

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ SALA DE DEFINICIÓN DE SITUACIONES JURÍDICAS

Bogotá D.C., 07 MAYO 2018

Numero de radicado interno:	10-000022-2018
Solicitantes:	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.

Radicación 000083

VISTOS

Procede la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la Jurisdicción Especial para la Paz, a pronunciarse respecto a la solicitud de sometimiento a esta Jurisdicción efectuada el día 20 de marzo de 2018 por el apoderado de ALVARO ANTONIO ASHTON GIRALDO, en razón a que según considera, los hechos por los cuáles está siendo investigado son *“conexos y surgidos con ocasión del conflicto armado”*.

ANTECEDENTES

1. En escrito de fecha 15 de marzo de 2018 dirigido a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, el apoderado del compareciente comunicó la decisión de este de someterse libre, voluntaria y conscientemente a la Jurisdicción Especial para la Paz, con la disposición de asumir y suscribir todos los compromisos y responsabilidades que ello supone en los términos del Acto Legislativo No. 1 de 2017, la Ley 1820 de 2017(sic) y demás normas concordantes.

Para tal efecto, relacionó las investigaciones que se adelantan en contra de su prohijado en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y, que en su consideración deben ser tramitadas ante esta Jurisdicción, allegando copia de las decisiones adoptadas hasta el momento, tal como se cita a continuación:

a. *Única instancia 39768*: Conforme a auto del 13 de diciembre de 2017, mediante el cual se resolvió la situación jurídica del congresista por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se le investiga por el delito de concierto para delinquir agravado, por su presunta alianza cuando fungía como Representante a la Cámara con el Frente José Pablo Díaz del Bloque Norte de las Autodefensas Unidas de Colombia, en virtud de la cual, recibió apoyo político para lograr la curul al Senado de la República para el periodo siguiente 2006 - 2010.

En ese sentido, precisó la Corte Suprema de Justicia lo siguiente: *“Con miras a garantizar este propósito, o lo que es igual para asegurar la obtención de una curul en cabeza del aforado, las A.U.C. habrían facilitado a ASHTON GIRALDO apoyo político, materializado, específicamente, en cuotas burocráticas en el Hospital Materno Infantil de Soledad y apoyo electoral en el departamento del Magdalena.*

El convenio ilícito se habría perfeccionado y desarrollado en una cantidad plural de reuniones sostenidas entre los concertados en distintos lugares, entre ellos, el apartamento de Luis Francisco Romero Racedo y las instalaciones del Hospital Materno Infantil del municipio de Soledad”.

Como soporte de su pretensión, se adjuntó copia de las siguientes decisiones:

-Auto del 6 de diciembre de 2017, donde la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia decretó pruebas y ordenó vincular mediante indagatoria al compareciente, expidiendo para tal efecto orden de captura en su contra.

-Auto del 13 de diciembre de 2017, por el cual se definió la situación jurídica del compareciente. En dicha decisión, se le profirió medida de aseguramiento preventiva como posible responsable del delito de concierto para delinquir agravado, definido en el artículo 340, inciso segundo, modificado por la Ley 733 de 2002. Contra dicha decisión el procesado interpuso recurso de reposición, la cual fue confirmada mediante auto del 31 de enero de 2018.

b. *Proceso No. 51161*: De acuerdo a auto del 24 de octubre de 2017, a través del cual la Sala de Instrucción N° 2 de la Corte Suprema de Justicia ordenó la apertura de la investigación en contra de ÁLVARO ASHTON GIRALDO, por su participación en la presunta entrega de seiscientos millones de pesos (\$600.000.000) al ex magistrado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Francisco Javier Ricaurte Gómez, entre los años 2013 y 2014, con el fin de obtener el archivo de la investigación relacionada con el concierto para delinquir adelantado bajo el radicado 39768, así como en otros procesos adelantados en esa Corporación.

Se anexó como soporte de la solicitud, copia de la siguiente providencia:

-Auto del 24 de octubre de 2017, mediante la cual se ordenó la apertura de investigación en su contra por el delito de cohecho por dar u ofrecer, previsto en el artículo 407 del Código Penal.

2. Con acta de reparto 1D del 5 de abril de 2018, fue repartida esta solicitud a la Sala de Definiciones de Situaciones Jurídicas por parte de la Secretaría Judicial de la JEP.

3. Mediante resolución proferida el día 13 de abril de 2018 la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la Jurisdicción Especial para la Paz avocó conocimiento de la solicitud mencionada.

TRASLADO A INTERVINIENTES

1. En virtud del traslado que se corrió al Ministerio Público, la Procuradora Primera Delegada para la Investigación y Juzgamiento Penal con funciones ante la JEP indicó que esta jurisdicción tiene competencia personal en el caso de marras, como quiera que este fungió como Representante a la Cámara y Senador de la República para la época de los hechos por los cuales se le investiga.

Acotó respecto de la competencia material y en punto del proceso N° 39.768 que la JEP es competente por cuanto las *“AUC han sido reconocidas como uno de los grupos armados que más incidencia tuvo en el conflicto armado interno, pero que no solo permearon con el uso de las armas la violencia contra la población civil y las confrontaciones con guerrillas sino que a su vez crearon políticas para obtener el control y beneficios de la institucionalidad mediante el posicionamiento de las funcionarios públicos en entidades del Estado de toda índole como lo fue en el Congreso de la República”*.

En ese sentido, sostuvo que el hecho de prestar colaboración o apoyo a las autodefensas ilegales constituye una conducta con un innegable nexo con

el conflicto armado interno. Además, destacó que en la Ley de Justicia y Paz los terceros y Agentes del Estado no tuvieron la oportunidad de relatar la verdad a las víctimas y a la sociedad.

En consecuencia, frente al delito de concierto para delinquir agravado conceptuó que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas debía avocar conocimiento.

De otro lado, respecto del delito de cohecho consideró que el mismo no tiene ninguna relación ni directa ni indirecta con el conflicto armado, indicando además que en tal conducta el señor ASHTON GIRALDO no pretendía otra cosa distinta a la de obtener un beneficio propio, por lo tanto solicitó que frente a ese punible se continuara la investigación ante la Corte Suprema de Justicia.

2. Por su parte, la Oficina de Atención de Víctimas de la JEP no se pronunció frente a esta solicitud dentro del término de traslado.

JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ

IDENTIFICACIÓN DEL SOLICITANTE

ÁLVARO ANTONIO ASHTON GIRALDO, natural de Barranquilla, Atlántico, identificado con la cédula de ciudadanía número 8.690.558, Representante a la Cámara por el Departamento del Atlántico para los periodos 1998-2002 y 2002- 2006 y Senador de la República por circunscripción nacional para los periodos 2006 -2010, 2010 -2014 y 2014-2018¹.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA

¹ Certificado expedido el 22 de noviembre de 2012 por la Secretaría General del Senado de República y certificado del 24 de octubre de 2012 por la Secretaría General de la Cámara de Representantes, folios 85 y 86 del cuaderno de la JEP.

Con el fin de determinar si la solicitud del compareciente es procedente, la Sala Definición de Situaciones Jurídicas entrará a estudiar si las conductas punibles que se le atribuyen y por las cuales está siendo procesado en la Corte Suprema de Justicia, son competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz, abordando de manera independiente los factores personal, temporal y material que soportan normativamente tal atribución.

A. Competencia Personal de la Jurisdicción Especial para la Paz sobre Agentes Estatales

1. El Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, punto 5.1.2 del numeral 32, sobre el componente de justicia, incluye como uno de sus destinatarios a los agentes del Estado “que hubieren cometido delitos relacionados con el conflicto armado y con ocasión de este, aplicación que se hará de forma diferenciada otorgando un tratamiento equitativo, equilibrado, simultaneo y simétrico”, (subrayas fuera de texto).

2. El mismo numeral señala que para esta jurisdicción se entenderá por agente del Estado 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, que haya participado en el diseño o ejecución de conductas delictivas relacionadas directa o indirectamente con el conflicto armado. Para que tales conductas puedan ser consideradas como susceptibles de conocimiento por parte de la Jurisdicción Especial para la Paz, éstas debieron realizarse mediante acciones u omisiones cometidas en el marco y con ocasión del conflicto armado interno y sin ánimo de enriquecimiento personal indebido, o en el caso de que existiera, sin ser éste el determinante de la conducta delictiva” (subrayas fuera de texto).

3. Así, lo primero que define el mencionado numeral frente a los agentes del Estado es quienes ostentan esa calidad, situación que no admite

discusión alguna, tanto más cuanto, el artículo 123 de la Constitución Nacional señala en iguales términos quiénes se consideran servidores públicos.

4. Este concepto fue replicado en similar forma en el artículo transitorio número 17 del Acto Legislativo 01 de 2017, así “ *se entiende por Agentes del Estado a efectos de la Jurisdicción Especial para la Paz 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, que hayan participado en el diseño o ejecución de conductas delictivas, relacionadas directa o indirectamente con el conflicto armado. Para que tales conductas puedan ser consideradas como susceptibles de conocimiento por parte de la Jurisdicción Especial para la Paz, estas debieron realizarse 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”, (subrayas fuera de texto).*

5. De lo anterior, esta Sala advierte que son cuatro los supuestos en los que deben encajar las conductas de los agentes del Estado para que la Jurisdicción Especial para la Paz asuma el conocimiento de sus casos, a saber:

- a. Que hubieren cometido delitos relacionados con el conflicto armado o con ocasión de éste.
- b. Que hayan participado en el diseño o ejecución de conductas delictivas cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.
- c. La conducta debió realizarse mediante acciones u omisiones cometidas en el marco y con ocasión del conflicto armado interno.
- d. Que el agente estatal debió cometer la conducta sin el ánimo de enriquecimiento personal indebido, o en caso de que existiera, sin ser este determinante para su comisión.

6. Adicionalmente, conforme al numeral referido, esta Jurisdicción es competente para conocer de conductas de financiación y colaboración con grupos paramilitares por parte de terceros. Así, *“también serán de competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz las conductas de financiación o colaboración con los grupos paramilitares, o con cualquier actor del conflicto, que no sean resultado de coacciones, respecto de aquellas personas que tuvieron una participación activa o determinante en la comisión de los crímenes competencia de esta jurisdicción, según lo establecido en el numeral 40, salvo que previamente hubieran sido condenadas por la justicia por esas mismas conductas”*,(subrayas fuera de texto).

7. En ese sentido, la Sala encuentra que el numeral 40 del Acuerdo Final habla de la prohibición de otorgar amnistías e indultos o beneficios equivalentes cuando se trate de delitos que constituyen graves violaciones de derechos humanos y de derecho internacional humanitario.

8. Así, la competencia personal de la Jurisdicción Especial para la Paz para los agentes del Estado resulta condicionada al análisis de la competencia material de esta jurisdicción y a la posible participación del agente del Estado no miembro de Fuerza Pública en la forma en la que fue cometido el delito. Esto por cuanto no solo es necesario determinar cuál es el concepto de conflicto armado y qué se entiende por las expresiones “con causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado”, sino que debe también establecerse si dicho agente del Estado participó en el diseño o ejecución de conductas relacionados con el conflicto armado o si el grado de participación es suficientemente determinante como para tener incidencia en su dinámica.

9. Resalta la Sala que este estudio se hace pertinente en la medida en que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 123 de la Constitución Política, ÁLVARO ANTONIO ASHTON GIRALDO como miembro de una corporación pública como lo es el Congreso de la República, es un agente del Estado a la luz del Acuerdo Final y de la normatividad vigente.

B. Competencia temporal de la Jurisdicción Especial para la Paz

10. En lo que respecta a la competencia temporal de esta Jurisdicción, el artículo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2017 establece que *“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 primero de diciembre de 2016, por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado (...)”*.

11. Conforme a los hechos descritos anteriormente en esta decisión, al señor ASHTON GIRALDO se le investiga por haber participado presuntamente en el delito de concierto para delinquir agravado, acaecido entre los años 2004 y 2006, e independientemente por el punible de cohecho, acaecido en los años 2013 o 2014, sin que hasta el momento se haya determinado la conexidad de tales conductas punibles.

12. En virtud de lo expuesto, se observa que los hechos investigados por la Corte Suprema de Justicia son anteriores al primero de diciembre de 2016. En este sentido, la JEP es competente temporalmente para conocer de estos.

C. Competencia material de la Jurisdicción Especial para la Paz

13. Sea lo primero recordar que en el marco del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, firmado el 24 de noviembre de 2016, en el punto 5.1.2, numeral 9, establece que *“La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), es una jurisdicción especial que ejerce funciones judiciales de manera autónoma y preferente sobre los asuntos de su competencia, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves Violaciones de los Derechos Humanos”*.

14. En ese sentido, el mismo numeral del Acuerdo Final delimita la competencia de la JEP a las conductas punibles que se relacionen con el conflicto armado, definiendo que *“son delitos cometidos con causa, por ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, aquellas conductas punibles donde la existencia del conflicto armado haya sido la causa de su comisión, o haya jugado un papel sustancial en la capacidad del perpetrador para cometer la conducta punible, en su decisión de cometerla, en la manera en que fue cometida o en el objetivo para el cuál se cometió”*, (subrayas fuera de texto).

15. De la misma forma, el Acto Legislativo 01 de 2017, en su artículo transitorio 23, establece que la JEP *“tendrá competencia sobre delitos cometidos 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 (...)”*

JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ

16. En relación con lo anterior, el artículo transitorio 22 del Acto Legislativo 01 de 2017 establece la competencia de esta Jurisdicción para hacer *“una calificación jurídica propia del Sistema respecto a las conductas objeto del mismo, calificación que se basará, con estricta sujeción al artículo 29 de la Constitución Política, en el Código Penal colombiano vigente al momento de la comisión del hecho, en las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y de Derecho Internacional Humanitario (DIH) (...)”*.

17. Finalmente, el artículo 3 de la Ley 1820 de 2016 indica que *“La presente ley aplicará de forma diferenciada e inescindible a todos quienes, habiendo participado de manera directa o indirecta en el conflicto armado, hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado cometidas con anterioridad a la entrada en vigor del acuerdo final”*.

18. En virtud de lo anterior, es posible establecer que la competencia material de la Jurisdicción Especial para la Paz está determinada por los siguientes criterios:

- a. La conducta punible se dio por causa, con ocasión o en relación con el conflicto armado interno.
- b. La relación de causalidad, ocasión o relación con el conflicto armado debe ser sustentada a la luz del ordenamiento jurídico nacional e internacional vigente para el Estado colombiano.
- c. La conducta punible no se dio exclusivamente con el fin de enriquecer al autor, partícipe o determinador de la conducta.

Elementos de análisis para determinar la existencia de un conflicto armado de carácter no internacional

19. Si bien la normativa que le da competencia a esta Jurisdicción Especial hace una remisión al derecho internacional y nacional en la materia, la Sala encuentra que no existe un concepto claro de lo que constituye un conflicto armado en los instrumentos internacionales vigentes², ni en el ordenamiento jurídico nacional. Por este motivo, se establecerán los principales desarrollos en la materia que ha dado la jurisprudencia nacional e internacional, con el fin de adoptar una postura.

20. Sea lo primero determinar que la más reciente jurisprudencia internacional tiene una concepción amplia de conflicto armado. En este sentido, observa la Sala que el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia TPIY ha considerado que existe un conflicto armado donde se recurra a la fuerza armada entre Estados o violencia armada extendida entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre esos grupos dentro de un Estado³.

³ TPIY. Decisión sobre la apelación interlocutoria de jurisdicción en el caso del Fiscal vs. Dusko Tadić, 2 de octubre de 1995, párr. 70.

21. Para el caso del conflicto armado colombiano, aplica por regla general, la conducción y delimitación de conflictos armados de carácter no internacional establecida en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, el cual establece una protección general para la población civil en el marco de conflictos armados no internacionales y por el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1977. Al respecto, dicho instrumento internacional establece, en su artículo 1, que será aplicado a los conflictos *“que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”*.

22. En desarrollo de lo anterior, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que:

“el concepto de conflicto armado requiere, en principio, que existan grupos armados organizados que sean capaces de librar combate, y que de hecho lo hagan, y de participar en otras acciones militares recíprocas, y que lo hagan. El artículo 3 común simplemente hace referencia a este punto pero en realidad no define ‘un conflicto armado sin carácter internacional’. No obstante, en general se entiende que el artículo 3 común se aplica a confrontaciones armadas abiertas y de poca intensidad entre fuerzas armadas o grupos relativamente organizados, que ocurren dentro del territorio de un Estado en particular (...) Es importante comprender que la aplicación del artículo 3 común no requiere que existan hostilidades generalizadas y de gran escala, o una situación que se pueda comparar con una guerra civil en la cual grupos armados de disidentes ejercen el control de partes del territorio nacional”⁴.

23. Al respecto de la definición de los conflictos armados de carácter no internacional, la Corte Penal Internacional ha establecido que a la luz del derecho internacional vigente se requiere la verificación de dos elementos para que exista un conflicto armado de carácter no internacional: a. La

⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 . Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997.

existencia de un conflicto extendido en el tiempo y b. Que se dé entre grupos armados organizados. La misma Corte ha establecido que se entenderá que un grupo tiene esta calidad cuando tenga el suficiente grado de organización para llevar a cabo actividades armadas extendidas en el tiempo y para implementar las normas del Derecho Internacional Humanitario⁵.

24. Por otra parte, la Corte Penal Internacional ha entendido que la intensidad de las hostilidades armadas es un factor determinante a la hora de analizar la existencia del conflicto armado, esto para diferenciarlo de hechos aislados. En este sentido, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia ha establecido que el estudio de la intensidad de las hostilidades es una forma de distinguir los conflictos armados del vandalismo, las rebeliones desorganizadas y cortas, de las actividades terroristas, las cuales caen fuera del espectro del derecho internacional humanitario⁶.

25. Finalmente, esta Sala recalca que la Corte Constitucional ha adoptado los criterios antes reseñados y ha reconocido *“que para efectos de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, la existencia de un conflicto armado se determina jurídicamente con base en factores objetivos, independientemente de la denominación o calificación que le den los Estados, Gobiernos o grupos armados en él implicados.”*⁷.

Sobre los límites de la expresión *por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado*

26. Una vez establecidos los elementos de existencia de un conflicto armado de carácter no internacional, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas entrará a determinar lo que entenderá por la expresión *“por causa,*

⁵ CPI. Sentencia de Primera Instancia en contra de Germain Katanga. Decisión del 7 de marzo de 2014, párr. 1185. CPI. Sentencia de Primera Instancia en contra de Thomas Lubanga. Decisión del 14 de marzo de 2012, párr. 536.

⁶ TPIY. Sentencia de Primera instancia en contra de Vlastimir Dordevic. Caso No. IT-05-87/1-T, Volumen I, 23 de febrero de 2011, párr. 1522.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-291 de 2007. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado” contenida en el Acto Legislativo 01 de 2017.

27. Al respecto, cítese que el artículo transitorio 23 del Acto Legislativo 01 de 2017 enumera una serie de criterios para determinar el vínculo de una conducta con el conflicto armado y, por lo tanto, la competencia material de la JEP para conocerla:

“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, participe 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 el objetivo que se proponía alcanzar con la comisión del delito”.*

28. De esta forma, existen dos opciones para entender que una conducta delictiva es de la competencia de la JEP: una relación de causalidad directa o indirecta del conflicto en la comisión del ilícito o una influencia suficiente del conflicto sobre el autor para cometer el delito.

29. Para poder establecer la existencia de una o de otra, la Sala considera necesario realizar un estudio sobre la manera en la que diversos tribunales nacionales e internacionales han determinado la existencia de un vínculo de una conducta con el conflicto.

30. Desde esa perspectiva, la Sala pone de presente que desde temprana jurisprudencia, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia ha desechado la posibilidad de que las únicas conductas relacionadas con el conflicto armado sean las que se dan en medio de enfrentamientos de los actores armados. Así, en sus primeras decisiones el TPIY expresó la necesidad de una relación cercana de la conducta con el conflicto (...) Agregó que el marco geográfico y temporal de aplicación de los conflictos armados de carácter no internacional no se circunscribe de manera exclusiva al desarrollo de las hostilidades. Por ende, el derecho internacional humanitario aplica desde el inicio de las hostilidades hasta que se verifica una conclusión de estas o, en el caso de conflictos armados no internacionales, se alcanza un acuerdo de paz, y se aplica en la totalidad del territorio controlado por alguna de las partes que interviene⁸.

31. La Sala de Apelaciones del TPIY amplió este contexto de relación entre conductas delictivas con el conflicto armado. Así, estableció que lo que distingue un crimen de guerra de un delito puramente doméstico es que el crimen de guerra *“está moldeado o es dependiente del contexto – el conflicto”*. Así, la existencia del conflicto debe *“al menos, haber jugado una parte sustancial en la habilidad del perpetrador para cometerlo, en su decisión de cometerlo, en la manera en la que se comete o el propósito para el que fue cometido armado- en el que es cometido”*⁹.

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

⁸ TPIY. Sala de Juzgamiento. Decisión sobre la apelación interlocutoria de jurisdicción en el caso del Fiscal vs. Dusko Tadić, 2 de octubre de 1995, párr. 68- 70.

⁹ TPIY. Sala de Apelaciones. Sentencia en el caso del Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros, 12 de junio de 2002, párr. 57. Traducción informal de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. Traducción propia de la Sala.

cometido como parte del contexto de las actividades oficiales del perpetrador¹⁰.

33. Por su parte, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda TPIR estableció que la posibilidad de ser sujetos activos de crímenes de guerra no se reduce a los combatientes o miembros de los grupos armados que hacen parte de las hostilidades, para dicho Tribunal, es suficiente con que se verifique un vínculo o conexión con una de las partes en conflicto¹¹. De la misma opinión es la Sala de Juzgamiento del TPIY, la cual estableció que aunque una persona no haga parte de las hostilidades en el marco del conflicto, su relación cercana con uno de los actores armados, que las conductas se hagan en promoción del conflicto y que los actos se hagan bajo la apariencia de este, son elementos que permiten concluir el nexo de la conducta con el contexto de confrontación¹².

34. En lo que respecta a la relación de las conductas con el conflicto armado, en el marco del artículo 8 del Estatuto de Roma, sobre los crímenes de guerra, la Corte Penal Internacional ha adoptado los desarrollos del TPIY para establecer que la conducta del perpetrador debe estar relacionada de manera cercana a las hostilidades que tienen lugar en los territorios controlados por las partes en conflicto. Sin embargo, el conflicto no debe ser la única base del acto criminal ni sólo se consideran como actividades desarrolladas en el marco del conflicto aquellas que se dan de manera exclusiva durante los enfrentamientos. Así, la jurisprudencia establece que el conflicto debe jugar una parte fundamental en la decisión del perpetrador, o en su habilidad para cometer el crimen o la manera en la que este se ejecuta¹³.

¹⁰ Ibidem, párr. 59.

¹¹ TPIR. Sala de Juzgamiento. Sentencia de Primera Instancia contra Jean Paul Akayesu. 2 de septiembre de 1998, párr. 633.

¹² TPIY. Sala de Juzgamiento. Sentencia de Primera Instancia contra Mitar Vasiljevic. 29 de noviembre de 2002, párr. 57.

¹³ CPI. Sentencia de Primera Instancia en contra de Germain Katanga. Decisión del 7 de marzo de 2014, párr. 1176.

35. De manera adicional, esta Sala encuentra, siguiendo a la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, que es necesario definir lo que se debe entender por la expresión “bajo la apariencia del conflicto armado” desarrollada por el TPIY. En ese sentido, dicha Sala estableció que:

“La expresión “bajo la apariencia del conflicto armado” no quiere decir simplemente que se dé “al mismo tiempo que el conflicto” y/o “en cualquier circunstancia creada en parte por el conflicto armado”. Por ejemplo, si un no combatiente saca ventaja de un conflicto armado para asesinar a un vecino que ha odiado por años, esto no podría, sin más, constituir un crimen de guerra a la luz del artículo 4 del Estatuto”¹⁴.

36. Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha adherido a lo establecido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-291 de 2007, en el sentido de delimitar la aplicación del DIH, así:

*“El DIH se aplica automáticamente cuando están dadas las **condiciones de índole temporal, espacial y material**; tales condiciones hacen que “el ámbito temporal y geográfico tanto de los conflictos armados internos como de los internacionales se extienda más allá del tiempo y lugar exactos de las hostilidades”. Agregó que en términos materiales, no todos los hechos ilícitos que ocurren durante un conflicto armado se someten al derecho internacional humanitario; “solo aquellos actos suficientemente relacionados con el desarrollo de las hostilidades están sujetos a la aplicación de este derecho. (...)”.*

37. Por último, es preciso poner de presente que la Corte Constitucional ha reconocido la complejidad que representa el establecer parámetros objetivos de relacionamiento de hechos delictivos con el conflicto armado. Así, “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

¹⁴ TPIR. Sentencia de Segunda Instancia en contra de Georges Rutaganda. 26 de mayo de 2003, párr. 570. Traducción informal de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas.

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 interno¹⁵ (subrayas fuera de texto).

38. En este punto, la Sala resalta que los precedentes citados se relacionan de manera exclusiva con el contexto necesario para entender que un hecho delictivo tiene relación con el derecho internacional humanitario, lo que lleva a que pueda considerarse como un crimen de guerra. A pesar de esto, como ya se estableció, la competencia material de la Jurisdicción Especial para la Paz es más amplia en la medida en que incluye el conocimiento de cualquier tipo de delito cometido en el marco, con ocasión o por causa del conflicto armado.

39. Sin embargo, la Sala también llama la atención sobre el hecho de que el lenguaje que manejan el Acuerdo Final, el Acto Legislativo 01 de 2017 y la Ley 1820 de 2016 es similar al que los tribunales penales internacionales han desarrollado en la jurisprudencia citada para entender la conexión de crimen con el contexto del conflicto armado, por lo que deben ser parámetro de interpretación en la materia, tal y como lo ha hecho el TPIR¹⁶. En este sentido, la Sala considera que para dar alcance a la normativa aplicable por esta Jurisdicción, se puede hacer una clara diferenciación entre tres tipos de conductas delictivas que pueden ser competencia de la JEP.

40. En primer lugar, es preciso recordar que conforme al artículo 1 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017 uno de los fines del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) “es el reconocimiento de responsabilidad por parte de todos quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto, y se vieron involucrados de alguna

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-7811 de 2012. Magistrada Ponente: María Victoria Calle.

¹⁶ TPIR. Sala de Juzgamiento. Sentencia de Primera Instancia en contra de Laurent Semanza. 15 de mayo de 2003, párr. 518.

manera en graves violaciones a los derechos humanos y graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario”.

41. Desde esa perspectiva, la Ley 1820 de 2016 da cuenta de la importancia de que la Jurisdicción Especial para la Paz tiene competencia material prevalente cometido en el marco del conflicto para conocer sobre los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los crímenes de guerra, 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. Esto en la medida en que en su artículo 23 establece una prohibición de otorgar amnistías o indultos por estos delitos y el artículo 46 establece una prohibición para renunciar a la persecución penal de los agentes del Estado que los hayan cometido.

42. En segundo lugar, la Sala encuentra que la JEP tiene competencia material sobre un segundo grupo de delitos que tienen remisión expresa dentro de la normativa aplicable, estos son los denominados delitos políticos y los relacionados con el ejercicio del derecho de protesta social.

43. Con respecto a los primeros, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas recuerda que no es la competente para definir el marco de aplicación sobre delitos políticos y conexos, siendo esto competencia exclusiva de la Sala de Amnistía e Indultos SAI, en virtud del artículo 23 de la Ley 1820 de 2016, frente a su facultad expresa de conceder amnistías e indultos.

44. En relación con los segundos, el artículo 29 de la Ley 1820 de 2016 establece una competencia expresa de la JEP y de esta Sala, en lo que respecta a conductas desplegadas en contextos relacionados con el ejercicio del derecho de protesta o disturbios internos.

45. Valga acotar que sobre estos dos grupos de delitos se puede establecer con alta probabilidad que fueron cometidos con relación directa o indirecta, o con ocasión o por causa del conflicto armado.

46. En tercer lugar, adviértase que la Jurisdicción Especial para la Paz tiene igualmente una competencia material amplia sobre cualquier delito que no se encuentre en los grupos anteriormente mencionados. Esto en la medida en que la legislación vigente establece que se tiene competencia sobre los *delitos cometidos con causa, por ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado*.

47. Desde esa perspectiva, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas establece que cuando se someta una consideración de acogimiento a la jurisdicción de la JEP por una persona que haya sido acusada, procesada o condenada por causa de un delito para cuyo conocimiento no exista una remisión expresa en la legislación aplicable por esta Jurisdicción, debe realizar un estudio riguroso para determinar su conexidad con el conflicto armado.

48. Lo anterior se deriva de la imperiosa necesidad de delimitar las competencias de esta Jurisdicción y el marco de aplicación del Acuerdo Final y los otros instrumentos antes mencionados. En este sentido, la Sala encuentra que no es posible establecer parámetros objetivos de conexidad con el conflicto armado en la medida en que Colombia se ha visto envuelta en un conflicto de más de 60 años, en el que han participado multiplicidad de actores, que se ha extendido por casi todo el territorio nacional y ha afectado de manera directa o indirecta a la mayoría de su población.

49. Bajo esa óptica, se podría caer en el error de asimilar que casi cualquier conducta punible que haya ocurrido en el territorio nacional en dicho lapso tiene una relación, así sea mínima, con el desarrollo del conflicto armado. Para esta Sala, esta posibilidad no es viable ni razonable a la luz del carácter especial y transitorio de esta Jurisdicción.

50. Así, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas considera que el análisis de los delitos que no son competencia expresa de la jurisdicción debe superar un estudio riguroso y estricto sobre su relación con el conflicto armado. Para ello, la Sala considera que, entre otros, debe analizarse:

- 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.

Análisis de la Competencia de la JEP en el caso concreto

51. En la medida en que la solicitud de acogimiento a la JEP que presenta el señor ASHTON GIRALDO tiene relación con los delitos de concierto para delinquir agravado y cohecho, los cuales no están dentro de las competencias expresas de esta Jurisdicción, se debe hacer un análisis estricto para determinar si existe competencia material sobre el mismo. Para esto, la Sala hará un análisis en varios niveles; en primer lugar, se desarrollará el contexto socio histórico en el que se presentó la colaboración de aforados constitucionales con grupos de autodefensas ilegales, específicamente, en la zona norte del país. Posteriormente, la Sala entrará a estudiar la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el concierto para delinquir en tres supuestos: el concierto para delinquir como crimen de lesa humanidad, las diferencias entre el concierto para delinquir y el delito político y, finalmente el concierto para delinquir como delito común. Por último, se pronunciará sobre la posibilidad de considerar si los delitos de concierto para delinquir agravado y cohecho por los que se procesa al compareciente pueden considerarse competencia de la JEP.

Contexto socio-histórico en el que se presentó la colaboración de aforados constitucionales con grupos de autodefensas ilegales

52. Reséñese en principio que la Corte Interamericana de Derechos Humanos encontró que como parte de la política de lucha contra grupos armados ilegales el Estado colombiano propició la conformación de grupos de autodefensas ilegales¹⁷. A partir de esta situación, desde 1989 el Estado colombiano adoptó una serie de medidas para contrarrestar el actuar delictivo de estos grupos ilegales¹⁸.

53. A pesar de esto, en lo que refiere a la expansión del fenómeno paramilitar en la zona norte del país, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá SJP-TB expresó que entre *“los años 1980 y 1995, las “Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá”, dirigidas por Carlos Castaño y Salvatore Mancuso, incursionaron en la Costa Atlántica colombiana al mando de Salvatore Mancuso bajo el supuesto exclusivo de combatir los Frentes “6 de Diciembre” y “José Manuel Martínez Quiroz” del E.L.N., y las células de las F.A.R.C. que operaban en la Serranía del Perijá y sus municipios aledaños, en el departamento del Cesar”*¹⁹.

54. Con este contexto como base, la década de los noventa evidenció la expansión del fenómeno de autodefensas ilegales en el norte del país, bajo el mando de Carlos Castaño Gil. Así, el CNMH ha encontrado evidencias de la vinculación de estructuras ilegales con grupos de élite regionales, quienes promovieron su presencia y consolidación en la región²⁰.

55. De manera más específica, la Sala de Justicia y Paz encontró probado que organizaciones como el Bloque Norte de las autodefensas se

¹⁷ CorteIDH. Caso 19. comerciantes vs. Colombia. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 5 de julio de 2004, párr. 84.

¹⁸ *Ibidem*, párr. 121.

¹⁹ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 7 de diciembre de 2011.

²⁰ CNMH. En Honor a su Memoria: Víctimas del Bloque Norte de las AUC en el Caribe Colombiano. 2017, p. 46.

establecieron en principio, con el objetivo de hacer *“oposición política y militar al aparato armado subversivo en las mismas condiciones de provocación y agresión planteadas por las organizaciones guerrilleras”*²¹.

56. Puntualmente, en lo que respecta al Frente José Pablo Díaz, del Bloque Norte de las AUC, la SJP-TB ha rastreado su origen entre los años 2001 y 2002, y su área de influencia el departamento de Atlántico y, tangencialmente, los departamentos de Magdalena y Cesar.

57. A su vez, tanto la Sala de Justicia y Paz del Tribunal de Bogotá como el CNMH han establecido que la principal fuente de financiación del Frente José Pablo Díaz en el departamento del Atlántico era la relacionada con corrupción administrativa, apropiación ilícita de dinero público y cobros a los ganaderos de la zona. Así, la SJP-TB estableció que *“se tiene que el Frente “José Pablo Díaz” en un principio fue financiado de manera directa por los jefes del Bloque Norte Carlos Castaño Gil y Salvatore Mancuso, y que una vez estuvo consolidado, su financiamiento se trazó mediante una política ilegal basada en el cobro de porcentajes de participación sobre contratos públicos, aportes de ganaderos y agricultores con base en el número de cabezas o extensión de la tierra, y el control del impuesto a las operaciones del narcotráfico que se daban en la región de influencia del Frente”*²².

58. Aunado a lo expuesto, el actuar delincuencial del Frente José Pablo Díaz de las AUC impactó gravemente a la población civil en el departamento del Atlántico. Así, la Sala de Justicia y Paz evidenció que para el año 2010 el actuar criminal del Bloque Norte incluía *“la perpetración de 2.188 conductas delictivas con 8.006 víctimas registradas, de las cuales 724 se corresponden con el delito de desplazamiento forzado, del que se han derivado 4.500 víctimas; 333 se correspondían a masacres con 1.563 víctimas reportadas; 410 al reclutamiento ilegal de 410 niños, niñas y*

²¹ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 7 de diciembre de 2011.

²² Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 7 de diciembre de 2011.

*adolescentes; el desaparecimiento forzado de 2.583 personas, entre otros crímenes de guerra y de lesa humanidad*²³.

59. En similar sentido, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha considerado válidos informes de expertos en los que se expuso *“el contexto de la situación local de dinámicas y hechos de violencia en los municipios de Galapa, Baranoa, Polonuevo, Sabanalarga, Luruaco, Repelón, Santo Tomás, Palmar de Varela, Sabanagrande, Barranquilla, Soledad, Piojó, Malambo, Ponedera y Candelaria (del departamento del Atlántico) y Remolino y Sitionuevo (Magdalena), haciendo concreciones sobre el daño colectivo causado por el Frente José Pablo Díaz, con afectación directa en las condiciones sociales, económicas e históricas de la vida comunitaria, como consecuencia directa de las graves violaciones a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario”*.²⁴

60. Así las cosas, la Sala encuentra que una vez determinada la amplia influencia que las autodefensas ilegales tenían en la zona de los departamentos de Atlántico, Cesar y Magdalena para la fecha de los hechos, es necesario entrar a analizar la forma en que las AUC han sido relacionadas con el poder político de la región.

61. Al respecto, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas trae a colación que la SJP-TB encontró probado que el proceso de consolidación del poder de las autodefensas en la región caribe incluye una profunda infiltración en el aparato estatal. Así, la SJP-TB afirmó que *“resulta de particular interés el proceso de consolidación del Bloque Norte en la región donde operó, en la que llegó a infiltrarse en importantes sectores de la Administración Pública y en organismos de seguridad como el otrora Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), - (...). Así mismo, se han conocido sentencias emitidas por la Sala de Casación Penal de la Corte*

²³ Ídem.

²⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 6 de junio de 2012. Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho.

Suprema de Justicia y Jueces Penales del Circuito Especializados, en contra de congresistas y ex gobernadores de la Costa Norte por sus vínculos con el Bloque Norte de las A.U.C., a lo cual se ha denominado “parapolítica”²⁵.

62. Por su parte, el CNMH ha determinado que la forma en la que miembros de la clase política de la región caribe se relacionaron con las autodefensas ilegales fue diferenciada de acuerdo con el departamento en el que se dio. En este sentido, en lo que se refiere al departamento del Atlántico señaló: *“los paramilitares no alcanzaron en el Atlántico un control político tan férreo de los dirigentes locales tradicionales, como parece que fue el caso en Magdalena y Cesar. En el departamento del Atlántico el mapa político y los liderazgos han estado fuertemente definidos y anclados a algunas familias pertenecientes a los partidos políticos liberal y conservador. El poder político tradicional representado en pocas familias y personalidades del Atlántico hizo de las alianzas con el paramilitarismo algo innecesario”²⁶. Así, “En el Atlántico, los vínculos entre algunos integrantes de la clase política y los paramilitares se concretaron a través de las redes de corrupción de algunos mandatarios locales.”²⁷.*

63. En este sentido, observa la Sala que la Corte Suprema de Justicia ha establecido en un número importante de decisiones -67 sentencias por temas relacionados con parapolítica, de las cuales 62 fueron de carácter condenatorio-, que los grupos de autodefensas hicieron pactos o acuerdos con miembros activos del Congreso de la República, o con aspirantes a serlo, entre los años 2002 y 2006, encaminados a promocionar los intereses del grupo ilegal²⁸.

64. Dentro de ese marco, dicha Corporación resolvió la situación jurídica a ASHTON GIRALDO, siendo por ello posible afirmar hasta la fecha

²⁵ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 7 de diciembre de 2011.

²⁶ CNMH. En Honor a su Memoria: Víctimas del Bloque Norte de las AUC en el Caribe Colombiano. 2017, p. 62.

²⁷ Ídem.

²⁸ Oficio No. 20183340058891 del 03 de mayo de 2018, remitido a la Sala de Casación Penal.

que el citado político “entre 2004 y 2006, se reunió con los comandantes políticos del frente José Pablo Díaz -JPD de las AUC y se concertó con la organización para asegurar la obtención de una curul en su primera aspiración al Senado, en parte, gracias al apoyo burocrático y electoral brindado por la organización armada, con el objetivo de promover al grupo ilegal desde el Congreso de la República”.

ALCANCE DEL CONCIERTO PARA DELINQUIR EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

65. Una vez establecido este contexto social e histórico, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la Jurisdicción procederá a examinar las diferentes aristas desde las que se ha abordado el delito de concierto para delinquir en relación con las autodefensas ilegales, esto es, bajo la óptica de un delito de lesa humanidad, de otra parte, como conducta diferenciada del delito político y, por último, como una forma agravada del tipo básico relacionada con la promoción de los intereses de dicha estructura armada, para luego hacer el análisis del caso concreto.

66. Téngase en cuenta que en la legislación penal vigente para la época de los hechos, el delito de concierto para delinquir agravado, previsto en el artículo 340, modificado por la Ley 733 de 2002, señalaba:

“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 psicotrópicas, 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 delinquir²⁹.

67. Conforme a la descripción normativa citada, queda claro que el inciso primero contempla el tipo básico del concierto para delinquir. Ahora bien, en el inciso 2°, se incluyó el reproche de los convenios destinados a consumir delitos que podrían ser atentatorios de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, situación que eventualmente se asigna al concierto para delinquir con fines de paramilitarismo, por cuanto ese tipo de organizaciones criminales está implicada en la consumación de tales conductas.

JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ

68. Acorde con lo expuesto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia³⁰, fijó claros límites para que el concierto para delinquir agravado con fines de paramilitarismo pueda ser considerado delito de lesa humanidad, en tanto se den los siguientes supuestos:

(i) Que las actividades públicas de la organización incluyan algunos de los crímenes contra la humanidad;

(ii) Que sus integrantes sean voluntarios; y

(iii) Que la mayoría de los miembros de la organización debieron haber tenido conocimiento o ser conscientes de la naturaleza criminal de la actividad de la organización,

Bases a partir de las cuales varios tribunales internacionales y nacionales consideran que el concierto para cometer delitos de lesa humanidad también

²⁹ Artículo 340 del Código Penal, modificado por el artículo 8 de la Ley 733 de 2002.

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto 29472 del 10 de abril de 2008.

debe ser calificado como punible de la misma naturaleza, como lo determina la Corte en este momento para el caso colombiano y con todas las consecuencias que ello implica.

Ha de agregarse que al ordenamiento jurídico nacional han sido incorporados diferentes tratados y convenciones, bien por anexión expresa o por vía del bloque de constitucionalidad (artículo 93 de la Constitución Política), que permiten constatar que el concierto para delinquir sí hace parte de los crímenes de lesa humanidad.

69. Posteriormente, la citada Corporación destacó la importancia de tener en cuenta el propósito final del acuerdo criminal³¹ para así establecer si el delito constituye o no un delito de lesa humanidad, refiriendo específicamente que:

No se puede perder de vista que la incorporación jurisprudencial del concierto para delinquir en la categoría de delitos de lesa humanidad no es el único parámetro para definirlo como tal, sino que en cada caso se debe analizar el designio o finalidad criminal de la asociación ilícita. Así lo concluyó en pasada oportunidad la Corte (CSJ AP, 7 nov. 2012, rad. 39.665):

Corresponde precisar que la taxatividad o la expresa mención del delito de concierto o asociación para delinquir en el catálogo de delitos de lesa humanidad, no puede ser el único criterio determinante para reputarlo o excluirlo como tal, sino que en tal ejercicio deben concurrir el estudio de las finalidades y propósitos de dicho concierto o de dicha asociación ilícita, nótese que el artículo 7 del Estatuto de Roma, condiciona siempre la susodicha cualificación a los objetivos o finalidades de las conductas ilícitas, esto es, que sean “parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil” . De manera que sobre tal punto debe girar el calificativo que se le de (sic) al delito de concierto para delinquir como de lesa humanidad, lo que impone el estudio de las circunstancias de cada caso en concreto. En términos generales puede concluirse que el delito referido será de lesa humanidad, cuando los hechos punibles que se cometan por motivo o con ocasión de la ilícita asociación, comprendan ataques generalizados o sistemáticos a la población civil.

³¹ Sentencia del 18 de marzo de 2015, radicado SP3240-2015, M.P. Eyder Patiño Cabrera.

70. De otra parte, en relación con la posibilidad de asimilar el concierto para delinquir agravado con un delito político, reiteradamente ha sostenido la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia³², que esa comparación va en contravía de la Constitución Política, como quiera que los delitos políticos tienen una finalidad distinta al de los delitos comunes, pues mientras los primeros buscan derrocar el Estado por considerar que el mismo es injusto, pretensión ideal e inclusive altruista; los segundos, tienen por fin poner a la sociedad civil en una situación de indefensión a través del uso de la violencia para conseguir sus propósitos individuales.

71. Sobre el particular, específicamente la Corte Suprema de Justicia sostuvo en la sentencia citada, lo siguiente:

(...)el delito político tiene ocurrencia cuando se atenta contra el régimen constitucional y legal vigente en búsqueda de un nuevo orden, resultando un imposible jurídico predicar de tales conductas su adecuación al delito de concierto para delinquir.

JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ

(...) Los delitos cometidos por personas vinculadas a grupos paramilitares, como es el caso de los miembros de los grupos de autodefensa que en virtud de acuerdos con el Gobierno Nacional se han desmovilizado, bajo ningún pretexto alcanzan a ser considerados como autores del punible de sedición, por cuanto tales comportamientos no pueden ser asimilados al concepto delito político.

7. Debido a que los hechos delictivos cometidos por cuenta o en nombre de los paramilitares no fueron ejecutados con el propósito de atentar contra el régimen constitucional y legal vigente, con denunciado apoyo de importantes sectores institucionales y procurando obtener beneficios particulares, pretender que una norma identifique como delito político conductas claramente señaladas como delitos comunes resulta contrario a la Constitución vigente, desconoce la jurisprudencia nacional y contradice la totalidad de doctrina nacional y extranjera.

³² Radicado 21639 del 26 de noviembre de 2003, radicado 21343 del 10 de septiembre de 2003 y auto de 23 de octubre de 1990, Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

72. Indicó el alto Tribunal Penal que también desde la teoría del delito se advierte el error de pretender incluir en una categoría similar al concierto para delinquir y a los delitos políticos, como quiera que las estructuras de uno y otro son excluyentes entre sí, los elementos a través de los cuales se configuran son totalmente distintos y no tienen puntos de convergencia. A ese respecto, detalladamente se refirió la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, destacándose lo siguiente:

*“1.El **bien jurídico** protegido en los delitos políticos es el régimen constitucional y legal porque el rebelde o el sedicioso se levanta contra las instituciones para derrocarlas o perturbar su funcionamiento. En el concierto para delinquir se atenta contra el bien jurídico de la seguridad pública, el cual resulta lesionado cuando se altera la tranquilidad de la comunidad y se genera desconfianza colectiva para el ejercicio de las actividades ordinarias.*

*2.La **acción típica** del rebelde o sedicioso se encauza a un supuesto fin colectivo de bienestar pues busca derrocar al gobierno legítimo para instaurar uno que cree justo e igualitario o perturbar la operatividad jurídica del régimen vigente; en el concierto se busca la satisfacción de necesidades egoístas, individuales de los asociados pues el responsable de tal injusto se coliga con el propósito de cometer delitos en forma indiscriminada sin que sea necesaria la producción de un resultado y menos aún, la consumación de un ilícito que concrete el designio de la concertación³³(...)”*

73. Visto lo anterior, 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 beneficiar los intereses electorales y particulares del congresista a cambio de lo cual este ponía el ejercicio de la función pública al servicio de

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de única instancia, 18 de julio de 2001, radicación 17089 y sentencia de 23 de septiembre de 2003, radicación 17089.

cambio de lo cual este ponía el ejercicio de la función pública al servicio de las autodefensas para promocionar sus intereses en el seno del Congreso de la República.

74. De esta manera, el delito por el que es investigado ASHTON GIRALDO se enmarca dentro de la categoría de delitos comunes sobre los que esta Jurisdicción no tiene competencia expresa. Así, es necesario que esta Sala entre a determinar si el concierto para delinquir agravado “en la modalidad de promoción de grupos al margen de la ley”, se dio con relación directa o indirecta, con ocasión o por causa del conflicto armado. Igualmente, en caso de verificarse esta relación, puede ser considerado, *prima facie*, como un partícipe activo o determinante en los delitos competencia de la JEP, conforme al punto 5.1.2, numeral 40, o participó en el diseño o ejecución de conductas delictivas relacionadas con el conflicto conforme al numeral 32 del Acuerdo Final.

75. Frente a lo primero, baste recordar que son tres los elementos esenciales para que se configure el concierto para delinquir en la modalidad agravada imputada al congresista por promover los intereses de los grupos de autodefensa, a saber: 1. La existencia de una organización que con carácter permanente tenga como objetivo lesionar intereses o bienes jurídicos indeterminados sin que necesariamente se produzca o materialice el acuerdo pactado; 2. Que exista un acuerdo de voluntades para alcanzar dicho objetivo y que el mismo una a los miembros de la organización; y 3. Que exista la expectativa de realización de las actividades que permita suponer un peligro o alteración de la seguridad pública.

76. En efecto, cuando el concierto para delinquir tiene su base en un acuerdo entre políticos y organizaciones paramilitares, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que se subsume en el agravante contenido en el inciso 2° del Código Penal, específicamente en el verbo promover, como quiera que “*esa alianza como una manera muy particular de cooptación del Estado que tiene por finalidad el empleo de la función pública*”

*al servicio de la causa paramilitar, una muy singular manera de promover la acción del grupo ilegal*³⁴ .

77. Sobre el alcance del verbo promover, también precisó la Corte Suprema de Justicia³⁵ que:

“Promover o impulsar esa especial categoría de delincuencia es, simplemente, concederle una dignidad de la que está privada, un status que no tiene, legitimarla socialmente, ponerla en alta consideración o darle reconocimiento, ayudarla de cualquier manera, en fin, fortificarla, por contraste a restarle poder, debilitarla, combatirla o acabarla. Y eso se puede hacer de múltiples formas: una de ellas, poniendo las autodefensas a su mismo nivel o altura, en ejercicio de cualquier tipo de pacto, coalición, negociación o acuerdo; excepción hecha de los realizados con autorización del Gobierno Nacional, en el contexto de procesos de paz y reconciliación (Art. 12, ley 418 de 1997)”³⁶.

De ese modo, cuando una persona con pretensión de acceder a algún cargo de representación popular conscientemente pacta o acuerda con el estamento paramilitar recibir apoyo para lograr ese objetivo, bien sea económico o valiéndose del poder de intimidación o coacción del grupo en una región del país, no sólo cohonesto el proyecto de expansión que caracteriza a esas organizaciones, sino que potencia su accionar y pone la función pública al servicio de esas estructuras. Se configura, entonces, como quedó claro de la anterior reseña jurisprudencial, una forma de promoción del grupo irregular, modalidad del concierto para delinquir que se pune con mayor drasticidad en el inciso segundo del artículo 340 del C.P. Esa misma línea de pensamiento se ha expresado, entre otras, en CSJ. SP, 9 de sept. de 2015, rad. 27920; AP, 19 de ago. de 2015, rad. 36328; SP, 28 de oct. de 2014, rad. 34017 y SP, 8 de feb. de 2012, rad. 35227.

78. De otro lado, tal como ya lo determinó esta Sala después de hacer la revisión de la jurisprudencia nacional e internacional que rige la conexión de una conducta con el conflicto armado, se debe determinar si el caso bjo estudio encuadra en al menos uno de estos cinco criterios: si el conflicto

³⁴ Rad. 36046 del 16 de marzo de 2016, Sala Penal, Corte Suprema de Justicia.

³⁵ Rad. 42441 del 30 de noviembre de 2016.

³⁶ Rad. 33713 del 6 de marzo de 2013.

armado le dio habilidad al perpetrador para cometer el ilícito; si el conflicto armado influyó sustancialmente para cometer el delito; si el conflicto armado determinó o permitió la comisión del delito; si el conflicto armado estableció el objetivo que se proponía el perpetrador o si el perpetrador lo hizo con el fin único de enriquecerse.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

79. Así, conforme a lo expuesto en el acápite sobre la competencia personal condicionada de agentes del Estado no miembros de Fuerza Pública, 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 del presente asunto.

80. Por otra parte, resulta importante señalar que en términos de los pronunciamientos del Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia, recogidos en el Acuerdo Final para la terminación del Conflicto, si bien el presunto concierto para delinquir cometido entre el congresista y los paramilitares pudiera tener una relación causal con el conflicto armado, en la medida en que la alianza con un actor armado puede entenderse con ocasión del mismo, el aporte del agente del Estado se limitó a acciones que buscaban un beneficio eminentemente particular, y, en todo caso, lejano al apoyo de las hostilidades o al mantenimiento de sus condiciones, dentro de una concepción amplia en los términos ya referidos por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional.

81. A su vez, 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. En ese sentido, la conducta ejecutada por ÁLVARO

ANTONIO ASHTON GIRALDO no tiene tal connotación, ni tampoco su colaboración con los grupos paramilitares se considera determinante o activa para la comisión de conductas delictivas relacionadas con graves violaciones de derechos humanos o infracciones al derecho internacional humanitario, ni para su diseño o ejecución, pues su presunta intención era la de alcanzar una curul en el Senado de la República a cambio de apoyar los proyectos legislativos que promovieran los intereses de los paramilitares, encaminados básicamente a facilitar su proceso de desmovilización en unas condiciones penales altamente favorables, lo cual finalmente no se reflejó en lo que hoy se conoce como la Ley de Justicia y Paz.

82. Así mismo, si bien se advierte que el posible acuerdo ilícito pudo tener relación con los fines políticos de la organización delictiva, más allá de ello y a pesar de lo considerado por el Ministerio Público, 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 en precedentes antes citados, pues a lo sumo el congresista se aprovechó de ciertas circunstancias de control regional que le propiciaban los paramilitares en beneficio de sus fines electorales, pero sin potenciar el actuar del grupo de autodefensas ilegal de cara al conflicto armado.

83. En ese sentido, 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 participación en la comisión de graves crímenes relacionados con el mismo.

84. A partir de lo comentado, debe advertirse que los casos de congresistas investigados por el fenómeno de la parapolítica revisten sendas singularidades que no permiten concebirlos de igual manera a nivel general,

sino entendidos desde sus propias dinámicas regionales y conforme a los pactos particulares en los que se circunscribieron, de tal modo que solo aquellos eventos en los que probatoriamente se ventilen situaciones en las que el aporte del agente del Estado con las autodefensas esté encaminado a cometer graves conductas relacionadas con el conflicto³⁷ pueden ingresar a esta Jurisdicción, dado que su umbral de compromiso trasciende en estos eventos la esfera del delito común.

85. Además, no puede perderse de vista el contexto de la región del Atlántico ni la forma diferenciada con la que operaba el frente José Pablo Díaz, pues nótese que su incursión no estaba precedida por la desaparición de la guerrilla, sino que su principal objetivo era, según el Centro Nacional de Memoria Histórica, capturar rentas a través del narcotráfico, la extorsión, la corrupción y el blanqueo de dinero.

86. Como se aprecia, la presunta alianza entre el compareciente y la organización criminal 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, como ya se advirtió, se tradujera en la ejecución de alguna de las conductas delincuenciales relacionadas con el conflicto armado.

87. Finalmente, en lo concerniente a la posibilidad esgrimida por el Ministerio Público respecto a que el ingreso de estas actuaciones a la JEP permitiría a las víctimas obtener verdad con los aportes que pudiesen llegar a brindar terceros o agentes del Estado, si bien es loable, no puede ser argumento de fondo para justificar la competencia de esta Jurisdicción para conocerlo, máxime cuando el Sistema Integral de Verdad, Justicia,

³⁷ En ese sentido, el Acto Legislativo No. 1 del 04 de abril de 2017, en el Art. 12 transitorio, inciso 5º., claramente refiere que “En las actuaciones que adelanten los órganos en la Jurisdicción Especial para la Paz no se podrá presumir el carácter masivo o sistemático de las conductas punibles investigadas, ni que el hecho ha sido cometido como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes; todo ello deberá acreditarse de conformidad con prueba legalmente producida”.

Reparación y No Repetición contempló para tal fin otros mecanismos como, por ejemplo, acudir a la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, en virtud del artículo transitorio 2° del acto legislativo 01 de 2017, el cual no tiene carácter judicial y no implica imputación penal el acudir a ella. Así, entonces, si en verdad el señor ASHTON GIRALDO quiere contribuir a la verdad para las víctimas y tiene la posibilidad de hacerlo, tal mecanismo es un instrumento idóneo para tal efecto.

88. En otro orden de ideas, tampoco encuentra la Sala relación alguna entre el delito de cohecho con el conflicto armado, coincidiendo en este punto con el Ministerio Público, pues el tipo penal mencionado se encuentra tipificado en el artículo 407 del Código Penal, de la siguiente forma: *“El que dé u ofrezca dinero u otra utilidad a servidor público, en los casos previstos en los dos artículos anteriores, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses”*.

89. Es importante resaltar que este tipo penal en cuestión protege el bien jurídico de la administración pública, en el sentido de reprochar los actos tendientes *“a dañar el espíritu y la rectitud que se espera de los servidores públicos con ofrecimientos o prebendas que hagan ceder los intereses superiores de la comunidad, por los que debe velar el Estado, frente a los de quien ofrece guiado por su mera conveniencia (...)”*³⁸.

90. En el presente caso, según la reseña fáctica anteriormente citada, este delito no es de competencia expresa de la Jurisdicción Especial para la Paz, pues al no tratarse de un delito de lesa humanidad ni tampoco delito político, entra en la categoría de delito común, por lo que debe estar acreditado su nexo causal con el conflicto armado.

³⁸ Rad. 39.156 del 15 de abril de 2015, Sala Penal Corte Suprema de Justicia.

91. Bajo ese parámetro, resalta la Sala que no se aprecia cómo el presunto acto de corrupción hubiera tenido la finalidad de retardar u obtener el archivo de la investigación por concierto para delinquir adelantada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en el contexto ya determinado del conflicto armado, ni cómo este influyó, determinó o jugó un papel sustancial en el señor ASTHON GIRALDO para que hiciera el supuesto ofrecimiento económico.

92. Esta situación, además, se suma al hecho de que no obra ninguna pieza procesal que permita establecer algún sustento probatorio distinto a que presuntamente fue un simple acto de corrupción dirigido a que un servidor público omitiera su deber de administrar pronta y cumplida justicia.

93. En consecuencia, la conducta relacionada con el delito de cohecho que se encuentra también en etapa de investigación tampoco guarda relación alguna con el conflicto armado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la Jurisdicción Especial para la Paz,

RESUELVE

1. RECHAZAR la solicitud de sometimiento a la Jurisdicción Especial para la Paz del señor ÁLVARO ANTONIO ASHTON GIRALDO, por falta de competencia, por las razones esgrimidas en esta resolución.

2. COMUNICAR esta resolución a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y al Ministerio Público.

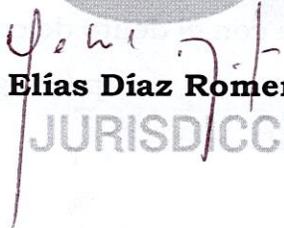
3. En virtud del artículo 3 del Decreto 277 de 2017 y por remisión normativa al artículo 189 y 191 de la Ley 600 de 2000 y al artículo 318, 320 y 321 de la Ley 1564 de 2012 por la que se expide el Código General del Proceso, contra esta providencia proceden los recursos de reposición y apelación.

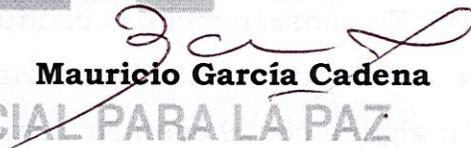
Notifíquese y cúmplase,

Los Magistrados


Heydi Patricia Baldosea Perea


Sandra Jeannette Castro Ospina


Pedro Elías Díaz Romero


Mauricio García Cadena


José Miller Hormiga Sánchez

(AUSENTE POR PERMISO)
Claudia Rocío Saldaña Montoya