

TRIBUNAL PARA LA PAZ
SECCIÓN DE APELACIÓN
Auto TP-SA n.º 020 de 2018

Bogotá, D.C., 21 de agosto de 2018

Radicado interno: 10-000009-2018

Radicado Orfeo: 2018150160101027E

Interesado: Álvaro Antonio ASHTON GIRALDO

Procede la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz a resolver el recurso de apelación interpuesto por el abogado del señor Álvaro Antonio ASHTON GIRALDO contra la resolución n.º 000083 de 7 de mayo de 2018, proferida por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, mediante la cual fue rechazada su solicitud de sometimiento a la Jurisdicción Especial para la Paz.

SÍNTESIS DEL CASO

El señor Álvaro Antonio ASHTON GIRALDO es investigado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia por el delito de concierto para delinquir agravado por promover grupos armados al margen de la ley en el que presuntamente incurrió al aliarse con el frente José Pablo Díaz del Bloque Norte de las AUC, con el objeto de obtener beneficios burocráticos en los departamentos de Atlántico y Magdalena y de asegurar su aspiración al Senado de la República. Por tal motivo se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva. Adicionalmente, se abrió instrucción en su contra para determinar si incurrió en el delito de cohecho por dar u ofrecer. El

20 de marzo de 2018, manifestó su intención de comparecer voluntariamente ante la Jurisdicción Especial para la Paz, en su calidad de agente del Estado no miembro de la Fuerza Pública. La Sala de Definición de Situaciones Jurídicas rechazó la solicitud por considerar que carecía de competencia material sobre los delitos que se le imputaban. A su juicio, estos fueron cometidos atendiendo un interés personal y no tuvieron una relación estrecha con el conflicto armado. Inconforme con la decisión, el peticionario presentó el recurso de apelación que la Sección de Apelación procederá a resolver.

ANTECEDENTES

1. El 20 de marzo de 2018, el señor Álvaro Antonio ASHTON GIRALDO, actuando a través de apoderado judicial, solicitó por escrito a la Jurisdicción Especial para la Paz que asumiera competencia para “(...) *conocer y juzgar los hechos que actualmente son objeto de investigación por la H. Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia dentro de los radicados números 39768 y 51611, disponiendo lo necesario para la suscripción del Acta de Compromiso de Sometimiento a la JEP*” (f. 1, 78-88 c. único). Los fundamentos fácticos y jurídicos de su solicitud se resumen a continuación:

1.1. Cursa en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia una investigación, radicada con el número 39768, en contra del señor Álvaro Antonio ASHTON GIRALDO por el delito de concierto para delinquir agravado por promover grupos armados al margen de la ley, por presuntamente haber colaborado con el frente José Pablo Díaz del Bloque Norte de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC).

1.2. La presunta colaboración consistió en haber puesto al servicio de ese grupo armado ilegal “(...) *la función legislativa con el fin de servir a sus propósitos a través de las competencias parlamentarias que [por ese entonces] le correspondía ejercer*”. A cambio, el solicitante recibió de las AUC respaldo electoral en el departamento de Magdalena para conseguir una curul en el

Senado de la República para el periodo 2006-2010, además de manejo en el Hospital Materno Infantil de Soledad (Atlántico), cooptado para ese momento por las Autodefensas, el cual se materializó inicialmente “(...) *a través del nombramiento del gerente de la ESE, LUIS FRANCISCO ROMERO RACEDO, compadre y militante de su grupo político, y posteriormente de su sobrino FABIÁN ARTURO ASHTON como coordinador médico (...)*”.

1.3. El 24 de octubre de 2017, la Corte Suprema de Justicia ordenó la apertura de una segunda investigación contra el solicitante, radicada con el número 51161, por el presunto delito de cohecho por dar u ofrecer. Esta investigación se originó en el caso que involucra a varios ex magistrados de esa Corporación judicial y al ex fiscal anticorrupción Luis Gustavo MORENO, quien dijo haber recibido del señor ASHTON GIRALDO el pago de \$600 000 000, a cambio de gestionar el archivo del proceso penal que se sigue en su contra por el delito de concierto para delinquir agravado bajo el radicado 39768.

1.4. El solicitante adujo que las dos investigaciones que cursan en la actualidad contra el ex senador Álvaro ASHTON GIRALDO son competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz debido a que se relacionan con delitos presuntamente cometidos por causa del conflicto armado interno antes del 10 de diciembre de 2016. Además, el solicitante es un agente del Estado, no integrante de la Fuerza Pública, por lo que de acuerdo con la sentencia C-674 de 2017 de la Corte Constitucional, puede comparecer voluntariamente ante la JEP, a cambio de contribuir a la verdad, la reparación y la no repetición de las conductas delictivas:

Teniendo en cuenta la condición de agente del Estado del señor ÁLVARO ANTONIO ASHTON GIRALDO (era congresista para la época en que ocurrieron los supuestos hechos), la naturaleza del delito investigado (concierto para delinquir agravado) y cohecho promovido hacia el mismo caso, su relación con el conflicto armado interno (presunto apoyo a los grupos paramilitares creados para contrarrestar al grupo guerrillero de las FARC-EP), y su decisión libre y voluntaria de someterse al SIVJRNRR asumiendo los compromisos y responsabilidades que ello supone, corresponde a la JEP asumir la competencia para conocer de la investigación y juzgamiento de los hechos relacionados con la investigación penal que actualmente cursa en la H. Corte Suprema de Justicia bajo [los] radicado[s] 39768 [y 51161]. Lo que deberá hacerse a

través de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas o la instancia que haya lugar (subrayas y negrillas originales) (f. 85 y 86 c. único).

2. El 7 de mayo de 2018 la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas expidió la resolución n.º 000083 mediante la cual resolvió rechazar, por falta de competencia, la solicitud de sometimiento a la Jurisdicción Especial para la Paz presentada por el señor Álvaro ASHTON GIRALDO (f. 90-108 c. único)¹. A juicio de la Sala, si bien los factores de competencia personal y temporal se encontraban satisfechos, en tanto el solicitante podía ser considerado un agente estatal en los términos del artículo 17 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017 –A.L. 01 de 2017– y estaba siendo investigado por hechos cometidos con anterioridad al 1º de diciembre de 2016, no ocurría lo mismo con el factor de competencia material por las siguientes razones (f. 90-108 c. único):

2.1. La competencia material de la JEP se circunscribe a delitos que tengan alguna conexidad con el conflicto armado, lo cual requiere verificar si se presenta alguna de las siguientes circunstancias: (i) el conflicto armado le dio la habilidad al perpetrador para cometer el ilícito; (ii) el conflicto armado influyó sustancialmente en la decisión de cometer el ilícito; (iii) el conflicto determinó o permitió la comisión del delito; (iv) el conflicto armado estableció el objetivo que se proponía el perpetrador; (v) el perpetrador incurrió en el delito con el único fin de enriquecerse a sí mismo.

2.2. Si bien el concierto para delinquir cometido por el excongresista puede tener una relación causal con el conflicto armado, en la medida en que “(...) *una alianza con un actor armado puede entenderse con ocasión del mismo*” (f. 106 c. único), se trata de un delito común porque el agente estatal actuó buscando la obtención de un beneficio personal, que consistió en apoyo electoral para conquistar una curul en el Senado de la República.

2.3. Además, el concierto para delinquir no se cometió con el fin de perpetrar crímenes de lesa humanidad ni de apoyar el mantenimiento de las hostilidades.

¹ La decisión fue notificada al señor Álvaro Antonio ASHTON, a su defensor, al Ministerio Público y a la Secretaría Ejecutiva-Unidad de Atención a Víctimas personalmente y por estado (f. 109, 110, 132 y 135 c. único).

Tampoco con el objetivo de conseguir el fortalecimiento político y militar de las AUC, sino de lograr su desmovilización en condiciones penales muy favorables, en momentos en que se tramitaba en el Congreso de la República la llamada Ley de Justicia y Paz².

2.4. De acuerdo con el Centro de Memoria Histórica y con la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, la incursión del frente José Pablo Díaz del Bloque Norte de las AUC en el departamento del Atlántico no estuvo motivada en un propósito anti-insurgente, sino en capturar rentas a través del narcotráfico, la extorsión, la corrupción y el blanqueo de dinero. Por ello, no se observa que el delito del concierto para delinquir presuntamente cometido por el sindicado haya potenciado el actuar de este grupo armado ilegal; “(...) *fue tan solo una transacción beneficiosa en la que se vieron favorecidos los intereses personales de ASHTON GIRALDO e, igualmente, de las Autodefensas, sin que tal situación se tradujera en la ejecución de alguna de las conductas relacionadas con el conflicto armado*” (f. 107 c. único).

2.5. Si bien es loable que el actor quiera contribuir con el esclarecimiento de la dinámica del paramilitarismo, ello no justifica que su caso sea conocido por la JEP, máxime cuando el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición –SIVJRNR– incluye otros mecanismos, como la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, a los que el señor ASHTON GIRALDO puede acudir “(...) *si en verdad quiere contribuir a la verdad (sic) para las víctimas y tiene la posibilidad de hacerlo (...)*” (f. 107 reverso c. único).

2.6. Finalmente, no existe relación alguna entre el delito de cohecho y el conflicto armado interno debido a que se trató de “(...) *un simple acto de corrupción dirigido a que un servidor público omitiera su deber de administrar pronta y cumplida justicia*” (f. 108 c. único).

² Ley 975 de 2005, por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.

3. Contra la anterior decisión, el apoderado del señor Álvaro ASHTON GIRALDO interpuso y sustentó **recurso de reposición y en subsidio apelación** con el propósito de que se revocara y, en su lugar, se aceptara la competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz para conocer de la investigación que se sigue contra su representado por los delitos de concierto para delinquir agravado y cohecho (f. 113 c. único). Para el efecto expuso que:

3.1. La resolución adoptada por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas es contradictoria porque, aunque sostuvo que las conductas cometidas por causa o con ocasión del conflicto armado interno trascienden el escenario de la confrontación directa entre los distintos actores armados, al final se declaró incompetente para conocer el caso con fundamento en que el ex senador ASHTON no está siendo investigado por delitos relacionados con graves violaciones a los derechos humanos o infracciones al derecho internacional humanitario.

3.2. La decisión afecta gravemente los derechos de las víctimas a la verdad, a la reparación integral y a la no repetición, además de que es en extremo restrictiva, porque excluye del conocimiento de la JEP los delitos cometidos por terceros y agentes del Estado que, si bien no participaron directamente en las hostilidades, sí contribuyeron desde el punto de vista político, económico o ideológico a que el conflicto armado persistiera en el tiempo y se agudizara:

Excluir a este agente del Estado de acceder a la JEP implica privar a las víctimas de la contribución que él puede hacer a la verdad y a la justicia. La Sala dificulta así la recolección de toda la información posible por parte de los diferentes individuos que participaron directa o indirectamente en el conflicto armado. Sólo permite que una parte de la verdad salga a la luz puesto que reconoce como destinatarios de la JEP únicamente a aquellos individuos involucrados directamente en las hostilidades.

Lo anterior es absolutamente contraproducente si se tiene en cuenta que el conflicto armado colombiano reviste una complejidad considerable caracterizada por su duración y la elevada cantidad de actores bélicos y no bélicos que hicieron parte de él. Entre más cerrada esté la JEP a conocer los casos de terceros y de agentes del Estado relacionados con el conflicto armado desde sus dimensiones ideológica, económica o política, más lejos se estará de esclarecer la realidad del mismo (f. 129 reverso, c. único).

3.3. El delito de concierto para delinquir del cual se sindicó al ex senador Álvaro ASHTON, sí guarda relación con el conflicto armado porque se conoce, conforme a las investigaciones adelantadas por la Corte Suprema de Justicia, los jueces de Justicia y Paz y el Centro Nacional de Memoria Histórica, que la colaboración prestada a las AUC por distintas autoridades nacionales y locales fue determinante para la expansión y consolidación del fenómeno paramilitar en Colombia.

3.4. El artículo 23 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017 define los criterios conforme a los cuales puede entenderse que una determinada conducta tiene relación directa o indirecta con el conflicto armado. El delito imputado al señor ASHTON GIRALDO cumple con todos esos criterios porque:

Los grupos de autodefensa se crearon con el propósito de hacer frente a los grupos armados insurgentes y contaron en un principio con el aval del Estado. Sin embargo, se convirtieron en un actor más del conflicto armado que se enfrentó no sólo a los grupos guerrilleros sino también a las fuerzas armadas nacionales. Para este momento contaban ya con un engranaje suficiente para buscar penetrar en la estructura estatal con el objetivo de expandirse y consolidarse en búsqueda del poder. Si no hubiere existido el conflicto armado, los grupos paramilitares no existirían pues son fruto del conflicto armado. Sin los paramilitares, como grupo armado al margen de la ley, el peticionario no hubiera podido “promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley” con su conducta y, por ende, no podría cometer el delito de concierto para delinquir agravado. En consecuencia, sin conflicto armado, las conductas que se endilgan jamás hubieran ocurrido (...).

Aunado a lo anterior, las supuestas actividades del senador, de haber ocurrido, sí tendrían incidencia en el conflicto armado. Más allá de lograr un beneficio personal para él, el concierto para delinquir del que se le acusa tuvo el efecto de beneficiar al grupo paramilitar en sus objetivos en el marco del conflicto. Es decir, la promoción que pudo hacer mi representado del grupo paramilitar contribuyó a la expansión de la estructura paramilitar en la búsqueda del poder. Gracias a las condiciones favorables que mi poderdante pudo instaurar para las autodefensas, éstas se beneficiaron de los espacios más representativos del poder en Colombia, como el Congreso de la República, para cooptar el poder, expandirse y consolidarse (...) (f. 126 c. único).

3.5. Excluir del ámbito de competencia material de la JEP el delito presuntamente cometido por el ex senador ASHTON GIRALDO con el

argumento de que no está suficientemente relacionado con el desarrollo de las hostilidades, pero al mismo tiempo instarlo a que acuda a la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad a contar lo que sabe, es inaceptable porque rompe con la integralidad que se predica del SIVJNR, además de que genera un alto riesgo de impunidad y de que la verdad de los crímenes permanezca oculta porque el sindicato no tendrá ningún incentivo para colaborar con su esclarecimiento.

4. Dentro del término de traslado de los recursos interpuestos, la Procuraduría Primera Delegada para la Investigación y Juzgamiento Penal con funciones ante la JEP pidió la revocatoria parcial de la resolución impugnada a efectos de que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas aceptara la solicitud de sometimiento presentada por el señor Álvaro ASHTON GIRALDO, pero únicamente respecto del delito de concierto para delinquir debido a que este sí guarda una relación directa con el conflicto armado interno. En apoyo de su petición, la agencia del Ministerio Público indicó que la mencionada Sala se equivocó al definir los límites de su competencia, pues tanto el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (Acuerdo Final) como el Acto Legislativo 01 de 2017 propenden porque todos los participantes del conflicto armado, esto es, los combatientes y los no combatientes, rindan cuentas de sus actuaciones y contribuyan a develar la dinámica de la confrontación armada. Agregó que en los términos del Derecho Internacional Humanitario *participar directamente en las hostilidades* significa asumir un *comportamiento concluyente y continuo*, orientado a apoyar políticamente o a financiar el esfuerzo bélico de una de las partes enfrentadas, tal como ocurrió con los implicados en el fenómeno de la llamada *parapolítica* (f. 139-153 c. único).

5. El 15 de junio de 2018 la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas resolvió no reponer la resolución n.º 000083 del mismo año y conceder, en el efecto devolutivo, el recurso de apelación interpuesto de manera subsidiaria (f. 155-170 c. único). Los argumentos de la decisión se resumen a continuación:

5.1. La resolución recurrida no limitó la competencia de la JEP a actividades relacionadas con el desarrollo de las hostilidades, a los delitos de lesa humanidad ni a las graves infracciones al DIH; por el contrario, la extendió a todas las conductas que tengan una incidencia directa o indirecta en el conflicto armado interno, siempre que no persigan la satisfacción “(...) *de los intereses particulares de quienes se ligaron circunstancialmente con un actor del conflicto*” (f. 164 c. único), como es el caso del ex senador Álvaro ASHTON GIRALDO, quien presuntamente se alió con los paramilitares con el único fin de obtener una curul en el Congreso de la República y de prestarles su apoyo, no para la consolidación de su proyecto político y militar, sino para la definición de un marco jurídico que facilitara su desmovilización.

5.2. Las conductas que involucren a grupos armados al margen de la ley no tienen, por ese solo motivo, relación directa o indirecta con el conflicto armado interno. En cualquier caso, es necesario superar un análisis riguroso “(...) *de tal manera que no se admitan como conductas relacionadas todas aquellas que puedan ser concausas del conflicto, más no determinantes y relacionadas con el mismo*” (f. 166 reverso c. único). Así, en lo que toca con el señor ASHTON GIRALDO, “(...) *si bien es cierto que sin la existencia de las Autodefensas (sic) el compareciente no hubiera podido cometer el delito de concierto para delinquir que se le atribuye, ello per se no lleva a inferir necesariamente que por esto tenga relación inescindible con el conflicto armado (...)*” (f. 167 c. único).

6. Dentro del término de traslado común, el apoderado del señor Álvaro ASHTON GIRALDO adicionó los argumentos de la apelación, haciendo suyos los que fueron publicados en sus respectivas páginas web por Dejusticia³ y la Corporación Excelencia en la Justicia⁴ en relación con la competencia de la JEP, en general, y con la decisión de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, en particular. En tal sentido, indicó que esta última hizo una

³ Martínez, Hobeth. “Una JEP de puertas abiertas”. Consultado el 8 de agosto de 2018 en <<https://www.dejusticia.org/column/una-jep-de-puertas-abiertas/>>.

⁴ Corporación Excelencia a la Justicia. “Análisis de la Corporación Excelencia en la Justicia sobre la decisión de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la Jurisdicción Especial Para la Paz”. Consultado el 8 de agosto de 2018 en <<https://jepvisible.com/images/docs/analisis/analisisashton.pdf>>.

interpretación en extremo restrictiva de su competencia material, pues no solo no tuvo en cuenta las previsiones del Acuerdo Final, que abogan por ampliar el entendimiento del conflicto y dar cuenta de los factores que contribuyeron a su prolongación y degradación, sino que, además, desconoció el tenor literal de los artículos transitorios 5 y 23 del Acto Legislativo 01 de 2017, para introducir condicionamientos no previstos en el ordenamiento jurídico, relacionados con la gravedad de los hechos, el mayor o menor grado de participación del tercero en el conflicto, o el nivel de incidencia de su conducta en el desenvolvimiento o prolongación del mismo (f. 178-190 c. único).

HECHOS PROBADOS

7. De acuerdo con las pruebas incorporadas al expediente, se tienen demostradas las siguientes circunstancias fácticas relevantes:

7.1. El señor Álvaro Antonio ASHTON GIRALDO fue elegido representante a la Cámara por el departamento del Atlántico para los periodos constitucionales 1998-2002 y 2002-2006. Posteriormente, fue elegido senador de la República por circunscripción nacional para los periodos constitucionales 2006-2010 y 2010-2014 (copia de las certificaciones expedidas los secretarios generales de la Cámara de Representantes y del Senado de la República –f. 1-4 c. único–).

7.2. El 6 de diciembre de 2017 la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia dispuso abrir investigación formal contra el señor ASHTON GIRALDO por el delito de concierto para delinquir agravado por promover grupos armados al margen de la ley. En concreto, se le atribuyó haberse reunido entre los años 2004 y 2006 con los comandantes del frente José Pablo Díaz del Bloque Norte de las AUC con el propósito de obtener beneficios burocráticos y políticos en los departamentos de Atlántico y Magdalena para consolidar y asegurar su aspiración al Senado de la República. En reciprocidad, las AUC buscaban aprestigiar su presencia en la región y conseguir el respaldo del entonces representante a la Cámara en el trámite del proyecto de ley de

Justicia y Paz (copia de la providencia que resolvió la situación jurídica del sindicato –f. 23-50 c. único–).

7.3. Como consecuencia de la anterior determinación se ordenó su captura con fines de indagatoria, la cual se hizo efectiva el 10 de diciembre de 2017. Luego de la práctica de esta diligencia, el 13 de diciembre, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió la situación jurídica del sindicato, imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de libertad condicional o detención domiciliaria, como presunto responsable del delito de concierto para delinquir agravado, definido en el inciso segundo del artículo 340 del Código Penal⁵ (copia de la providencia que resolvió la situación jurídica del sindicato –f. 23-50 c. único–). La prueba documental, testimonial e indiciaria recaudada hasta ese momento, le permitió a la Corte concluir que:

(...) ÁLVARO ANTONIO ASHTON GIRALDO tenía amplias relaciones con el frente José Pablo Díaz, pero además que el objeto [de] las mismas no era social, personal o de otra índole penalmente irrelevante, sino que tenían por expreso propósito asegurar que aquél obtuviera una curul para que desde el Congreso de la República promoviera los intereses de la organización.

(...) ASHTON GIRALDO ostentaba ante la organización una posición que solo puede explicarse o entenderse a partir de la existencia de un concierto orientado a lograr su fortalecimiento político y, en igual modo, a que él promoviera los intereses de la organización desde el Congreso de la República (...).

En esas condiciones puede colegirse que la concurrencia de dos individuos allegados al aforado en cargos relevantes al interior de la institución de salud [se refiere al Hospital Materno Infantil del municipio de Soledad] no corresponde a una coyuntura fortuita, causal (sic) o aleatoria, sino a una que sólo puede haberse originado en el ascendiente que ASHTON GIRALDO tenía sobre la estructura armada y sus miembros, precisamente por virtud de haberse concertado con ellos para la obtención de beneficios recíprocos.

7.4. Contra la anterior decisión, la defensa del señor ASHTON GIRALDO interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto de forma negativa por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia mediante auto de 31 de enero de 2018 por considerar que los argumentos del recurrente eran “(...) *producto de*

⁵ La legislación vigente para la época de los hechos es la prevista en el Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000, en el artículo 340, modificado por la Ley 733 de 2002.

un análisis fragmentario y especulativo que no encuentra respaldo en la valoración conjunta del acervo probatorio” (copia de la decisión –f. 51-77 c. único–).

7.5. El 24 de octubre de 2017, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia abrió instrucción en contra del señor ASHTON GIRALDO a efectos de determinar si incurrió en el delito de cohecho por dar u ofrecer tipificado en el artículo 407 del Código Penal (f. 11 c. único).

COMPETENCIA

8. La Sección de Apelación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del señor Álvaro Antonio ASHTON GIRALDO contra la resolución n.º 00083 de 7 de mayo de 2018, proferida por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 13 y 14 de la Ley 1922 de 2018⁶ y en el artículo transitorio 7 introducido por el Acto Legislativo n.º 01 de 2017⁷.

PROBLEMA JURÍDICO

9. La Sección de Apelación debe determinar si la Jurisdicción Especial para la Paz es competente para conocer de la solicitud de sometimiento voluntario presentada por el señor Álvaro Antonio ASHTON GIRALDO, quien está siendo investigado por los delitos de concierto para delinquir agravado por promocionar grupos armados al margen de la ley y cohecho por dar u ofrecer, teniendo en cuenta que ambos se cometieron presuntamente antes del 1º de diciembre de 2016 y que, para el momento de los hechos, el solicitante ocupaba una curul en el Congreso de la República.

⁶ Por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz.

⁷ Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones.

FUNDAMENTOS

10. A efectos de resolver el problema jurídico enunciado, la Sección de Apelación comenzará por explicar cuál es el ámbito de competencia temporal, personal y material de la JEP. Luego, hará una caracterización del delito de concierto para delinquir agravado con el fin de establecer si este puede entenderse cometido por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto interno armado. A continuación, analizará el entendimiento dado por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas al aspecto material de la competencia de la JEP –ya que éste fue el eje central de la decisión que es objeto de apelación– y determinará si su razonamiento fue errado. Por último, se ocupará de examinar la situación fáctica del solicitante ASHTON GIRALDO con el fin de determinar si la JEP tiene o no competencia para asumir el conocimiento de los delitos que se le imputan.

1) La competencia personal, temporal y material de la JEP

11. La competencia temporal, personal y material de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) se encuentra, en principio, definida en el artículo 5 transitorio del artículo 1 del A.L. n.º 01 de 2017, en los siguientes términos:

*La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) estará sujeta a un régimen legal propio, con autonomía administrativa, presupuestal y técnica; administrará justicia de manera transitoria y autónoma y 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.
(...).*

Cuando se trate de delitos de ejecución permanente atribuibles a cualquiera de las personas sobre las que la JEP tiene competencia, cuya comisión haya comenzado antes del primero de diciembre de 2016, la JEP mantendrá su competencia respecto de ellos si con posterioridad a esa fecha no han cesado sus efectos, e inaplicará las sanciones propias y alternativas si concluye que se incumplieron las condiciones del Sistema.

12. Así, en el **ámbito temporal**, la JEP tiene competencia para conocer de las conductas cometidas con anterioridad al 1º de diciembre de 2016 y, excepcionalmente, de las que hayan sido perpetradas durante el proceso de dejación de armas de las FARC-EP. Las conductas cometidas con posterioridad a esa fecha serán de competencia de la justicia ordinaria. Tratándose de los delitos de ejecución permanente, la JEP también tiene competencia, siempre que estos hayan comenzado a ejecutarse antes de la fecha señalada.

13. En cuanto al **ámbito personal**, la competencia de la JEP se extiende a los integrantes de la Fuerza Pública y de las FARC-EP, así como a los agentes del Estado, concepto que en los términos del artículo transitorio 17 del artículo 1 del A.L. n.º 01 de 2017, se refiere a “(...) *toda persona que al momento de la comisión de la presunta conducta criminal estuviere ejerciendo como miembro de las corporaciones públicas, como empleado o trabajador del Estado o de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios*”. Igualmente, incluye a los terceros civiles, esto es, a las personas que, sin formar parte de las organizaciones o grupos armados, hubieren contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto armado. Es importante anotar, que luego de la declaratoria de inexecutable de los incisos 2 y 3 del artículo 16 del A.L. 01 de 2017⁸, los agentes del Estado que no hacen parte de la Fuerza Pública y los terceros civiles sólo podrán comparecer ante la JEP de manera voluntaria, a diferencia de los integrantes de las FARC-EP y los miembros de la Fuerza Pública, que deberán hacerlo siempre que sean requeridos.

14. Esta manifestación voluntaria de comparecer ante la JEP debe ser entendida como la intención y compromiso de sometimiento pleno a esta jurisdicción, con el fin de que se investiguen y juzguen todas las posibles conductas en las que aquel pudo haber incurrido por cuenta del conflicto armado colombiano, con

⁸ Al adelantar el juicio de sustitución, la Corte concluyó que extender la competencia de la JEP a los terceros y a los agentes del Estado distintos a los miembros de la Fuerza Pública desconocía uno de los elementos definitorios de la Constitución Política, a saber: el principio de juez natural. Sentencia C-674 de 2017.

anterioridad a la fecha de la suscripción del Acuerdo Final, y no solamente aquellas sobre las cuales existe actualmente una investigación por parte de la jurisdicción ordinaria. Lo anterior porque, a juicio de la Sección de Apelación,

(...) Desde una interpretación sistemática y teleológica de la legislación vigente, una vez la solicitud de sometimiento es comunicada a las autoridades correspondientes, los comparecientes habrán completado un hecho jurídico que es contemplado por la Constitución Política y la ley como generador de la competencia exclusiva y prevalente de la JEP para investigar, juzgar y sancionar todos los delitos por ellos cometidos antes del 1 de diciembre de 2016 con ocasión, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado no internacional. La comparecencia implica una obligación igualmente integral, irreversible e irrestricta de contribuir a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición respecto del universo de conductas sobre las cuales la JEP y el SIVJNRN tienen asignada competencia. Cualquier manifestación dirigida a limitar las facultades de los órganos referidos o de las obligaciones anteriormente señaladas, carecerá de validez (...).

*El presupuesto subyacente a esta tesis es que la comparecencia voluntaria se define en extremos. Las personas o bien se someten integralmente a la justicia transicional, o bien permanecen en la jurisdicción ordinaria. Prima la competencia *ratione personae* y, en consecuencia, las restricciones o las condiciones sobre el universo de conductas, tanto tácitas como expresas, carecen de efecto. El epicentro ordenador del Sistema gira en torno de la persona que comparece. Es ella, primariamente, y no un grupo de delitos específicos, la que se somete a la justicia transicional⁹.*

15. Así, aunque es claro que el análisis material que deben realizar los órganos de la JEP para determinar su competencia recae sobre las conductas materiales que fueron informadas en la solicitud respectiva o aquellas otras sobre las cuales se tenga conocimiento, ello no quiere decir que a futuro esta Jurisdicción no pueda investigar, juzgar y sancionar los demás asuntos en los que posiblemente haya incurrido el compareciente, pues la comparecencia voluntaria y la obligatoria tienen efectos jurídicos análogos, en cuanto las dos son integrales, plenas e irrestrictas¹⁰.

16. Finalmente, en el **ámbito material**, la JEP tiene una competencia que, de una parte, se encuentra limitada a un conjunto taxativo de conductas, p.e. las

⁹ Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, auto TP-SA 019 de 21 de agosto de 2018, párr. 7.21 y 7.22

¹⁰ *Ibid.*, párr. 7.51.

señaladas en el artículo 23 de la Ley 1820 de 2016, esto es, los delitos políticos o conexos, y de otra, demarcada por una regla de textura abierta: los delitos cometidos “*por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado*”. Esto incluye “*las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario*” (artículo 5 transitorio del artículo 1 del A.L. 01 de 2017), pero se extiende a otro tipo de conductas que, aunque no pueden ser calificadas como tales, si guardan un nexo mediato o inmediato con el conflicto armado no internacional.

17. Determinar qué conductas específicas caben dentro de su ámbito de competencia material es tarea de la JEP, pues el A.L. 01 de 2017 no las enlista ni tipifica, así como tampoco define qué debe entenderse por “*delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto*”. Por ello, es válido afirmar que el carácter taxativo de la competencia se expresa de manera diferente en la JEP que en la justicia ordinaria. En esta última suele tener un carácter cerrado, como cuando se afirma que el competente para conocer de los delitos de homicidio es un determinado juez. En cambio, cuando el artículo 5 transitorio del artículo 1 del A.L. 01 de 2017 afirma que la JEP es competente para conocer de los “*delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado*”, se está igualmente ante una taxatividad, pero más abierta, lo que impone que tal expresión deba ser analizada a la luz de pautas que permitan definir su correcto significado, teniendo en cuenta los distintos momentos procesales en que se haga la evaluación y el material probatorio disponible.

18. Así, la evaluación de la relación con el conflicto, conforme a las pruebas del caso, tienen al menos tres momentos procesales relevantes: al definir la competencia, al resolver sobre los beneficios relacionados con la libertad otorgados por el Sistema y al decidir sobre los beneficios penales definitivos (amnistías, indultos, renuncia a la persecución penal, sanciones propias y alternativas, entre otros)¹¹. Es claro que en donde mejor se puede hacer el

¹¹ En la sentencia C-007 de 2018, la Corte Constitucional introdujo los conceptos de beneficios de menor y mayor entidad para referirse a aquellos relacionados con la libertad y con la definición de la situación jurídica de los comparecientes a la JEP, respectivamente: “*La*

análisis es en la última y decisiva fase, pues allí se espera ya contar con todos los elementos necesarios para establecer la relación buscada. Durante el desarrollo del proceso ante la JEP, igualmente se puede hacer una evaluación intermedia, con ocasión, por ejemplo, del otorgamiento de beneficios relacionados con la libertad, atendido el material probatorio que hasta ese momento se haya recaudado y contrastado. Y, necesariamente, debe hacerse una evaluación inicial de la relación con el conflicto, al comienzo del procedimiento ante la JEP, tomando en cuenta también los materiales disponibles que aún no han sido contrastados.

19. Esta situación impone considerar el estudio de la relación con el conflicto armado a partir de distintas intensidades, según el momento procesal y también acorde con los elementos de prueba disponibles. Así, tal análisis debe hacerse con una intensidad baja, media o alta, según el caso se encuentre en la etapa inicial –como cuando se define la competencia de la JEP–, intermedia –como cuando se estudia la concesión de beneficios de menor entidad del sistema– o final –como cuando se falla de fondo en relación con el otorgamiento de los beneficios de mayor entidad–.

20. Un análisis de baja intensidad de la competencia material para conocer de los *“delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado”* –que es la situación de la que en este caso se ocupa la Sección–, se puede fundamentar en la naturaleza del SIVJRN y, particularmente, *a)* en el estudio de cuatro principios orientadores del componente de justicia del sistema: la especialidad, la integralidad, la prevalencia y la complementariedad; y *b)* considerando el estado de cosas en materia de positivización del derecho aplicable que existe a nivel nacional e internacional.

Ley 1820 de 2016 establece la posibilidad de conceder amnistías, indultos, renuncia a la persecución penal (beneficios de mayor entidad); así como libertades y posibilidad de reclusión en espacios especiales (beneficios de menor entidad) a los participantes del conflicto armado, como se ha explicado ampliamente”.

a) Los principios de especialidad, integralidad, prevalencia y complementariedad como criterios para definir el marco de competencia material de la JEP

21. El carácter **especial** de la JEP se refleja en todos los aspectos propios de su función: desde la definición de su competencia hasta la imposición de sanciones a los responsables¹² y la posterior vigilancia del cumplimiento de sus decisiones, pasando por el régimen de beneficios previos. En esta oportunidad, la Sección analizará solo el primer aspecto.

21.1. La competencia es un sucedáneo concreto de un conjunto de principios que orientan el Estado de Derecho, entre otros el juez natural, el debido proceso y la estricta legalidad. La atribución de la función pública y en particular la de administrar justicia con la que transitoriamente se puede investir a ciertas personas, tiene como vía para su concreto ejercicio, una determinada capacidad también otorgada normativamente –la competencia–, cuya característica central, en general, es la de ser expresa y taxativa.

21.2. La especialidad de la JEP, sin embargo, impone una visión particular de la competencia, a partir de los objetivos principales del SIVJRN al que pertenece la jurisdicción. Tales objetivos tienen como eje central las víctimas. Las aspiraciones del sistema de obtener verdad, justicia, reparación, con miras a no repetir la tragedia del conflicto armado, tienen sentido en función de ellas. Como se sabe, las particularidades de la justicia transicional habilitan a los Estados para que, en la búsqueda de un bien social asaz valioso como la paz, varíen las condiciones habituales de aplicación de justicia a quienes han cometido delitos en el marco de la confrontación armada, a cambio, imperativamente, de obtener reparación, pero, especialmente, verdad acerca de lo sucedido.

¹² El esquema sancionatorio de la JEP no está definido en función de la gravedad de la conducta cometida, tal como ocurre en el régimen penal ordinario, sino en el aporte del victimario a la verdad y a la reparación de las víctimas, y en el momento en que se produce esta contribución.

21.3. La obtención de la verdad es una de las mayores necesidades de las víctimas y, de paso, una importante aspiración del colectivo social, razón por la que la JEP debe propiciar siempre las condiciones para que ese bien valioso se haga realidad. Y una ruta posible para ello es garantizando el acceso a esta justicia especial, que en el marco transicional no solo debe entenderse como un derecho de quien como presunto o comprobado autor o partícipe de una conducta criminal aspira a su ingreso al Sistema, sino también como un derecho fundamental de las víctimas a conocer la verdad. Queda así planteado el escenario como debe entenderse el derecho constitucional de acceso a la justicia en esta jurisdicción especial: mientras los aspirantes a ser juzgados por la JEP pueden tener como principal incentivo los beneficios diferenciados que provee el sistema, la jurisdicción espera que, como contrapartida, coadyuven con la obtención de la verdad.

21.4. Estas consideraciones tienen repercusiones prácticas a la hora de definir el ámbito de la competencia de la JEP, que pueden sintetizarse así: en el marco de la transicionalidad, la búsqueda de la verdad impone una concepción no restrictiva del derecho de acceso a la justicia especial de paz, lo que a su turno debe facilitarse con una comprensión amplia de la competencia.

21.5. Las particularidades señaladas del SIVJNR y de su componente de justicia, la JEP, marcan entonces la diferencia del entendimiento ordinario de la noción de competencia –taxativa y limitada–, de la interpretación especial impuesta, precisamente, por los derechos a la verdad y el acceso a la justicia.

22. De otra parte, el principio de **integralidad** tiene distintas acepciones. Una primera es la que, de acuerdo con la Corte Constitucional, sustenta la constitucionalidad de la expresión “*por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado*”, contenida en el artículo 2 de la Ley 1820 de 2016. Según la Corte, la expresión es válida porque obedece al interés del SIVJNR de evaluar “*todos los hechos del conflicto –incluidos los que guardan una relación indirecta con el mismo– para así construir, en el*

*ámbito de los procesos que se sigan ante la Jurisdicción Especial para la Paz, una verdad judicial (...)*¹³.

22.1. Así entendido, el principio de integralidad es funcional al enfoque holístico del funcionamiento de la JEP en cuanto órgano especial encargado de juzgar todo lo ocurrido en el conflicto armado colombiano en el más comprehensivo sentido de la expresión, pues habrá de dispensar justicia no solo respecto de las conductas relacionadas directamente con la confrontación bélica, sino también sobre las indirectas e incluso las motivadas por la guerra interna, tal como se expresa en la norma al hablar de situaciones generadas por causa o con ocasión de la misma confrontación. Igualmente puede considerarse parte del principio de integralidad, *“la complejidad del contexto, la extensión en el tiempo, el número de participantes y víctimas, así como el nivel de degradación, en función de los métodos de guerra utilizados”*¹⁴.

22.2. Una segunda acepción es la que ha sido utilizada por esta Sección de Apelación para definir el alcance de la competencia de la JEP en los casos de sometimiento voluntario¹⁵ (ver *supra* párr. 14 y 15). En efecto, es en aplicación del principio de integralidad, que la jurisprudencia ha podido sostener la tesis según la cual el sometimiento de los comparecientes voluntarios tiene los mismos efectos que el de los comparecientes obligatorios, de manera que la competencia de la JEP no está limitada o circunscrita al conocimiento de los hechos que éstos buenamente quieran relatar o develar en sus respectivas solicitudes de ingreso a esta jurisdicción especial, sino que podrán ser objeto de adjudicación todos aquellos acontecimientos que por distintos medios ésta pueda obtener.

22.3. La tercera acepción del principio de integralidad es la que se plantea como respuesta al desafío que tiene la JEP de hacer un completo y adecuado análisis jurídico de las conductas que son de su competencia a partir, de una

¹³ Sentencia C-007 de 2018, párr. 541.

¹⁴ *Ibíd.*, párr. 558.

¹⁵ Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, auto TP-SA 019 de 21 de agosto de 2018, párr. 7.7 a 7.49.

parte, de la interpretación y aplicación de la normatividad que existe en materia de derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional y, de otra, de la apropiación o reformulación, cuando sea el caso, conforme a las especificidades del caso colombiano, de los contenidos pertinentes de la jurisprudencia de los tribunales nacionales –Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Salas de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, principalmente– e internacionales –Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Penal Internacional, entre otras–, en asuntos de índole conceptual, pero también relacionados con la verdad, el contexto del conflicto colombiano, la reparación integral y las medidas de no repetición.

23. Ligado a la primera acepción del principio de integralidad, el tercer principio enunciado, que es el de **prevalencia**, atiende al propósito de concentrar en la JEP el conocimiento de los casos asociados al conflicto armado, para observarlos desde una perspectiva integral y funcional a los objetivos del SIVJRNR. Por ello –tal como lo ha precisado esta Sección¹⁶– se permite relevar a la justicia ordinaria del conocimiento de ciertos asuntos que involucran graves violaciones de los derechos humanos e infracciones del derecho internacional humanitario con el fin de superar la lógica del caso a caso, para avanzar en la construcción de una narrativa contextual y holística del conflicto armado interno, que satisfaga el derecho de las víctimas y de la sociedad a la verdad.

24. Finalmente, el principio de **complementariedad**, en los términos del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (Acuerdo Final), persigue que todos los componentes del Sistema trabajen de manera coordinada y armónica en procura de promover la defensa y realización de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición:

Para cumplir con este propósito [se refiere al propósito de garantizar los derechos de las víctimas] y avanzar en la lucha contra la impunidad, el Sistema Integral combina mecanismos judiciales que

¹⁶ Auto TP-SA 001 de 30 de abril de 2018.

*permiten la investigación y sanción de las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, en los términos que establece la Jurisdicción Especial para la Paz, con **mecanismos extrajudiciales complementarios** que contribuyan al esclarecimiento de la verdad de lo ocurrido, la búsqueda de los seres queridos desaparecidos y la reparación del daño causado a personas, a colectivos y a territorios enteros” (Punto 5.1, se resalta).*

24.1. Estos “mecanismos extrajudiciales complementarios” no son otros que los que junto con la JEP, integran el Sistema, que a voces del artículo 1 del A.L. 01 de 2017 son: (i) la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, (ii) la Unidad para la Búsqueda de personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado y (iii) las medidas de reparación integral para la construcción de paz y las garantías de no repetición. El diseño que trae tanto el Acuerdo Final como el primer acto legislativo que lo desarrolló, muestran claramente una estructura institucional guiada por la complementariedad para garantizar la completitud a la que aspira el Sistema: verdad a cargo de la Comisión de la Verdad; búsqueda de personas dadas por desaparecidas a cargo de la Unidad de Búsqueda; justicia, verdad, reparación y no repetición a cargo de la JEP; y reparación y no repetición a cargo esencialmente del gobierno nacional, sin perjuicio de la participación de otros órganos de Estado. Como se ve, la sola yuxtaposición parcial de algunos de los componentes del Sistema, pone de presente la mayúscula importancia de la complementariedad, por la que de hecho deben velar todas las instituciones concernidas. En aplicación de este principio, en consecuencia, la JEP debe verse a sí misma no solo como un mecanismo para ejercer la función investigativa, acusatoria y sancionatoria del Estado, sino como un escenario de esclarecimiento de la verdad y de construcción de la memoria colectiva y como un instrumento para la dignificación de las víctimas y para la construcción de una paz estable y duradera¹⁷, labor que necesariamente es colectiva y colaborativa.

24.2. Integralidad y complementariedad, en suma, se pueden considerar como dos principios afines pero claramente distinguibles, del particular sistema de

¹⁷ Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, auto TP-SA 019 de 21 de agosto 2018, párr. 6.4 a 6.37.

justicia transicional colombiano. El primero asociado a la estructura, competencia y funcionamiento del componente de justicia del Sistema –si se quiere, su versión endógena–; y el segundo, a la necesaria articulación de la JEP con los restantes “mecanismos extrajudiciales” creados para enfrentar, en términos holísticos, los desafíos propios para alcanzar una paz estable y duradera –lo que podría verse como su versión exógena–¹⁸.

25. En suma, al definir el alcance material de su propia competencia, en ejercicio de la autonomía de la que está investida, la JEP tiene el deber de examinar con el máximo cuidado la solicitud de ingreso de aquellas personas que, sin estar legalmente obligadas a comparecer ante ella, como lo son los agentes del Estado no miembros de la Fuerza Pública y los terceros civiles, deciden hacerlo de forma voluntaria porque objetivamente consideran que pueden obtener alguno de los beneficios penales previstos en el ordenamiento jurídico debido a que tienen un aporte importante que hacer en términos de verdad, reparación y de no repetición.

26. Tal decisión no puede tomarse a espaldas de las víctimas, pues con ello se desconocería su derecho a participar en las actuaciones que se surten ante la JEP¹⁹, a controvertir e impugnar las decisiones que los afectan y a contribuir, conforme al principio de construcción dialógica y deliberativa que inspira el

¹⁸ Con todo, la Corte Constitucional pareciera tener un entendimiento unívoco de los dos principios, a juzgar por la forma como justifica el examen constitucional de la expresión relación “indirecta” con el conflicto. La cita completa del párrafo cuya parte inicial antes se citó es la siguiente: “Y cuarta, en atención a que el uso de esta palabra tiene que ver con la integralidad a la que aspira el sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición; es decir, con la posibilidad de evaluar todos los hechos del conflicto –incluidos los que guardan una relación indirecta con el mismo– para así construir, en el ámbito de los procesos que se sigan ante la Jurisdicción Especial para la Paz, una verdad judicial que, en conjunto con la que se construirá en la Comisión Especial para el Esclarecimiento de la Verdad, contribuya a la comprensión de las causas profundas del conflicto armado interno, y, por esa vía, al diseño de garantías de no repetición para las víctimas y la sociedad en su conjunto”. Sentencia C-007 de 2018, párr. 541.

¹⁹ Ley 1922 de 2018, artículo 2: “Las víctimas podrán participar en los momentos establecidos para ello en la presente ley, por (i) sí mismas, o por medio de: (ii) apoderado de confianza; (iii) apoderado designado por la organización de víctimas; (iv) representante común otorgado por el Sistema Autónomo de Asesoría y Defensa administrado por la Secretaría Ejecutiva de la JEP; (v) de manera subsidiaria a las anteriores, apoderado que designe el sistema de defensa pública”.

funcionamiento de esta jurisdicción²⁰, en la consecución de los objetivos del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. Por tal razón, al momento de decidir si la JEP tiene o no competencia para conocer de una determinada conducta presuntamente cometida por un agente del Estado o un tercero civil, los órganos respectivos deben notificar lo resuelto a la Secretaría Ejecutiva de la JEP, que tiene a su cargo la asesoría y la representación legal de las víctimas dentro del Sistema Autónomo de Asesoría y Defensa –SAAD–²¹, así como a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación, entidades que en los términos de lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 2 de la Ley 1922 de 2018, tienen la obligación de *“promo[ver] conjuntamente mecanismos de organización y participación colectiva de las víctimas frente a los procesos adelantados ante la jurisdicción especial para la Paz”*. Y, en caso de duda sobre la decisión a tomar, la sala respectiva deberá dar aplicación a lo previsto en el artículo 48 de la Ley 1922 de 2018, que la faculta expresamente para convocar a una audiencia en la que el compareciente, su defensor, las víctimas que hayan acreditado al menos sumariamente tal calidad, sus representantes y el Ministerio Público, podrán presentar los argumentos y pruebas que respaldan o rechazan la posibilidad de que la JEP asuma competencia en un evento determinado.

27. Entonces, no es irrelevante, para los fines del Sistema, que justamente quien no está legalmente obligado a comparecer a la JEP, manifieste su intención de someterse a ella, pues en la lógica del SIJVRNR, tal decisión conlleva el especial compromiso de aportar verdad plena, entendida en los términos del artículo 5 transitorio del A.L. 01 de 2017: *“[a]portar verdad plena significa relatar, cuando se disponga de los elementos para ello, de manera exhaustiva y detallada las conductas cometidas y las circunstancias de su comisión, así como las informaciones necesarias y suficientes para atribuir*

²⁰ Ley 1922 de 2018, artículo 27: *“En el marco de los principios de justicia restaurativa y centralidad de las víctimas previstos en el Título, Primero de esta Ley, las salas, y las secciones cuando corresponda, podrán adoptar las medidas que estimen oportunas e idóneas para promover la construcción dialógica de la verdad entre los sujetos procesales e intervinientes, que propendan por la armonización y sanación individual, colectiva y territorial, y promoverán la construcción de acuerdos aplicando criterios de razonabilidad y proporcionalidad, en todas las fases del procedimiento. En algunos casos, podrán tomar en cuenta las prácticas restaurativas de las justicias étnicas”*.

²¹ Reglamento general de la JEP, artículo 93.

responsabilidades, para así garantizar la satisfacción de los derechos de las víctimas a la reparación y a la no repetición”.

28. Al imponer de entrada un alto rigor dogmático y probatorio relacionado con el entendimiento que debe darse a la conexión de la conducta con el conflicto armado por quien manifiesta voluntariamente su intención de someterse a la JEP, esto es, de acceder a ella y de acogerse al procedimiento de reconocimiento de verdad y de aceptación de responsabilidades, se estaría cercenando irremediabilmente la posibilidad de conocer hechos o situaciones que pueden haber permanecido ocultas hasta el momento y que resultan relevantes a efectos de reconstruir y develar los crímenes del pasado, y de desvertebrar las redes y estructuras delictuales responsables de haberlos cometido con miras a garantizar su no repetición.

29. En contra de lo anterior, podría afirmarse que, en este evento, la afectación del derecho de las víctimas y de la sociedad a la verdad no es más que aparente pues el solicitante tiene la posibilidad de acudir a la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, órgano que en el marco del SIVJRNR *“busca conocer la verdad de lo ocurrido en el marco del conflicto y contribuir al esclarecimiento de las violaciones e infracciones cometidas en mismo y ofrecer una explicación amplia de su complejidad a toda la sociedad; promover el reconocimiento de las víctimas y el reconocimiento voluntario de las responsabilidades individuales o colectivas de quienes participaron directa e indirectamente en conflicto armado; y promover la convivencia en los territorios para garantizar la no repetición”* (A.L. 01 de 2017, artículo transitorio 2).

30. Sin embargo, esta objeción no es de recibo por dos razones fundamentales. En primer lugar, porque un razonamiento como el propuesto contradice el fundamento mismo del principio de complementariedad, según el cual los órganos del Sistema son complementarios y no excluyentes entre sí, por lo cual cada uno de ellos tiene, en el marco de sus respectivas atribuciones, la potencialidad de hacer contribuciones distintas, pero igualmente relevantes al

esclarecimiento de la verdad. En segundo lugar, porque solo la JEP cuenta con un sistema estricto y robusto de incentivos y condicionalidades que opera como un estímulo para que los presuntos responsables de los crímenes cometidos rindan cuentas de sus actos y contribuyan al esclarecimiento de la verdad. En términos prácticos esto significa que es más probable que quien tiene algo que aportar a la verdad y a la reparación, decida acudir ante la JEP antes que a la Comisión de Esclarecimiento solo por el hecho de que hacerlo ante el primer órgano, y no ante el segundo, le puede reportar algún tratamiento penal especial.

31. En cualquier caso, es importante aclarar que tanto el ingreso a la JEP como el acceso y el mantenimiento de los beneficios del Sistema están sujetos a un régimen estricto de condiciones. Por ello, todos los comparecientes, pero especialmente aquellos que tienen carácter voluntario, como es el caso de los terceros civiles y los agentes del Estado no miembros de la Fuerza Pública, deben asumir un compromiso concreto, programado y claro con la realización de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, desde el momento mismo en que manifiestan su intención de someterse a esta jurisdicción. En palabras de la Sección de Apelación:

9.17. En consecuencia, el compareciente debe exponer de manera concreta en qué pretende prestar una contribución positiva a la satisfacción de los principios que están en la base de la justicia transicional, concebida como haz de instituciones para promover el paso del conflicto a una paz estable y duradera, fruto de la reparación integral de los daños causados a las víctimas y a la sociedad. Esto supone, por ende, identificar sobre cuáles hechos aportará relatos veraces, qué parte de la realidad del conflicto coadyuvará a esclarecer, en qué clase de programas de reparación puede participar para resarcir a las víctimas, qué tipo de colaboración puede extender a los demás organismos del SIVJNR, cuáles son sus aportes efectivos a la no repetición, entre otros puntos, todo lo cual debe evaluarse a la luz del deber del compareciente, que opta por el canal de reconocimiento de los hechos, de aportar verdad plena (...).

9.18. Este compromiso debe ser programado. Es decir, el compareciente que aspira a acceder a la JEP debe presentar un programa aceptable de participación en la justicia transicional, que ha de contener una mínima relación de las condiciones de tiempo (cuándo), modo (cómo o con qué medios de prueba o mecanismos de revelación de la verdad) y, en ocasiones, también de lugar (dónde), en las cuales hará las contribuciones materiales efectivas a los principios

de verdad, justicia, reparación y no repetición. Este es un programa de dignificación de las víctimas que a la vez sirve al interés de una justicia efectiva, pues ofrece un título a partir del cual la JEP y las instituciones de la justicia transicional pueden hacer un monitoreo preciso al cumplimiento de las contribuciones.

9.19. Por ejemplo, un programa de contribuciones efectuado por una persona involucrada en actos de desaparición forzada podría presentarle a los órganos del Sistema fechas tentativas, pero serias, de señalamiento del sitio donde se ubiquen los restos de la persona. También podría señalarse la forma como se ha de probar el contexto en el cual ocurrieron los hechos, así como descubrir otros aspectos relativos a la participación criminal y a la empresa delictiva de la cual formaba parte el acto.

9.20. Finalmente, el compromiso debe ser claro, toda vez que la realización efectiva de los derechos de las víctimas exige arreglos que, además de ser concretos y programados, sean transparentes para permitirle a la JEP gestionar su cumplimiento²².

32. La Sección entiende así, que la aceptación del ingreso voluntario a la JEP es sí mismo un beneficio del SIVJRNR –de hecho es el beneficio originario del cual se desprenden todos los demás²³–, por lo que está supeditado al régimen de condicionalidades, que se manifiestan inicialmente en un compromiso concreto, programado y claro de contribuir con la realización de los derechos de las víctimas, pero que a medida que avanzan los procedimientos, se tiene que ir materializando y concretando como condición necesaria para acceder y mantener los otros beneficios del Sistema, sin perjuicio de que pueda sufrir modificaciones o adaptaciones como resultado de los procesos de construcción deliberativa y dialógica que ocurran al interior de la JEP:

(...) es claro que por el momento inicial en el cual se hace exigible, este compromiso no tiene que contener una contribución a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición, igual a la que sería exigible para adquirir o mantener tratos especiales en etapas posteriores. Se supone que conforme avanzan los procedimientos, las condiciones pueden cualificarse progresiva e incrementalmente. Por ejemplo, en instancias avanzadas, a un compareciente se le podría exigir como condición de acceso o mantenimiento de un beneficio un reconocimiento completo, detallado y exhaustivo de los hechos que lo comprometen o que integran el contexto de su conducta, así como una garantía concreta y efectiva de no repetición. Sin embargo, esto no sería apropiado en la recepción inicial del asunto por la justicia, dado que se supone que el

²² Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, auto TP-SA 019 de 21 de agosto 2018.

²³ *Ibíd*, párr. 9.21.

proceso dialógico con las víctimas y las instituciones de la transición, del que se ocupan las reglas de procedimiento, no ha rendido sus frutos madurados y no podría proporcionar un esclarecimiento comprensivo de las circunstancias de las violaciones que sí podría ofrecerse en un estadio ulterior²⁴ (...)

(...)

9.22. Los programas que convengan los solicitantes para satisfacer las condiciones proactivas y previas señaladas no pueden ser entendidos, sin embargo, como promesas y manifestaciones péticas, que frustren su posterior discusión y adaptación fruto de la interacción con las víctimas. El principio dialógico contenido en la Ley 1922 de 2018, referente a todas las actuaciones y procedimientos surtidos en la JEP es, en esencia, un llamado a la construcción colectiva con miras al logro de un propósito común. De la inauguración o reactivación de procesos comunicativos entre víctimas y presuntos responsables, bajo el arbitrio del juez transicional, pueden surgir mejores programas para el esclarecimiento de la verdad, la impartición de justicia, la reparación y el ofrecimiento de garantías de no repetición. Los derechos de quienes han sufrido las injusticias del conflicto no convierten a sus titulares en receptores pasivos de aportes voluntarios de los procesados o de hallazgos de la Jurisdicción. Por el contrario, les confieren potestades (poderes jurídicos) para actuar y liderar procesos individuales, colectivos y sociales de reconstrucción. Que las víctimas sean protagonistas en el Sistema significa que deben ser ellas las principales beneficiarias, pero también, que son ellas quienes, a partir de su experiencia, conocimiento y persistencia, pueden orientar a esta jurisdicción sobre la manera como ha de ser recompuesto lo que el conflicto destruyó²⁵.

33. En suma, si un tercero o un agente del Estado no miembro de la Fuerza Pública revela su compromiso concreto, programado y claro de contribuir a la satisfacción de los derechos de las víctimas y a la consecución de los objetivos del Sistema, cumple con las condiciones de acceso a la JEP. Sin embargo, ello no le otorga automáticamente el derecho a recibir alguno de los beneficios jurídicos previstos en el A.L. n.º 01 de 2017 y en la Ley 1820 de 2016²⁶, pues el acceso a cada uno de ellos depende, a su vez, del cumplimiento de otra serie de condiciones que consisten en contribuciones materiales y efectivas a los objetivos del SIVJRN.

²⁴ [154] El literal b) del artículo 1 de la Ley 1922 de 2018 prevé como uno de los principios esenciales de las actuaciones y procedimientos de la JEP su carácter dialógico y deliberativo.

²⁵ Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, auto TP-SA 019 de 21 de agosto 2018, párr. 9.15 y 9.22.

²⁶ Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones.

34. En otras palabras, el hecho que la JEP decida asumir competencia para conocer de una determinada conducta porque su presunto responsable afirma que puede aportar al esclarecimiento de este o de otros hechos relacionados con el conflicto armado y al desmantelamiento de las redes criminales, no implica que la persona necesariamente recibirá alguno de tales beneficios, pues en cualquier caso debe demostrarse que la conducta sí fue cometida por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado y que se cumplen con los requisitos del régimen de condicionalidades previstos en el ordenamiento jurídico.

35. De hecho, no cumplir los compromisos adquiridos con la JEP puede conllevar consecuencias adversas para el solicitante, que van desde la pérdida de los beneficios previos hasta la exclusión de esta jurisdicción²⁷, pasando por la gradualidad de las sanciones existentes puesto que el nivel de contribución a los objetivos del Sistema determina, al menos parcialmente, la entidad de los beneficios susceptibles de ser otorgados, de la misma manera que la dimensión y la gravedad del incumplimiento de las condiciones determina el alcance de la pérdida del tratamiento especial. Y no podría ser de otra forma porque –como tuvo oportunidad de señalarlo la Corte Constitucional– la flexibilización de los estándares regulares y ordinarios de justicia tiene sentido y se justifica si y solo si esto tiene “(...) *como contrapartida una ganancia en términos de acceso a la verdad, de la reparación integral a las víctimas, y de implementación de garantías de no repetición de los hechos que dieron lugar a la vulneración de derechos*”²⁸.

b) *El estado de cosas en materia de positivización del derecho aplicable a nivel nacional e internacional*

²⁷ “En caso de haberse emitido decisión en firme por parte de la JEP, en la que se encuentre demostrado que el incumplimiento constituye causal para que la jurisdicción ordinaria asuma competencia para investigar los hechos, se remitirá el expediente a quien fuere competente dentro de la jurisdicción ordinaria para tal efecto, en el término de los 5 (cinco) días siguientes, a la ejecutoria e la decisión que determinó la existencia de incumplimiento (...)”.

Parágrafo 1 del artículo 67 de la Ley 1922 de 2018.

²⁸ Sentencia C-674 de 2017, F.J. 5.1.1.1.

36. El derecho aplicable al interior de la JEP no sólo está constituido por las normas del ordenamiento jurídico interno, sino también por el *corpus iuris* de Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional²⁹. Esta expresión, que fue introducida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a su vez, refiere a un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)³⁰ y a las interpretaciones que de ellos han hecho los organismos encargados de vigilar su implementación y cumplimiento³¹.

37. Así, sin perjuicio del deber que tiene de hacer una calificación jurídica propia de las conductas que son de su conocimiento, consagrado en el artículo 5 del artículo 1 del A.L. n.º 01 de 2017, la JEP, al adoptar sus decisiones y resoluciones, debe hacer una interpretación y aplicación del bloque normativo y jurisprudencial que existe a nivel interno e internacional en orden a dar claridad conceptual a aspectos centrales del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), como lo es aquél que define el alcance material de su competencia.

38. A nivel normativo, interesa señalar, en primer término, que el párrafo primero del artículo 11 de la Ley 1922 de 2018 establece que las conductas delictivas relacionadas con *“financiar, patrocinar, promover o auspiciar la conformación, funcionamiento y operación de grupos armados organizados al margen de la ley son competencia de la JEP siempre que estén relacionadas con el conflicto armado interno”*.

²⁹ En línea con lo anterior, el artículo 5 transitorio del artículo 1 del A.L. 01 de 2017 dispone que la calificación jurídica de las conductas que son de conocimiento de la JEP *“(…) 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”*.

³⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/1999.

³¹ *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004.

39. Por su parte, el artículo 23 transitorio del artículo 1 del A.L. n.º 01 de 2017, también ofrece algunas pautas hermenéuticas para determinar la vinculación de la conducta con el conflicto armado no internacional:

Artículo transitorio 23º. Competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz. *La Jurisdicción Especial para la Paz tendrá competencia sobre los delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado (...). Para el efecto se tendrán en cuenta los siguientes criterios:*

- a. *Que el conflicto armado haya sido la causa directa o indirecta de la comisión de la conducta punible o,*
- b. *Que la existencia del conflicto armado haya influido en el autor, partícipe o encubridor de la conducta punible cometida por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto, en cuanto a:*
 - *Su capacidad para cometerla, es decir, a que por razón del conflicto armado el perpetrador haya adquirido habilidades mayores que le sirvieron para ejecutar la conducta.*
 - *Su decisión para cometerla, es decir, a la resolución o disposición del individuo para cometerla.*
 - *La manera en que fue cometida, es decir, a que, producto del conflicto armado, el perpetrador de la conducta haya tenido la oportunidad de contar con medios que le sirvieron para consumarla.*
 - *La selección del objetivo que se proponía alcanzar con la comisión del delito.*

40. Aunque esta norma se encuentra incorporada en el capítulo VII del A.L. 01 de 2017, por lo que en principio solo es aplicable a los miembros de la Fuerza Pública, puede emplearse para definir de manera general la relación entre un comportamiento y el conflicto armado, debido a que la mayoría de estos criterios –con el excepción del que refiere al elemento subjetivo de la conducta, que está dado por el propósito de enriquecimiento personal ilícito–, reflejan los desarrollos de la jurisprudencia internacional. En efecto, el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia TPIY ha señalado que la relación de la conducta con el conflicto armado existe en la medida en que “*el crimen sea moldeado por o dependiente del ambiente en el que se ha cometido –vg. el conflicto armado–*”:

(...) Las leyes de la guerra aplican en todo el territorio de los Estados enfrentados o, en el caso de conflictos armados internos, en todo el territorio que esté bajo control de una de las partes en conflicto, sea o no que en el lugar se produzca un enfrentamiento armado, y continúan aplicándose hasta que haya una conclusión general de paz o, en el caso de conflictos armados internos, hasta que se alcance un acuerdo pacífico. Una violación de las leyes y costumbres de la guerra puede ocurrir en un momento y lugar en que no se producen enfrentamientos. Como lo indicó la Sala de Primera Instancia, el requisito de que los actos del acusado deben estar estrechamente relacionados con el conflicto armado no se vería negado si los crímenes fueran temporal y geográficamente lejanos del combate como tal. Sería suficiente, por ejemplo, para el propósito de este requisito, que los presuntos crímenes estuvieran cercanamente relacionados con las hostilidades que ocurren en otras partes del territorio que estén controladas por las partes del conflicto.

En últimas, lo que distingue un crimen de guerra de un delito puramente doméstico es que el crimen de guerra ha sido formado o es dependiente del ambiente –el conflicto armado– en el cual se comete. No necesita haber sido planeado o apoyado por algún tipo de política. El conflicto armado no debe haber sido causal para la comisión del delito, pero la existencia del conflicto armado necesita, por lo menos, haber jugado una parte sustancial en la habilidad del autor de cometerlo, su decisión de cometerlo, la forma en la cual se cometió o el propósito por el cual se cometió. Por lo tanto, si se puede establecer, como en el presente caso, que el autor actuó en desarrollo o bajo la guisa del conflicto armado, sería suficiente para concluir que los actos están cercanamente relacionados con el conflicto armado³².

³² “(...) The laws of war apply in the whole territory of the warring states or, in the case of internal armed conflicts, the whole territory under the control of a party to the conflict, whether or not actual combat takes place there, and continue to apply until a general conclusion of peace or, in the case of internal armed conflicts, until a peaceful settlement is achieved. A violation of the laws or customs of war may therefore occur at a time when and in a place where no fighting is actually taking place. As indicated by the Trial Chamber, the requirement that the acts of the accused must be closely related to the armed conflict would not be negated if the crimes were temporally and geographically remote from the actual fighting. It would be sufficient, for instance, for the purpose of this requirement, that the alleged crimes were closely related to hostilities occurring in other parts of the territories controlled by the parties to the conflict. //What ultimately distinguishes a war crime from a purely domestic offence is that a war crime is shaped by or dependent upon the environment – the armed conflict – in which it is committed. It need not have been planned or supported by some form of policy. The armed conflict need not have been causal to the commission of the crime, but the existence of an armed conflict must, at a minimum, have played a substantial part in the perpetrator’s ability to commit it, his decision to commit it, the manner in which it was committed or the purpose for which it was committed. Hence, if it can be established, as in the present case, that the perpetrator acted in furtherance of or under the guise of the armed conflict, it would be sufficient to conclude that his acts were closely related to the armed conflict. The Trial Chamber’s finding on that point is unimpeachable”. TPIY, *Fiscal v. Kunarac, Kovač & Vuković*, Sala de Apelación, sentencia del 12 de junio de 2002, párrs. 57 y 58. Traducción no oficial.

41. Adicionalmente, el TPIY ha señalado que no hace falta que el crimen cometido en el contexto del conflicto haya sido planeado ni apoyado por una política, ni que se desarrolle en medio de los combates o enfrentamientos, puesto que “(...) *el alcance temporal y geográfico de los conflictos armados internos e internacionales se extiende más allá del tiempo y del lugar exacto de las hostilidades*”³³.

42. Por su parte, la Corte Penal Internacional –CPI– ha definido el nexo con el conflicto armado como la relación estrecha del crimen con las hostilidades. Esto significa que el conflicto armado debe haber jugado 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, o en la selección del objetivo que se pretendía alcanzar con la comisión del delito. Sin embargo, no es necesario que el conflicto armado haya sido la causa de la comisión del crimen, ni que ésta haya tenido ocurrencia en medio de los enfrentamientos u hostilidades³⁴.

43. En el ámbito interno, la jurisprudencia penal internacional ha tenido honda repercusión, pues son varios los tribunales nacionales que han incorporado los criterios allí esbozados a efectos de establecer la existencia de un nexo cercano entre un determinado hecho y el conflicto armado no internacional. Así lo hizo la Corte Constitucional al juzgar la exequibilidad del artículo 135 de la Ley 599 de 2000, que tipifica el delito de homicidio en persona protegida³⁵, del artículo 3º de la Ley 1148 de 2011, por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado y se dictan otras disposiciones³⁶, y de la Ley 1820 de 2016, que desarrolla normativamente lo previsto en el Acuerdo Final en materia de amnistías, indultos y tratamientos penales diferenciados³⁷.

³³ “(...) *the temporal and geographical scope of both internal and international armed conflicts extends beyond the exact time and place of hostilities*”. Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. Caso del Fiscal v. Duško Tadić, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995. Párrafo 67. Traducción no oficial.

³⁴ Corte Penal Internacional, caso Germain Katanga, decisión de confirmación de cargos, documento ICC-01/04-01/07, 30 de septiembre de 2008, párrafo 380 y ss.

³⁵ Sentencia C-291 de 2007, F.J. 1.2.3.

³⁶ Sentencia C-781 de 2012, F.J. 6.

³⁷ Sentencia C-007 de 2018, párr. 517.

44. Lo mismo hizo Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia –CSJ– al decidir sobre la adecuación típica de los llamados *falsos positivos* y sobre el reconocimiento de los beneficios previstos para los miembros de la Fuerza Pública en la Ley 1820 de 2016. En el primer caso, la jurisprudencia penal internacional le permitió a la CSJ abandonar la postura según la cual estos crímenes debían calificarse como homicidios agravados, para concluir que se trata de homicidios en persona protegida:

*(...) la jurisprudencia internacional ha proporcionado distintos criterios para determinar la existencia de un nexo cercano entre un determinado hecho o situación y el conflicto armado internacional o interno en el que ha tenido lugar, tales como la calidad de combatiente del perpetrador, la condición de no combatiente de la víctima, el hecho de que la víctima sea miembro del bando opuesto, que el acto pueda ser visto como un medio para lograr los fines últimos de una campaña militar, o cuando el acto haya sido cometido como parte de los deberes oficiales del perpetrador, o en el contexto de dichos deberes*³⁸.

También ha precisado la jurisprudencia extranjera, en casos de comisión de crímenes de guerra, que es suficiente establecer que “el perpetrador actuó en desarrollo o bajo la apariencia del conflicto armado”³⁹ (subrayas fuera de texto), y que “el conflicto no debe necesariamente haber sido la causa de la comisión del crimen, sino que la existencia del conflicto debe haber jugado, como mínimo, una parte sustancial en la capacidad del perpetrador para cometerlo, en su decisión de cometerlo, en la manera en que fue cometido o en el objetivo para el que se cometió”⁴⁰ (subrayas fuera de texto).

(...).

*No hay duda que la oprobiosa práctica de los llamados falsos positivos, en virtud de la cual miembros de las fuerzas armadas causan la muerte a ciudadanos inermes ajenos al conflicto armado, en cuanto carecen del carácter de combatientes por no formar parte de los grupos institucionales y no institucionales involucrados en la contienda interna, ni participar de la misma, para después mostrarlos ante la opinión pública y sus superiores como bajas de un grupo armado ilegal en supuestos escenarios de combate y a partir de ello obtener beneficios como permisos, felicitaciones en la hoja de vida o ascensos, se encuentra íntimamente vinculada con el conflicto armado interno, pues éste es condición necesaria para que tengan lugar tales desmanes*⁴¹.

³⁸ [7] Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002.

³⁹ [8] *Ídem*.

⁴⁰ [9] Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, casos de Fiscal vs. Enver Hadzihasanovic y Amir Kubura, sentencia del 15 de marzo de 2006, y Fiscal vs. Sefer Halilovic, sentencia del 16 de noviembre de 2005.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 28 agosto de 2013, rad. 36460. En el mismo sentido, véase la sentencia de 30 de abril de 2014, rad. 43248.

45. En el segundo caso, le permitió concluir que el hecho se entiende cometido por causa, con ocasión o en relación directa con el conflicto armado interno, aunque no haya ocurrido en el marco de un combate o enfrentamiento armado, sino, por ejemplo, en cumplimiento de labores de patrullaje o de vigilancia militar del territorio o de la población⁴²:

(...) esta Sala de Casación Penal reconoce que el conflicto armado responde a un espectro espacio-temporal y modal mucho más amplio que el mero escenario de las confrontaciones armadas entre dos o más bandos. En este sentido ha señalado que:

[...]es claro que el conflicto armado se desarrolla a través de distintas manifestaciones, una de ellas el combate entre las fuerzas armadas que protagonizan las hostilidades, no siendo esa su única forma de materialización. Así, las acciones militares “sostenidas y concertadas” incluyen labores de patrullaje y todas aquellas dirigidas a ejercer control sobre ciertos sectores de la población o la restricción de su movilización, entre otras, siendo a partir de la constatación de su presencia que puede predicarse precisamente la existencia de un control territorial [...] Naturalmente, cualquiera sea la manifestación del conflicto, subsiste para los miembros de las organizaciones armadas ilegales la obligación de mantener al margen de su accionar a las personas y bienes protegidas por el D.I.H.⁴³.

46. Finalmente, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá también ha incorporado los criterios definidos por el TPIY para determinar la existencia de un nexo cercano entre un determinado hecho o situación y el conflicto armado no internacional a efectos de hacer la calificación jurídico penal de los hechos sometidos a su conocimiento. Empero, ha señalado que tal calificación debe realizarse en cada caso por el operador judicial, luego de contrastar los hechos concretos con los elementos objetivos pertinentes⁴⁴.

47. Vistos en conjunto, los elementos normativos y jurisprudenciales atrás reseñados “operan como elementos que orientan la función de apreciación de los hechos por parte de los órganos de la JEP”⁴⁵, con miras a precisar cuándo

⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 2 de agosto de 2017, rad. 42589.

⁴³ [14] CSJ SP, 27 ene. 2010, rad. 29753.

⁴⁴ Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia de 16 de abril de 2012, párr. 583 y 610.

⁴⁵ C-007 de 2018, párr. 540.

una determinada conducta ha sido cometida “*por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto*”. Pese a todo, es forzoso reconocer que los referentes extraídos de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales tienen, al interior de la JEP, un ámbito de aplicación limitado, atendiendo al contexto fáctico en el que se profirieron. En efecto, dichos tribunales –a diferencia de la JEP, cuya competencia es más amplia– fueron constituidos esencialmente para investigar y sancionar crímenes de guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad⁴⁶, por lo que los criterios reseñados no agotan los criterios de conexidad de una conducta punible con el conflicto, pertinentes para el ordenamiento transicional de Colombia. La referencia a los fallos del TPIY y la CPI tiene una fuerza doctrinal, y se convierten así en un criterio auxiliar de interpretación para que las Salas y Secciones de esta jurisdicción determinen si un hecho es conexo al conflicto, cuando quien lo cometa pertenezca a los grupos que participaron directamente en las hostilidades, pero no –como sucede en el caso concreto– para determinar si una conducta atribuida a un agente del Estado no perteneciente a la Fuerza Pública fue cometida o no por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

48. Los órganos de la JEP tienen, entonces, el reto enorme de construir una dogmática propia que complemente y expanda el aporte que han hecho los tribunales penales internacionales a la construcción del *corpus iuris* de Derechos Humanos, Derecho internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional. Para ello deben empezar por reconocer que algunas de las construcciones dogmáticas que emanan de su jurisprudencia tienen una utilidad limitada en un conflicto armado como el colombiano, caracterizado –en los términos de la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas⁴⁷– por su complejidad, irregularidad, prolongación y degradación. De lo contrario, se corre el riesgo de excluir del ámbito de competencia material de la JEP un

⁴⁶ Conforme a lo dispuesto en el Estatuto de Roma, la Corte Penal Internacional también tiene competencia para conocer del crimen de agresión (artículo 1).

⁴⁷ Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas. “*Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*”, febrero de 2015, p. 43-47, disponible en: http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/mesadeconversaciones/PDF/Informe%20Comisi_n%20Hist_rica%20del%20Conflicto%20y%20sus%20V_ctimas.%20La%20Habana%2C%20Febrero%20de%202015.pdf

sin número de conductas que no pueden ser legalmente catalogadas como crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, pero que sí guardan una relación directa o indirecta con el conflicto armado.

49. Dicho en otros términos, la evaluación del nexo de una determinada conducta con el conflicto armado no internacional no puede hacerse únicamente con los presupuestos de los crímenes mencionados, pues esto imprime a la noción un alcance en extremo restrictivo y limitado a las confrontaciones estrictamente militares, que en principio solo resultan atribuibles quienes participan directamente en las hostilidades, y no a otro grupo de actores relevantes, como es el caso de los terceros y los agentes del Estado que no son miembros de la Fuerza Pública, cuya participación puede considerarse, *prima facie*, que tiene un carácter indirecto.

50. Los conceptos de participación directa e indirecta han sido precisados por el Comité Internacional de la Cruz Roja como desarrollo del principio de distinción. El primero comprende todos esos actos que tienen, al menos, la potencialidad de tener efectos adversos sobre las operaciones militares o sobre la capacidad militar de una de las partes enfrentadas. El segundo, refiere a la contribución que puede hacer una persona al esfuerzo general de guerra, pero sin que su conducta tenga por propósito o resultado causar un daño directo al enemigo:

En términos generales, además de la conducción propiamente dicha de las hostilidades, podía decirse que el esfuerzo general de guerra incluye todas las actividades que objetivamente contribuyen a la derrota del adversario (v.gr. fabricación, producción y envío de armas y equipamiento militar, construcción y reparación de carreteras, puertos, aeropuertos, puentes, ferrocarriles y otras estructuras ajenas al contexto de operaciones militares concretas); en cambio, las actividades de apoyo a la guerra, incluirían adicionalmente actividades políticas, económicas o con los medios de comunicación en apoyo del esfuerzo general de guerra (v.gr. propaganda política, transacciones financieras, producción agrícola o producción industrial no militar)⁴⁸.

⁴⁸ Nils Melzer. *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades, según el derecho internacional humanitario*. Comité Internacional de la Cruz Roja, diciembre de 2010, p. 51. Disponible en: https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0990.pdf

51. Lo anterior resalta la importancia de conocer y analizar el contexto o las circunstancias en el que las conductas se producen y profundizar en las motivaciones de todos los actores involucrados a fin de descubrir si logran inscribirse y de qué forma en la lógica de la confrontación armada. Ello porque, en los términos de los artículos 17 y 23 transitorios del artículo 1 del A.L. 01 de 2017, aplicables a los miembros de la Fuerza Pública y demás agentes del Estado, una conducta motivada exclusivamente en la intención de obtener un enriquecimiento de tipo individual carece de relación con el conflicto armado no internacional. En cambio, una conducta motivada en el propósito de favorecer los intereses militares, financieros, políticos o ideológicos de alguno de los actores armados, vistos como grupo y no de manera individual, sí puede entenderse, en principio, cometida por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

52. De todas formas es preciso insistir en que la regla que define la competencia material de la JEP debe interpretarse de modo que cumpla con los principios de especificidad, integralidad, prevalencia y complementariedad del SIVJRNR, que buscan que todos los participantes del conflicto armado – incluidos aquellos cuya responsabilidad ha permanecido oculta a lo largo de los años– rindan cuentas de sus actos, develen la estructura y el funcionamiento de sus respectivas redes criminales y contribuyan al esclarecimiento de los crímenes cometidos.

2) El delito de concierto para delinquir agravado y su relación con el conflicto armado no internacional

53. El delito de concierto para delinquir se caracteriza por la celebración entre dos o más personas de un acuerdo para la constitución de una sociedad o equipo que tiene como propósito realizar actividades delictivas indeterminadas. Al respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

El delito de concierto para delinquir tiene lugar cuando varias personas se asocian con el propósito de cometer delitos indeterminados, ya sean homogéneos, como cuando se planea la comisión de una misma especie de

*punibles, o bien heterogéneos, caso en el cual se acuerda la realización de ilícitos que lesionan diversos bienes jurídicos [3. Cfr. CSJ SP, Jul 22 de 2009, Rad. 27852]; desde luego, su finalidad trasciende el simple acuerdo para la comisión de uno o varios delitos específicos y determinados, en cuanto se trata de la organización de dichas personas en una *societas sceleris*, con vocación de permanencia en el tiempo.*

Es suficiente para la configuración del tipo penal que la persona haya pertenecido o formado parte de la empresa criminal, sin importar el momento en que se produjo su adhesión a la organización, sea al momento de su creación o mediante el socio con posterioridad, y tampoco interesan los roles que desempeña dentro de la misma.

En suma, el delito de concierto para delinquir requiere en primer lugar un acuerdo de voluntades entre varias personas; segundo, una organización que tenga como propósito la comisión de delitos indeterminados, aunque pueden ser determinables en su especie; tercero, la vocación de permanencia y durabilidad de la empresa acordada; y cuarto, que la expectativa de realización de las actividades propuestas permita suponer fundadamente que se pone en peligro la seguridad pública (CSJ SP, Jul 15 2008, Rad. 28362)⁴⁹.

54. De esta manera, el concierto constituye una empresa criminal que tiene por objeto la realización de un grupo indeterminado de delitos y que debe distinguirse de la coautoría para la comisión de varios delitos determinados. A este respecto la Corte Suprema de Justicia ha sido clara en señalar que para la configuración del delito de concierto para delinquir es necesario que el acuerdo verse sobre la realización de un número plural de actos para cometer uno o varios delitos con continuidad y permanencia⁵⁰.

55. El concierto para delinquir ha sufrido cambios importantes en su adecuación típica. Para el momento en que se cometieron los hechos que se le imputan al señor ASHTON GIRALDO, el delito se encontraba tipificado en el artículo 340 del Código Penal, modificado por el artículo 8 de la Ley 733 de 2000, en los siguientes términos⁵¹:

⁴⁹ Sala de Casación Penal, sentencia de 21 de febrero de 2018, rad. 51142.

⁵⁰ Sala de Casación Penal, sentencia de 23 de septiembre de 2003, rad. 17083.

⁵¹ Aunque actualmente la conducta consistente en organizar, promover o financiar grupos armados al margen de la ley no hace parte de la descripción típica del delito de concierto para delinquir, todavía se encuentra proscrita por el ordenamiento jurídico, pues la Ley 1121 de 2006 la incluyó de una forma más técnica dentro del delito de “[f]inanciación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada”, consagrado en el artículo 345 del Código Penal que reza: “El que directa o indirectamente provea, recolecte, entregue, reciba,

Concierto para delinquir. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta veinte mil (20.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir.

56. Según se ve, la norma establece varios tipos de prohibición autónomos: el acuerdo para la comisión de delitos indeterminados –inciso primero–, el acuerdo para la comisión de delitos determinados o de delitos dirigidos a la conformación, promoción o financiamiento de grupos al margen de la ley, o para armarlos –inciso segundo–, y la efectiva realización de las conductas indicadas en la misma norma –inciso tercero–. En síntesis, el tipo objetivo de concierto para delinquir “*implica el acuerdo para cometer delitos, independientemente de los que se cometan*”⁵². Por tal razón, la jurisprudencia lo ha caracterizado como un delito de mera conducta y de peligro contra la seguridad pública, independiente de los delitos específicos que comete la organización, y que no exige la constatación de un resultado concreto, ni la obtención de un beneficio específico para ninguna de las partes⁵³. De acuerdo con la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el concierto para delinquir se tipifica cuando se dan los siguientes supuestos: primero, la existencia

administre, aporte, custodie o guarde fondos, bienes o recursos, o realice cualquier otro acto que promueva, organice, apoye, mantenga, financie o sostenga económicamente a grupos de delincuencia organizada, grupos armados al margen de la ley o a sus integrantes, o a grupos terroristas nacionales o extranjeros, o a terroristas nacionales o extranjeros, o a actividades terroristas, incurrirá en prisión de trece (13) a veintidós (22) años y multa de mil trescientos (1.300) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

⁵² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 9 de septiembre de 2009, rad. 31943.

⁵³ Corte Constitucional, sentencia C-334 de 2013; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias de 25 de noviembre de 2008, rad. 26942 y de 15 de septiembre de 2010, rad. 28835.

permanente de una organización con objetivos delictivos; segundo, que los miembros de dicha organización se hayan agrupado voluntariamente con un objetivo en común; y, por último, que dicho objetivo ponga en peligro la seguridad pública, entendida no como la conservación del *statuo quo*, sino como “(...) *el mantenimiento de las condiciones materiales mínimas para el ejercicio de los derechos humanos, entre otros el de libertad*”⁵⁴.

57. Lo anterior no significa que exista identidad entre el delito de concierto para delinquir simple y el agravado, pues –en palabras de la Corte Suprema–, desde el punto de vista político-criminal, el primero tiene el propósito de enfrentar la delincuencia común, mientras que el segundo se orienta a la persecución de aparatos organizados de poder. Además, desde el punto de vista dogmático, las dos conductas se diferencian en punto al elemento subjetivo del tipo penal:

*Como acaba de verse, la defensa insiste en la tesis de que los elementos del concierto para delinquir agravado (aparte segundo del artículo 340 del código penal) se asimilan dogmáticamente al concierto para delinquir simple (aparte primero del texto legal citado), lo cual es inaceptable. En primer lugar, porque desde el punto de vista político criminal, el concierto para delinquir simple se dirige a enfrentar la delincuencia convencional, mientras que el agravado sancionar los aparatos organizados de poder. En segundo lugar, precisamente por lo indicado, la ultrafinalidad o el elemento subjetivo de los tipos penales difieren en su contenido, debido a que en el concierto para delinquir simple el designio es cometer delitos, cualquiera que ellos sean, mientras que en el agravado el concierto tiende a promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, que es como se manifiestan los aparatos organizados de poder*⁵⁵.

58. Con fundamento en lo dicho hasta el momento, puede afirmarse que el delito de concierto para delinquir se manifiesta de distintas formas. En su modalidad agravada, lo hace –entre otros eventos– cuando congresistas y particulares se asocian para promover, financiar u organizar grupos armados al margen de la ley.

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 25 de noviembre de 2008, rad. 26942.

⁵⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 3 de febrero de 2010, exp. 26584.

59. Sobre el particular, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse en el marco de las pesquisas adelantadas por el fenómeno de la llamada *parapolítica*, al igual que lo han hecho los jueces y fiscales encargados de la investigación y juzgamiento de los miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia que se acogieron a la Ley 975 de 2005.

60. Estos ejercicios de construcción de verdad adelantados hasta el momento por la Rama Judicial han revelado que las alianzas que los paramilitares forjaron con congresistas, entre otros importantes funcionarios de la administración pública, cumplieron, al menos, dos objetivos distintos. El primero, servir como fuente de financiación del accionar paramilitar. Particularmente, se conoce que el Bloque Norte de las AUC cobraba un porcentaje sobre el valor de los contratos que se suscribían para la realización de obras públicas y la prestación del servicio de salud en los departamentos de Atlántico, Bolívar y Magdalena, además de que ejercía un control estricto sobre los nombramientos que se hacían al interior del Hospital Materno Infantil de Soledad. Al respecto, se transcribe lo dicho por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá:

12. Con relación a la financiación del Bloque Norte, se tiene que ésta se basaba en los aportes a “la causa paramilitar” exigidos a comerciantes, ganaderos, funcionarios públicos y contratistas.

13. En el proceso fue presentada información encontrada en diferentes archivos provenientes de los computadores incautados al postulado procesado EDGAR IGNACIO FIERRO FLORES, con la que las irregularidades que se realizaban con las contrataciones estatales en los departamentos del Atlántico, Magdalena y Bolívar, en instituciones como alcaldías, gobernaciones, hospitales y otras empresas prestadoras de salud -IPS, EPS, ESE-, mataderos y empresas de servicios públicos, eran puestas de presente, como la exigencia de porcentajes sobre el valor de contratos importantes relacionados con obras públicas y el sector público de la salud, así como la infiltración absoluta de las finanzas del Hospital Materno Infantil de Soledad.

(...).

651. (...) [e]l procesado EDGAR IGNACIO FIERRO FLORES, en su condición de Comandante del Frente José Pablo Díaz, mostró siempre un particular interés por el tema de finanzas; se puede ver por ejemplo lo concerniente a los porcentajes exigidos sobre la contratación pública de los municipios del Atlántico y algunos del Magdalena; de la misma forma el control estricto sobre las inversiones que en el sector salud se hacían en estos municipios, y más aún la directa supervisión

*que ejercía respecto de las finanzas del Hospital Materno Infantil de Soledad, en el que todo indica que en protección de sus intereses económicos supervisaba nombramientos, suministros, etc*⁵⁶.

61. El segundo objetivo fue contribuir a construir y consolidar el proyecto de dominación política y territorial de las AUC. En efecto, se conoce que al aliarse con miembros de la clase política –alianza que se formalizó el 28 de septiembre de 2000 y el 23 de julio de 2001 con la firma de los llamados pactos de Chivolo y de Santafé de Ralito, respectivamente–, los paramilitares buscaban ganar protagonismo en la vida nacional y regional para así legitimar y fortalecer su accionar criminal. En palabras de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

*De manera que el pacto de **Santafé de Ralito** corresponde a un quehacer y a una estrategia de las autodefensas empeñadas en lograr acuerdos con la clase política para impulsar la expansión de sus acciones y de allí que los convalidados no fueran ciudadanos del común sin posibilidades de agenciar en ese propósito, sino personas con capacidad para actuar ante instancias del orden nacional o con posibilidad de hacerlo – como de hecho lo hicieron Eleonora Pineda, Rocío Arias y Miguel de la Espriella –, pero sobre todo con poder para influir en la vida de la región, propiciando de esa manera que el paramilitarismo hiciera posible su pretensión de incidir en las políticas públicas.*

*Por lo tanto, “**refundar la patria**” o suscribir un nuevo “**pacto social**” no pueden ser por fuera de una política institucional los fundamentos de acuerdos con grupos al margen de la ley, pues si el grupo armado de por sí encarna un peligro para la seguridad pública, mayor será el riesgo si mediante supuestos consensos se propician espacios de acción para incidir ante la sociedad ya no sólo militarmente, como ocurrió con la designación de candidatos únicos en los municipios de Valencia y Tierralta o con la “toma” de la Corporación del Valle del Sinú, o con la “intervención” de la Universidad de Córdoba⁵⁷, o con el “**Pacto de Ralito**”, donde al consensuar la “**suscripción de un nuevo pacto social**” se generan riesgos contra la seguridad, que es precisamente lo que define como delito con menos detalle pero con igual precisión el aparte segundo del artículo 340 del código penal⁵⁸ (negritas originales).*

⁵⁶ Tribunal Superior de Bogotá, sentencia de 7 de diciembre de 2011, rad. 110016000253-200681366.

⁵⁷ [18] Así lo reconoció Salvatore Mancuso en su versión libre ante la Unidad de Justicia y Paz en la sesión del 15 de mayo de 2007 y ante la Corte Suprema de Justicia en audiencia pública el 26 de septiembre de 2008.

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 25 de noviembre de 2008, rad. 26942. En similar sentido, véanse las sentencias de 1º de agosto de 2007, rad. 26470 y de 11 de abril de 2012, rad. 28436.

62. Así, teniendo en cuenta el propósito para el cual se cometió, que no fue otro que el de servir a los intereses económicos, políticos e ideológicos de las AUC, en este estadio se puede concluir que el delito de concierto para delinquir agravado en el que incurrieron tanto los miembros este grupo armado ilegal como algunos políticos y funcionarios de la administración pública, sí guarda relación con el conflicto armado no internacional.

63. A juicio de la Sección de Apelación, no importa que aisladamente considerada la conducta no haya ocurrido en el marco de un combate o de una campaña militar. Según ya se vio, para que ésta se entienda cometida por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado tal circunstancia no resulta indispensable. Para esos efectos, es pertinente estudiar, entre otros elementos, las motivaciones del perpetrador a fin de determinar si ellas encuentran sentido o explicación en la dinámica de la guerra. Si ello ocurre y el delito sirve a los intereses políticos, militares, económicos o ideológicos de alguno de los actores armados, entendidos como grupo y no como personas individualmente consideradas, la relación con el conflicto armado podrá tenerse por acreditada.

3) La competencia material de la JEP, según la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas

64. Al analizar el ámbito de su competencia material, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas –SDSJ– señaló que la JEP está legalmente facultada para conocer de los siguientes tipos de conductas delictivas: (i) aquellas que por su gravedad inusitada, no son susceptibles de indultos ni amnistías, tales como los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra, el genocidio, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad y, en general, todas aquellas enunciadas en el artículo 23 de la Ley 1820 de 2016; (ii) los delitos políticos, los que sean conexos con ellos, y aquellos cometidos en ejercicio de la protesta social o en el marco de disturbios públicos; y (iii) cualquier otro delito cometido por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

65. En relación con el tercer tipo de conductas, señaló que la conexión o relación con el conflicto armado no internacional debía establecerse mediante un análisis riguroso que involucrara el examen de varias cuestiones, algunas de tipo objetivo y otra de carácter subjetivo (ver *supra* párr. 2.1).

66. No obstante, para concluir que el delito de concierto para delinquir imputado al ex senador ASTHON GIRALDO no guardaba relación con el conflicto armado, la SDSJ no empleó ninguno de los criterios objetivos previamente establecidos, sino que centró su análisis en la última de estas cuestiones –la relativa a la intencionalidad de la conducta–, a la vez que introdujo un elemento adicional, referido a la incidencia o impacto del delito investigado en el mantenimiento de las hostilidades. Lo anterior la condujo a señalar que el delito de concierto para delinquir imputado al solicitante no guardaba relación con el conflicto armado porque (i) se había cometido con la intención de favorecer los intereses personales del solicitante y (ii) no había contribuido al mantenimiento de las hostilidades (párr. 73 y 83):

(...) en el caso concreto no se advierte que el supuesto acuerdo celebrado entre ASHTON GIRALDO y el frente José Pablo Díaz del Bloque Norte de las autodefensas ilegales tuviera como finalidad la comisión de delitos de lesa humanidad ni tampoco fue ejecutado con el propósito de atentar contra el régimen constitucional y legal vigente, pues tenía como propósito (sic) beneficiar los intereses personales y particulares del congresista a cambio de lo cual éste ponía el ejercicio de la función pública al servicio de las autodefensas para promocionar sus intereses en el seno del Congreso de la República.

(...) no advierte la Sala que la presunta concertación delictiva evidencie un interés respecto del robustecimiento del ala política del grupo ilegal en aras de consolidar su hegemonía y control en algunas áreas del departamento del Atlántico y así obtener una ventaja militar frente a las fuerzas insurgentes y demás objetivos militares no afines a sus intereses, sino todo lo contrario, para efectos de desmovilizarse y con ello desaparecer como un actor del conflicto armado, descartando así su comisión de graves crímenes relacionados con el mismo.

67. Varias observaciones merece la anterior argumentación. En primer lugar, el artículo 17 transitorio del artículo 1 del A.L. 01 de 2017 establece que para que una conducta cometida por un agente del Estado quede incluida dentro del ámbito de competencia material de la JEP debe haberse cometido “(...)

mediante acciones u omisiones cometidas en el marco y con ocasión del conflicto armado interno, y sin ánimo de enriquecimiento personal ilícito, o en caso de que existiera, sin ser éste el determinante de la conducta delictiva”.

68. La expresión *enriquecimiento personal* alude a la obtención de un lucro. Sin embargo, la SDSJ la interpretó como si se refiriera a cualquier mejora en la condición personal del solicitante y, con base en ello, concluyó que la JEP no tenía competencia para conocer del delito imputado al señor ASHTON GIRALDO, cuando lo cierto es que nada en el expediente sugiere que el solicitante haya aumentado su patrimonio por cuenta de la alianza que concretó con el frente José Pablo Díaz del Bloque Norte de las AUC.

69. Dicho en otras palabras, la SDSJ hizo una aplicación equivocada de la regla de exclusión prevista en el artículo 17 transitorio del artículo 1 del A.L. 01 de 2017, porque la situación del ex senador ASHTON GIRALDO –quien está sindicado de haberse concertado con el Bloque Norte de las Autodefensas para obtener de ellas un beneficio personal, más no un enriquecimiento del mismo tipo– no se enmarca dentro del supuesto de hecho que trae el ordenamiento jurídico, por lo menos bajo el análisis que compete hacer en esta etapa inicial del procedimiento.

70. De lo anterior no se sigue que la intencionalidad o motivación de la conducta no pueda tenerse como un criterio válido y útil para determinar, en la práctica, si ésta guarda alguna relación con el conflicto armado no internacional. De hecho, conforme a lo previsto en los artículos 17 y 23 transitorios del artículo 1 del A.L. 01 de 2017, se trata de un criterio relevante a efectos de determinar la competencia de la JEP en relación con ciertas conductas cometidas por los agentes del Estado, pertenezcan o no la Fuerza Pública. El problema está en juzgar –tal como lo hizo la SDSJ– la relevancia jurídica de una conducta como el concierto para delinquir con fundamento en las motivaciones de uno solo de los actores involucrados. No debe perderse de vista que este delito requiere, para tipificarse, la participación de dos o más

personas⁵⁹. Luego, no puede concluirse que se encuentra excluido del ámbito de competencia material de la JEP sin haber examinado antes –al menos indiciariamente con base en la información disponible– la intencionalidad o motivación de otros sujetos que intervinieron en su comisión.

71. Por ello, el hecho de que –conforme a lo dicho por la Corte Suprema de Justicia (ver *supra* párr. 7.2)– el ex senador ASHTON se hubiera aliado con el frente José Pablo Díaz del Bloque Norte de las AUC con el único propósito de beneficiarse electoralmente –lo cual es parcialmente cierto, ya que como se verá más adelante, también lo hizo con fines burocráticos– no basta para concluir que su conducta carece de alguna conexión o vínculo con el conflicto armado. Para estos efectos, también es necesario consultar las motivaciones del grupo armado ilegal, las cuales –según los informes publicados por el Centro de Memoria Histórica y las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia y por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá⁶⁰– no consisten en el deseo de beneficiar a sus miembros individualmente considerados, sino en el de financiar el accionar delictivo del grupo y de afianzarse políticamente de cara a un futuro proceso de negociación con el gobierno nacional.

72. En segundo lugar, una interpretación tanto literal como teleológica del artículo 17 transitorio del artículo 1 del A.L. n.º 01 de 2017 no permite afirmar válidamente que la relación o vínculo con el conflicto armado está dado exclusivamente por la contribución de la conducta al mantenimiento de las hostilidades. En efecto, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la expresión *con ocasión del conflicto armado* puede ser entendida como sinónimo de *en el contexto del conflicto armado en el marco del conflicto armado*, o *por razón del conflicto armado*⁶¹. Esto significa que la noción no está referida a situaciones de confrontación armada o de operaciones militares, ni limitada a ciertas áreas geográficas del territorio nacional. En palabras de este tribunal:

⁵⁹ Dice el artículo 340 de la Ley 599 de 2000: “cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delito (...).”

⁶⁰ Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia de 7 de diciembre de 2011, rad. 200681366, párr. 10, 13.

⁶¹ Sentencia C-781 de 2012, F.J. 6.

(...) la expresión “con ocasión” [no] se ha empleado para circunscribir el fenómeno a operaciones militares o de combate armado, a acciones de determinados actores armados o a circunstancias derivadas directamente de este tipo de acciones. Tal expresión tiene un sentido amplio que obliga al juez a examinar en cada caso concreto las circunstancias en que se ha producido una grave violación de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, el contexto del fenómeno social, para determinar si existe una relación cercana y suficiente con el conflicto armado interno como vínculo de causalidad necesario para establecer la condición de víctima al amparo de la Ley 1448 de 2011.

Es por ello, que la Corte concluye que la expresión “con ocasión del conflicto armado” no conlleva una lectura restrictiva del concepto “conflicto armado,” y por el contrario tiene un sentido amplio que no circunscribe el conflicto armado a situaciones de confrontación armada, o actividades de determinados actores armados o en ciertas zonas geográficas, y en esa medida resulta compatible con la protección constitucional de las víctimas⁶².

73. Sostener lo contrario supondría desconocer la complejidad del conflicto armado no internacional y el hecho de que los instrumentos de justicia transicional –la JEP incluida– buscan resolver los problemas derivados de un pasado de abusos cometidos a gran escala a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos y de que las víctimas y la sociedad conozcan la verdad de los hechos que rodearon la comisión de los delitos. Según lo manifestado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ello exige identificar *“el conjunto de personas involucradas en la planeación y ejecución del hecho, incluyendo a quienes hubieren diseñado, planificado o asumido el control, determinación o dirección de su realización, así como aquellos que realizaron funciones de organización necesarias para ejecutar las decisiones tomadas, inclusive si están involucrados altas autoridades civiles, mandos militares superiores y servicios de inteligencia (...)”⁶³.*

74. Por ello, el hecho de que el delito imputado al señor ASHTON GIRALDO no hubiera contribuido al mantenimiento de las hostilidades, sino por el contrario, hubiera facilitado la desmovilización de las AUC, es en sí

⁶² *Ibíd*, F.J. 6.

⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cepeda Vargas vs. Colombia, sentencia de 26 de mayo de 2010, párrafo 216.

mismo insuficiente –por lo menos en la etapa inicial del proceso ante la JEP– para negar su vinculación con el conflicto armado pues –se insiste– el conflicto armado no está necesariamente limitado al momento y al escenario de la confrontación armada. Además, como se expondrá más adelante (ver *infra* párr. 79 y 80), en el caso concreto existen elementos contextuales que confieren a la conducta un sentido y una finalidad distinta a la de simplemente servir como instrumento para alcanzar el cese de las hostilidades.

4) *Análisis del caso concreto*

75. Según ya se señaló, el señor Álvaro Antonio ASHTON GIRALDO solicitó a la JEP que asumiera competencia para conocer y juzgar los hechos que actualmente son objeto de investigación por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, los cuales consisten en presuntamente haber colaborado con el frente José Pablo Díaz del Bloque Norte de las AUC (concierto para delinquir agravado) y en haber dado dinero a un funcionario público para ejecutar un acto contrario a sus deberes oficiales (cohecho por dar u ofrecer).

76. Desde el punto de vista temporal, la JEP tiene competencia para conocer de las dos conductas por las cuales el solicitante es investigado por la jurisdicción ordinaria, pues las dos presuntamente se cometieron antes del 1º de diciembre de 2016. En efecto, según consta en la resolución de 13 de diciembre de 2017, mediante la cual la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia definió la situación jurídica del solicitante, las reuniones en las cuales presuntamente se concertó la colaboración o alianza entre el señor ASHTON GIRALDO y el frente José Pablo Díaz del Bloque Norte de las AUC tuvieron lugar entre los años 2004 y 2006 (ver *supra* párr. 7.2). Y, en cuanto al delito de cohecho por dar u ofrecer, la prueba testimonial incorporada al expediente, señala que se cometió aproximadamente a finales del año 2013⁶⁴.

⁶⁴ Testimonio de Luis Gustavo Moreno, declaración rendida el 10 de octubre de 2017. CD de prueba, minutos 15:36 a 16:05 y 17:01.

77. En lo que respecta a la competencia personal, se tiene acreditado que el señor ASHTON GIRALDO ocupó el cargo de representante a la Cámara entre los años 1998 y 2006, y que posteriormente fue elegido senador de la República para los periodos constitucionales 2006-2010 y 2010-2014 (ver *supra* párr. 7.1). Esto significa que para el momento en que presuntamente se cometieron las conductas que se le imputan, el solicitante era un agente del Estado pues ejercía como miembro de una corporación pública, concretamente del Congreso de la República, por lo que se cumple otro de los requisitos previstos en el artículo 17 del A.L. 01 de 2017 para que su caso pueda ser conocido por esta jurisdicción especial.

78. Finalmente, analizado el ámbito de competencia material, se tiene que la presunta conducta que cabe dentro del tipo penal de concierto para delinquir agravado por haberse perpetrado para promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, puede entenderse cometida por causa, con ocasión o en relación directa con el conflicto armado no internacional.

79. En efecto, la investigación adelantada hasta el momento por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, indica que el señor ASHTON GIRALDO se concertó con el frente José Pablo Díaz del Bloque Norte de las AUC con miras a obtener beneficios recíprocos, pues a cambio de recibir de esa organización criminal apoyo para obtener un triunfo electoral en el departamento del Atlántico y cuotas burocráticas en el Hospital Materno Infantil del municipio de Soledad, el solicitante se comprometió a representar los intereses de ese grupo armado ilegal en el Congreso de la República durante el trámite de la llamada Ley de Justicia y Paz (ver *supra* párr. 7.2 y 7.3).

80. Según se vio, los paramilitares recurrieron a esas alianzas con congresistas y con otros funcionarios de la administración pública con el propósito de financiarse y de construir y consolidar su proyecto político e ideológico (ver *supra* párr. 60). Particularmente, en el departamento del Atlántico, infiltraron el Hospital Materno Infantil de Soledad con personas afines a sus

intereses, quienes desviaban los recursos destinados a la prestación de los servicios de salud.

81. Por eso, vista en el contexto histórico del momento y consultadas las motivaciones no solo del ex senador ASHTON GIRALDO, sino de las AUC, la conducta sí se relaciona con el conflicto armado no internacional. Tal circunstancia no cambia por el hecho de que el concierto para delinquir se haya cometido con miras a favorecer los intereses de este grupo armado ilegal dentro del proceso de desmovilización que para ese entonces ya había comenzado a adelantarse⁶⁵. Y no lo hace porque el objetivo principal de los paramilitares era obtener en el Congreso de la República un reconocimiento político y condiciones favorables para su desmovilización: necesitaban que el proyecto de ley que fijaría las condiciones para ello –el cual comenzó a discutirse en el órgano legislativo por la misma época en que el solicitante presuntamente se reunió por primera vez con las AUC⁶⁶–, les diera el tratamiento de delincuentes políticos, como efectivamente sucedió⁶⁷. La conducta, entonces, atendía al propósito claro y específico de consolidar el proyecto político e ideológico que las AUC gestaron formalmente en los años 2000 y 2001 con la firma de los pactos de Chivolo y Santafé de Ralito.

82. La SDSJ analizó aisladamente la conducta del solicitante. Ello le impidió captar su finalidad y sentido, por lo que concluyó, equivocadamente, que esta no guardaba una relación con el conflicto. Una valoración del contexto histórico en el que la actuación tuvo lugar y de las motivaciones de

⁶⁵ De acuerdo con el portal Verdad Abierta, el proceso de desmovilización de las AUC comenzó el 25 de noviembre de 2003 en Medellín con el bloque Cacique Nutibara y terminó el 15 de agosto de 2006 con el bloque Elmer Cárdenas. Consultado el 14 de agosto de 2018 en <https://verdadabierta.com/periodo4/>

⁶⁶ En testimonio rendido ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el señor Mario Marengo Egea, desmovilizado de las AUC, señaló que la primera reunión entre el ex senador ASHTON y el frente José Pablo Díaz ocurrió entre los meses de julio y agosto de 2004 (f. 31,68 c. único). Fue justamente en agosto de 2004 que el gobierno nacional presentó al Congreso de la República el llamado proyecto de ley de “Alternatividad Penal”, con la finalidad de *“facilitar la reincorporación a la vida civil de miembros de grupos armados que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional”*.

⁶⁷ El artículo 71 de la Ley 975 de 2005 adicionó el Código Penal para tipificar como delito de sedición la conducta consiste en conformar o hacer parte de grupos guerrilleros o de autodefensa cuyo accionar interfiriera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal. La norma fue posteriormente declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-370 de 2006.

los paramilitares, que, dicho sea de paso, constituyen una estructura de poder organizada, tanto en lo político, como en lo económico y en lo militar, eran necesarias en este caso para advertir que la misma sí podía explicarse y tenía relevancia en la lógica de la confrontación armada.

83. Por último, en relación con el delito de cohecho por dar u ofrecer que también se le imputa al solicitante, la Sección de Apelación considera, en aplicación de un análisis de baja intensidad, que es el correspondiente a este momento procesal, que si bien se trata de un delito común cuyo conocimiento no ha sido expresamente atribuido a la JEP, la relación con el conflicto armado en este caso podría derivarse del móvil que determinó la intención del solicitante para tratar de encubrir con un manto de impunidad las alianzas delictivas celebradas entre políticos, empresarios y paramilitares del departamento del Atlántico. Ello, en principio, evidenciaría una eventual o probable conexidad consecuencial entre los delitos de concierto para delinquir y el cohecho.

84. Por lo antes indicado, la Sección considera que este delito, al igual que el de concierto para delinquir, podrá ser conocido por la JEP una vez que el señor ASHTON GIRALDO suscriba el acta de sometimiento a esta jurisdicción especial –cosa que aún no ha hecho– y cumpla con las exigencias del régimen de condicionalidades que rigen para el ingreso a ella, y que se concretan –en los términos expresados en esta providencia– en la manifestación personal, libre y voluntaria de un compromiso concreto, programado y claro de contribuir a la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

85. Lo anterior sin perjuicio de que en estadio posterior, cuando las víctimas y el solicitante hayan tenido la posibilidad de pedir la práctica de nuevas pruebas y de controvertir las que ya obran en el expediente, se determine por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, a partir de un análisis de intensidad medio o alto, según corresponda, que las conductas realmente no fueron cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado y, por tanto, que el solicitante no tiene derecho a recibir

ninguno de los beneficios penales previstos en el A.L. 01 de 2017 y en la Ley 1820 de 2016.

86. Previo a adoptar tal determinación, esto es, a definir sobre los beneficios condicionales y definitivos, la SDSJ deberá hacer efectivo el derecho de las víctimas a participar en las decisiones que las afectan⁶⁸, pues tanto ellas como sus representantes tienen la calidad de intervinientes especiales y esenciales para la consecución de los fines de los procedimientos dialógico y contencioso que se surten ante la JEP. Para el efecto, tendrán que hacer uso de los instrumentos previstos en la Ley 1922 de 2018, los cuales garantizan que ellas puedan aportar y solicitar pruebas, presentar sus propios argumentos, conocer y controvertir las decisiones y, en general, promover por sí mismas o por medio de sus representantes la defensa de sus derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.

87. Por las razones expuestas, la Sección de Apelación revocará la resolución n.º 000083 de 7 de mayo de 2018 a efectos de que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas requiera al señor Álvaro Antonio ASHTON GIRALDO para que suscriba el acta de compromiso y presente personalmente ante ella solicitud de sometimiento a la Jurisdicción Especial para la Paz, la cual implica una obligación integral, irreversible e irrestricta de contribuir a la verdad, a la reparación y a la no repetición respecto del universo de conductas sobre las cuales la JEP y el SIVJRNJ tienen asignada competencia. Recibida dicha solicitud, la SDSJ deberá evaluarla y decidir si – en los términos expuestos en esta providencia–, ésta contiene y expresa un compromiso concreto, programado y claro con la realización de los derechos

⁶⁸ Este derecho, que encuentra fundamento constitucional en el artículo 2 de la Constitución Política, fue reconocido por la Corte Constitucional en la sentencia C-228 de 2002: “(… tanto en el derecho internacional, como en el derecho comparado y en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia–no restringida exclusivamente a una reparación económica– fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible. Ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan, a lo menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos”. F.J. 4.4.

de las víctimas. En caso afirmativo, la SDSJ deberá asumir competencia para conocer de las conductas presuntamente cometidas por el señor ASHTON GIRALDO, sin que sea procedente pronunciarse nuevamente sobre los factores de competencia personal, temporal y material que la definen, en tanto su cumplimiento ya fue verificado en esta providencia por la Sección de Apelación. En caso contrario, deberá rechazar la solicitud del compareciente o, eventualmente, convocar a la audiencia prevista en el artículo 48 de la Ley 1922 de 2018, si tiene dudas acerca de la observancia del régimen de condicionalidades que determinan el acceso a la JEP de los terceros civiles y los agentes del Estado que no pertenecen a la Fuerza Pública. La Sala deberá tomar en consideración el nivel de intensidad correspondiente a este momento procesal, conforme a lo explicado en los párrafos 19 y 20 de este proveído.

En mérito de lo expuesto, la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE

REVOCAR la resolución de n.º 000083 del 7 de mayo de 2018, proferida por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la Jurisdicción Especial para la Paz. En su lugar se dispone:

PRIMERO: ORDENAR a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas que requiera al señor Álvaro Antonio ASHTON GIRALDO para que suscriba acta de compromiso y presente personalmente ante ella solicitud de sometimiento a la Jurisdicción Especial para la Paz, la cual –en los términos expuestos en esta providencia– deberá contener y expresar un compromiso concreto, programado y claro con la realización de los derechos de las víctimas a la verdad, la reparación y la no repetición.

SEGUNDO: ORDENAR a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas que evalúe si el compromiso que llegue a expresarse por el señor ASHTON

GIRALDO cumple con las condiciones que determinan el ingreso a la JEP de los agentes del Estado que no pertenecen a la Fuerza Pública y, en consecuencia, decida si es competente o no para conocer de las conductas que él se le imputan.

TERCERO: NOTIFICAR esta decisión al señor Álvaro Antonio ASHTON GIRALDO, a su abogado y al delegado de la Procuraduría General de la Nación ante la Jurisdicción Especial para la Paz.

CUARTO: COMUNICAR esta decisión a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la Jurisdicción Especial para la Paz.

QUINTO: REMITIR el expediente a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

[Firmado en el original]

[Aclaración de voto]

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
Presidente de la Sala

SANDRA GAMBOA RUBIANO
Magistrada

[Firmado en el original]

[Firmado en el original]

PATRICIA LINARES PRIETO
Magistrada

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado

[Firmado en el original]

JUAN FERNANDO LUNA CASTRO
Secretario Judicial