciones normativas componen ese sistema jurídico, su origen, teleología, principios e instituciones, previo a estudiar la noción de sistematicidad en dicho entramado jurídico.

El más reciente sistema de justicia transicional está integrado por un conjunto de normas e instituciones jurídicas que se concretan en el SIVJRNR, el cual surgió como consecuencia de la negociación bilateral entre el Gobierno del presidente Juan Manuel Santos y las FARC – EP, el cual fue plasmado en el *Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, cuyo punto cinco regula el “Acuerdo sobre las víctimas del conflicto: sistema de verdad, justicia, reparación y no repetición”. De conformidad con la Corte Constitucional, el objetivo de la justicia transicional, como la que alude el presente trabajo de investigación, se concita en:

solucionar las fuertes tensiones que se presentan entre la justicia y la paz, entre los imperativos jurídicos de satisfacción de los derechos de las víctimas y las necesidades de lograr el cese de hostilidades: para lo cual busca cumplir con tres objetivos: la reconciliación, el reconocimiento de los derechos de las víctimas y el fortalecimiento del Estado Social y Democrático de Derecho y la democracia.⁶⁷

Teniendo en cuenta los derroteros de admisibilidad prefijados por la Corte Constitucional en la sentencia C-579 de 2013, el sistema de justicia transicional está llamado únicamente a investigar y juzgar situaciones que se traducen en violaciones

⁶⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-579 de 2013.

masivas de derechos humanos, en los cuales “la utilización de mecanismos ordinarios puede obstaculizar la salvaguardia de la justicia”⁶⁸. Teniendo en cuenta lo anterior, la primera norma en determinar la composición del SIVJRNR es el Acto Legislativo 01 de 2017, cuyo artículo transitorio 1º determinó que dicho sistema estaría compuesto por:

La Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición; la Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado; la Jurisdicción Especial para la Paz; las medidas de reparación integral para la construcción de paz y las garantías de no repetición.⁶⁹

En relación con la JEP —tema de análisis de la presente investigación—, el artículo 5 de la mencionada disposición normativa dispuso que:

Conocerá de manera preferente sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 1º de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los derechos humanos.⁷⁰

En este punto será objeto de análisis la determinación normativa de qué conductas son consideradas graves infracciones del DIH o graves violaciones a los DDHH, a efectos de establecer si en la determinación del elemento de gravedad es procedente recurrir al elemento de sistematicidad propio del derecho penal internacional⁷¹. Lo descrito cobra mayor relevancia teniendo en cuenta que, de acuerdo con el artículo 5 bajo análisis, el derecho penal internacional es fuente de interpretación y aplicación por parte de la JEP. Al respecto alude la norma *in comento*:

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Acto Legislativo 01 de 2017. Artículo 1.

⁷⁰ Ibid., artículo 5.

⁷¹ En relación con la mención que el Acto Legislativo 01 de 2017 hace referente a las conductas consideradas graves infracciones al DIH o graves violaciones de los DDHH, el artículo transitorio 18 de esa misma normativa establece este mismo criterio en relación con la teología del SIVJRNR, de cara a las legítimas reparaciones de las que son titulares las víctimas de estas conductas. Esto refuerza dicho criterio de gravedad como parte de la finalidad de investigación y sanción de conductas por parte de la JEP.

La JEP al adoptar sus resoluciones o sentencias hará una calificación jurídica propia del Sistema respecto a las conductas objeto del mismo, calificación que se basará en el Código Penal colombiano y/o en las normas de Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH), Derecho Internacional Humanitario (DIH) o Derecho penal internacional (DPI), siempre con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad⁷².

La interpretación del derecho penal internacional por parte de la JEP, y la consecuente aplicación del concepto de sistematicidad en derecho penal de justicia transicional, adquiere total relevancia en relación con la prevalencia competencial que detenta la JEP, en relación con las demás autoridades judiciales de la República. Al respecto, el artículo 6 del Acto Legislativo 01 de 2017 establece lo siguiente:

El componente de justicia del SIVJNR, conforme a lo establecido en el Acuerdo Final, prevalecerá sobre las actuaciones penales, disciplinarias o administrativas por conductas cometidas con ocasión, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, al absorber la competencia exclusiva sobre dichas conductas.⁷³

De otra parte, y con la finalidad de contextualizar las instancias jurisdiccionales de la JEP que han adoptado las decisiones que se estudiarán más adelante, es necesario mencionar que, de acuerdo con el artículo 7 del Acto Legislativo 01 de 2017, la JEP estará compuesta por:

la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, la Sala de Definición de las situaciones jurídicas, salas que desarrollarán su trabajo conforme a criterios de priorización elaborados a partir de la gravedad y representatividad de los delitos y del grado de responsabilidad en los mismos; la Sala de Amnistía o Indulto; el Tribunal para la Paz; la Unidad de Investigación y Acusación, y la Secretaría Ejecutiva. La Jurisdicción contará además con un presidente.⁷⁴

En relación con el artículo enunciado en el párrafo anterior, es menester enfatizar lo dicho en precedencia, en relación con el elemento de gravedad y representatividad de los delitos competencia de la JEP, como criterio de priorización, en tanto que elementos

⁷² Ibid.

⁷³ Ibid., artículo 6.

⁷⁴ Ibid., artículo 7.

como la sistematicidad pueden formar parte de dichos conceptos, lo cual tendrá oportunidad de analizarse en acápite posteriores.

4.1 El concepto de sistematicidad en la Constitución Política y las leyes (normas relativas al SIVJRNR)

El concepto de sistematicidad aparece tres veces en el cuerpo normativo de la reforma introducida por el Acto Legislativo 01 de 2017. En primer lugar, en el inciso 5 del artículo transitorio 12°, sobre el procedimiento y reglamento de la JEP, en el cual se incluye el concepto de sistematicidad y hace alusión a plan o política, como está descrito en el artículo 8 de ese mismo acto legislativo, en ese sentido, prescribe la norma, que dichas características de comisión no podrán ser presumibles, sino que “todo ello deberá acreditarse de conformidad con prueba legalmente producida”⁷⁵.

En segundo lugar, el Acto Legislativo 01 de 2017 menciona la sistematicidad en el inciso 2 del artículo transitorio 16, el cual regula la temática de la competencia de terceros, en ese sentido, la norma *in comento* prescribe que todos aquellos terceros que no perteneciendo a grupos armados u organizaciones al margen de la ley que “hubieren contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto, podrán acogerse a la JEP, y recibir el tratamiento especial que las normas determinen”. En ese sentido se tiene que terceros pueden acogerse a la justicia transicional cuando hubiesen tenido alguna participación *inter alia*, en “toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática”⁷⁶. De acuerdo con esta disposición normativa, “todo ello conforme a lo establecido en el Estatuto Roma”.

En tercer lugar, el artículo 27 del Acto Legislativo 01 de 2017 dispuso modificar el inciso 4 del artículo transitorio 66 de la Constitución Política introducido por el Acto Legislativo No. 01 de 2012. En dicha disposición se dispone que el Congreso de la República por iniciativa del Gobierno Nacional:

podrá mediante ley estatutaria determinar criterios de selección que permitan centrar esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que

⁷⁵ Ibid., artículo 12.

⁷⁶ Ibid., artículo 16.

adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática.⁷⁷

De acuerdo con lo anterior, se puede concluir que la consagración constitucional del concepto de sistematicidad obedece a los siguientes factores funcionales: i) una característica objetiva de las conductas sometidas a competencia de la JEP, ii) criterio de competencia, y iii) criterio de priorización de casos.

En aplicación de lo normado en el artículo 12 del Acto Legislativo 01 de 2017, la Ley 1957 de 2019, “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”, reconoce la sistematicidad como un criterio de priorización de los casos, pues dicho concepto permite identificar la gravedad de una conducta que tenga relación con el conflicto armado y, por lo tanto, haga parte de la competencia material de la JEP. Esto lo reconoce el artículo 19 de dicho cuerpo normativo, cuando afirma que: “Constituyen criterios de selección: 1) Gravedad de los hechos: Grado de afectación de derechos fundamentales individuales y colectivos; modalidad de la comisión de los hechos en términos de violencia y sistematicidad”⁷⁸.

De otra parte, el párrafo del artículo 23 de la Ley 1820 de 2016 menciona el concepto de *sistematicidad*, al aludir a las conductas que no podrán ser amnistiables o indultables, dentro de las cuales se encuentran *los graves crímenes de guerra*. De acuerdo con dicha disposición normativa, se entenderá por *graves crímenes de guerra*, “toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática”⁷⁹.

El concepto de sistematicidad, interpretado constitucionalmente, fue abordado en acápites precedentes al estudiar la jurisprudencia de la Corte Constitucional, concretamente en la sentencia C-674 de 2017, que analizó su conformidad con la carta política. Por último, es importante indicar que las demás normas que constituyen el marco jurídico de la JEP se encuentran en la Ley 1922 de 2018. En ella no se trata el tema relativo al concepto de sistematicidad.

⁷⁷ Ibid., artículo 27.

⁷⁸ Ley 1957 de 2019. Artículo 19.

⁷⁹ Párrafo del artículo 23 de la Ley 1820 de 2016.

MARCO TEÓRICO

5 Análisis de las decisiones de la JEP en relación con el concepto de sistematicidad

De acuerdo con los criterios metodológicos de la presente investigación, y a efectos de estudiar los pronunciamientos relevantes de la JEP en relación con el concepto de sistematicidad, se hará un doble análisis del objeto de estudio. En primer lugar, i) se abordará el concepto de sistematicidad en relación con el Macro Caso No. 1 (Toma de rehenes y otras graves privaciones de la libertad). ii) Se hará un análisis del concepto de sistematicidad en relación con el Macro Caso No. 3 (Asesinatos ilegítimamente presentados como bajas en combate por agentes del Estado), concretamente, la providencia de 7 de julio de 2021, por medio de la cual se determinaron los hechos y conductas ocurridas entre enero de 2002 y julio de 2005 atribuibles a algunos integrantes del Batallón de Artillería No.2 “La Popa”. Por último, iii) se hará un estudio de la sistematicidad en relación con autos interlocutorios o de sustanciación proferidos en las primeras decisiones preliminares de la JEP en sus salas y secciones.

La anterior ruta de desarrollo metodológico se determina a efectos de centrar de forma estratégica la investigación, al estudiar un macro caso a fondo (Caso No.1) y aludir meramente al concepto de sistematicidad, en relación con otro macro caso en el cual se han definido claramente los contornos de dicho concepto (Caso No. 3), siendo el propósito de esta investigación evidenciar el concepto de sistematicidad en la JEP en las decisiones que desarrollen el concepto *sub examine* a profundidad, y no analizar todos los pronunciamientos proferidos en todos los macro casos, pues ello desbordaría la intención esencial del trabajo, que es adentrarse en el concepto *in abstracto* de la sistematicidad en la JEP, solo en relación con los pronunciamientos que más contundentemente desarrollan el tema de forma prolija. Dicho lo anterior, es pertinente hacer referencia al contenido de la jurisprudencia de la JEP, y para ello es necesario conocer sobre qué temáticas versan las decisiones de sus salas y secciones, pues son

sus competencias las que permiten identificar las temáticas concretas sometidas a su conocimiento.

Previo a ello es importante destacar, como se hizo *ut supra*, que la JEP está integrada, de acuerdo con el artículo 7° transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017, de la siguiente manera:

ART. TRANS. 7° - Conformación. La jurisdicción estará compuesta por la Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas, la Sala de definición de las situaciones jurídicas, salas que desarrollarán su trabajo conforme a criterios de priorización elaborados a partir de la gravedad y representatividad de los delitos y del grado de responsabilidad en los mismos; la Sala de amnistía o indulto; el tribunal para la paz; la unidad de investigación y acusación, y la secretaría ejecutiva. La jurisdicción contará además con un presidente. El tribunal para la paz es el órgano de cierre y la máxima instancia de la jurisdicción especial para la paz. Estará conformado por dos secciones de primera instancia, una sección de revisión de sentencias, una sección de apelación y la sección de estabilidad y eficacia.⁸⁰

Una vez descritas las diferentes salas y secciones de la JEP, es menester analizar sobre que versan los pronunciamientos de cada una de ellas, en relación con el concepto de sistematicidad, como se verá a continuación:

De conformidad con el artículo 19 de la Ley 1957 de 2019, corresponde a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas y a la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la JEP, aplicar: “criterios para concretar el ejercicio de la acción penal en quienes tuvieron participación determinante en los hechos más graves y representativos” (criterios de priorización de casos entre los cuales se encuentra el de sistematicidad, como habrá oportunidad de analizarse posteriormente).

Aunado a lo anterior, el artículo 43 *ejusdem* prevé que corresponde a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, “la función de conceder a los agentes del Estado la renuncia a la persecución penal, como uno de los mecanismos de tratamiento penal

⁸⁰ Acto Legislativo 01 de 2017, artículo 7 Transitorio.

diferenciado”. La cual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 45 de ley bajo estudio, no procede cuando se trate de crímenes internacionales.

Por su parte, el artículo 79 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia para la JEP prevé que es competencia de la Sala de Reconocimiento recibir los informes de las autoridades, la sociedad civil, los comparecientes y las víctimas, entre otros medios de conocimiento que pueden recabar por sí mismos, a efectos de verificar la ocurrencia de los hechos que son competencia de la jurisdicción. Luego de establecer que las conductas existieron y de individualizar a los autores y partícipes, deberá hacer una calificación jurídica de la conducta de los delitos no amnistiables, y “ponerlos a disposición de los presuntos responsables para que por ellos se tome la decisión de comparecer o no comparecer a efectuar el aporte de verdad y reconocimiento o no de responsabilidad o comparecer a defenderse de las imputaciones formuladas”⁸¹.

Asimismo, la Sala de Reconocimiento tendrá competencia para presentar al Tribunal para la Paz, resolución de conclusiones sobre el trámite descrito en el párrafo anterior, en los casos de reconocimiento de verdad y responsabilidad, “con la identificación de los casos más graves y las conductas o prácticas más representativas”⁸². Además, la Sala de Reconocimiento tiene competencia para

decidir si las conductas no reconocidas serán sometidas a la Unidad de Investigación y Acusación, para que, en su caso, de existir mérito para ello, se abra procedimiento de juicio ante el Tribunal. También podrá decidir remitir las conductas a la Sala de definición de situaciones jurídicas.⁸³

Por su parte, el artículo 81 de la Ley 1957 de 2019 establece que la Sala de Amnistía e Indultos “aplicará estos tratamientos jurídicos especiales por delitos amnistiables o indultables, teniendo a la vista las recomendaciones de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas”. En contraste, de acuerdo con el artículo 84 de la Estatutaria de Administración de Justicia para la JEP, se dispone que son funciones de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, entre otras:

⁸¹ Ley 1957 de 2019, artículo 79, literal h.

⁸² Ibid., artículo 79, literal m.

⁸³ Ibid., artículo 79, literal n.

Definir la situación jurídica de todos quienes hayan accedido a la JEP, en relación a dos supuestos: personas que no serán objeto de amnistía o indulto ni serán incluidas en la resolución de conclusiones (la cual es presentada por la Sala de Reconocimiento de la JEP) a las que no habrá de exigírseles responsabilidades ante el Tribunal.⁸⁴

Adicionalmente, el artículo 84 estatuye que es competencia de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP efectuar las calificaciones de las conductas que tengan relación con sus competencias. De otra parte, de acuerdo con lo previsto en el artículo 86 de la Ley 1957 de 2019, la Unidad de Investigación y Acusación de la JEP tiene como función “realizar las investigaciones y adelantar el ejercicio de la acción penal ante el Tribunal para la Paz, respecto de todas las conductas competencias de la JEP”⁸⁵.

El artículo 91 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia para la JEP dispone que el Tribunal para la Paz estará integrado por un Sección de Primera Instancia, “en caso de reconocimiento de verdad y responsabilidad, que proferirá sentencias”⁸⁶. En igual sentido dispone que el Tribunal para la Paz:

Tendrá otra Sección de primera instancia para casos de ausencia de reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, donde se celebrarán juicios contradictorios y se proferirán sentencias, o bien absolutorias o bien condenatorias. En este caso se impondrán las sanciones ordinarias o alternativas que correspondan.⁸⁷

Asimismo, el artículo 91, dispone lo siguiente en relación con la Sección de Revisión de Sentencias, la cual tendrá la función de:

Revisar las sentencias proferidas por la justicia, de conformidad con lo establecido en el artículo 97 de esta ley. A petición del sancionado, recibirá los casos ya juzgados por órganos jurisdiccionales o sancionados por la Procuraduría o la Contraloría, siempre que no vayan a ser objeto de amnistía o indulto. Ejercerá otra función establecida expresamente en esta ley.⁸⁸

⁸⁴ Ley 1759 de 2019. Artículo 84. Literal a.

⁸⁵ Ibid., artículo 86.

⁸⁶ Ley 1957 de 2019, artículo 91.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Ibid.

Por último, la citada norma prevé lo siguiente en relación con la integración del Tribunal para la Paz: “Tendrá también una Sección de Apelación para decidir las impugnaciones de las sentencias proferidas por cualquiera de las secciones de primera instancia. En segunda instancia no se podrá agravar la condena cuando el único apelante sea sancionado”⁸⁹.

Corolario de lo expuesto, se puede evidenciar, de acuerdo con las competencias de las diferentes salas y secciones de la JEP, y de conformidad con el estadio actual de los procesos sometidos a su competencia, que la única Sala que ha proferido providencias en las cuales se ha decantado el concepto de sistematicidad de manera profunda es la Sala de Reconocimiento, pues ella tiene competencia para realizar calificaciones jurídicas en relación con las funciones de su competencia, y de agrupar los hechos en macro casos, de decidir qué asuntos se priorizan y de hacer las tipificaciones a que haya lugar de las conductas que no sean amnistiabiles ni indultables, dentro de las cuales se encuentran los crímenes internacionales. Por lo tanto, en sus valoraciones y decisiones, debe tener en cuenta los elementos dogmáticos del derecho penal internacional, tal como lo estatuye el Acto Legislativo 01 de 2017.

Es por tal razón, que se seleccionó la jurisprudencia de la Sala de Reconocimiento de la JEP para realizar el presente análisis investigativo, pues a pesar de que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas tiene competencia para hacer calificaciones jurídicas en relación con sus competencias, como queda claro después de aludir a sus funciones, sus pronunciamientos versan sobre casos particulares, y no sobre la construcción de contextos, macro casos o la priorización de conductas, razón por la que, aunque su jurisprudencia marca un importante desarrollo para la justicia transicional, en este trabajo se priorizarán los pronunciamientos de la Sala de Reconocimiento.

De otra parte, es importante destacar en relación con las salas y secciones que hacen parte del Tribunal para la Paz, que ellas no han tenido aun la posibilidad de pronunciarse de fondo sobre los macro casos competencia de la JEP, pues a la fecha no se han iniciado procesos adversariales de naturaleza penal y tampoco se han aplicado los procedimientos legales previstos cuando hay reconocimiento de verdad, pues

⁸⁹ Ibid.

recientemente la JEP recibió la respuesta de los comparecientes en relación con el Caso No. 1, cuyo procedimiento no ha terminado, y por ello la Sala de Reconocimiento no ha tomado la determinación de remitir las actuaciones a la Unidad de Investigación y Acusación de la JEP, o de presentar resolución de conclusiones ante el Tribunal para la Paz.

Por último, en relación con la Sección de Revisión de Sentencias, y de acuerdo con las funciones antes estudiadas, ella no tiene competencia para estudiar los macro casos y proferir providencias de selección, priorización o determinación de competencias donde se aborde a profundidad el concepto de sistematicidad.

a) Concepto de sistematicidad en relación con el Caso No. 1. Toma de rehenes y otras graves privaciones de la libertad.

Previo a realizar el análisis del concepto de sistematicidad aplicado por la JEP en relación con el Caso No.1, se hará un estudio preliminar en el cual: i) se enunciarán los criterios generales de priorización y construcción de los macro casos en la JEP, dentro de los cuales se encuentra el concepto de sistematicidad; ii) se estudiará el elemento de sistematicidad como parte de los criterios que llevaron a la construcción y priorización de los hechos que se enmarcan dentro del Caso No. 1 (objeto principal de investigación del presente trabajo); iii) se abordará el concepto de sistematicidad en relación con la calificación jurídica de las conductas cometidas en relación con el Caso No. 1; y iv) se analizará el concepto de sistematicidad en una de las más recientes jurisprudencias en relación con el Caso No. 3.

b) De los criterios de priorización y construcción de macro casos por la Sala de Reconocimiento de la JEP

Como se aludió en acápites precedentes cuando se abordó el estudio del concepto de sistematicidad en el derecho constitucional colombiano, las normas jurídicas que regulan la temática de selección y priorización de casos en la JEP son concretamente: el artículo 66 transitorio de la Constitución Política, incorporado por el Acto Legislativo 01 de 2012; las normas constitucionales introducidas por la reforma del

Acto Legislativo 01 de 2017; la Ley 1957 de 2019 “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”; y la Ley 1922 de 2018 “Por medio de la cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz”.

Además de las normas jurídicas ya enunciadas también se tendrán en cuenta los criterios prefijados en las sentencias C-573 de 2013, C-674 de 2017, C-007 de 2018, y C-080 de 2018. Aunado a lo anterior, y como criterio complementario e interpretativo de las normas y sentencias enunciadas, la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la JEP elaboró un documento titulado “Criterios y metodología de priorización de casos y situaciones”, el cual desarrolla los criterios constitucionales y legales contenidos en las normas jurídicas enlistadas.

Los criterios de selección y priorización de casos son estudiados, analizados y desarrollados por la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la JEP (Sala de Reconocimiento), la cual, de acuerdo con el artículo 79 de la Ley Estatutaria 1957 de 2019, debe “a partir de los criterios de selección y priorización”⁹⁰ abrir los casos que investiga la JEP, y en consecuencia, presentar resoluciones de conclusiones de los casos priorizados ante el Tribunal para la Paz (cuando a ello hubiere lugar).

Con fundamento en el marco normativo antes enunciado, se tiene que el artículo transitorio 66 de la Constitución Política establece que los criterios de selección y priorización son connaturales a todo proceso de justicia transicional, criterio que, de acuerdo con la JEP y en armonía con lo dispuesto por la sentencia C-579 de 2013, fue incorporado en el ordenamiento jurídico colombiano con la finalidad de hacer eficaz la investigación e instrucción de los casos, y variar el tipo de investigación “caso a caso”. Dicha metodología es conveniente en razón a la naturaleza reiterada y contextual de los hechos sometidos a la competencia de la JEP, pues permite agrupar en macro casos hechos que revistan las mismas características fácticas, de modo que su estructuración

⁹⁰ JEP. *Salas de Justicia de la JEP*. Recuperado del Sitio Oficial de la JEP: <https://www.jep.gov.co/JEP/Paginas/Salas-de-la-JEP.aspx>

es planificada y no corresponde “al azar, sino en virtud de investigaciones con base en contextos y en el análisis de estructuras de criminalidad organizada”⁹¹.

En consonancia con lo expuesto, es importante recabar lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-080 de 2018, donde afirmó que es obligación de la JEP adoptar un modelo de investigación eficaz que le permita identificar los llamados “crímenes de sistema” en relación con el contexto de conflicto armado, sin para ello atender a los elementos de gravedad o determinar una calificación jurídica preliminar. En ese sentido, la Corte Constitucional alude que:

Estudiados los hechos en el marco de la debida diligencia, la JEP debe identificar el contexto de su ocurrencia, los patrones que explican su comisión, siguiendo líneas lógicas de comprensión de los mismos, definiendo el ámbito territorial y temporal de su comisión, e identificando la estructura de las organizaciones involucradas en el planeamiento y ejecución de los crímenes. Definido el panorama general de las circunstancias de ocurrencia de los hechos e identificados los patrones, la JEP procederá a atribuir responsabilidad a quienes participaron en ellos.⁹²

Con el objeto de proceder a dicha clasificación, se debe atender al concepto jurisprudencial denominado “crimen de sistema”, ello con el fin de centrar la atención de la investigación en los máximos responsables de las conductas cometidas a lo largo del conflicto armado. Dicha acepción de “crimen de sistema” es sin más un desarrollo de lo que la jurisprudencia ha entendido por “criminalidad organizada”, la cual, de acuerdo con la Corte Constitucional, está determinada por “políticas, planes y prácticas que se caracterizan por involucrar un *continuum* de poderes e intereses”⁹³.

Las anteriores consideraciones permiten dilucidar que si el concepto de plan o política —como se señaló previamente al estudiar el desarrollo del concepto de sistematicidad en el ER y en las jurisprudencias de la CPI, de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia— hace parte de la definición del elemento de

⁹¹ JEP. Salas de Justicia. Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad, y de Determinación de los Hechos y las Conductas. *Auto No. 033 de 2021*, párr.3; Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-579 de 2013.

⁹² Corte Constitucional. *Sentencia C-080 de 2018*.

⁹³ *Ibid.*

sistematicidad, entonces, la Sala de Reconocimiento de la JEP debe atender a criterios de sistematicidad de la comisión de las conductas en la construcción de sus macro casos.

En concordancia con lo anterior —y de acuerdo con lo dispuesto en el literal h del artículo 79 de la Ley Estatutaria 1957 de 2019 y el artículo 27B de la Ley 1922 de 2018— i) una vez recibidos los informes relativos a la comisión de conductas punibles competencia de la JEP, ii) realizado su cotejo con los diferentes evidencias, iii) habiendo recibido las versiones de las personas que eventualmente pueden constituirse en comparecientes ante la Jurisdicción, iv) la Sala de Reconocimiento debe determinar a través de una providencia judicial los hechos y conductas que “corresponden a crímenes no amniables que efectivamente sucedieron”⁹⁴.

De acuerdo con el procedimiento descrito, se tiene que la Sala de Reconocimiento de la JEP debe proceder a la calificación jurídica de las conductas sometidas a su conocimiento, previo a emitir las respectivas conclusiones ante el Tribunal para la Paz de la JEP. Esta calificación jurídica debe necesariamente atender a los elementos del derecho penal internacional según el Acto Legislativo 01 de 2017, y a la verificación de la existencia de conductas no amniables que se corresponda con la categoría de crímenes, en los cuales está contenido el concepto de sistematicidad en los crímenes de lesa humanidad, de acuerdo con el sistema de CPI, y de los crímenes de guerra, de acuerdo con los actos legislativos enunciados al principio de este acápite y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Lo enunciado en el párrafo precedente se sustenta además en el documento elaborado por la Sala de Reconocimiento, el cual sirve de guía para la priorización de casos. En dicho documento se hace alusión a que “una vez delimitado el universo provisional de hechos y conductas que cumplen con factores de competencia la SRVR, se aplicarán criterios de priorización que le permita establecer un orden razonable de atención para los mismos”⁹⁵.

⁹⁴ JEP. Salas de Justicia. Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad, y de Determinación de los Hechos y las Conductas. *Auto No. 19 de enero 26 de 2021*, párr. 36.

⁹⁵ JEP. *Criterios y metodología de priorización de casos y situaciones en la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas*, 28 de junio de 2018, p. 10.

De acuerdo con la Sala de Reconocimiento⁹⁶, los criterios de priorización de los casos en la JEP encarnan dos dimensiones, una de impacto y otra de disponibilidad de la información. La primera de ellas tiene dos dimensiones, una objetiva y otra subjetiva. El componente objetivo se refiere a los hechos constitutivos de los casos y el componente subjetivo “se refiere a las características de las víctimas y los presuntos responsables”⁹⁷.

Dentro del criterio objetivo de impacto se encuentra la gravedad de los hechos “que, por su modalidad, duración, o sus efectos afectan más gravemente los derechos fundamentales individuales y colectivos en términos de intensidad de la violencia, sistematicidad, masividad, daños o impactos generados”⁹⁸. Con fundamento en lo anterior, se concluye que el elemento de sistematicidad en la comisión de las conductas competencia de la JEP hace parte de criterio objetivo de impacto, que es un componente consustancial con el deber de priorización que debe llevar a cabo la Sala de Reconocimiento.

Aunado a lo expuesto, destaca el documento *Criterios y metodología de priorización de casos y situaciones en la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas*, en el cual se dice que:

En el marco de los estos criterios (objetivos y subjetivos de priorización) la SRVR, tendrá que identificar y analizar planes o políticas, elementos de sistematicidad, y patrones de macrocriminalidad. Al respecto, en virtud del Acto Legislativo 01 de 2017, la SRVR resalta que “no se podrá presumir el carácter masivo o sistemático de las conductas punibles investigadas, ni que el hecho ha sido cometido como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de los crímenes.”⁹⁹

En relación con lo descrito anteriormente, la Sala de Reconocimiento es enfática en reconocer que al aludir a criterios de plan o política se refiere a los elementos del ER y a los Elementos de los Crímenes de esa normativa, especialmente lo estatuido en el Artículo 7 del ER. Por su parte, al aludir al elemento de sistematicidad, el cual debe estar

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ JEP. *Criterios y metodologías...*, p. 11.

⁹⁹ Ibid., p. 13.

sustentado en evidencias y por tanto no se puede presumir, la Sala de Reconocimiento refiere lo siguiente:

La sistematicidad será valorada por la SRVR en la medida que algunas conductas criminales referidas en el numeral 40 del punto 5 del Acuerdo Final, como, por ejemplo, los crímenes de lesa humanidad incluyen este criterio como uno de sus elementos de conformidad con los Elementos de los Crímenes del ER (art. 7).¹⁰⁰

De acuerdo con estos criterios, procede la construcción y priorización de un caso siempre que existan “patrones criminales, contruidos a partir del cruce de diferentes variables (temporales, geográficas calidades de la víctima)”¹⁰¹. Estos criterios objetivos fueron aplicados por la Sala de Reconocimiento en relación con el Caso No. 1.

Ahora bien, es importante destacar, tal como lo ha reconocido la Sala de Reconocimiento de la JEP, que ni la Constitución, ni la Ley, ni la Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado en qué momento se debe hacer la priorización de un caso, razón por la cual, la Sala de Reconocimiento ha reconocido que:

El uso de la herramienta de priorización puede darse en todos los niveles o fases de la investigación que adelanta la Sala. Siempre de conformidad con las particularidades de cada macrocaso que surgen de las distintas aproximaciones metodológicas de la Sala de Reconocimiento, y en ejercicio de la autonomía judicial de la magistratura.¹⁰²

Una vez agotados los procedimientos enunciados en párrafos anteriores, y una vez contrastadas las fuentes para determinar los hechos y las conductas relevantes a fin de establecer si las mismas existieron, la Sala de Reconocimiento es competente para proferir un Auto de Determinación los Hechos y Conductas, el cual a la fecha es la providencia que ha tratado de fondo el caso en relación con los macro casos 1 y 3.

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ JEP. *Auto No. 033 de 2021*, párr. 6. En relación con las garantías mínimas de cara a las víctimas que debe adoptar la JEP al priorizar un caso debe tenerse en cuenta los siguientes puntos estatuidos por la Corte Constitucional en la sentencia C-579 de 2013: “(i) transparencia del proceso de selección y priorización, (ii) una investigación seria, imparcial, efectiva, cumplida en un plazo razonable y con su participación, [y] (iii) la existencia de un recurso para impugnar la decisión sobre la selección y priorización de su caso”.

¹⁰² Ibid., párr. 7.

5.1 Sistemática en la determinación de los hechos y conductas cometidas por el Secretariado de las FARC-EP en relación con el Caso No. 1

Hechas las anteriores precisiones, es menester hacer una contextualización acerca de los hechos del Caso No. 1 denominado “Toma de Rehenes y otras privaciones graves de la libertad”, cuyo análisis concita la atención del presente trabajo de investigación. Para ello, y previo al análisis de los elementos fácticos del caso y del concepto de sistematicidad, es menester mencionar que la Sala de Reconocimiento de la JEP avocó el conocimiento del Caso No. 1 por medio del Auto No. 002 de 4 de julio de 2018. En dicho auto aludió al concepto de priorización y construcción de macro casos¹⁰³, dicha construcción del macro caso inició el 21 de junio de 2018, cuando la Sala de Reconocimiento recibió el primer informe sobre los hechos del caso. En ese momento comenzó la primera etapa de la priorización y agrupación, para ello la Sala de Reconocimiento “trabajó en la construcción y delimitación de universos provisionales de su competencia”¹⁰⁴.

Anterior a ello, la Sala de Reconocimiento, según los criterios de priorización de “situaciones y casos”, adelantó la segunda fase de “concentración”, en la cual:

Sobre aquellos casos o situaciones ya agrupados y respecto de los cuales se cuenta con información que permita, tanto un análisis en clave de patrones, como la identificación

¹⁰³ De acuerdo con lo expuesto por la JEP, se entiende por macro caso: “Un macro caso acumula cientos de miles de hechos que corresponden a los mismos motivos, la misma forma de operar, bajo los mismos mandos, los mismos planes criminales, y órdenes y acciones delictivas muy similares. Por lo tanto, los macro casos acumulan todos los delitos que corresponden a un mismo patrón. La investigación esclarece los motivos, las cadenas de mando, el modo de operar, la estructura de poder, las órdenes, los planes criminales, las acciones delictivas, las razones de victimización, y constatan el daño causado para establecer la responsabilidad tanto del grupo como del individuo. Los macro casos atienden violaciones masivas de los derechos humanos, y su investigación y las decisiones que toman los jueces no se enfocan en conductas individualmente causadas, sino en las conductas causadas por el mando y la pertenencia a la organización. Los macro casos además identifican a las personas que determinaron los crímenes objeto de estudio y jugaron un rol esencial en su comisión, y prioriza la asignación de responsabilidad a los máximos responsables. [...] El 01 es un macro caso porque acumula todos los delitos que en el ordenamiento penal colombiano se investigaron como secuestros simples y extorsivos responsabilidad de las FARC-EP, así como otros delitos relacionados como toma de rehenes y los homicidios y desapariciones forzadas que siguieron a un secuestro”. JEP. *Toma de rehenes, graves privaciones de la libertad y otros crímenes concurrentes cometidos por las Farc-EP*. Recuperado del Sitio Oficial de la JEP: <https://www.jep.gov.co/especiales1/macrocasos/01.html>.

¹⁰⁴ JEP. *Auto No. 002 de 2018*, párr. 11.

detallada de posibles personas responsables. Así, la Sala determinó que era posible iniciar la fase de concentración, entre otros, en el Caso No.001, a partir del Informe No. 2, denominado “Retención ilegal de personas por parte de las FARC-EP”, allegado por la Fiscalía General de la Nación a la Sala de Reconocimiento.¹⁰⁵

Teniendo en cuenta lo anterior, en la etapa de concentración en la construcción del macro caso, se deben valorar la existencia de patrones, criterio con el cual se puede identificar una línea de acción y la existencia de un vínculo de los actos entre sí, y de contera la sistematicidad. Una vez determinada esta política, la Sala de Reconocimiento determinó:

Que, a partir de los insumos mencionados, la Sala de Reconocimiento se concentró en el estudio y sistematización de información sobre retenciones ilegales de personas adoptada por las FARC-EP en el periodo entre 1993 y 2012. Según algunas de estas fuentes, en este periodo de expansión militar de este antiguo grupo armado ilegal (FARC-EP), la retención ilegal de personas habría sido adoptada como forma de operar de la organización, de manera expresa, desde la Octava Conferencia de Guerrilleros, y hasta la prohibición de dicha práctica en 2012. Igualmente, de acuerdo con esas mismas fuentes de información, en principio, las retenciones tuvieron por lo menos tres finalidades distintas: un número importante de estas tuvo como principal fin cobrar a familiares y allegados grandes sumas de dinero a cambio de la libertad del retenido, otras fueron utilizadas como forma de presión al gobierno nacional. En los demás casos, se hicieron con el fin de demostrar control sobre la población civil.¹⁰⁶

Del establecimiento de los presupuestos fácticos antes enunciados, se tiene que existió una política y por tanto el despliegue de actos sistemáticos de privaciones ilegales de la libertad de civiles, lo que permitió priorizar el caso y construir de esta forma el Macro Caso No. 1. La Sala de Reconocimiento de la JEP concluyó:

Que, en desarrollo de la fase de priorización, la Sala de Reconocimiento efectuó el análisis de los criterios de priorización contenidos en el documento de política “Criterios y metodología de Priorización de casos y situaciones”. A partir de la aplicación de estos criterios, la Sala determinó el orden de gestión de los casos y situaciones agrupados

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ JEP. *Auto No. 002 de 2018*, párr. 13.

inicialmente para el periodo 5 comprendido entre julio y diciembre de 2018, sin perjuicio de posibles prórrogas. Luego de este ejercicio, la Sala decidió priorizar, entre otros, el Caso No. 001 a partir del Informe No. 2 de la Fiscalía denominado “Retención ilegal de personas por parte de las FARC-EP.”¹⁰⁷

De otra parte, previo a hacer el recuento de la situación fáctica, es menester aludir que en la determinación de los hechos que posteriormente serán objeto de calificación jurídica, la Sala de Reconocimiento destaca que todas estas conductas revisten la categoría de crímenes. Dichas conductas, destaca la Sala de Reconocimiento, son cometidos bajo un patrón de conducta como resultado de una política adoptada por las FARC-EP en materia de retención ilegal de personas.

De forma preliminar a la alusión de los hechos del caso, la Sala de Reconocimiento hace un estudio del concepto de patrón y política en el derecho penal internacional. Al respecto es importante citar el pronunciamiento *in comento*, el cual trae a colación los desarrollos conceptuales de la jurisprudencia de los Tribunales Ad Hoc del derecho penal internacional:

En el Derecho Internacional Penal hay una referencia frecuente al término patrón, en alusión al modo de comisión de la conducta (*modus operandi*), el curso de acción, los perpetradores y las eventuales víctimas. Esta referencia es común, especialmente al momento de analizar algunos elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad y del genocidio, en especial el ataque a la población civil. Sin embargo, su desarrollo conceptual no es extenso y la CPI, por ejemplo, utiliza la palabra patrón aludiendo al uso del lenguaje natural, y no a un concepto jurídico particular, por lo cual patrón solo significa la repetición regular de una conducta similar. Este uso es armónico con la definición que sí adoptó de manera expresa el TPIY en Kunarac, en el estudio de la sistematicidad del ataque en los crímenes de lesa humanidad, en el cual afirmó que los patrones de los crímenes consisten en “la repetición no accidental de una conducta delictiva similar de manera regular”. Esta definición del TPIY, en especial la relación entre el patrón y el ataque es compartida por el TPIR en Rutaganda, en los que, al referirse al ataque como un elemento del crimen de lesa humanidad, indica que este ataque consiste en: “una

¹⁰⁷ Ibid., párr. 15.

acción completamente organizada que sigue un patrón regular sobre la base de una política común.¹⁰⁸

Con posterioridad, en el Auto No. 19 de enero 26 de 2021, la Sala de Reconocimiento alude a la mismidad que a su juicio existe entre el concepto de patrón en desarrollo del sistema de justicia transicional derivado de la Ley 975 de 2005 (Ley de Justicia y Paz), y la Ley 1592 de 2012, los decretos que la reglamentaron y las directivas de la Fiscalía General de la Nación, todo ello, en el tránsito del modelo de investigación caso a caso, al modelo de investigación de conducta a partir de la estructuración de contextos de macrocriminalidad.

En este estado del arte de la cuestión, la Sala de Reconocimiento adopta la definición de patrón acogida por el artículo 16 del Decreto No. 3011 de 2013, “Por medio del cual se reglamentan las Leyes 975 de 2005, 1448 de 2011 y 1592 de 2012”, de la siguiente manera: “Conjunto de actividades criminales, prácticas y modos de actuación criminal que se desarrollan de manera repetida en un determinado territorio y durante un periodo de tiempo determinado”¹⁰⁹.

Con fundamento en esa definición de patrón, la Sala aborda el concepto de política, a cuyo concepto se llega por medio de los patrones de ejecución de las conductas, pues a partir de cierto patrón de conducta se puede claramente inteligir “el direccionamiento hacia un objetivo armado de la organización”¹¹⁰. No obstante, la Sala no termina ahí su definición del concepto, sino que alude a la definición adoptada por la CPI de la siguiente manera:

En cuanto al término política, la CPI la define como el “plan preestablecido” o el “conjunto de directrices” adoptadas por un Estado o una organización armada, dirigidas a asegurar la comisión de uno o varios delitos. Así lo define la CPI cuando la considera precisamente como la articulación de una intención que se materializa a través de la planeación de ataques concretos, la destinación de recursos para lograr los fines planteados y la realización de los ataques planeados. La política puede ser expresa, como cuando está escrita en documentos o articulada verbalmente por los dirigentes, o puede ser tácita, en

¹⁰⁸ JEP. *Auto No. 19 de 26 de enero de 2021*, párr. 226.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.* párr. 228.

cuanto se puede inferir la intención de la organización armada de cometer los hechos reflejados en los patrones de violencia. Así, la identificación de patrones resulta esencial para establecer, por una parte, si efectivamente se implementó la política expresa y, por otra parte, cuál era la política tácita del Estado u organización armada.¹¹¹

En ese sentido, la JEP entiende los términos de patrón y política para la selección adecuada de los presupuestos fácticos que reúnen características comunes de los macro casos que, repitiéndose un número considerable de veces en un espacio de tiempo determinado, en contra de víctimas con características similares y en determinados espacios geográficos, constituyen un patrón de conducta de los miembros de las FARC-EP¹¹². Una vez establecido dicho patrón a partir de la materialidad de la conducta, se puede arribar al conocimiento de la política de la organización¹¹³. Así, con fundamento en los conceptos preliminarmente expuestos, la Sala de Reconocimiento llegó a la conclusión de que las FARC-EP ejecutaron privaciones de la libertad a gran escala¹¹⁴, lo cual se logró al establecer un número aproximado de 21.936 víctimas, según la información acopiada de diversas fuentes por la Sala de Reconocimiento¹¹⁵.

No obstante, esta importante cifra recopilada por la Sala de Reconocimiento no corresponde con el número real de víctimas que fueron privadas ilegítimamente de la libertad, *inter alia*, por las siguientes razones:

¹¹¹ Ibid., párr. 229.

¹¹² Al respecto del Caso 1 la JEP aludió lo siguiente en el auto de 26 de enero de 2021: “Los hechos se escogieron por su capacidad para dar cuenta de las repeticiones, identificando los hechos que resultaran más típicos del patrón documentado en sus finalidades, es de comisión (modus operandi), características de las víctimas, lugares y tiempos. También se señalaron algunos que por su especial gravedad ilustran el impacto que tuvo el patrón en las víctimas y las comunidades, impacto reflejado en los mismos relatos, así como en fuentes abiertas. Fueron escogidos luego de un análisis propio de la investigación en las ciencias sociales, aplicado al conjunto de los relatos hechos por las víctimas acreditadas, así como de los relatos aportados en los informes y demás fuentes ya descritas”.

¹¹³ Ibid. Al respecto en la misma providencia: “En este momento del proceso, la Sala considera que, salvo manifestación expresa en contrario, el reconocimiento de la política conlleva entonces el reconocimiento de los hechos que la materializan”.

¹¹⁴ Ibid. El concepto de gran escala ha sido interpretado por la JEP como: “Magnitud de los hechos estudiada a través del análisis cuantitativo (...) permite establecer el criterio contextual de ser hechos generalizados, propios de los crímenes de lesa humanidad al ser contra civiles o personas protegidas. Como se explicó arriba, además, la gran escala también permite derivar patrones de ocurrencia, de los cuales se puede confirmar la ocurrencia de la política expresa, o inferir la política de facto”.

¹¹⁵ Véase: JEP. *Auto No. 19 de 26 de enero de 2021*, párr. 245.

Las entrevistas a expertos y la consulta de fuentes abiertas sobre el fenómeno permiten concluir que (i) los extranjeros poco reportan su victimización a las autoridades colombianas; (ii) muchas víctimas de secuestros extorsivos no ponían en conocimiento de las autoridades el hecho, en especial en la primera etapa de vigencia de la Ley 40 de 1993 que imponía sanciones por el pago de rescates, pero también por posible miedo a continuar siendo extorsionados; (iii) en el marco de la Ley de Justicia y Paz la Fiscalía hizo jornadas de recepción de denuncias en las zonas que tenían mayores postulados, aumentando el registro en estas zonas de una manera que no necesariamente reflejan la ocurrencia de los hechos en el territorio nacional; (iv) los periodos de documentación y los recursos dedicados a ello aumentan en el año 1996, reflejando la creación del CONASE y de la Fundación País Libre, con un subregistro indeterminado antes de este año; (v) la recolección de datos certeros en medio del conflicto se ve limitada por la seguridad de los funcionarios públicos, el difícil acceso a las regiones dada la geografía colombiana, la disponibilidad de recursos del Estado y la voluntad de las poblaciones para informar sobre sus respectivos hechos victimizantes. Todos estos hechos llevan a la conclusión de que es muy alta la probabilidad de un subregistro importante en los datos contrastados.

Por otra parte, la Sala también identificó no solo que hay un subregistro, sino también una alta probabilidad de un registro errado de la responsabilidad de los hechos. Esta es una interpretación probable que es coherente con el testimonio de los comparecientes, en sus versiones voluntarias, y de dos exfuncionarios del DAS entrevistados.¹¹⁶

Teniendo en cuenta las anteriores razones que han sido transcritas junto con otras más específicas que se describen en el Auto No. 19 de enero 26 de 2021, la Sala de Reconocimiento de la JEP ha concluido lo siguiente:

En consecuencia, es posible para la Sala determinar que, a pesar del valioso esfuerzo institucional que cada entidad realizó para documentar estas violaciones a la libertad de las personas (...) los datos disponibles de las fuentes incorporadas en este informe son muestras parciales y sesgadas (en términos estadísticos) y no necesariamente representativas (en términos estadísticos) del total de hechos victimizantes.¹¹⁷

¹¹⁶ Ibid., párr. 246-247.

¹¹⁷ Ibid., párr. 248.

De otra parte, en relación con el espacio de tiempo en el cual se llevaron a cabo estos hechos, la Sala de Reconocimiento logró establecer que el mayor número de retenciones ilegales se llevó a cabo en el periodo de tiempo comprendido entre 1998 y 2002, siendo este último año en el cual se registraron más privaciones ilegítimas de la libertad¹¹⁸. En relación con el territorio, se tiene que el departamento que mayores afectaciones sufrió durante el conflicto armado fue Antioquia, con más de 100.000 víctimas, y de acuerdo con el Centro Nacional de Memoria Histórica¹¹⁹, los departamentos más afectados fueron Guaviare, Vaupés, Caquetá, Meta y Vichada, respectivamente. Hay que destacar que los departamentos más afectados de Colombia fueron aquellos donde hizo presencia el Bloque Oriental de las FARC-EP: en la Amazonía, en los entes territoriales ya mencionados, y en los llanos orientales, en los departamentos de Meta, Arauca y Casanare.

Asimismo, de acuerdo con la información recopilada por la JEP, el segundo lugar de afectación territorial en relación con privaciones ilegítimas de la libertad lo ocuparon los departamentos donde hizo presencia el Bloque Noroccidental, a saber, Antioquia y Chocó, seguido por el departamento del Cesar donde tuvo presencia el Bloque del Magdalena Medio y el Bloque Caribe¹²⁰. Y, por último:

La Sala de Reconocimiento, enlista los departamentos y regiones en las cuales se registraron bajos índices de víctimas de retención de rehenes “por cien mil habitantes, se encuentran aquellos de la región andina, zona pacífico sur y algunos de los departamentos del caribe, en los que tuvieron presencia el Comando Conjunto Central, el Bloque Sur y el Bloque Caribe, respectivamente. De estos, los departamentos que reportaron relativamente la más baja tasa de víctimas por cien mil habitantes son Atlántico, Bogotá D.C. (contado como departamento) y Quindío.¹²¹

En cuanto a la edad y sexo de las víctimas la JEP destaca que “aproximadamente el 79% de las víctimas fueron hombres y el 21% mujeres, y 5% tenían 17 años o

¹¹⁸ Ibid., párr. 251.

¹¹⁹ Ibid., párr. 252.

¹²⁰ Ibid., párr. 253.

¹²¹ Ibid., párr. 254.

menos”¹²². En relación con los motivos por los cuales se presentaron estas privaciones ilegales de la libertad, la Sala de Reconocimiento concluyó:

Este mismo análisis reporta que de la contrastación de bases de datos solo se logró identificar el tipo de secuestro fue en el 80,5% de las víctimas, es decir, en 17.223 víctimas. Sin embargo, en este 80%, una vez más hay una diferencia muy grande entre los motivos que reportan los sistemas misionales de la Fiscalía (SIJYP y SPOA_SIJUF) y las demás. En los sistemas de la Fiscalía, la mayoría (66% en el SIJYP y 47% en SIJUF/SPOA) de las víctimas fueron de secuestro simple, es decir, no se pidió nada a cambio de su libertad. Sin embargo, las bases de datos del CNMH, CONASE y País Libre reportaron que cerca de las tres cuartas partes (73% a 77%) de las víctimas sufrieron secuestro extorsivo (se pidió algo a cambio de su libertad.) Las 5 fuentes coinciden en que menos del 2% de los hechos son toma de rehenes. Por lo tanto, fuera de la baja incidencia de toma de rehenes, la Sala no puede determinar cuál fenómeno tuvo mayor afectación en los territorios, si el secuestro extorsivo o el llamado simple. Sin embargo, sí puede concluir que ambos tuvieron una gran incidencia por la cantidad de registros.¹²³

Una vez enunciadas las cifras y factores diferenciales que constituyen los elementos de generalidad del Caso No. 1, es menester analizar los elementos de la política de “privar de libertad a civiles para financiar sus operaciones a través del pago para obtener la libertad”, entre los años 1982 y 2012 (periodo priorizado).

Al respecto, la Sala de Reconocimiento reconoce que, si bien existió un patrón de conducta de las FARC-EP que se materializó a través de la privación ilegal de la libertad de civiles como un mecanismo idóneo para buscar la financiación de la organización armada —y el consecuente homicidio o desaparición forzada por el no pago—, dicho patrón de selección de las víctimas, como se relata en el Auto No. 19 de 26 de enero de 2021, fue indiscriminado: no todas las veces eran consciente de la posición económica de la víctima cuando se llevaban a cabo las retenciones ilegales, considerando factores tales como la edad y los grados de riqueza¹²⁴.

¹²² Ibid., párr. 255.

¹²³ Ibid., párr. 256.

¹²⁴ Ibid., párr. 265.

Todos los actos sintetizados en párrafos anteriores, y que hicieron parte del patrón de conducta de las FARC-EP, tenían como fin último —y de contera la consecución de una política—¹²⁵ la financiación del grupo al margen de la ley, la mayoría de las veces de forma indiscriminada. Así:

Si bien la política contempla un perfil particular de víctima (a quienes denominaron, por ejemplo, “enemigos de clase”, “oligarquía”, etc.) el curso de acción de las distintas unidades militares revela su indiferencia a esta orientación, y muestran la victimización de personas de todas las capacidades económicas. En un sentido similar, si bien todos los comparecientes reportan que las orientaciones dadas por los superiores incluían la prohibición de plagar a las personas más vulnerables, especialmente niños y niñas, es repetitivo el plagio de personas vulnerables, incluyendo menores de edad (en un 5% de todas las víctimas de cuya edad tenemos datos en el listado consolidado.) En este sentido entonces se puede inferir, como hace la Sala, que de manera tácita o de facto la política era privar de la libertad a civiles para financiar la organización con sus rescates, sin límites respecto al tipo de víctima que podía ser seleccionada.¹²⁶

Aunado a la política de financiación del grupo armado, la Sala de Reconocimiento identificó como un patrón de conductas de los miembros de las FARC-EP, el secuestro de civiles, militares y policías “puestos fuera de combate para forzar un intercambio por guerrilleros presos”¹²⁷. Dicha política de la organización fue puesta en marcha desde 1997, tal decisión fue adoptada en voces de la JEP por la *dirigencia nacional* de las FARC-EP, que estaba constituida por el Pleno del Estado Mayor Central. Empero, la

¹²⁵ JEP. *Auto No. 19 de enero 26 de 2021*, párr. 266, en dicha providencia la JEP fundamentó su aserto entre otras: “Para determinar la existencia de esta política, tanto la expresa como la de facto, la Sala en primer lugar contrastó varias fuentes escritas que reiteran su existencia. Así lo hacen el Informe No. 2 de la Fiscalía sobre “Retenciones ilegales por parte de las FARC-EP”, y en su Informe No. 10 sobre las finanzas de esta organización armada. También en los documentos rectores y comunicaciones de las FARC-EP aportados por la Fiscalía en los tomos Génesis. También se encuentra documentada en fuentes complementarias a estos informes, como son los expedientes y sentencias de hechos individuales, las entrevistas a desmovilizados individuales antes de la firma del Acuerdo Final de Paz, como en relatos de víctimas acreditadas en el sistema de Justicia y Paz (SIJYP). Igualmente, se documenta en las publicaciones presentadas a manera de informe por el CNMH (“Una sociedad secuestrada”) y Fundegán, Para no olvidar y en los informes entregados a esta jurisdicción por la sociedad civil, especialmente los de País Libre y Voces del Secuestro, donde además se documenta el impacto de esta práctica en la sociedad civil”.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ JEP. *Auto No. 19 de 26 de enero de 2021*, párr. 379.

política de privar a civiles políticos para negociar intercambios por miembros de la guerrilla presos surgió en 2001, concretamente en el Bloque Oriental. Dicha política del grupo armado fue sintetizada por la Sala de Reconocimiento de la siguiente manera:

Además de las privaciones de la libertad como forma de financiación de la organización armada, a partir de 1997 la dirigencia nacional de las FARC-EP decidió en el Pleno del Estado Mayor Central de ese año mantener cautivos a militares y policías para forzar un intercambio por guerrilleros presos. La decisión se aplicó específicamente a oficiales y suboficiales, tanto del Ejército como de la Policía, capturados en distintas modalidades, pero especialmente en acciones armadas de tomas de bases militares y estaciones de policía. Ante el fracaso de esta política, el comandante en jefe de la organización armada y el comandante del Bloque Oriental (Manuel Marulanda y Mono Jojoy, ambos muertos) comunicaron en 2001 la intención de privar de la libertad a civiles que consideran “políticos” para forzar el intercambio por guerrilleros presos. Esta decisión fue implementada por varios bloques, particularmente de forma especial por el Bloque Sur, que realizó muchos de estos plagios, y el Bloque Oriental que realizó tanto plagios como la guardia de las personas secuestradas. También fue implementada de manera masiva por el Bloque Occidental que junto con el BMAR secuestraron a 12 Diputados de la Asamblea del Valle del Cauca en Cali, y de manera individual por los Bloques Noroccidental y Caribe, como se describe en esta sección. La política fracasó, pues resultó tan solo en largos cautiverios donde las víctimas debían sufrir además de las condiciones propias de un cautiverio, y de los malos tratos de la guardia en muchos casos, la persecución y bombardeos en medio del conflicto armado. Culminaban en el asesinato, rescate militar, fuga o liberación unilateral de los cautivos, y en algunos casos en la muerte por enfermedad, pero nunca lograron el cometido de la política, que era forzar el intercambio por guerrilleros presos.¹²⁸

Por último, es menester señalar de acuerdo con lo establecido por la Sala de Reconocimiento, que la retención ilegal de civiles y militares fue desplegada como una herramienta de control territorial.

¹²⁸ Ibid.

5.2 Del concepto de sistematicidad en relación con la calificación jurídica de las conductas relativas al Caso No. 01

Con posterioridad a la verificación de la existencia de los hechos que dieron lugar a la apertura del Macro Caso No. 01, la Sala de Reconocimiento de la JEP, una vez agotados los procedimientos descritos en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia para la JEP, habiendo recibido los informes de las autoridades, particulares y víctimas sobre la comisión de conductas punibles por los miembros de las FARC-EP en lo atinente al caso *sub examine*, y luego de recibir las versiones de los comparecientes, y de acopiar por diferentes medios información que permitiera esclarecer los hechos sometidos a su jurisdicción, procedió a realizar el análisis de la calificación jurídica de las conductas¹²⁹ que se enmarcan dentro de los supuestos típicos del crimen de guerra y lesa humanidad.

Con el fin de cumplir con este propósito, la Sala de Reconocimiento hizo una valoración de los elementos contextuales del crimen de guerra y de lesa humanidad, teniendo en cuenta el sistema de fuentes jurídicas a las cuales debe acudir la JEP, que están determinadas en los artículos 5 y 22 del Acto Legislativo 01 de 2017, y el artículo 23 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia para la JEP, de acuerdo con las cuales, la JEP debe adoptar un calificación jurídica de la conducta propia de su sistema que de forma armónica sea coherente con el “derecho penal colombiano, el derecho internacional penal, el derecho internacional humanitario y el DIDH”.

Con fundamento en lo anterior, la Sala de Reconocimiento de la JEP, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹³⁰, considera que debe elaborar una

¹²⁹ JEP. *Auto No. 19 de 26 de enero de 2021*, párr. 669. Sobre la Calificación Jurídica propia de la conducta la Sala de Reconocimiento manifestó lo siguiente: “Por lo tanto, la calificación jurídica propia puede entenderse como el resultado del análisis mediante el cual la SRVR al estudiar los fenómenos de macrocriminalidad, identifica las conductas no amnistiables presentes en los crímenes de sistema aplicando las diversas fuentes que le rigen. Esto, a efectos de atribuir responsabilidades y conceder tratamientos penales especiales. Luego, la pregunta que debe responder la SRVR antes de calificar sus conductas es: ¿cuáles son las fuentes de derecho con base en las cuales se debe efectuar dicha calificación?”

¹³⁰ Al respecto la JEP, en *Auto No. 19 de 26 de enero de 2021*, hace la siguiente referencia: “La Corte Constitucional expresamente omitió evaluar diversas intervenciones que señalaban las dificultades de esta formulación, debido a que el control constitucional en sede de *fast track* se limitaba al examen de la correspondencia material entre las reformas y el Acuerdo Final de Paz, o al análisis de eventuales sustituciones de la Constitución”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-674 de 2017, p. 253.

calificación jurídica propia. En ese sentido, dicha calificación jurídica versa sobre “la identificación de los crímenes no amnistiados cometidos”, ello por cuanto, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sección de Apelaciones del Tribunal para la Paz de la misma Jurisdicción, cada una de las Salas que la integran es competente a efectos de determinar la calificación jurídica de las conductas sometidas a su conocimiento, pero solo en razón del marco de sus competencias funcionales. Dicha postura también ha sido sostenida por la Sala de Amnistía e Indulto de la JEP¹³¹.

Teniendo en cuenta lo dicho en precedencia, la Sala de Reconocimiento de la JEP, al estudiar el derecho aplicable para la determinación de las conductas ilícitas cometidas por los miembros de las FARC-EP, concluye que en aplicación de las normas del DIDH, solo se pueden aplicar las descripciones penales que se encontraban tipificadas al momento de su comisión, pues es garantía del principio de legalidad, los postulados de *lex praevia*, *lex certa*, que están encaminados a proteger los derechos fundamentales de los procesados, particularmente, el derecho a ser juzgados de acuerdo con la ley preexistente al acto que se les imputa y a que la descripción de la conducta se encuentre de forma clara en la ley, todo ello de acuerdo con el derecho al debido proceso. Con fundamento en ello, la Sala de Reconocimiento de la Jurisdicción Especial para la Paz, en primer lugar, analiza las conductas cometidas por los miembros de las FARC-EP, y su tipificación en el Código Penal colombiano, para posteriormente realizar un estudio de cuáles conductas considera amnistiadas y cuáles no.

Bajo esta égida, se tiene que la Sala de Reconocimiento calificó los hechos como secuestro, secuestro extorsivo, tortura, homicidio, homicidio en persona protegida (este último después de la entrada en vigor del Código Penal de 2000), desaparición forzada (después de la entrada en vigor del Código Penal de 2000), toma de rehenes (después de la entrada en vigor del Código Penal de 2000) y violencia sexual.

Una vez estudiadas las conductas punibles sancionadas en el derecho penal colombiano que se avienen a las conductas cometidas por los miembros de las FARC-EP, la Sala de Reconocimiento en el marco de sus competencias constitucionales y

¹³¹ JEP. Tribunal para la Paz, Sección de Apelación. Sentencia Interpretativa SENIT 2 de 2019, par. 100 y siguientes y 178. *Sentencia TP-SA 168 de 2020*; ver también: JEP. Sala de Amnistía o Indulto. Resolución SAI-AOI-D-033-2020 de 12 de febrero de 2020 – 20203150065931, p. 30.

legales, debe examinar cuáles de estas conductas no son amnistiables, de acuerdo con lo previsto en la Ley 1820 de 2016. Dicha normativa dispone que los crímenes de guerra y de lesa humanidad no son amnistiables, los cuales, según el Acto Legislativo 01 de 2017, son los que deben reconocer sus perpetradores para hacerse acreedores de los beneficios previstos en el SIVJVRNR. Por consiguiente, corresponde a la Sala de Reconocimiento establecer si se encuentra acreditada la existencia de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, como resultado de la toma de rehenes y otras privaciones de la libertad que corresponden al Caso No. 01.

De otra parte, es importante señalar que, tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional en la sentencia C-007 de 2018, los crímenes de lesa humanidad y guerra que se enlistan en la Ley 1820 de 2016 no son diferentes a los estatuidos en el derecho penal internacional. Esta interpretación ha sido acogida por la JEP en el Auto No. 19 de enero 26 de 2021¹³². No obstante, dicha aceptación del derecho penal internacional, como norma rectora en relación con la calificación jurídica de la conducta, es aceptada dado que la posterior ratificación del ER por parte de Colombia a la ocurrencia de los hechos no viola el principio de legalidad, ello por cuanto las conductas punibles individuales antes descritas ya se encontraban previstas en la legislación penal colombiana¹³³. Aunado a lo expuesto, la reforma constitucional introducida por medio del Acto Legislativo 01 de 2017, “autorizó calificar la conducta aplicando las distintas fuentes”¹³⁴, dentro de las cuales se encuentra el derecho penal internacional. Ello es así por cuanto el Acto Legislativo *in comento* dispuso que el Estatuto de la CPI fuera de aplicación inmediata para la JEP, aun cuando la Corte Constitucional ha reconocido que no lo es en otros casos¹³⁵.

¹³² JEP. *Auto No. 19 de 26 de enero de 2021*, párr. 694.

¹³³ Al respecto se aludido la Sala de Reconocimiento en relación con Colombia en el Auto No. 19 de enero 26 de 2021, párr. 701: “En Colombia, la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que el principio de legalidad tiene un alcance distinto cuando se trata de crímenes internacionales, pues las actuaciones procesales deben responder al carácter internacional del delito. Así, la Corte ha concluido que es posible la aplicación de instituciones jurídicas propias de crímenes internacionales -como la imprescriptibilidad de los crímenes- a pesar de que no estuvieran contempladas en el derecho nacional al momento de los hechos”.

¹³⁴ *Ibid.*, párr. 702.

¹³⁵ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-080 de 2018*, artículo 5° del Acto Legislativo 01 de 2017.

Siendo el derecho penal internacional, junto con las normas propias del derecho penal vernáculo, el fundamento con el cual se hace la calificación jurídica de la conducta, es importante destacar que en la sentencia C-007 de 2018, la Corte Constitucional señaló que cuando las normas regulatorias del SIVJNR hacían referencia al concepto de “graves privaciones de la libertad”, se refería al crimen de lesa humanidad de “encarcelación u otra privación grave de la libertad”. Ahora bien, como quiera que las conductas que constituyen los presupuestos fácticos del Caso No. 1 fueron desplegadas en el desarrollo del conflicto armado, también podría haberse cometido el crimen de guerra de toma de rehenes. A efectos de verificar la ocurrencia de los crímenes internacionales descritos en los dos párrafos anteriores, la Sala de Reconocimiento de la Jurisdicción Especial para la Paz realizó una verificación de los elementos contextuales de tales crímenes de cara al caso concreto.

En relación con el crimen de guerra, la Sala de Reconocimiento de la JEP reconoce que los elementos contextuales que lo conforman son: i) la existencia de un conflicto armado, ii) que las conductas individualmente cometidas estén relacionadas con el contexto de conflicto armado, iii) que el auto de la conducta punible haya sido consciente de las circunstancias y de la existencia del contexto de conflicto armado¹³⁶.

A efectos de definir qué se entiende por conflicto armado, la Sala de Reconocimiento acude a la jurisprudencia del TPIY, el cual definió el concepto como: “Un conflicto armado existe cuando se acude a la fuerza armada entre Estados o a la violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados o entre tales grupos dentro de un Estado”¹³⁷. Esta definición del concepto de conflicto armado fue aceptada por la Sala de Reconocimiento de la JEP como la actual y pacífica definición del derecho penal internacional, ello por cuanto:

En la misma decisión, el TPIY señaló que la determinación de esta existencia requiere la evaluación de la intensidad del conflicto y la organización de las partes contendientes. Dado que ni el ER, ni los elementos de los crímenes, definen conflicto armado, la CPI ha adoptado la misma “definición Tadic” señalando que esta refleja el consenso de los

¹³⁶136 JEP. Auto No. 19 de 26 de enero de 2021, párr. 709.

¹³⁷137 TPIY. Cámara de Apelaciones. *Decisión sobre la apelación de la defensa acerca de la jurisdicción de 2 de octubre de 1995. Fiscal vs. Tadic*, parr. 70.

Estados. Esta misma definición es retomada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en Colombia.¹³⁸

Acotado lo anterior, es menester indicar que estas conductas no hacen parte del contexto del crimen de guerra, pues ellas no se refieren a los elementos constitutivos del mismo, sino a la competencia de la CPI de investigar los crímenes de guerra que son cometidos como parte de un plan o política a gran escala, así como lo que no. Lo anterior, en tanto que:

En efecto, el ER establece que la competencia de la CPI en los crímenes de guerra, y en particular, cuando estos han sido cometidos en el marco de “un plan o política o [...] la comisión en gran escala de tales crímenes” ello corresponde a la naturaleza jurídica de la competencia de la CPI, y no a la naturaleza del crimen”. Tampoco lo es la gravedad de los hechos, ya que si bien la vulneración del DIH que representa un crimen de guerra debe ser grave o seria para ser un crimen de guerra, esta gravedad no es parte del contexto sino del crimen mismo. Así lo aclaró la Corte Constitucional, en sentencia C-007 de 2018, disponiendo que la gravedad es propia de la calificación como crimen de guerra, constitutivo del crimen y no un elemento contextual.¹³⁹

Con base en las consideraciones normativas anteriores, y teniendo en cuenta el análisis de los presupuestos fácticos antes descritos, la Sala de Reconocimiento de la JEP determinó que los miembros de las FARC-EP habían cometido el crimen de guerra de toma de rehenes, homicidio, tortura, tratos crueles, atentados a la dignidad personal, violencia sexual, y desplazamiento forzado, los cuales no son amnistiables de acuerdo con lo previsto en la Ley 1826 de 2016.

Con posterioridad, la Sala de Reconocimiento de la JEP analiza la concurrencia de crímenes de lesa humanidad junto con los crímenes de guerra ya enunciados, para ello hace un análisis de los elementos contextuales de acuerdo con el derecho penal internacional. No sin antes aludir a lo siguiente:

La posibilidad de aplicar dos o más crímenes internacionales de manera concurrente a una sola línea de conducta está ampliamente desarrollada en la jurisprudencia penal internacional. Así, la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales ad hoc (TPIY

¹³⁸ JEP. *Auto No. 19 de 26 de enero de 2021*, párr. 710.

¹³⁹ *Ibid.*, párr. 715.

y TPIR) ha señalado que puede haber concurso entre los crímenes, pues no solamente los crímenes contienen elementos diferentes que deben ser probados, sino que ostentan el mismo nivel de gravedad.¹⁴⁰

Centrando su atención en los elementos propios del contexto o hecho global, la Sala de Reconocimiento de la JEP alude al hecho de que el crimen de lesa humanidad debe ser cometido por una organización¹⁴¹ que tenga la capacidad de ejecutar un ataque generalizado o sistemático “en consonancia con una política o un plan”. En cuanto a los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad, la Sala de Reconocimiento de la Jurisdicción Especial para la Paz aludió a los siguientes elementos: i) la existencia de un ataque masivo o sistemático, ii) que el ataque sea dirigido a la población civil, iii) que puede ocurrir en tiempos de guerra o en tiempos de paz¹⁴². Por lo tanto, existe total prescindencia del contexto de conflicto armado como sucede con los crímenes de guerra.

Dicho lo anterior, la JEP reconoce que existe un ataque con los elementos del contexto descrito en el párrafo anterior cuando los actos que se ejecutan son parte de una política, pues para afirmar que los mismos son cometidos en un hecho global de crimen de lesa humanidad, deben ser cometidos como parte de un plan que permita establecer que su acaecimiento no es de forma espontánea, sino que hacen parte de dicha política de la organización que los ejecuta¹⁴³. Lo anterior fue sintetizado de la siguiente manera por la Sala de Reconocimiento de la JEP:

En efecto, los elementos de los crímenes elaborados por la CPI señalan que para que exista dicha política, el Estado o la organización deben promover o alentar activamente el ataque contra la población civil, sin pedir ningún otro elemento para que haya una política. El ataque en sí mismo debe ser planeado, dirigido u organizado, es decir, no se pueden tratar de actos espontáneos o aislados de violencia. Sin embargo, la política de atacar no tiene que ser explícita y, por lo tanto, es posible determinar la existencia de la política a partir de los patrones de hechos y de la falta de sanción a quienes ejecutaban

¹⁴⁰ Ibid., párr. 731.

¹⁴¹ Al respecto en el *Auto No. 19 de 26 de enero de 2021*, la Sala de Reconocimiento alude lo siguiente: *“Para ello deben contar por lo menos con una estructura, canales de comunicación y suficiente recursos, medios y capacidad para coordinar al interior del grupo, promover y alentar los ataques, y lograr sus fines”*.

¹⁴² Ibid., párr. 736.

¹⁴³ Ibid., párr. 738.

los crímenes. Así lo ha afirmado la CPI: no es necesario que la política sea formal siempre que pueda inferirse el plan de unos hechos de violencia que no son espontáneos ni aislados, sino que siguen un curso de acción para beneficio del Estado o de la organización. Lo mismo había dicho anteriormente el TPIY.¹⁴⁴

Con fundamento en los anteriores conceptos, la Sala de Reconocimiento de la JEP realizó una adecuación típica de los hechos antes descritos como ataque “sistemático y generalizado de privación de la libertad a la población civil”. Para dichos efectos se analizó el concepto de sistematicidad de acuerdo con la jurisprudencia de los Tribunales Ad Hoc, y la JEP adoptó la siguiente definición:

La sistematicidad se ha definido como “la naturaleza organizada de los actos de violencia y la improbabilidad de su ocurrencia fortuita” en los casos Nahimana del TPIR, Karadzic del TPIY, Taylor del CESL y Ntaganda de la CPI. Así, la sistematicidad hace referencia a la naturaleza organizada de la violencia contra la población civil y puede ser el resultado de un plan o política expresa, pero también puede expresarse únicamente en el patrón de hechos, de la cual se puede inferir la política tácita de la organización, que sigue siendo un elemento del ataque.¹⁴⁵

Con fundamento en el concepto de sistematicidad, la Sala de Reconocimiento de la JEP reconoce que, de acuerdo con la jurisprudencia de la CPI, para que exista un crimen de lesa humanidad debe encontrarse descartada la probabilidad de su ocurrencia al azar, tal como lo estableció la CPI en la sentencia de Katanga:

Así, retomó la jurisprudencia de las Salas de Cuestiones Preliminares para señalar que la sistematicidad refleja la naturaleza organizada de la violencia y la improbabilidad de que ocurra al azar. Adicionalmente, la Sala vinculó la sistematicidad con la existencia de patrones de crímenes, es decir, las repeticiones regulares y no accidentales de conductas criminales.¹⁴⁶

En aplicación de los criterios antes descritos, y de la definición de sistematicidad adoptada, la Sala de Reconocimiento advirtió que los ataques perpetrados por los miembros de las FARC-EP fueron sistemáticos, ello por cuanto: “Involucró el uso de

¹⁴⁴ Ibid., párr. 739.

¹⁴⁵ Ibid., párr. 741.

¹⁴⁶ Ibid., párr.742.

violencia organizada, a través de la estructura político-militar de la guerrilla misma, y fue generalizado por la magnitud que tuvo en todo el territorio nacional, en particular dentro del periodo de tiempo priorizado (1993-2012), entre los años 1994 y 2001¹⁴⁷.

De acuerdo con estos conceptos y con el análisis de los presupuestos fácticos del caso, la Sala de Reconocimiento de la JEP evidenció la existencia de tres políticas en contra de la población civil desplegadas por los miembros de las FARC-EP en el contexto del Caso No. 1: i) llevar a cabo privaciones o retenciones ilegales de la libertad con el ánimo de obtener réditos por ello, y de esta manera financiar la organización armada, ii) llevar a cabo retención de rehenes, con el propósito de obtener la liberación de miembros de la organización, a través de un intercambio, y iii) la privación de la libertad de las personas que se negaban a realizar el pago de cobros ilegales o extorsiones como castigo, y retención de civiles para mantener o ejercer control sobre cierta parte del territorio nacional¹⁴⁸.

De conformidad con las tres políticas antes enunciadas, desplegadas por los miembros de las FARC-EP, la Sala de Reconocimiento de la Jurisdicción Especial para la Paz calificó las conductas desplegadas por la organización criminal como: crimen de lesa humanidad de encarcelación¹⁴⁹, graves privaciones de la libertad, asesinato, desaparición forzada, tortura, otros actos inhumanos, violencia sexual y desplazamiento forzado¹⁵⁰. Con fundamento en las calificaciones jurídicas anteriormente referidas, la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y las Conductas de la JEP ofreció a los comparecientes a esa jurisdicción “la oportunidad de reconocimiento de la verdad y de la responsabilidad de los hechos y conductas fijados” por la providencia bajo análisis.

¹⁴⁷ Ibid., párr.744.

¹⁴⁸ Ibid., párr. 747.

¹⁴⁹ Al respecto la Sala de Reconocimiento de la JEP, en el *Auto No. 19 de 2021*, aludió lo siguiente: “En el ER, los elementos del crimen de lesa humanidad de encarcelación u otra privación grave de la libertad son: “1. Que el autor haya encarcelado a una o más personas o las haya sometido de otra manera, a una privación grave de la libertad física. 2. Que la gravedad de la conducta haya sido tal que constituya una infracción de normas fundamentales del derecho internacional. 3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban la gravedad de la conducta”

¹⁵⁰ Ibid., párr. 751-766.

5.3 Análisis del concepto de sistematicidad en el Caso No. 3 de la JEP. Auto No. 128 de 2021

Como se aludió al inicio del marco teórico de la presente investigación, se estudiará la decisión adoptada el 7 de julio de 2021, en relación con el Caso No. 03, (sub caso de la Costa Caribe – Departamentos de Cesar y la Guajira), por cuanto la metodología de la investigación consiste primordialmente en enfocar el estudio en el desarrollo del concepto de sistematicidad en dos de los macro casos de la JEP, por cuanto el propósito de esta investigación es el análisis *in abstracto* de dicho concepto.

Aunado a lo anterior, y con fundamento en la etapa procesal en la que se encuentran los casos sometidos al conocimiento de la JEP, se hace necesario enfocar la investigación en las decisiones que aborden a fondo el contenido de la sistematicidad, dentro de las cuales se encuentra la providencia que se analizará en el presente acápite, proferida por la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas de la JEP, que como tuvo la oportunidad de estudiarse es la Sala cuyas decisiones más se avienen al objeto de la presente investigación.

Teniendo en cuenta lo anterior, es menester indicar que el Caso No. 03 de la JEP fue avocado por la Sala de Reconocimiento el 17 de julio de 2018, con fundamento en el quinto informe presentado por la Fiscalía General de la Nación, no obstante, se allegaron igualmente otro informe de la misma entidad y dos de la Procuraduría General de la Nación, y por último se recibieron “32 informes de organizaciones de víctimas e indígenas relativas al Caso 03”¹⁵¹. Con fundamento en ello:

Examinados estos informes relativos a los hechos del caso 03, y dada la dispersión territorial de los hechos, la Sala realizó una priorización interna en subcasos. Lo hizo a partir del análisis de las unidades militares y territorios que tenían un mayor número de hechos, de víctimas y de potencial ilustrativo del fenómeno nacional y territorial. Entre estos, priorizó el subcaso Costa Caribe, sobre el que aparecen menciones tanto en los informes de las entidades estatales, como en cinco informes de organizaciones de víctimas sobre hechos ocurridos en el norte del Cesar y en el sur de La Guajira y que

¹⁵¹ JEP. *Auto No. 128 de 2021*, párr. 2.

mencionan acciones realizadas por integrantes del Bapop (Batallón la Popa) entre enero de 2002 y el 9 de julio de 2005.¹⁵²

De otra parte, es preciso indicar que los hechos que dan origen al presente macro caso fueron sintetizados por la Sala de Reconocimiento de la siguiente manera:

La Sala estableció que los 71 eventos de muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por integrantes del Batallón La Popa, que tuvieron lugar entre enero de 2002 y julio de 2005, respondieron a dos patrones con características propias. En el primero de ellos, se justificó el asesinato de personas señaladas de pertenecer o auxiliar a las guerrillas o de ser “bandidos”, y se efectuó, en buena parte, en colaboración con grupos paramilitares o guías provenientes de estos grupos. Estos señalamientos, que carecían de cualquier fundamento constitucionalmente válido, no fueron tratados a través del ciclo de inteligencia correspondiente. En el segundo, algunos miembros de la unidad seleccionaron a ciudadanos en distintas situaciones de marginalidad económica y social para asesinarlos, desaparecerlos y presentarlos como supuestas bajas en combate. La Sala ha determinado que esto corresponde especialmente al periodo posterior a la desmovilización de los paramilitares y repliegue de las guerrillas, y se debió a la dificultad para continuar dando resultados operacionales ficticios con los motivos y el modo de operar del primer patrón.¹⁵³

Teniendo en cuenta el horizonte fáctico antes descrito, la Sala de Reconocimiento centró sus esfuerzos en la constatación de la existencia de un patrón, plan o modus operandi de los miembros del Batallón “La Popa”, a partir del establecimiento del contexto en el que sucedieron los hechos del caso. En ese sentido, la Sala de Reconocimiento entendió la funcionalidad del contexto en las siguientes palabras:

Como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, el contexto constituye una herramienta que contribuye a materializar la labor de establecer la verdad de lo acontecido; permite contar con elementos que lleven a entender el proceder criminal y la forma como se gestó en una zona específica de la geografía nacional y un periodo determinado. En ese sentido, resulta un marco de referencia especialmente útil para esclarecer fenómenos de macrocriminalidad. En el mismo sentido la Corte Constitucional

¹⁵² Ibid., párr. 3.

¹⁵³ Ibid., párr. 54.

indicó que el contexto es útil para investigar “no como hechos aislados sino como el resultado del accionar de organizaciones delictivas dentro de un determinado contexto” y que “una vez probada judicialmente la línea de actuación, los planes criminales, la estructura y el accionar (modus operandi) de una determinada organización criminal (patrón de macrocriminalidad) al término de una sentencia emitida en un trámite que se adelantó con base en criterios de priorización, no sea necesario demostrar, en procesos judiciales posteriores, la comisión individual de cada uno de los delitos imputables a los integrantes del grupo armado ilegal.¹⁵⁴

De acuerdo con el concepto anterior, la Sala de Reconocimiento, una vez analizadas las funciones y competencias del Batallón “La Popa” en el departamento del Cesar, concita su atención en la construcción del contexto del conflicto armado en dicho ente territorial. Con fundamento en ello, describe que desde los años 70 del siglo XX, en el territorio de los departamentos de Cesar y el sur de la Guajira, el conflicto ha tenido su razón de ser en:

Dinámicas políticas y económicas (...). Asimismo, ha existido un conflicto por la tierra, y unas condiciones de conflictividad social en medio de las cuales se presentó la expansión de la presencia de grupos guerrilleros en la región. Por otra parte, el recrudecimiento de las acciones militares de consolidación territorial de los actores armados y de sus estrategias de financiación, como la extorsión, el secuestro, el abigeato y el hurto de fincas e invasión de predios, sirvieron de motor para la consolidación del paramilitarismo en el territorio, en rechazo de los grupos guerrilleros.

Estos hechos enmarcaron el avance de una estrategia de guerra irregular en contra de las guerrillas impulsada por un vuelco en la política pública de defensa, a finales de la década de los 90 y principios del 2000. El vuelco se inició de manera paralela con la negociación con las FARCEP que dio origen a la zona de distensión en el gobierno del presidente Andrés Pastrana Arango (1998-2002). En este periodo el Ejército inició un proceso de modernización que incluyó el fortalecimiento de la educación profesional de oficiales y suboficiales, y se dio inicio al crecimiento a través de la incorporación de unidades de soldados profesionales. Se buscó posicionar 18 brigadas con unidades de contra guerrilla y fuerzas de tarea conjunta en puntos clave. El Ejército también recibió

¹⁵⁴ Ibid., párr. 55.

apoyo de Estados Unidos a través del Plan Colombia, si bien este en principio estaba enfocado en la guerra contra las drogas antes que a la guerra contra la guerrilla.

La Política de Seguridad Democrática adoptada durante el primer periodo presidencial del presidente Álvaro Uribe Vélez (2002-2010) construyó sobre estas reformas, aumentando el pie de fuerza y modernizando la dotación entre otras a través de impuestos especiales para este fin. Esto representó un rápido crecimiento de las fuerzas armadas, buscando copar el territorio nacional y expandiendo la profesionalización del pie de fuerza, la integración de las fuerzas armadas en operaciones conjuntas, y el fortalecimiento de brigadas móviles orientadas a la Guerra contra las guerrillas. La Política de Seguridad Democrática buscó articular las acciones del Estado, incluyendo distintos ministerios, hacia el éxito de la guerra medido como consolidación de la presencia estatal en el territorio, consolidación que requería además un nuevo énfasis en el entrenamiento en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y la remisión de las violaciones de derechos humanos a la justicia ordinaria.

La amenaza para el batallón involucraba una diversidad de actores armados, una situación álgida de orden público, conflictividad social y demandas de recuperación del control del territorio. Estos factores resultaron determinantes en el cambio estratégico emprendido por el Batallón La Popa, a partir de la llegada del teniente coronel Publio Hernán Mejía a su comandancia, en enero de 2002. La nueva comandancia impulsó el uso y fortalecimiento de los grupos especiales, la reorientación de la estrategia militar, y asuntos de control interno, principalmente, sobre medidas de fuga de armamento y material de intendencia. Para el momento en que Mejía Gutiérrez llega a la comandancia, en el territorio jurisdicción del batallón operaban tres frentes del Bloque Caribe o Martín Caballero de las FARC-EP: el 19 o José Prudencio Padilla; el 59 o Resistencia Wayuu, y el 41 o Cacique Upar.¹⁵⁵

Una vez establecido el contexto de conflicto armado en los departamentos del Cesar y la Guajira, en el cual se llevaron a cabo las acciones criminales desplegadas por miembros del Batallón “La Popa”, la Sala de Reconocimiento centró su atención en el establecimiento del patrón, plan criminal y política, por medio del cual se perpetraron los hechos descritos en párrafos precedentes. Así, identificó los siguientes aspectos:

¹⁵⁵ JEP. *Auto No. 128 de 2021*, párr. 68 a 72.

i) Ciertos miembros del Batallón la Popa entre enero de 2002 y julio 2005, conformaron una *societas sceleris* o organización criminal¹⁵⁶, de forma coetánea con la existencia de las fuerzas del Batallón La Popa, que

ii) separándose de las normas constitucionales, legales y reglamentarias de la constitución de operaciones militares, y motivados por mejorar la percepción de seguridad y mostrar avances en la guerra contra la insurgencia en la jurisdicción del batallón, desplegaron acciones orientadas al cumplimiento de un plan criminal dirigido al asesinato y posterior presentación de personas como muertas en falsos combates, que concurrió en la mayoría de los casos con su desaparición.¹⁵⁷

En relación con los aspectos constitutivos de la organización criminal y su potencialidad para cometer crímenes internacionales, la Sala de Reconocimiento en el Auto No. 128 de 2021 *in comento* reconoció que al contar con recursos, medios y capacidad suficiente para desplegar en el contexto del conflicto armado acciones encaminadas a materializar ejecuciones extrajudiciales, se llevó a cabo el elemento de sistematicidad, ya que, a partir de la identificación del modus operandi o plan criminal, previamente descrito, se comprueba el carácter sistemático de los actos desplegados. En ese sentido, la Sala de Reconocimiento aludió lo siguiente:

De igual manera, la Sala cuenta con bases suficientes que le permiten entender que dicha organización contaba con los recursos, medios y la capacidad para desplegar múltiples eventos de muertes ilegítimas, a través de la acción colectiva. Esta constatación constituye una evidencia del carácter sistemático del fenómeno dada la naturaleza organizada de las actividades tendientes a la presentación de personas protegidas por el derecho internacional humanitario como bajas en combate, (...). Se trató de una actuación

¹⁵⁶ Dicha organización criminal actuó en connivencia con los grupos paramilitares, tal como lo refirió la Sala de Reconocimiento en el *Auto No. 128 de 2021*, párr. 119. Al respecto aludió la JEP: “Esta organización criminal, en sus primeras etapas, se apoyó en una alianza de mutuo beneficio con los paramilitares. Como se determina en el apartado C.iii.2.a, Publio Hernán Mejía Gutiérrez, y posteriormente, algunos de sus subordinados, gestaron una alianza con el Frente Mártires del Cesar. A pesar de constituir uno de los actores armados ilegales en el territorio que debía combatir la Fuerza Pública, se estableció a distintos niveles de la jerarquía militar una clara aquiescencia y connivencia con su accionar. Desde la perspectiva de los miembros del batallón, dicha alianza era viable pues, en su concepción, los paramilitares no eran el enemigo que tenían que perseguir, sino las guerrillas, de ahí que podían trabajar conjuntamente al tener un enemigo común. Ello explica la familiaridad que se tenían unos a otros y el hecho de que llegaron a patrullar y a adelantar operaciones conjuntas”.

¹⁵⁷ JEP. *Auto No. 128 de 2021*, párr. 115.

conjunta de algunos integrantes del batallón, que implicó una división del trabajo, que se ejecutó de forma repetida y que fue adaptándose paulatinamente. La existencia de la organización criminal permitió precisamente que, sin importar los cambios de personal y de circunstancias, el fenómeno persistiera y se consolidara como una práctica en la unidad.¹⁵⁸

Otro elemento del plan y política ejecutada por los miembros del Batallón “La Popa” pertenecientes a la organización criminal que perpetró las ejecuciones extrajudiciales, fue el actuar en connivencia con los grupos paramilitares, y adelantar operaciones conjuntas con ellos, pese al deber legal que tenían de combatirlos y hacerles frente, dada su posición de grupo armado al margen de la ley, empero, ello nunca acaeció. De hecho, la Sala de Reconocimiento estableció que:

La permanencia de dicha alianza y la difusión del modus operandi se sirvió de la transmisión que realizaron los soldados antiguos de los pelotones. Estos se encargaban de informar a los nuevos comandantes sobre las dinámicas de coordinación con los paramilitares para la presentación de bajas, como fueron los casos de los soldados Soto Sepúlveda y Murieles Polo. En otros casos, como los narrados por Omar Quintana Aguirre o Analdo Fuentes Estrada, los soldados tenían cercanía con los paramilitares, por ser de la zona, tener relaciones de parentesco o haber coincidido por distintas circunstancias.

Especial relevancia tuvo en ese contexto la doble militancia de algunos miembros de la Fuerza Pública que hicieron parte de los grupos paramilitares y permitieron constituir vasos comunicantes y facilitar relacionamientos entre este grupo y los miembros del Ejército. Solo a modo de ejemplo, se pueden nombrar los casos de alias 39 o alias 101, integrantes del Bloque Norte, que operaron en jurisdicción del Batallón La Popa, y que, previo a conformar el grupo paramilitar, hicieron parte del Ejército.

Por otra parte, como se detalla más adelante, la colaboración por parte de los paramilitares se concentró principalmente en la entrega de personas señaladas de colaborar o pertenecer a las guerrillas. Sin embargo, en algunos casos se trató de miembros de la misma organización paramilitar, acusados por sus comandantes de

¹⁵⁸ Ibid., párr. 116.

irregularidades. Todos estos asesinatos fueron presentados falsamente como resultados operacionales legítimos.¹⁵⁹

Otros elementos identificados por la Sala de Reconocimiento de la JEP en relación con la ejecución del plan criminal o *modus operandi* de los miembros del Batallón “La Popa” pertenecientes a la organización criminal y los grupos paramilitares fueron, entre otros, los siguientes:

Para el funcionamiento de la organización criminal se perfiló una logística y división del trabajo criminal. Aun cuando el *iter criminis*, en sus distintas modalidades, fue variando, como se explicará en los dos patrones determinados por la Sala, los procedimientos para producir los falsos resultados operacionales imitaron los procedimientos de toma de decisiones militares, tanto en su planeación, ejecución, como en las actividades de encubrimiento. Para el cumplimiento de estos procedimientos, el plan criminal fue ejecutado gracias a una distribución de roles, que se fueron pormenorizando hasta llegar a una división de trabajo detallada (apartado C.iv.3). Por regla general, la contribución al fenómeno de los miembros que se adhirieron a esta organización criminal dependió de sus funciones legales propias del cargo y el rango. Esto implicó que la organización se encontraba conformada con varios miembros que tenían la capacidad legal de dar órdenes (comandantes de batallón, oficiales de operaciones, comandantes de pelotón) y otros la obligación legal de cumplirlas (los subordinados), y un sistema de procedimientos y funciones adecuados y utilizados para esta práctica criminal. Así, el ejercicio del mando y control fue utilizado para garantizar los resultados del plan criminal, como se detalla en los apartados de atribución de responsabilidad.¹⁶⁰

En conclusión, una vez analizados todas las evidencias y los elementos materiales probatorios, la Sala de Reconocimiento llegó a la conclusión de que la ejecución del plan criminal o *modus operandi* se concretó en cuatro modalidades, a saber:

- (i) En varios casos las víctimas fueron entregadas por las AUC a efectivos del batallón, luego de haber sido retenidas. Algunas víctimas fueron asesinadas directamente por los paramilitares, especialmente en los primeros meses de 2002; otras fueron entregadas por estos para ser asesinadas por miembros de la tropa.

¹⁵⁹ Ibid., párr. 123 a 125.

¹⁶⁰ Ibid., párr. 134.

(ii) En otros casos, las víctimas fueron asesinadas como resultado del señalamiento de guías o informantes que las acusaron de pertenecer o auxiliar a la guerrilla. En varios de estos, fungieron como guías, integrantes de los paramilitares.

(iii) En otros casos las víctimas fueron asesinadas, luego de ser señaladas por integrantes de la comunidad o aprehendidas en la ejecución de hechos que podrían resultar delictivos.

(iv) Finalmente, los miembros de la tropa asesinaron también guerrilleros heridos en combate que requerían atención médica y miembros de grupos armados que se entregaron a integrantes del batallón, bajo el fundamento de que su muerte contribuía a la estrategia contra insurgente de la unidad.¹⁶¹

También se pudo constatar, i) que algunas de las víctimas que eran presentadas como bajas en combate eran civiles que no hacían parte ni de la guerrilla ni de los paramilitares¹⁶², ii) los comparecientes a la JEP que dieron cuenta de los hechos fueron motivados por la concesión de incentivos y presiones para dar resultados operacionales¹⁶³.

A efectos de encubrir los asesinatos cometidos por la organización criminal, se ejecutaron los siguientes patrones de conducta:

i) Los comandantes del pelotón y funcionarios de la plana mayor elaboraron documentos operaciones del Batallón La Popa con posterioridad a los hechos e incluyeron información falsa para encubrir los asesinatos¹⁶⁴,

¹⁶¹ Ibid., párr. 123 a 149.

¹⁶² Dentro de este patrón de ejecución de las conductas objeto de análisis de la Sala de Reconocimiento, se pudieron evidenciar, entre otras, las siguientes características: "i) En un primer momento, los integrantes de los pelotones consiguieron víctimas por medio de retenciones previas, generalmente, en el marco de operaciones de control militar de área, puestos de control en las carreteras, registros y otros mecanismos propios de las actividades militares que facilitaron la aprehensión física de personas. Posteriormente, ii) Recurrieron a engaños con falsas promesas de trabajo o negocios, retomando estrategias usadas por los paramilitares y documentadas en el primer patrón. Para ello, miembros de los pelotones realizaron desplazamientos a Valledupar y a Barranquilla con el fin de seleccionar a las víctimas entre población vulnerable. Las víctimas luego fueron trasladadas en vehículos civiles a las zonas en donde se encontraban las unidades militares". Ibid., párr. 372.

¹⁶³ Ibid., párr. 321.

¹⁶⁴ Ibid., párr. 405.

ii) Los militares que participaron en las operaciones ocultaron la identidad de las víctimas, reportándolas como no identificadas, aún en los casos en los que llevaban documentos de identidad consigo, y en varias ocasiones desechando los documentos para dificultar su identificación¹⁶⁵,

iii) Los cadáveres de las víctimas, sin importar el sitio de su muerte, eran trasladados por los militares sin presencia de autoridades de policía judicial, lo que impidió una adecuada investigación de lo ocurrido¹⁶⁶,

iv) Miembros de los pelotones equipaban a las víctimas con armas, munición, uniformes y material de guerra para simular que pertenecían a un grupo ilegal y para justificar la existencia de supuestos combates¹⁶⁷, v) “Miembros de la tropa simulaban combates para encubrir la conducta y hacerle creer a la comunidad que estaban combatiendo a los grupos armados.¹⁶⁸

Adicionalmente, es menester señalar que en relación con el patrón de conducta también se evidenció por parte de la Sala de Reconocimiento de la JEP, que i) “la Justicia Penal Militar no investigó adecuadamente estas muertes contribuyendo a la perpetuación de la conducta”¹⁶⁹, ii) “los pueblos indígenas de Wiwa y Kankuamo sufrieron desproporcionadamente la victimización por causa de las muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate”¹⁷⁰, iii) “los asesinatos y desapariciones de miembros de los pueblos indígenas Wiwa y Kankuamo ocasionaron daños a sus comunidades”¹⁷¹, iv) “mujeres y niñas fueron víctimas de estos hechos”¹⁷², v) “tres adolescentes fueron presentados ilegítimamente como muertos en combate”¹⁷³, vi) “algunas personas en condiciones de discapacidad cognitiva fueron seleccionadas como víctimas por encontrarse en esta condición de vulnerabilidad”¹⁷⁴, vii) “los malos tratos

¹⁶⁵ Ibid., párr. 429.

¹⁶⁶ Ibid., párr. 443.

¹⁶⁷ Ibid., párr. 456.

¹⁶⁸ Ibid., párr. 472.

¹⁶⁹ Ibid., párr. 489.

¹⁷⁰ Ibid., párr. 533.

¹⁷¹ Ibid., párr. 551.

¹⁷² Ibid., párr. 586.

¹⁷³ Ibid., párr. 602.

¹⁷⁴ Ibid., párr. 610.

infligidos por algunos efectivos de Bapop fueron una práctica reiterada que afectó a las víctimas y a sus seres queridos”¹⁷⁵.

Con fundamento en los hechos y patrones de conducta enunciados en los párrafos anteriores, la Sala de Reconocimiento procedió a realizar la calificación jurídica de las conductas desplegadas por los oficiales del Batallón “La Popa” que participaron en las ejecuciones extrajudiciales descritas en precedencia, no sin antes recordar que de acuerdo con el artículo 5 del Acto Legislativo 01 de 2017, la calificación jurídica de la conducta tendrá como fundamento *inter alia* las normas del derecho penal internacional.

Atendiendo a las particularidades del sistema de fuentes del cual debe hacer aplicación la JEP, la Sala de Reconocimiento es clara en afirmar que la calificación jurídica podría ser diferente a la tipificación dada en otras jurisdicciones, sobre todo porque por primera vez existe una norma constitucional directa que remite, entre otras fuentes, al derecho penal internacional. La alusión al sistema jurídico que sirve de fundamento a la JEP para la evaluación del caso y la posterior calificación jurídica que corresponda asignarle a estos hechos es de gran importancia, puesto que en ocasiones se podrán advertir contradicciones entre la tipificación de ciertas conductas en el derecho vernáculo y el derecho penal internacional, no obstante, esta aparente contradicción ha sido resuelta por la Sala de Reconocimiento al acogerse a la postura jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, la cual postula que:

En este sentido, la Corte Constitucional ha precisado que no se atenta contra el principio de legalidad si la prohibición de la conducta no se encuentra en una ley expedida por el legislador, sino en una norma de carácter vinculante. También la Corte Suprema de Justicia se ha referido justamente a la posibilidad de imputar crímenes internacionales aun sin estar recogidos en las normas internas, como ocurre con los crímenes de lesa humanidad. La Corte entiende que el principio de legalidad se satisface “con la prohibición de la acción o de la omisión en tratados internacionales o en el derecho consuetudinario al momento de su comisión.”¹⁷⁶

Hechas las anteriores precisiones, es menester indicar que la Sala de Reconocimiento procedió, como otrora lo hizo en el Auto 19 de enero 26 de 2021 en

¹⁷⁵ Ibid., párr. 614.

¹⁷⁶ Ibid., párr. 628.

relación con el Caso No. 01, a hacer una doble calificación jurídica de la conducta. En primer lugar, definió que los delitos cometidos a la luz del derecho penal colombiano en relación con los presupuestos fácticos del caso corresponden a las conductas punibles de homicidio en persona protegida y desaparición forzada, las cuales se encuentran consagradas en los artículos 135 y 165 de la Ley 599 de 2000¹⁷⁷.

Esta doble calificación jurídica¹⁷⁸ de la conducta adquiere relevancia si se tiene en cuenta que es competencia de la Sala de Reconocimiento determinar las conductas cometidas que no pueden ser, a la luz de la Ley 1826 de 2016, objeto de amnistía o indulto, dentro de las cuales se encuentran los crímenes de guerra y de lesa humanidad. Con fundamento en ello, la JEP determinó que en relación con el Caso No. 03, sub-caso del Batallón “La Popa”, se cometieron conductas:

Constitutivas de crímenes de lesa humanidad de asesinato y desaparición forzada de personas, y del crimen de guerra de homicidio en persona protegida. Estos hechos corresponden a conductas respecto de las cuales no es dable alegar la prescripción de la acción penal.

En relación con este último punto, la Corte Suprema ha indicado que, pese a que Colombia no ha suscrito la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, esto no la sustrae del compromiso de prevenir y erradicar graves violaciones a los derechos humanos. En palabras de la Corte, es evidente que tal normativa tiene el estatus de *ius cogens* y, por lo tanto, puede ser aplicada en Colombia a partir del bloque de constitucionalidad en virtud de la cláusula de prevalencia de los instrumentos internacionales referidos a los derechos humanos. De conformidad con las principales provisiones de la Convención, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles con independencia de la fecha en que se cometieron los crímenes, pues la aplicación a estos crímenes de las normas de

¹⁷⁷ Ley 599 de 2000. “Código Penal”.

¹⁷⁸ Al respecto ha dicho la Sala de Reconocimiento en el *Auto No. 128 de 2021*: “Para esta Sala, la armonización partirá de una doble calificación jurídica en la que el derecho interno constituirá el punto de referencia inicial, para luego identificar por qué esas conductas son también constitutivas de crímenes de derecho internacional. Es decir, la visión armónica de las fuentes del derecho para la calificación jurídica propia de las conductas respecto de los miembros de la Fuerza Pública que adopta en este caso la SRVR significa que la calificación jurídica se hará conforme a la legislación nacional y luego a la luz de las normas internacionales”.

derecho interno relativas a la prescripción de delitos ordinarios impide el enjuiciamiento y castigo de los responsables de estos crímenes.¹⁷⁹

Con base en lo anterior, la Sala de Reconocimiento admite que los hechos cometidos en el presente caso constituyen crímenes de guerra, entendiendo estos como violaciones al DIH, destacando que no todas las violaciones a este último tienen la naturaleza de crímenes internacionales, sino únicamente los que han sido considerados así en el derecho penal internacional consuetudinario, los tratados y las convenciones internacionales. De acuerdo con lo anterior, la Sala de Reconocimiento de la JEP procedió a realizar un análisis de los elementos del contexto o hecho global del crimen de guerra:

En consecuencia, para que una conducta concreta sea constitutiva de un crimen de guerra deben probarse los siguientes elementos: (i) la existencia de un conflicto armado, (ii) el nexo de la conducta con el conflicto armado, (iii) la violación de una norma específica de DIH, y (iv) la violación de DIH está castigada bajo el derecho internacional y la conducta cumple con todos elementos objetivos y subjetivos del crimen concreto. Estas exigencias parten de los requisitos que se establecieron en el caso Tádíc del TPIY para que una conducta fuera constitutiva de un crimen de guerra, donde, en relación con la norma de DIH infringida, se indica adicionalmente que esta debe formar parte de la costumbre o de un tratado internacional y que esta violación debe ser grave.

Por su parte, y en consonancia con lo anterior, la Sección de Apelación de la JEP ha determinado que los criterios concurrentes que deben emplear las salas de justicia para calificar un acto como crimen de guerra son los siguientes: (i) que se trate de un acto cometido en el contexto de un conflicto armado de carácter internacional o no internacional, (ii) que el acto constituya una violación de una norma del DIH aplicable al respectivo conflicto, y (iii) que se trate de una vulneración de una entidad significativa, de manera que supere el umbral de seriedad o gravedad necesario.¹⁸⁰

En cuanto a la existencia del contexto de conflicto armado, la Sala de Reconocimiento se remitió a lo dicho en su jurisprudencia, concretamente en el Auto No.

¹⁷⁹ JEP. *Auto No. 128 de 2021*, párr. 644 y 645.

¹⁸⁰ *Ibid.*, párr. 669 y 670. Véase también, citado por la Sala de Reconocimiento en la providencia antes relacionada: JEP. Sala de Reconocimiento, *Auto 19 de 26 de enero de 2021*, párr. 711 y ss.

19 de enero de 2021, y a continuación, se enfocó en el estudio del concepto de nexo entre las conductas individuales y el contexto de conflicto armado, el cual lo entiende como la conexión que debe tener cada acto individualmente considerado con el conflicto armado, pues no basta simplemente el hecho de que se haya desplegado la acción, sino que debe existir conexión de las conductas individuales y el conflicto armado.

Es precisamente el nexo entre las conductas individuales lo que permite su caracterización como crimen internacional, pues los simples delitos desprovistos de ese elemento no se enmarcan en tal categoría, y, por lo tanto, no tienen trascendencia para el derecho penal internacional¹⁸¹. Con base en lo anterior, la Sala de Reconocimiento concluye que:

La reconstrucción de los patrones permite concluir la existencia de un plan dirigido a elevarla percepción de efectividad de la Fuerza Pública en la zona y posteriormente, al afán de las unidades fundamentales para responder a los resultados operacionales (especialmente bajas) que exigía el batallón. Lo anterior permite concluir que el conflicto armado tuvo un rol importante en los propósitos, en la decisión de cometer estos crímenes y en la manera como fueron cometidos. Como lo señaló la Sección de Apelación, este tipo de crímenes no se explican si se prescinde del contexto: “solo si existe un conflicto armado tiene sentido hacer una puesta en escena que simula un combate.”¹⁸²

De otra parte, en relación con el crimen de lesa humanidad, la Sala de Reconocimiento sí reconoce la sistematicidad como uno de los elementos que hacen parte del contexto de este, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7 del ER. Bajo esa égida reconoce que:

Para que se configure un crimen de lesa humanidad en los términos del artículo 7 del ER, se requiere el cumplimiento de los siguientes elementos objetivos: a) que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático, y b) que el objeto del ataque haya sido una población civil.¹⁸³

Teniendo como derroteros los anteriores elementos, la Sala de Reconocimiento encontró que se configuraba el contexto del crimen de lesa humanidad, pues estableció

¹⁸¹ JEP. *Auto No. 128 de 2021*, párr. 672.

¹⁸² *Ibid.*, párr. 674.

¹⁸³ *Ibid.*, párr. 692.

la “existencia de un ataque consistente en el asesinato de 126 personas y la desaparición forzada de 120 cometidas por integrantes del Bapop entre el 9 de enero de 2022 y el 9 de julio de 2005”¹⁸⁴. En relación con el elemento de sistematicidad, la Sala de Reconocimiento no lo estudia inicialmente *in concreto*, empero, alude que los hechos perpetrados deben hacer parte de una *misma línea de conducta*, y que hayan sido cometidos de “conformidad con una política de un Estado o de una organización. Esta política debe haber estado dirigida a cometer o a promover la comisión de dichos actos criminales”.

En seguida, la Sala de Reconocimiento define el concepto de política, siguiendo los derroteros de la CPI, en la sentencia de 4 de febrero de 2021, en el caso de la Fiscalía de la CPI contra Dominic Ongwen, la cual ya fue analizado en el presente trabajo de investigación:

El elemento de política hace referencia a que un “Estado u organización tiene la intención de llevar a cabo un ataque contra una población civil, ya sea a través de medidas o la falta deliberada de acción”. Con ello se verifica la cohesión entre los crímenes que componen el ataque, pues se busca excluir actos aleatorios cometidos por iniciativa individual y verificar el carácter colectivo de su comisión. Este elemento permite develar que detrás de los delitos cometidos existía una organización —en este caso, que se conformó al interior del Ejército— lo suficientemente estructurada y capaz que respaldó o promovió la comisión del ataque. Sin embargo, dicha conformidad con una política no exige que esta sea necesariamente una política estatal o de orden nacional —pues puede ser una política de orden territorial— ni que su adopción haya sido explícita, ni que haya sido formalmente adoptada en un documento público o por parte de alguna autoridad.

La existencia de la política se puede inferir, en consecuencia, de aspectos tales como: (i) un patrón de violencia recurrente; (ii) la comisión de crímenes o movilizaciones colectivas, coordinadas por la organización correspondiente; (iii) el uso de recursos públicos y privados; (iv) el involucramiento de fuerzas organizadas; (v) la existencia de declaraciones, instrucciones o documentación atribuibles a la organización, tolerando o

¹⁸⁴ Ibid., párr. 694.

alentando la comisión de los crímenes; o (vi) una motivación subyacente que dé sentido y conecte los hechos individuales.¹⁸⁵

Empero, teniendo claras las anteriores precisiones conceptuales, la Sala de Reconocimiento diferencia el estándar probatorio del elemento de política del de sistematicidad, pues alude a que se trata de un “criterio flexible y de un umbral más bajo que el término ‘sistemático’”¹⁸⁶. Aunado a lo anterior, la Sala de Reconocimiento diferencia también el concepto de plan del de política, al aludir a que no son lo mismo, ya que el primero: “se ha tomado frecuentemente como para deducir algún tipo de propósito o procedimiento poco o formalmente acordado que implique la comisión de crímenes”¹⁸⁷. Asimismo, en relación con los elementos contextuales del crimen de lesa humanidad, la Sala de Reconocimiento reitera lo dicho en el Auto No. 19 de 2021, en el sentido de indicar que “los patrones permiten develar las políticas. Así, la decisión mencionada se refiere a la política como un conjunto de planes o directrices que se reflejan en los patrones identificados”¹⁸⁸.

Ahora bien, en torno al concepto de sistematicidad, la Sala de Reconocimiento alude a que su acreditación para la existencia de un crimen de lesa humanidad puede ser alternativa con el criterio *generalidad*. Con posterioridad a ello, define el concepto de sistematicidad de la siguiente manera:

La sistematicidad pretende evidenciar que los actos criminales fueron cometidos de manera organizada haciendo improbable que hayan ocurrido de manera aislada o aleatoria. De esta manera, la identificación de patrones macrocriminales y un plan criminal común a los actos que componen el ataque son relevantes para conocer la capacidad que tiene una organización, ya sea de carácter estatal o ilegal, para cometer los ataques violentos con una relativa estabilidad en un tiempo determinado y es evidencia suficiente para concluir su sistematicidad.¹⁸⁹

¹⁸⁵ Ibid., párr. 696 y 697.

¹⁸⁶ Ibid., párr. 698.

¹⁸⁷ Ibid., párr. 696 y 698.

¹⁸⁸ Ibid.

¹⁸⁹ JEP. *Auto No. 128 de 2021*, párr. 712.

Con fundamento en este criterio y la evidencia obrante en los expedientes, la Sala de Reconocimiento de la JEP concluye:

La Sala de Reconocimiento encuentra que las muertes ilegítimas cometidas por miembros de la Fuerza Pública en el Cesar entre 2002 y 2005, no solo siguieron dos patrones macrocriminales claramente identificados, sino que además coincidieron en un plan criminal articulado por objetivos, recursos, roles y modos de operación comunes. De esta manera, la Sala cuenta con suficiente evidencia para concluir que no solo el ataque consistente en cometer asesinatos y desapariciones forzadas fue generalizado, sino que también tuvo un carácter sistemático, haciendo imposible considerar que se trató de hechos criminales aislados.¹⁹⁰

De conformidad con lo analizado, se tiene que en la providencia estudiada en relación con el Caso No. 03, la Sala de Reconocimiento solo aludió al concepto de *sistematicidad* de forma directa al estudiar los elementos que conforman el contexto del crimen de lesa humanidad, no así con los de guerra, empero, eventualmente se podría establecer una similitud conceptual entre los criterios de plan y política. Dicho análisis se desarrollará en el siguiente acápite de conclusiones.

5.4 Del análisis de otras providencias en las que se ha hecho alusión al concepto de sistematicidad

Con el propósito de enriquecer conceptualmente el presente trabajo de investigación, y verificar que el eje primordial del quehacer de la JEP son los hechos que revisten la connotación de macro casos, es importante analizar lo decantado por otras Salas de la JEP en casos particulares en relación con el concepto de sistematicidad. Para esto se seleccionaron aleatoriamente varias providencias en las que se trata este concepto con el propósito de estudiarlas y determinar de una manera más profunda qué entiende la justicia transicional por sistematicidad. De acuerdo con lo anterior, i) se analizarán algunas providencias judiciales que desde su entrada en funcionamiento a proferido la JEP y ii) se identificarán las fuentes jurídicas, tanto nacionales como internacionales, de las cuales proviene el desarrollo del concepto, lo cual permite, a su

¹⁹⁰ Ibid., párr. 715.

vez, identificar si la noción acuñada es propia del desarrollo jurisprudencial de la JEP o ha sido adoptada de fuente jurídica distinta.

Con la finalidad de cumplir con el desarrollo de los objetivos de investigación anteriormente propuestos, se abordará en primer lugar, el estudio de las decisiones que desarrollan el concepto de sistematicidad, enunciando los hechos del caso, etapa procesal y la funcionalidad del concepto en el caso concreto. En segundo lugar, se abordarán las fuentes del concepto de sistematicidad analizadas y, por último, se identificará la finalidad del concepto de sistematicidad en la jurisprudencia de la JEP en las decisiones estudiadas.

5.4.1 Resolución No. 63 de mayo 4 de 2018, por medio de la cual se resuelve una solicitud de libertad, transitoria, condicionada y anticipada.

Fundamento fáctico

La presente decisión de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP (SDSJ) corresponde a la resolución de la solicitud de libertad transitoria, condicionada y anticipada incoada por Gabriel de Jesús Rincón Amado, en aplicación de la Ley 1820 de 2016 “Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”. Los hechos que corresponden a esta solicitud están relacionados con la desaparición de cinco jóvenes en el municipio de Soacha – Cundinamarca, en el año 2008, los cuales fueron invitados por Pedro Antonio Gámez Díaz y Alexander Carretero, indicándoles que obtendrían una excelente remuneración económica, si viajaban al municipio de Ocaña – Norte de Santander. Una vez allí, fueron entregados a miembros de la Brigada Móvil N°15¹⁹¹. Dice la resolución:

El 28 de enero de 2008, miembros adscritos a esa Brigada del Ejército Nacional reportaron la muerte en combate de “dos supuestos narcoterroristas”, en enfrentamiento armado ocurrido el día anterior, sobre las 10:30 pm en la vereda las Casitas en la vía de la vereda Chircas que conduce al municipio de San Calixto Norte de Santander.

En un nuevo reporte, militares de la misma unidad, el 25 de agosto de 2008, informaron que, en la Vereda Agua de la Virgen, en la vía que conduce de Ocaña a San Martín César,

¹⁹¹ JEP. Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. *Resolución No. 63 de 2018*, mayo 4 de 2018, p. 2.

se había producido la baja de tres presuntos integrantes de bandas criminales BACRIM, dejando los cadáveres abandonados sobre la vía pública.¹⁹²

Como parte de las investigaciones llevadas a cabo por la Fiscalía General de la Nación, en septiembre de 2008 se logró establecer que los cadáveres reportados por los miembros del Ejército Nacional como no identificados, correspondían a los cinco jóvenes desaparecidos en el municipio de Soacha – Cundinamarca en el año 2008. Igualmente, se pudo establecer que Alexander Carretero Díaz y Pedro Antonio Gámez,

conocían y residían en el mismo municipio en cercanía a las víctimas y recibieron como contraprestación por reclutar a los jóvenes en el municipio de Soacha y entregarlos para su ejecución, para ser reportados como muertos en combate con los militares, la suma de un millón de pesos por cada una de ellas, más el valor de los tiquetes del traslado desde Bogotá D.C. hasta Ocaña – Norte de Santander.¹⁹³

Aunado a lo anterior, es menester mencionar que el señor Gabriel de Jesús Rincón Amado para la época de los hechos se desempeñaba en el cargo de teniente coronel, Jefe de Operaciones de la Brigada 15 Móvil de Ocaña – Norte de Santander. “En tal condición, habría concertado con otros uniformados a su cargo y los civiles implicados, el traslado de las víctimas desde el municipio de Soacha para ser dejados a disposición del estamento militar”¹⁹⁴.

Contexto procesal en el que se profiere la decisión

En esta oportunidad, el compareciente solicita la aplicación de un beneficio propio del Sistema Integral de Tratamiento Penal Especial Diferenciado, regulado en la Ley 1820 de 2016, y que se conoce, como “libertad transitoria condicionada y anticipada”, el cual se aplica de manera preferente a los agentes del Estado, que al momento de entrar en vigor la mencionada ley, se encuentren detenidos o condenados.

La finalidad (de su aplicación) es construir confianza para facilitar la terminación del conflicto armado interno, contribuir a la paz estable y duradera sin que su concesión implique definir la situación jurídica definitiva. La persona interesada en hacer parte de

¹⁹² Ibid.

¹⁹³ Ibid.

¹⁹⁴ Ibid.

este nuevo proceso transicional debe manifestar su sometimiento a la SDSJ de la JEP, con el fin de acogerse a la renuncia a la persecución penal.¹⁹⁵

Desarrollo del concepto de sistematicidad

El estudio del concepto de sistematicidad en el presente caso tiene como fundamento la determinación de la competencia material de la JEP, con la finalidad de acreditar dicho requisito preliminar, que a efectos de la aplicación de la Ley 1820 de 2016, constituye uno de los criterios esenciales establecidos por el artículo 51 *ejusdem*, y por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹⁹⁶, con miras a conceder la solicitud de libertad incoada por el compareciente.

Como criterio de determinación de la competencia material de la JEP, y con la finalidad de acreditar la sistematicidad del contexto en el que fueron cometidas las conductas endilgadas a Rincón Amado, las cuales se enmarcan dentro los elementos estructurales de ejecuciones extrajudiciales y sumarias, que se cometieron “por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado”¹⁹⁷, se hace el estudio del concepto de sistematicidad en el caso bajo análisis.

Con el objeto de determinar si las mencionadas conductas punibles hacen parte del contexto de “ejecuciones extrajudiciales”, cometidas en el marco del conflicto armado, la JEP hace uso del concepto de sistematicidad como un elemento definitorio de dicho contexto, en aplicación de las normas del DIDH, y el DIH, que de acuerdo con el *Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, Punto 5.1.2. Justicia, numeral 32, artículos 2 y 9, y del Acto Legislativo 01 de 2017, artículo transitorio 22 “deben ser fuente en las actuaciones de la JEP”¹⁹⁸.

Tomando como referencia las fuentes citadas, la SDSJ utiliza el concepto de sistematicidad a efectos de denotar la existencia, dimensión y la forma del contexto de ejecuciones extrajudiciales, cuando cita el Informe de “Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. Comisión

¹⁹⁵ Ibid., p. 7.

¹⁹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Auto CSJ AP3947 – 2017 y Auto 545408 de agosto 16 de 2017*.

¹⁹⁷ Con el fin de determinar si las conductas materia de pronunciamiento hacen parte del conflicto armado, se deben acreditar los requisitos consagrados en el artículo 23 del Acto Legislativo 01 de 2017.

¹⁹⁸ JEP. Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. *Resolución No. 63 de 2018*. Mayo 4 de 2018, p. 10.

Interamericana de Derechos Humanos de 2013”, el cual recoge, “entre otras, las observaciones del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, a través del Relator sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias y el Informe de la Oficina de la Fiscalía de la CPI”¹⁹⁹. Al mencionar dicho informe, la SDSJ denota que el “carácter masivo y sistemático es un elemento comprobado por la CIDH y la CPI, en el caso colombiano”²⁰⁰.

Asimismo, la SDSJ recurre al derecho penal internacional como fuente doctrinal para estudiar los elementos de la situación contextual de las ejecuciones extrajudiciales, para lo cual acude a la jurisprudencia TPIY que, a efectos de la temática de sistematicidad, estudió los elementos estructurales del crimen de guerra, a efectos de definir los elementos de un contexto de conflicto armado, en el cual tienen lugar conductas como en el caso *sub examine*. De acuerdo con lo señalado en precedencia, la atención de la SDSJ recae sobre el estudio que realiza el TPIY para diferenciar un crimen de guerra de un delito ordinario, en cuyo desarrollo doctrinal estudia la relación de conductas individuales con el conflicto armado. Sobre el particular, la SDSJ trae a colación la siguiente cita de la Sala de Apelaciones del TPIY:

Lo que distingue un crimen de guerra de un delito puramente doméstico es que el crimen de guerra está moldeado o es dependiente del contexto —el conflicto armado— en el que es cometido. Este no requiere haber sido la causa de la comisión del crimen, pero la existencia de este debe, al menos, haber jugado un papel sustancial en la habilidad del perpetrador para cometerlo, en su decisión de cometerlo, en la manera en la que se comete o el propósito para el que fue cometido. Así, si se puede establecer, como en el presente caso, que el perpetrador actuó en promoción o bajo la apariencia del conflicto armado, será suficiente que sus actos están relacionados de manera cercana con el conflicto armado.²⁰¹

¹⁹⁹ Informe de “Verdad, justicia y reparación: Cuarto Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia/ Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2013, párr. 135.

²⁰⁰ Ibid., p. 11.

²⁰¹ TPIY. Sala de Juzgamiento. *Decisión sobre la apelación interlocutoria de jurisdicción en el caso del Fiscal Vs. Dusko Tadic*, octubre 2 de 1995, párr. 68-70.

La cita antes transcrita del TPIY ha sido tenida en cuenta por la JEP²⁰² para configurar una lista de factores que permiten determinar el grado de vinculación entre un delito y el conflicto armado, con fundamento en el derecho penal internacional:

En este sentido, la Sala de Apelaciones del TPIY elaboró una lista no exhaustiva de factores que se pueden tener en cuenta para determinar el grado de vinculación entre un delito y el conflicto armado: el hecho de que el perpetrador es combatiente a la luz del DIH, el hecho de que la víctima es un no – combatiente, el hecho de que la víctima es miembro de una parte contraria en el conflicto, el hecho de que el acto pueda ser considerado como útil en el marco de campañas militares y el hecho de que el crimen sea cometido como parte del contexto de las actividades oficiales del perpetrador.²⁰³

Con esta definición de situación contextual y sus elementos, los cuales son utilizados por la jurisprudencia del TPIY para distinguir entre un delito común y un crimen de guerra, la JEP ha estructurado un conjunto de criterios dogmáticos a efectos de determinar la relación de conductas punibles con el conflicto armado, reiterando la postura que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha elaborado sobre la materia²⁰⁴. Con fundamento en lo anterior, la SDSJ señaló que el presente caso posee elementos que podrían enmarcarse como ejecuciones extrajudiciales que están relacionados con el conflicto armado interno. Es en la definición de esta circunstancia contextual que se aborda el estudio de sistematicidad, decisión que aquí se equipara al concepto de masividad.

Con el fin de determinar la sistematicidad en aras de definir si dichas conductas se encuadran dentro de la categoría de crímenes internacionales, la SDSJ ha postulado que dicha calificación “no se puede presumir”, por el contrario, debe acreditarse de conformidad con la prueba legalmente obtenida, y corresponder con los elementos de la sistematicidad en la situación contextual bajo estudio, los cuales se traducen en

²⁰² JEP. Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. *Resolución 38 de abril 23 de 2018*. Radicado 10-000022-2018.

²⁰³ JEP. *Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. Resolución No. 63 de 2018*. Mayo 4 de 2018, p. 12.

²⁰⁴ Al respecto la SDSJ cita las siguientes decisiones: Corte Suprema de Justicia. *AP Sentencia SP4090-2016*. Radicación 39.842. Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Auto de septiembre 6 de 2017, al definir la concesión de la libertad transitoria, condicionada y anticipada de Jaime Alberto Villegas Cano. CSJ, Radicado 36.460, Sentencia de agosto 28 de 2013.

elementos indispensables para calificarlos como crímenes internacionales, o para predicar que los mismos hacen parte de: i) la ejecución de un plan o política, o ii) parte de la comisión en gran escala de tales crímenes²⁰⁵.

5.4.2 Decisión sobre solicitud de sometimiento a la Jurisdicción Especial para la Paz, Radicación No. 000083 de mayo 7 de 2018.

Fundamento fáctico

La presente decisión de la SDSJ corresponde a la resolución de la solicitud de sometimiento a esta Jurisdicción, efectuada por el apoderado de Álvaro Antonio Ashton Giraldo, el 20 de marzo de 2018, en razón a que considera que los hechos por los cuales se encontraba siendo investigado, y que han sido tipificados como concierto para delinquir agravado y cohecho, son conexos con el conflicto armado.

Contexto procesal en el que se profiere la decisión

La decisión se profiere con fundamento en la solicitud de sometimiento presentada por el compareciente, que, en caso de resolverse de forma favorable, una vez determinada la competencia material de la JEP, por tratarse de un caso con causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, habilitaría a la SDSJ para admitir el caso y darle el trámite correspondiente.

Desarrollo del concepto de sistematicidad

En el caso bajo análisis, la SDSJ estudia el concepto de sistematicidad como uno de los elementos propios del derecho penal internacional para determinar la relación de una o varias conductas criminales con un contexto de conflicto armado internacional o no internacional, para lo cual acude a jurisprudencia del TPIY, que ha definido el conflicto armado como: “Existe un conflicto armado donde se recurra a la fuerza armada entre Estados o violencia armada extendida entre autoridades gubernamentales y grupos organizados, o entre estos grupos dentro de un Estado”²⁰⁶.

²⁰⁵ JEP. Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. Resolución No. 63 de 2018. Mayo 4 de 2018, p. 16.

²⁰⁶ Cita de la SDSJ del TPIY. *Decisión sobre la apelación interlocutoria de jurisdicción en el Caso del Fiscal Vs. Dusko Tadic*, octubre 2 de 1995, párr. 70.

Por otra parte, la SDSJ hace referencia al concepto de sistematicidad, aunque no de forma directa, al estudiar los elementos que, de acuerdo con la jurisprudencia de la CPI, denotan la existencia de un conflicto armado, que además de la existencia de dos elementos fundamentales —la existencia de un conflicto extendido en el tiempo, y que se dé entre grupos armados organizados— debe reunir los siguientes elementos, propios del concepto de sistematicidad: “La misma Corte ha establecido que se entenderá que un grupo tiene esta calidad cuando tenga suficiente grado de organización para llevar a cabo actividades armadas extendidas en el tiempo y para implementar las normas del derecho internacional humanitario”²⁰⁷.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que la SDSJ toma como fundamento para la definición de conflicto armado elementos propios del concepto de sistematicidad, desarrollados por la jurisprudencia del derecho penal internacional —como el grado de organización de las partes involucradas en el conflicto— con la finalidad de diferenciar un conflicto armado de hechos aislados, lo cual, en palabras del TPIY, se traduce en: “distinguir los conflictos armados del vandalismo, las rebeliones desorganizadas y cortas, de las actividades terroristas, las cuales caen fuera del espectro del derecho internacional humanitario”.

Por otra parte, la SDSJ acude igualmente a la jurisprudencia del TPIY y de la CPI a efectos de encontrar criterios que permitan establecer la relación de conductas delictivas individuales con el conflicto armado y, nuevamente, retoma los criterios estudiados en la Resolución No. 63 de mayo 4 de 2018, proferida igualmente por la SDSJ, en la cual hace un recuento de los criterios que, de acuerdo con la Sala de Apelaciones del TPIY, deben tenerse en cuenta para diferenciar un crimen de guerra de un delito común, para lo cual cita, como en otras decisiones²⁰⁸, la jurisprudencia del Caso del Fiscal Vs. Dragoljub Kunarac ²⁰⁹. En esta ocasión, como en la decisión antes

²⁰⁷ JEP. Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. *Auto de mayo 7 de 2018*. Radicación 000083, p. 13; CPI. *Sentencia de Primera Instancia en contra de Germain Katanga*. Decisión del 7 de marzo de 2014, párr. 1185; CPI. *Sentencia de Primea Instancia en contra de Thomas Lubanga*. Decisión del 14 de marzo de 2012, párr. 536.

²⁰⁸ JEP. Sala de Definición de Situaciones Jurídicas S.D.S.J. *Resolución No. 63 de 2018*. Mayo 4 de 2018.

²⁰⁹ Cita de la SDSJ. TPIY. Sala de Apelaciones. *Sentencia en el caso del Fiscal Vs. Dragoljub Kunarac y otros*, 12 de junio de 2002. Párr. 57. Traducción informal de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas

estudiada proferida igualmente por la SDSJ, la JEP una vez más recurre a la jurisprudencia del TPIY, a fin de valerse de los elementos dogmáticos establecidos por ese Tribunal, para determinar cuándo existe un crimen de guerra, con la finalidad de utilizarlos con el objetivo de establecer cuándo una conducta tiene relación con el conflicto armado²¹⁰.

Sobre el análisis realizado por la SDSJ de los criterios que debe reunir el crimen de guerra, cabe mencionar que analizar la aplicación de estos elementos es relevante a efectos de estudiar el desarrollo del concepto de sistematicidad en la jurisprudencia de la JEP, en tanto que, toda alusión que se refiera a los elementos de los crímenes internacionales, puede llevar incito el requisito de sistematicidad, ya que dicho concepto puede constituirse en un elemento objetivo del tipo penal del crimen de guerra, pues este siempre requiere que se acredite la existencia de un contexto o hecho global, que se puede configurar cuando se realice como parte de un plan o política, elemento que engloba el concepto de sistematicidad.

En ese orden de ideas, y realizando un estudio de los elementos que se deben tener en cuenta el crimen de guerra, la SDSJ acude igualmente a la jurisprudencia de la CPI, la cual, con fundamento en los elementos descritos en el artículo 8 del ER, y teniendo como fundamento la situación contextual en la que se origina el crimen de guerra, que de acuerdo con el citado artículo se configuran cuando “se cometa como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”²¹¹, ha señalado que la conducta del sujeto activo debe estar “relacionada de manera cercana a las hostilidades que tienen lugar en los territorios controlados por las partes en conflicto”²¹².

²¹⁰ Dentro de los criterios que según esta decisión debe reunir un crimen de guerra para diferenciarse de un delito común, se encuentran: “El hecho de que el perpetrador es combatiente a la luz del DIH, el hecho de que la víctima es un no-combatiente, el hecho de que la víctima es miembro de parte contraria en el conflicto, el hecho de que el acto pueda ser considerado como útil en el marco de las campañas militares, y el hecho de que el crimen sea cometido como parte del contexto de las actividades oficiales del perpetrador”. Cita de la SDSJ. TPIY. Sala de Apelaciones. *Sentencia en el caso del Fiscal Vs. Dragoljub Kunarac y otros*, 12 de junio de 2002, párr. 59.

²¹¹ ER. Artículo 8.

²¹² JEP. Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. *Auto de mayo 7 de 2018*, p. 16, párr. 34.

El estudio de estas fuentes jurídicas internacionales permite entender que la JEP ha acopiado en su desarrollo jurisprudencial elementos propios del derecho penal internacional, dentro de los cuales se encuentra el concepto de sistematicidad, con la finalidad de definir su competencia material a través de la valoración del nexo de conexidad que tienen conductas delictivas individuales con la situación contextual del conflicto armado, cuyo concepto está asociado, a partir de la jurisprudencia del TPIY y de la CPI, con el concepto de sistematicidad.

5.4.3 Auto TP-SA 110 de enero 30 de 2019 en el asunto de Jorge Eliécer Plazas Acevedo, por medio del cual se resuelve un recurso de apelación.

Fundamento Fáctico

En esta decisión, la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz (SA) resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del teniente coronel retirado del Ejército Nacional, Jorge Eliécer Plazas Acevedo, contra la Resolución No. 1462 del 25 de septiembre de 2018, proferida por la SDSJ. El fundamento fáctico fue sintetizado por la SA de la siguiente manera:

El oficial (R) mencionado es juzgado por el homicidio del ciudadano Jaime Hernando Garzón Forero. El expediente fue remitido a la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) por el juez penal ordinario. El apoderado de la parte civil solicitó la nulidad de dicha determinación. La SDSJ resolvió que carecía de competencia para conocer de la nulidad presentada, retornó la actuación y planteó conflicto negativo de competencias. El apoderado del interesado apeló la decisión. La Sección de Apelación (SA) revoca la resolución recurrida²¹³.

Contexto procesal en el que se profiere la decisión

La decisión se profiere con el fin de desatar el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución 1462 de 2018, por medio de la cual la SDSJ resolvió que carecía de competencia para conocer de la solicitud de nulidad impetrada por el apoderado de la parte civil, contra la decisión proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito

²¹³ Auto TP-SA 110 de enero 30 de 2019, en el asunto de Jorge Eliécer Plazas Acevedo, por medio del cual se resuelve el recurso de apelación de la Resolución No. 1462 del 25 de septiembre de 2018 proferida por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ), p. 1.

Especializado de Bogotá D.C., en la que resolvió remitir las diligencias a la JEP, para que se pronuncie sobre el conflicto negativo de jurisdicciones y la solicitud de sometimiento integral de Plazas Acevedo a la JEP, planteado por el apoderado del compareciente.

Desarrollo del Concepto de sistematicidad.

En caso *sub examine*, el concepto de sistematicidad es abordado como un elemento propio del concepto de integralidad del SIVJRNR, de acuerdo con el cual, la adecuada marcha del Sistema de Justicia Transicional, demanda la investigación y adopción de decisiones con el fin de enfrentar graves violaciones de derechos humanos en un tiempo razonable, por la cual, de acuerdo con este criterio, la JEP tiene, según el principio de prevalencia competencial, prioridad sobre otras jurisdicciones en asuntos relacionados directa o indirectamente con el conflicto armado interno, como en el caso que concita la atención de la SA.

En atención a lo anterior, la SA resalta las consideraciones de la Corte Constitucional a este respecto, en la cual se evidencia que el SIVJRNR está principalmente enfocado en escenarios de graves violaciones a los derechos humanos, y de contera a la sistemática violación de estos. Por lo cual aludió:

La justificación política de este modelo es triple. Por un lado, se advierte que en escenarios de violaciones masivas a los derechos humanos, y por tanto de comisión sistemática y reiterada de delitos, la pretensión de reprimirlos uno a uno y de desgastar el aparato jurisdiccional en la investigación, juzgamiento y sanción individual tiene pocas probabilidades de éxito, y puede, por el contrario, traducirse en una suerte de “impunidad de facto”; así las cosas, en escenarios complejos como este, el Estado debe focalizar su actuación en función de criterios subjetivos, es decir, en los máximos responsables, y objetivos, esto es, en los crímenes más graves y representativos, con el propósito de optimizar la intervención estatal, y de hacer viable su rol represivo. Asimismo, se argumenta que, en escenarios complejos, el fenómeno delictivo obedece a estructuras y a patrones de criminalidad que constituyen la auténtica fuente de conflictos, por lo cual, el

Estado se debe centrar, más que en sancionar uno a uno los delitos, en develar la problemática en toda su complejidad e integralidad, y en atacar el fenómeno de base.²¹⁴

Por consiguiente, se puede evidenciar que el concepto de sistematicidad irradia la naturaleza conjunta de los mecanismos jurídicos del SIVJNR, puesto que focaliza su acción en el esclarecimiento de hechos, a través de la investigación, juicio y sanción de conductas que revistan comisión reiterada y sistemática de ataques contra los derechos humanos. De otra parte, la decisión *in comento* alude directamente al concepto de sistematicidad cuando hace referencia al conflicto armado, y al papel especial que cumple la JEP, en la comprensión de los fenómenos de criminalidad cuyo desenlace son graves y masivas violaciones a los derechos humanos, por tanto, en atención a la naturaleza del conflicto, acotó la SA: “La comprensión de los fenómenos de macrocriminalidad y de sistematicidad de las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario (...) caracterizan el largo conflicto armado interno en Colombia”²¹⁵.

5.4.4 Auto TP-SA 220 de julio 3 de 2019, en el asunto de Pedro Luis Zuleta Noscué por medio del cual se resuelve recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público

Fundamento Fáctico

En esta decisión, la SA decide el recurso de apelación presentado por la procuradora primera delegada para la investigación y juzgamiento penal con funciones ante la JEP contra el *Auto SRT-AE-44/2018 de agosto 29 de 2018*, dentro del trámite de solicitud de aplicación de la Garantía de No Extradición (GNE) en el caso de Pedro Luis Zuleta Noscué²¹⁶. Los hechos del caso fueron sintetizados por la SA así:

El 17 de agosto de 2017, la Embajada de los Estados Unidos de América solicitó al Gobierno de Colombia la extradición del señor Pedro Luis Zuleta Noscué bajo la

²¹⁴ Corte Constitucional. *Sentencia C-674 de 2017*. Párr. 5.3.2.4.2.

²¹⁵ Auto TP-SA 110 de enero 30 de 2019, *op. cit.*, p 22.

²¹⁶ JEP. Sección de Apelaciones (SA) del Tribunal para la Paz. *Auto TP-SA 220 de julio 3 de 2019, en el asunto de Pedro Luis Zuleta Noscué por medio del cual se resuelve recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra el auto SRT-AE-44/2018 de agosto 29 de 2018*. Radicación No. 60-000118-2018, p. 1.

acusación de haber cometido delitos de narcotráfico. En abril de 2018, este individuo solicitó a la JEP la aplicación de la GNE, en su calidad de miembro de las FARC-EP, acreditado por la Oficina del Alto Comisionado para la Paz (OACP). El 29 de agosto de 2018 la SR emitió el AUTO SRT-AE-44/2018, por medio del cual avocó conocimiento de la solicitud de activación de la GNE, y en sus motivaciones expuso una doctrinal conforme a la cual dicho procedimiento es de única instancia. La Procuradora Primera Delegada para la Investigación y Juzgamiento Penal con funciones ante la JEP instauró recurso de apelación contra ese auto, por considerar que no se ajusta al ordenamiento sostener — como lo hace la SR en la parte motiva de la decisión— que el trámite de aplicación de la GNE es de única instancia. La SA revocará de la providencia impugnada solo lo que se refiere al carácter de única instancia del proceso de GNE.²¹⁷

Contexto procesal en el que se produce la decisión

La decisión se produce en el trámite de la solicitud de la Garantía de No Extradición de Pedro Luis Zuleta Noscué, una vez que la Sección de Revisión de la JEP (SR) se pronunciara respecto a la solicitud del compareciente, el 29 de agosto de 2018. Dicha decisión fue apelada por el Ministerio Público al considerar que la postura de la SR, en relación con el trámite y naturaleza de la Garantía de No Extradición, no tiene asidero jurídico, con fundamento en que:

los asuntos judiciales, en especial si comprometen derechos fundamentales, deben ser de doble instancia, lo cual adquiere relevancia en la JEP, por cuanto el artículo 23 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia Especial para la Paz estatuye que el derecho aplicable se halla integrado por el derecho internacional de los derechos humanos, y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos consagra el derecho a recurrir los fallos ante juez o tribunal superior.²¹⁸

Desarrollo del concepto de sistematicidad

En esta providencia, la SA reconoce a la luz de los artículos 5 a 12 del Acto Legislativo 01 de 2017, que la sistematicidad es uno de los principios sobre los cuales se fundamenta el Sistema de Justicia Transicional, mas no alude a dicho concepto desde

²¹⁷ Ibid., p. 1-2.

²¹⁸ JEP. Sección de Apelaciones del Tribunal para la Paz. *Auto TP-SA 220 de julio 3 de 2019, op. cit.*, p. 4.

un aspecto dogmático, sino simplemente se refiere a él desde un aspecto procedimental, queriendo denotar la integralidad y correspondencia armónica de cada uno de los organismos del SIVJNR, señalando que por mandato de la Constitución todos los mecanismos jurídicos que contempla el citado acto legislativo se encuentran “interconectados a través de relaciones de condicionalidad y de incentivos para acceder y mantener cualquier tratamiento especial de justicia”²¹⁹. Las consideraciones anteriores tienen como propósito sentar las bases de la postura doctrinal sobre la cual el trámite de la Garantía de No Extradición —como todos los procedimientos y decisiones de la Justicia Transicional— se encuentra regido por el derecho fundamental de la doble instancia, al cual no aplican excepciones.

Sin embargo, en el análisis de la competencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para emitir concepto con fundamentos formales en los procedimientos de extradición, la SA remite a la sentencia C-112 de 2019, en la cual la Corte Constitucional realizó un análisis del artículo 502 de la Ley 906 de 2004 “Código de Procedimiento Penal,” el cual otorga la competencia antes referida al Máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria. En dicho análisis de constitucionalidad se estableció como regla de interpretación, a la cual se condicionó la exequibilidad de dicho artículo. Dice:

La Corte Suprema de Justicia, cuando se tratare de un integrante de las FARC-EP o de una persona acusada de integrar dicha organización, deberá ponderar conforme al artículo 19 del Acto Legislativo 01 de 2017 – i) la obligación del Estado de investigar y juzgar las graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, particularmente a los máximos responsables de los crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; ii) los objetivos del SIVJNR dirigidos a la protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición y iii) los principios derivados de las normas internas y de los compromisos adquiridos internacionalmente por Colombia aplicables a la extradición.²²⁰

En atención a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia referida, se tiene que, al condicionar las funciones de la Corte Suprema de Justicia en relación con

²¹⁹ Ibid., p. 14.

²²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-112 de 2019.

el trámite de la extradición, atinente a los asuntos antes enumerados, habilita en aplicación del artículo 19 del Acto Legislativo 01 de 2017 a la JEP para pronunciarse al respecto, siendo competencia de la SA determinar lo pertinente en relación con la Garantía de No Extradición y de la SDSJ determinar la competencia material de la JEP para conocer del caso.

Dicha regla jurisprudencial que además de contemplar lo estatuido en el Acto Legislativo 01 de 2017, reconoce que es competencia de la JEP el juzgamiento de los autores pertenecientes a las FARC-EP de crímenes de lesa humanidad, genocidio y guerra, es un reconocimiento expreso del concepto de sistematicidad como elemento propio de definición de la competencia material de la JEP y de las conductas sometidas a su conocimiento, más aún cuando la misma Corte Constitucional resalta este aspecto del contexto o hecho global de estos crímenes, al señalar que deben ser “cometidos de manera sistemática”.

5.5 Fuentes normativas estudiadas por la JEP y aspectos en los cuales se valora el concepto de sistematicidad en las decisiones estudiadas en el presente acápite

Es importante señalar que el sistema de fuentes normativas que han de ser consideradas por la JEP se encuentra determinado en el artículo transitorio 22 del Acto Legislativo 01 de 2017, el cual estableció como fuentes formales el artículo 29 de la Constitución Política, el Código Penal Colombiano vigente al momento de la comisión del hecho, las normas del DIDH y del DIH.

Teniendo en cuenta lo anterior, la JEP acude a estos sistemas jurídicos a efectos de estudiar aspectos relativos al concepto de sistematicidad que se concretan en temáticas como: i) su competencia material, ii) la relación existente entre una o varias conductas delictivas con el contexto de conflicto armado interno en Colombia, iii) los principios fundantes del Sistema Integral de Reparación y No Repetición, y iv) la determinación de situaciones contextuales propias del conflicto armado, como es el caso de las ejecuciones extrajudiciales, entre otras.

CONCLUSIONES

Una vez analizado el desarrollo, la funcionalidad, el concepto y los distintos elementos de la sistematicidad en el derecho penal internacional y en las diferentes ramas del derecho penal colombiano, concretamente, en el derecho constitucional, en el derecho penal ordinario y en el derecho penal de justicia transicional, es menester hacer las siguientes conclusiones, a efectos de cumplir con el objetivo propuesto en el presente trabajo de investigación, que busca verificar la conformidad del concepto de sistematicidad aplicado por la JEP con el concepto establecido en el derecho penal internacional.

Acorde con lo dispuesto en el artículo 7 del ER, los Elementos de los Crímenes competencia de la CPI y la jurisprudencia pacífica y reiterada de la CPI, la finalidad de la sistematicidad es la posibilidad de permitir como elemento dogmático, la determinación de existencia de un patrón o modo de conducta que establezca la vinculación de conductas criminales individualmente consideradas con un contexto o hecho global, al determinar el acaecimiento de un *modus operandi*, y de contera, descartando su ocurrencia espontánea o al azar. Aunado a lo anterior, la CPI reconoce que el concepto de política y su identificación como elemento de crímenes en el derecho penal internacional es indicador de la existencia de la sistematicidad. Lo anterior es así puesto que el concepto de política permite determinar el nivel o grado de organización de los ataques y por ende su vinculación con el hecho global.

En contraste, se constató que la CPI no ha reconocido en estricto sentido que uno de los elementos para la existencia del crimen de guerra sea la existencia de un ataque sistemático, no obstante, de acuerdo con lo señalado, la política desplegada en la ejecución de las conductas individuales es un hecho indicador de sistematicidad, pues permite evidenciar el grado de organización de los actos cometidos, descartando su ocurrencia desligada de un contexto. Adicionalmente, el artículo 8 del ER explícitamente alude a un plan o política.

Asimismo, de la normatividad analizada y la jurisprudencia de la CPI, se tiene que la sistematicidad es un criterio de competencia de la CPI, pues al hacer parte de la conformación del contexto de algunos crímenes internacionales, de no verificarse su

conurrencia, no se activará la jurisdicción universal de la CPI en los casos en que no se acredite alternativamente el elemento de generalidad en relación con el crimen de lesa humanidad. Adicionalmente, la sistematicidad reviste la naturaleza de elemento objetivo del tipo penal del crimen de lesa humanidad, y su existencia en relación con el contexto del crimen de guerra es aceptada por la doctrina y la jurisprudencia colombiana, como se verá en párrafos posteriores.

Ahora bien, descendiendo al ámbito nacional, se tiene que el concepto de sistematicidad en el derecho constitucional colombiano, en relación con su análisis en el derecho penal de justicia transicional, no ha sido estático y ha ido evolucionando con el paso del tiempo, desde el primer pronunciamiento según el sistema de CPI en el año 2002. En ese contexto, en un primer estadio del desarrollo del concepto, la Corte Constitucional consideró que la sistematicidad no era solamente propia del crimen de lesa humanidad, de acuerdo con conceptos doctrinales, sino que se hacía extensiva al crimen de genocidio.

Asimismo, en la Sentencia C-579 de 2013, se equiparó el concepto de sistematicidad con el de macrocriminalidad, y se circunscribió uno de sus objetivos, en dimensionar la magnitud de las conductas punibles cometidas en un contexto determinado de crímenes internacionales con conductas que no estaban amparadas bajo dicho contexto; igualmente, se estableció que el concepto de sistematicidad permitía establecer el nexo que existe entre una conducta y el conflicto armado en relación con el crimen de guerra, por tanto, reconoció la presencia de la sistematicidad en el crimen de guerra; por último, en el pronunciamiento *sub examine*, la Corte Constitucional, concluyó que el concepto de política hace parte del concepto de sistematicidad.

Con posterioridad, el concepto de sistematicidad, en relación con la justicia transicional, estuvo marcado por la expedición de la sentencia C-674 de 2017. En ella la Corte Constitucional entiende que la sistematicidad es un concepto análogo al de masividad, pues como se mencionó anteriormente, el Acto Legislativo 01 de 2017 circunscribió el concepto a la priorización en la investigación de las conductas cometidas de forma sistemática, por ello, la Corte equiparó los conceptos anteriores, ya que permiten evidenciar la gravedad de las conductas cometidas bajo la égida de un patrón de macrocriminalidad, siendo este concepto también análogo, de acuerdo con la

jurisprudencia. El relacionamiento de estos conceptos deviene del desarrollo de la priorización de casos relacionados con un mismo patrón de conducta y el enfoque de la investigación en todos sus contornos fácticos y jurídicos, lo cual permite que exista una labor de instrucción y juzgamiento más eficiente, y que se avenga al principio de integralidad de la investigación penal, propia las indagaciones adelantadas en un contexto de justicia transicional.

Posteriormente, la sentencia C-007 de 2018 estudió la constitucionalidad de la Ley 1826 de 2016. En dicha oportunidad se afirmó que la sistematicidad no pertenecía al crimen de guerra como elemento estructural. Con la expedición de la sentencia C-080 de 2018, la cual examinó la constitucionalidad de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia para la JEP, se analizó el concepto de sistematicidad, ya que se alude a él en dicha ley para referirse a criterios de selección y priorización de casos por parte de la Sala de Reconocimiento, de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la JEP. Pues bien, la Corte Constitucional reconoce en dicho pronunciamiento que la naturaleza del concepto de sistematicidad aludida en la sentencia C-579 de 2013 tiene completa validez, y que en ese sentido deben priorizarse los casos una vez que se advierta la existencia de un conjunto de acciones en un contexto de macrocriminalidad.

En dicho pronunciamiento, la Corte Constitucional retoma el estudio del concepto de sistematicidad en relación con los elementos del hecho global del crimen de guerra, y concluye que la sistematicidad no fue incluida como uno de los elementos constitutivos de dicho contexto de acuerdo con el artículo 8 del ER, no obstante, la CPI ha priorizado su conocimiento en relación con “aquellos crímenes de guerra cometidos “como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”²²¹. En concordancia, la sentencia C-080 de 2018 señala que la sistematicidad “guía para definir el umbral de gravedad”. Dicho umbral de gravedad se refiere al nivel de afectación de derechos fundamentales individuales y colectivos, y a la forma de comisión de las conductas punibles.

²²¹ Corte Constitucional. *Sentencia C-080 de 2018*.

De otra parte, y atendiendo a lo estatuido por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en los pronunciamientos analizados se pudo constatar que el concepto de sistematicidad es análogo al que se decantó en el primer párrafo de este acápite, y que corresponde con la definición de sistematicidad en torno al crimen de lesa humanidad. En concordancia, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia reconoce que los elementos de los crímenes internacionales hacen parte del derecho internacional consuetudinario, y que por tanto forman parte del *corpus iuris* del *ius cogens*, el cual hace parte del bloque de constitucionalidad, consagrado en el artículo 93 de la Carta Política, razón por la cual deben siempre prevalecer en el ordenamiento jurídico colombiano. En consideración a lo anterior, las autoridades judiciales deben interpretar y aplicar los elementos de los crímenes dentro del cual se encuentra el concepto de sistematicidad de forma preferente.

Adicionalmente, la sistematicidad es un criterio de priorización para la selección de casos en la JEP, ello en aplicación del Acto Legislativo 01 de 2012, que delimitó dichos criterios constitucionalmente, y también en aplicación del sistema de fuentes para la JEP, contenido en el Acto Legislativo 01 de 2017 y en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia para la JEP. Lo anterior, se constata en el documento *Criterios y Metodología de Priorización de Casos y Situaciones en la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas*, en el cual la sistematicidad hace parte del componente objetivo del criterio de gravedad para la priorización de casos, tal como tuvo la oportunidad de estudiarse en la presente investigación.

Así, es menester analizar el concepto de sistematicidad desarrollado por la Sala de Reconocimiento en el Auto No. 19 de 2021, atinente a la calificación jurídica y determinación de los hechos del Caso No. 01. En dicho pronunciamiento la JEP parte de analizar el concepto de patrón y política, en primer lugar, alude a que conductas cometidas un número considerable de veces, en un espacio de tiempo determinado, en contra de víctimas con características similares, y en determinados espacios geográficos, constituye un patrón de conducta. A partir de dichos elementos se puede arribar al concepto de política de la organización criminal.

Decantados de esta forma los conceptos de patrón, plan y política en el estudio de los elementos contextuales del crimen de guerra, la JEP concluye que cuando el artículo 8 del ER hace alusión a los mismos, se refiere a su competencia, a saber:

En efecto, el ER establece que la competencia de la CPI en los crímenes de guerra, y en particular, cuando estos han sido cometidos en el marco de “un plan o política o [...] la comisión en gran escala de tales crímenes” ello corresponde a la naturaleza jurídica de la competencia de la CPI, y no a la naturaleza del crimen”. Tampoco lo es la gravedad de los hechos, ya que si bien la vulneración del DIH que representa un crimen de guerra debe ser grave o seria para ser un crimen de guerra, esta gravedad no es parte del contexto sino del crimen mismo. Así lo aclaró la Corte Constitucional, en sentencia C-007 de 2018, disponiendo que la gravedad es propia de la calificación como crimen de guerra, constitutivo del crimen y no un elemento contextual.²²²

Por tanto, la Sala de Reconocimiento de la JEP admite que el concepto de plan y política pueden estar presentes en el contexto del crimen de guerra, aunque su existencia no es requisito necesario para que se materialice un crimen de guerra.

De otra parte, en relación con el contexto del crimen de lesa humanidad, la Sala de Reconocimiento de la JEP alude al hecho de que el crimen de lesa humanidad debe ser cometido por una organización²²³ que tenga la capacidad de ejecutar un ataque generalizado o sistemático “en consonancia con una política o un plan”.

Ahora bien, en relación con el estudio del concepto de sistematicidad, en el crimen de guerra, la Sala de Reconocimiento no se refiere a él en estricto sentido, empero, hace alusión al concepto del nexo, que debe existir entre las conductas individuales y el contexto del conflicto armado. De lo cual se concluye, como se aludió con anterioridad, que es precisamente el nexo entre las conductas individuales lo que permite su caracterización como crimen internacional, pues los simples delitos desprovistos de ese elemento no se enmarcan en tal categoría y, por lo tanto, no tienen trascendencia para el derecho penal internacional.

²²² JEP. *Auto No. 19 de enero 26 de 2021, op. cit.*, párr. 715.

²²³ Al respecto en el auto No. 19 de enero 26 de 2021, la Sala de Reconocimiento alude lo siguiente: “Para ello deben contar por lo menos con una estructura, canales de comunicación y suficientes recursos, medios y capacidad para coordinar al interior del grupo, promover y alentar los ataques, y lograr sus fines”.

En contraste, al analizar el hecho global del crimen de lesa humanidad, la Sala de Reconocimiento alude al concepto de sistematicidad y destaca que su existencia puede ser alternativa con el de generalidad, y que con la concurrencia de uno solo de ellos basta para configurar el contexto del crimen de lesa humanidad. Asimismo, alude a que los hechos en relación con crimen de lesa humanidad deben ser cometidos en una misma línea de conducta y de “conformidad con una política de un Estado o de una organización. Esta política debe haber estado dirigida a cometer o a promover la comisión de dichos actos criminales”²²⁴. Por lo cual, el concepto de política permite identificar el vínculo entre las conductas cometidas dentro de un mismo contexto y descartar, por tanto, la mera iniciativa individual y espontánea del autor del hecho.

En conclusión, de acuerdo con la Sala de Reconocimiento, el plan o patrón devela la política, concepto que es equivalente con el concepto de sistematicidad, entendido por la Sala de Reconocimiento como:

La sistematicidad pretende evidenciar que los actos criminales fueron cometidos de manera organizada haciendo improbable que hayan ocurrido de manera aislada o aleatoria. De esta manera, la identificación de patrones macrocriminales y un plan criminal común a los actos que componen el ataque son relevantes para conocer la capacidad que tiene una organización, ya sea de carácter estatal o ilegal, para cometer los ataques violentos con una relativa estabilidad en un tiempo determinado y es evidencia suficiente para concluir su sistematicidad²²⁵.

Así también, del análisis de los autos proferidos por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas y la Sección de Apelaciones del Tribunal para la Paz, es menester indicar que el concepto de sistematicidad en ocasiones es utilizado por la JEP, para hacer alusión a aspectos de diversa naturaleza, en su mayoría, de índole dogmática y sustancial, como corresponde con la naturaleza del concepto de acuerdo con el Derecho penal internacional, no obstante, en ocasiones se utiliza para connotar aspectos de índole procedimental, y para aludir a los principios que inspiran el sistema.

De otra parte, la JEP utiliza el concepto de sistematicidad, al definir el elemento contextual del crimen de guerra, para establecer la relación de una o varias conductas

²²⁴ JEP. *Auto No. 128 de 2021*.

²²⁵ *Ibid.*, párr. 712.

con un contexto de conflicto armado, si se tiene en cuenta que el concepto de nexos es equivalente con el de sistematicidad. Con fundamento en las anteriores consideraciones, es menester indicar que la interpretación de sistematicidad desarrollada por la JEP es acorde con lo establecido en el derecho penal internacional, especialmente con el ER, los Elementos de los Crímenes Internacionales y la jurisprudencia de la CPI. Ello por cuanto: i) la definición del concepto de sistematicidad alude materialmente al mismo contenido decantado por la CPI, ii) también existe una equivalencia conceptual entre la noción de plan, política y sistematicidad pues su función no es otra que servir de criterio para establecer el vínculo que existe entre las conductas desplegadas individualmente entre sí, y el nivel de organización de estas en su ejecución en un determinado contexto, iii) es pacífica la concurrencia del elemento de sistematicidad en el contexto del crimen de lesa humanidad.

Si bien la CPI no ha reconocido explícitamente la correspondencia de los conceptos de plan y política con el de sistematicidad, la verificación de su equivalencia se comprueba por la correspondencia material de sus definiciones, así formalmente se tengan como elementos distintos. Por ello, cuando la JEP reconoce que la sistematicidad puede estar presente en un crimen de guerra, ello no es contradictorio con lo dicho por la CPI, precisamente por la equivalencia conceptual antes anotada, y porque el artículo 8 del ER expresamente reconoce los conceptos de plan y política.

A efectos de robustecer el planteamiento abordado en el párrafo anterior, también es importante tener en cuenta que la sentencia C-080 de 2018 proferida por la Corte Constitucional reconoció que, en la discusión y aprobación del ER, se aludió a la posibilidad de incluir el concepto de sistematicidad dentro del artículo 8 de ese mismo *corpus normativo*, no obstante, no se consagró de esa manera, y por tal razón solo se hizo referencia al concepto de plan o política. De acuerdo con lo anterior, se tiene que la interpretación realizada por la JEP en torno al concepto de sistematicidad es razonable y ajustada a la independencia y autonomía que le asisten, y acorde al contexto normativo colombiano. Ahora bien, no debe desconocerse que el artículo 66 transitorio de la Constitución Política ha reconocido que la sistematicidad es un elemento propio del crimen de guerra.

Ahora bien, debe necesariamente mencionarse que, en relación con el concepto de nexos, la Corte Constitucional ha reconocido que es una de las características de la sistematicidad, y que permite establecer la vinculación de una conducta con el contexto de conflicto armado en relación con el crimen de guerra. Esta concepción es compartida por la JEP, aunque la jurisprudencia de la CPI revisada no ha hecho tal mención.

Por último, es necesario acotar que, si bien la interpretación de los elementos constitutivos del concepto de sistematicidad adoptado por la JEP no es exegéticamente idéntico en relación de similitud con la jurisprudencia de la CPI (ello en relación con el crimen de guerra), esto no implica que desconozca los elementos fundamentales del mismo, y que en aplicación de su autonomía y en consideración a sus funciones realice interpretaciones que no sean plausibles sobre la hermenéutica de los elementos dogmáticos del derecho penal internacional, más si se tiene en cuenta que algunas normas, como el artículo 66 transitorio de la Constitución Política, han incorporado a la legislación elementos del derecho penal internacional, dotándolos de cierta connotación que apartarse sería desconocer su texto.

BIBLIOGRAFÍA

- ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, 17 Julio 1998.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Verdad, justicia y reparación: Cuarto Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, 2013.
- JEP. *Salas de Justicia de la JEP*. Recuperado del Sitio Oficial de la JEP: <https://www.jep.gov.co/JEP/Paginas/Salas-de-la-JEP.aspx>
- JEP. *Toma de rehenes, graves privaciones de la libertad y otros crímenes concurrentes cometidos por las Farc-EP*. Recuperado del Sitio Oficial de la JEP: <https://www.jep.gov.co/especiales1/macrocasos/01.html>.
- JEP. *Criterios y metodología de priorización de casos y situaciones en la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas*, 28 de junio de 2018.
- OSIEL, Mark. "The Hague Justice Portal. How should the ICC Office of the Prosecutor choose its cases? The multiple meanings of situational gravity". En *Hague Justice Portal*, vol. 5, 2009, p. 2. Consultado a través de la herramienta ICC Legal Tools de la CPI el 12 de enero de 2021: <https://www.legal-tools.org/doc/b36598/pdf/>
- RAMÍREZ MONTES, Sandra Patricia. *La paz y el crimen de agresión*, Bogotá, Universidad Santo Tomás, 2012. Recuperado de: <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/3521/Ramirezsandra2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- ROBINSON, Darryl. "The Draft Convention on Crimes Against Humanity: What to do with the definition?". En *FICHL Publication Series*, No. 18, 2014, p. 104. <https://www.legal-tools.org/doc/ae7041/>
- UNITED NATIONS. *International Law Commission. Sixty – Seventh Session. First Report on Crimes Against Humanity*, febrero 17 de 2015. Consultado a través de la

herramienta ICC Legal Tools de la CPI el 17 de enero de 2021: <https://www.legal-tools.org/doc/2922f9/pdf>

WERLE, Gerhard. *Tratado de derecho penal internacional*, 2ª Edición, Ed. Tirant Lo Branch, 2011.

FUENTES LEGALES

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1957 de 2019. “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”.

----- . Ley 1922 de 2018. “Por medio de la cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz”.

----- . Ley 1820 de 2016 “Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”.

----- . Ley 1719 de 2014. “Por la cual se modifican algunos artículos de las leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones”.

----- . Ley 599 de 2000. “Código Penal”.

----- . *Acto Legislativo 01 de 2017*, 4 de abril de 2017.

----- . Decreto No. 3011 de 2013, “Por medio del cual se reglamentan las Leyes 975 de 2005, 1448 de 2011 y 1592 de 2012”,

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-112 de 2019*. MP. J. F. Reyes Cuartas.

----- . *Sentencia C-007 de 2018*. MP. D. Fajardo Rivera

- , *Sentencia C-080 de 2018*. MP. A. J. Lizarazo Ocampo
- , *Sentencia C-674 de 2017*. MP. L. G. Guerrero Pérez
- , *Sentencia C-579 de 2013*. MP. J. I. Pretelt Chaljub.
- , *Sentencia C-578 de 2002*. MP. M. J. Cepeda Espinosa.
- , *Sentencia C-1076 de 2002*. MP.C. I. Vargas Hernández.
- , *Sentencia C-801 de 2009*. MP. G. E. Mendoza Martelo
- , *Auto 009 de 2015*. MP. L. E. Vargas Silva.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. *Sentencia de julio 22 de 2020*. Radicación No. 56.591 SP-544-2020.

- , Sala de Casación Penal. *Sentencia de 15 de julio de 2015*. Rad. 45.795.
- , Sala de Casación Penal. *Auto Interlocutorio de 30 de mayo de 2018*. AP-2230-2018. Radicación No. 45.110.
- , Sala de Casación Penal, *Auto CSJ AP3947 de 2017*.
- , Sala de Casación Penal, *Auto 545408 de 16 de agosto de 2017*.

JEP. *Sentencia TP-SA 168 de 2020*.

- , Tribunal para la Paz, Sección de Apelación. *Sentencia Interpretativa SENIT 2 de 2019*.
- , Sala de Amnistía o Indulto. *Resolución SAI-AOI-D-033-2020 de 12 de febrero de 2020 – 20203150065931*.
- , Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. *Resolución No. 63 de 2018*. Mayo 4 de 2018.
- , Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. *Resolución 38 de abril 23 de 2018*. Radicado 10-000022-2018.
- , Salas de Justicia. Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad, y de Determinación de los Hechos y las Conductas. *Auto No. 033 de 2021*.

- Salas de Justicia. Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad, y de Determinación de los Hechos y las Conductas. *Auto No. 19 de 26 de enero de 2021.*
- Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. *Auto TP-SA 110 de enero 30 de 2019, en el asunto de Jorge Eliécer Plazas Acevedo, por medio del cual se resuelve el recurso de apelación de la Resolución No. 1462 del 25 de septiembre de 2018*
- Sección de Apelaciones (SA) del Tribunal para la Paz. *Auto TP-SA 220 de julio 3 de 2019, en el asunto de Pedro Luis Zuleta Noscué por medio del cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra el auto SRT-AE-44/2018 de agosto 29 de 2018. Radicación No. 60-000118-2018.*
- CPI. Sala de Cuestiones Preliminares. *Decisión relativa a la solicitud de la Fiscalía de la CPI sobre la autorización de iniciar una investigación de acuerdo con el artículo 15 (3) del ER. Situación en la República de Filipinas, No IC-01/21, 15 de septiembre de 2021.*
- Sala de Primera Instancia IX. *Decisión en relación con el caso del Fiscal de la CPI Vs. Dominic Ongwen, No. IC-02/04-01/15, 4 de febrero de 2021.*
- *Sentencia de 8 de julio de 2019. Caso de la Fiscalía de la CPI Vs. Bosco Ntaganda, párr. 692.*
- Sala de Primera Instancia III. *Decisión de conformidad con el artículo 74 del ER, en el Caso del Fiscal de la CPI Vs. Jean Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-3343, 21 de marzo de 2016.*
- Sala de Primera Instancia III. *Caso de la Fiscalía de la CPI Vs. Germain Katanga. Decisión proferida de acuerdo con el artículo 74 del ER, 7 de marzo de 2014.*
- Sala de Cuestiones Preliminares. *Caso de la Fiscalía de la CPI Vs. Ahmad Muhammad Harun y Ali Muhamad Ali Abd-Al-Rahman. Decisión conforme al artículo 58 (7) del ER, 27 de abril de 2007*
- *Decisión de confirmación de cargos. Caso de la Fiscalía de la CPI Vs. Germain Katanga.*

-----. *Situación en la República de Costa de Marfil*. Decisión de conformidad con el artículo 15 del ER.

TPIY. *Sala de Apelaciones. Caso de la Fiscalía Vs. Kunarac. Caso No. IT-96-23 & IT-96-23/1-A*, 12 de junio de 2002

-----. *Sentencia de 14 de diciembre de 1999 (Jelusic, TC)*

-----. *Sentencia de 7 de mayo de 1997. Caso del Fiscal Vs. Dusko Tadic.*

-----. *Sentencia de 21 de mayo de 1999 (Kayishema y Ruzindana, TC)*