



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

16 de mayo de 2018

RESOLUCIÓN No. 000083 DEL 07 DE MAYO DE 2018

Número de radicado interno: 10-000022-2018

Solicitante: Álvaro Ashton Giraldo

Situación Jurídica: Investigado

Delitos: Concierto para delinquir agravado y cohecho

Despacho remitente: N.A.

Fecha de reparto: 5 de abril de 2018

I. Introducción

El presente análisis no busca determinar de ninguna manera si las conductas cometidas en el marco de la denominada “parapolítica” deben o no ser competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz (en adelante “JEP”) porque esto depende de las decisiones que tomen los órganos establecidos para tal fin. Lo que realmente se busca es cuestionar la argumentación jurídica que llevó a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas a rechazar la solicitud por falta de competencia.

La Corporación Excelencia en la Justicia normalmente prefiere abstenerse de emitir pronunciamientos sobre decisiones judiciales hasta que las mismas estén ejecutoriadas. Sin embargo, debido a la trascendencia de ser la primera decisión de fondo por parte de la Jurisdicción Especial para la Paz y que tiene grandes consideraciones sobre la competencia de la misma, hacemos público el presente documento.

II. Marco normativo aplicable y consideraciones de la Sala

Para entender las dificultades que se presentan en la decisión es necesario, en primer lugar, dejar claro cuál es el marco normativo aplicable para el presente caso, es decir, la competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz sobre las conductas cometidas por un agente del Estado no miembro de la Fuerza Pública comparado con las consideraciones de la Sala sobre su competencia.

Artículo transitorio 5° del artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2017 (Competencia material)	Artículo transitorio 16° del artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2017 (Competencia personal frente agentes del Estado no miembros de la Fuerza Pública)	Consideración de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas sobre la competencia
<p>Artículo transitorio 5° del Artículo 1. Jurisdicción Especial para la Paz. La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) [...] conocerá de manera preferente sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 10 de diciembre de 2016, <u>por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado</u>, 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 [...] (negrita y subrayado fuera del texto).</p> <p>Artículo transitorio 23° del artículo 1. “Competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz. La Jurisdicción Especial para la Paz tendrá competencia sobre los delitos cometidos <u>por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado y sin ánimo de obtener enriquecimiento personal ilícito, o en caso de que existiera, sin ser este la causa determinante de la conducta delictiva.</u></p> <p>Para el efecto se tendrán en cuenta los siguientes criterios:</p>	<p>Interpretación de la Corte Constitucional (Comunicado 55 de 2017): “El artículo 17 transitorio del artículo 1 del mencionado Acto Legislativo, que se refiere al tratamiento diferenciado para los agentes del Estado, debe entenderse que dichos <u>agentes que no hacen parte de la fuerza pública</u>, se encuentran sometidos al régimen de los terceros civiles, por lo cual, el acceso de los mismos a la Jurisdicción Especial para la Paz también es voluntario, y <u>se regirán por lo previsto en el inciso 1 del artículo transitorio 16° del artículo 1° del AL 01/17”</u> (negrita y subrayado fuera del texto)</p> <p>Por lo tanto, este es el artículo que se debe tener en cuenta:</p> <p>“Artículo transitorio 16° del Artículo 1. Competencia sobre terceros. Las personas que sin formar parte de las organizaciones o grupos armados, <u>hubieren contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto</u>, podrán acogerse a la JEP y recibir el tratamiento especial que las normas determinen, siempre que cumplan con las condiciones establecidas de contribución a la verdad, reparación y no repetición.</p> <p>Lo anterior, sin perjuicio de las competencias de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y de la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz, respecto de la comparecencia de aquellos terceros</p>	<p>La Sala afirma que para determinar la competencia deberá evaluarse:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Que las conductas cometidas por agentes del Estado no miembros de la Fuerza Pública se hayan cometido “con causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado” y por lo tanto debe definir el concepto de los términos. 2. Y se debe establecer que el agente del Estado no miembro de la Fuerza Pública debe haber hecho una de las siguientes cosas: <ol style="list-style-type: none"> a. participado en el diseño o ejecución de conductas relacionadas con el conflicto armado; o b. tenido un grado de participación suficientemente determinante como para tener incidencia en su dinámica <p>Y afirma que para determinar si existe relación del conflicto armado con un delito que</p>

<p>a. Que el conflicto armado haya sido la causa directa o indirecta de la comisión de la conducta punible o,</p> <p>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:</p> <ul style="list-style-type: none"> - 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." 	<p>que hubieran tenido una participación activa o determinante en la comisión de los siguientes delitos: el genocidio, delitos de lesa humanidad, los graves crímenes de guerra -esto es, toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática-, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, todo ello conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma.</p> <p>Se entiende por participación determinante para estos efectos aquella acción eficaz y decisiva en la realización de los delitos enunciados.</p> <p>En el ejercicio de esas competencias, las mencionadas Sala y Sección no podrán fundamentar su solicitud y decisión exclusivamente en los informes recibidos por la JEP, sino que deberán corroborarlos a través de otros medios de pruebas." (negrita y subrayado fuera del texto)</p>	<p>no haya sido mencionado expresamente en las normas se deben analizar, entre otros, los siguientes criterios:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Si el conflicto armado le dio la habilidad al perpetrador para cometer el ilícito. • Si el conflicto armado influyó sustancialmente en la decisión de cometer el ilícito. • Si el conflicto determinó o permitió la comisión del delito. • Si el conflicto armado estableció el objetivo que se proponía el perpetrador. • Si el perpetrador del delito lo hizo con el fin único de enriquecerse a sí mismo.
--	---	--

Siempre se ha tenido claro que este marco jurídico podía generar dudas al momento de su aplicación debido a la falta de claridad o de desarrollo conceptual de algunas disposiciones, por lo que se esperaba que empezara a ser dilucidado por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas en esta decisión.

III. Expectativas que tenía la CEJ y determinaciones que tomó la Sala

A continuación, se presenta un comparativo entre aquello sobre lo que la Corporación Excelencia en la Justicia esperaba que se pronunciara la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas y lo que finalmente consideró la misma:

Expectativas de la Corporación Excelencia en la Justicia	Consideraciones de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas
<ul style="list-style-type: none"> • La Sala debía definir cuál es el contenido y la diferencia entre todas las acepciones relativas a la competencia material de la JEP, es decir: <u>(Arts. Trans. 5° y 23° del Art. 1 – AL 01/17)</u> <ul style="list-style-type: none"> ○ Por causa del conflicto ○ Con ocasión del conflicto ○ Con relación directa con el conflicto ○ Con relación indirecta con el conflicto <u>(Art. Trans. 23° del Art. 1 – AL 01/17)</u> <ul style="list-style-type: none"> ○ Que el conflicto haya sido la causa directa de la comisión de la conducta punible ○ Que el conflicto haya sido la causa indirecta de la comisión de la conducta punible • La Sala debía definir cuál es el contenido y la diferencia entre todas las acepciones relativas a la competencia personal de la JEP frente a agentes del Estado no miembros de Fuerza Pública, es decir: <ul style="list-style-type: none"> ○ Que hubieren contribuido de manera directa en la comisión de delitos en el marco del conflicto ○ Que hubieren contribuido de manera indirecta en la comisión de delitos en el marco del conflicto. 	<ul style="list-style-type: none"> • La Sala no definió individualmente ninguno de los conceptos que se esperaba que fueran desarrollados y diferenciados, sino que: <ul style="list-style-type: none"> - Incorporó consideraciones de tribunales internacionales a pesar de que la misma Sala concluye que la competencia material de la JEP “es más amplia” que la de estos. - Para definir su competencia mencionó una sentencia de la Corte Constitucional que solo buscaba definir la frase “con ocasión del conflicto armado”. - Recurre a una decisión de la Corte Suprema de Justicia en la que solo se estaba buscando determinar el ámbito de aplicación del DIH. - Incluye criterios inexistentes en la ley y la Constitución para determinar la competencia de la JEP. • Precisamente debido a la falta de desarrollo de los conceptos sobre competencia por parte de la Sala, son cuestionables jurídicamente las razones por las cuales se declara incompetente.

IV. Razones por las cuales la Sala declara que no es competente respecto al concierto para delinquir

a. Conductas consideradas graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario

Resulta peculiar que la Sala haya negado la competencia basado en que:

- a. Los delitos no están relacionados con **graves** violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario.¹
- b. Que la conducta no tuvo como finalidad la comisión de delitos de lesa humanidad²

Lo anterior, porque la JEP no solo tiene competencia preferente sobre graves violaciones a los derechos humanos o infracciones al DIH ni únicamente sobre delitos de lesa humanidad, sino que la competencia de la JEP es mucho más amplia de acuerdo a las normas citadas previamente. La simple violación de un derecho humano, así no sea considerado “grave”, puede ser competencia de la JEP si se demuestra que está contemplado dentro de las categorías “por causa, con ocasión, o con relación directa o indirecta con el conflicto armado”.

b. Delitos relacionados con el desarrollo de las hostilidades

La Sala consideró en el párrafo 81 que “[...] a partir de los lineamientos de la investigación adelantada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, y conforme a sus posturas ya indicadas con antelación, **solamente constituyen actos del conflicto armado aquellos suficientemente relacionados con el desarrollo de las hostilidades.**” (Subrayado y negrita fuera de texto”

Esta es una de las consideraciones que más genera asombro teniendo en cuenta que es un aparte de una sentencia que se refiere únicamente al ámbito de aplicación del DIH, es decir, solamente a uno de los múltiples factores que interviene en la determinación de la competencia de la JEP. Como se ha insistido, la competencia de la JEP no se restringe únicamente a si existe o no una infracción del Derecho Internacional Humanitario.

c. Colaboración determinante o activa

La Sala afirma en el párrafo 81 que no es competente ya que “tampoco su colaboración con los grupos paramilitares **se considera determinante o activa para la comisión de conductas**”

¹ El texto del párrafo 79 es el siguiente: “esta Sala encuentra que al no ser investigado el señor Ashton Giraldo por delitos relacionados con **graves violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario**, cometidos con causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, la Jurisdicción Especial para la Paz no es competente para conocer de presente asunto” (negrita Y subrayado fuera del texto).

²² El texto del párrafo 73 es el siguiente “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” (subrayado y negrita fuera del texto)

delictivas relacionadas con graves violaciones de derechos humanos o infracciones al derecho internacional humanitario, ni para su diseño o ejecución”.

Es extraño que la Sala haya hecho consideraciones sobre el grado de colaboración de las conductas presuntamente cometidas por un agente del Estado no miembro de la Fuerza Pública cuando esta circunstancia en ningún momento está contemplada para determinar la competencia personal de la JEP. Lo más cercano a dicha mención es la disposición que se refiere a la “participación activa o determinante” de la que habla el inciso 2 del artículo transitorio 16° del artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2017 que, de acuerdo a lo anunciado en el Comunicado 55 de 2017 de la Corte Constitucional, es la disposición aplicable a los agentes del Estado no miembros de la Fuerza Pública.

Frente a este artículo es necesario hacer algunas precisiones. El primer inciso estaba pensado inicialmente como la disposición que determinaba la competencia voluntaria de los terceros y, el segundo inciso, al cual se hace esa mención, hacía referencia a la competencia forzosa que tenía la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz sobre terceros que hubieran cometido un listado de delitos.

Sin embargo, la anterior diferenciación es irrelevante actualmente teniendo en cuenta que la Corte Constitucional informó, a través del Comunicado 55 de 2017, que la competencia de la JEP sobre todos los terceros es únicamente voluntaria, es decir, que finalmente la JEP tendrá competencia sobre los terceros que “hubieren contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto” y, por tanto, igualmente respecto a agentes del Estado no miembros de la Fuerza Pública por lo que la disposición a aplicar sería el primer inciso del mencionado artículo y no el segundo.

Sorprende aún más que la Sala niegue la competencia del caso debido a que el procesado no tuvo un grado de colaboración activa o determinante cuando la Ley 1820 establece en el artículo 28.8 que una de las funciones de esta Sala es definir la situación de quienes “[...]no hayan tenido una participación determinante en los casos más graves y representativos [...]”.

d. Relación necesaria y razonable con el conflicto armado

La Sala afirmó en el párrafo 82 de las consideraciones que “[...] no se vislumbra tampoco que el caso en estudio tenga una **relación necesaria y razonable con el conflicto armado**, tal como lo exige la Corte Constitucional [...]” (subrayado y negrita fuera del texto) al momento de determinar la competencia de la JEP sobre el presente caso.

Para contextualizar lo mencionado por la Sala, es necesario indicar que la Sentencia C-781 de 2012 de la Corte Constitucional³ que citan es consecuencia de una acción de inconstitucionalidad en contra de la frase “ocurridas con ocasión del conflicto armado interno” del artículo 3 de la Ley 1448 de 2011, es decir, la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras frente a la cual decidió que “[l]a expresión “con ocasión del conflicto armado”, tiene un sentido amplio que cobija situaciones ocurridas en el contexto del conflicto armado”.

Es por esto que preocupa que la Sala haga alusión a esta consideración de la Corte Constitucional para determinar la competencia de la JEP ya que pareciera que se estuviera asimilando la concepción de “con ocasión del conflicto armado” a todas las descripciones de la competencia de la JEP contenidas en la Constitución, es decir, “por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado”, a pesar de que en la normativa aplicable se mencionan una multiplicidad de conceptos para determinar la competencia y que pareciera que el Legislador buscaba un campo de aplicación mucho más amplio que el de la Ley de Víctimas al decidir no restringirse a mencionar “con ocasión del conflicto armado”.

V. Unanimidad de la decisión

Resulta también preocupante que la decisión haya sido unánime por 5 de los 6 magistrados de la Sala, teniendo en cuenta que una magistrada estaba ausente, ya que refleja que esa posición no tiene cuestionamiento por ninguno de los mencionados magistrados a pesar de los posibles errores de interpretación y de aplicación de la ley anteriormente señalados.

VI. El rol de la Corte Constitucional

Las dudas y problemas en la aplicación de las disposiciones pertinentes también son atribuibles a la Corte Constitucional ya que gran parte de la decisión parte de los breves comentarios que esta hizo en el Comunicado 55 de 2017 y que, después de casi seis (6) meses de haber declarado exequible el Acto Legislativo 1 de 2017, aún no ha publicado la sentencia.

³ El párrafo relevante de la sentencia es “[...] a pesar de los esfuerzos del legislador por fijar criterios objetivos para determinar cuándo se está ante un situación completamente ajena al conflicto armado interno, no siempre es posible hacer esa distinción en abstracto, sino que con frecuencia la complejidad del fenómeno exige que en cada caso concreto se evalúe el contexto en que se producen tales acciones y se valoren distintos elementos para determinar si existe una relación necesaria y razonable con el conflicto armado interno.”