

Consideraciones a propósito de la decisión adoptada por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP el 7 de mayo de 2018 ante la solicitud de sometimiento voluntario elevada por David Char Navas (Resolución número 000084)

Desde el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad -Dejusticia- y el *Transitional Justice Network* de la Universidad de Essex hemos seguido de cerca los recientes esfuerzos de la sociedad colombiana por superar el conflicto armado mediante el diálogo y la negociación. En su momento, celebramos la firma y refrendación del Acuerdo Final de Paz suscrito entre el Gobierno nacional de Colombia y las FARC-EP, y desde los escenarios académicos e investigativos que nos son propios hemos aportado reflexiones que alimenten los debates surgidos durante la etapa de implementación normativa y empírica del Acuerdo. Algunas de ellas, relacionadas con la puesta en marcha del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de No Repetición (SIVJRGNR) de que trata el Punto 5.1.2. del Acuerdo Final de Paz.

Somos conscientes de los múltiples retos que en la actualidad enfrenta la Jurisdicción Especial para la Paz, componente judicial del Sistema Integral. Para empezar, todavía hace falta un marco normativo completo que oriente los procedimientos y decisiones con que deben funcionar las instancias de la JEP. Al Proyecto de Ley Estatutaria de la Jurisdicción aún le falta, para poder entrar en vigencia, superar el control previo de la Corte Constitucional; la ley de procedimiento acaba de superar el primer debate en el Congreso de la República, y el Reglamento Interno de la Jurisdicción está vigente pero no puede servir como marco normativo de muchas de las actividades que debe desarrollar la JEP para su correcto funcionamiento. Lo anterior se agrava por la demora injustificada de la Corte Constitucional en hacer público el contenido de la sentencia en que realizó el control automático e integral del AL 01/2017, norma que introdujo la JEP a nuestro ordenamiento jurídico.

Se trata entonces de una jurisdicción nueva que se encuentra vigente desde el momento de expedición del AL 01/2017 (Art. 15), que debe operar un poco en el vacío y decidir sobre aspectos muy polémicos. Sin duda alguna, confluyen una elevada dosis de incertidumbre, expectativas sociales acerca de la labor del tribunal de cierre del conflicto armado y la presión social propia de un ambiente político electoral en el cual el proceso de paz está en el centro de los debates. En este contexto, parece que cualquier decisión que adopte la JEP podría abrir una controversia de largo aliento, pues sus primeros fallos marcarán, hasta cierto punto, un horizonte a seguir.

Es necesario tener en cuenta esos elementos para valorar con sobriedad, mesura y espíritu propositivo las decisiones que adopte la JEP. Eso fue lo que nos propusimos al reflexionar sobre la reciente decisión que tomó la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas en el caso de David Char Navas, reflexiones que dieron pie a las presentes *consideraciones*. Cabe aclarar previamente que no buscamos actuar en defensa de los intereses de quienes estén involucrados en las decisiones de la Sala, en este caso David Char Navas, sino tan solo aportar elementos jurídicos al debate, con base en las investigaciones y estudios que venimos adelantando desde hace varios años.

Dicho esto, debemos también precisar que estas *consideraciones* se limitan al análisis de la argumentación de la Sala con respecto a la competencia de la JEP sobre David Char Navas en su condición de tercero civil, sin pronunciarse en extenso sobre la decisión que concierne a su posición como agente de estado. Esto, por cuanto David Char Navas se presentó a la JEP tanto

en su posición de tercero civil (financiador y colaborador en su condición de empresario) como en su posición de agente de estado (congresista) (p.7).

A nuestro juicio, la decisión adoptada por la sala de Definición de Situaciones Jurídicas respecto de la solicitud de David Char Navas de someterse voluntariamente a la competencia de la jurisdicción contiene algunos elementos discutibles, que nos llevan a sugerir que se reponga o revoque, ya que en caso contrario podría sentarse un precedente que podría afectar la competencia de la JEP sobre los terceros civiles que participaron directa o indirectamente en el conflicto armado y que decidan presentarse voluntariamente a la JEP. Para sostener este planteamiento nos apoyamos en los siguientes argumentos:

- i) En relación con la competencia personal, los criterios derivados por la Sala a partir de contenidos del Acuerdo Final de Paz (AFP), del AL 01/2017 y de la Ley 1820/2016 conducen a una indebida limitación de la posibilidad de que los terceros financiadores y colaboradores puedan acogerse voluntariamente a la JEP, mediante contenidos del AFP que no tienen fuerza normativa vinculante. Exigir requisitos adicionales cuando se trata de terceros involucrados en conductas de financiación u otro tipo de colaboración con grupos armados tiene el efecto de restringir la competencia sobre terceros como quedó prevista en el artículo 16 del AL 01/2017. Aumentar los requisitos haría más difícil la adhesión de los terceros a la competencia de la JEP, una consecuencia que no es coherente con los contenidos del AFP que reconoce a la JEP una competencia amplia y preferente sobre las conductas cometidas en el contexto del conflicto armado;
- ii) Frente a los requisitos adicionados por la Sala, sostenemos que: **a) coacción:** no es apropiado rechazar de plano los casos en que probablemente ocurrió una coacción porque eso reduce la seguridad jurídica de los terceros que se presentan voluntariamente al impedirles acceder a mecanismos con los cuales se resuelva de forma definitiva su situación jurídica. El análisis de la ocurrencia de la coacción debería hacerse en un momento posterior a aquel en que se evalúa la competencia de la JEP, dado que normalmente implica un análisis complejo que incluso debe estar precedido por la determinación de la ocurrencia de una conducta punible;
- iii) Que **la participación haya sido activa o determinante (b):** respecto de terceros que acuden a la JEP voluntariamente, el análisis de la participación activa o determinante no aplica para definir la competencia de la Jurisdicción sino para decidir la competencia específica de las diversas salas una vez ha entrado el caso a la Jurisdicción. Por consiguiente, es impreciso aplicar esta categoría para decidir sobre la competencia general de la JEP sobre terceros;
- iv) Que las contribuciones realizadas no sean solo con el propósito de obtener un **beneficio personal (c):** este es un requisito de la competencia de la JEP sobre los agentes estatales (artículo transitorio 17 del AL 01/2017) pero no de su competencia sobre terceros civiles (artículo transitorio 16 del AL 01/2017). Esta limitación de la competencia de la JEP puede ser razonable al tratarse de agentes estatales que habrían traicionado la confianza depositada en ellos, pero no respecto de terceros de quienes puede decirse que normalmente actúan movidos por su interés y no están obligados a proceder de forma distinta.
- v) En cuanto a la competencia material y la manera como la Sala recopiló los criterios relevantes a partir de la jurisprudencia nacional e internacional para determinar cuándo una conducta habría sido cometida por causa, con ocasión o en relación con el conflicto, una de las principales objeciones es que entre esos requisitos no puede incluirse que el involucrado haya buscado solamente beneficiarse personalmente. Este no se deriva de la jurisprudencia citada por la Sala y tampoco puede tomarse

- como indicador para sugerir que la colaboración o financiación de un grupo armado se limita a ser un delito común, pues esto contravendría lo pactado en el AFP;
- vi) La JEP fue concebida como el componente judicial del Sistema Integral y, más ampliamente, como una instancia para el cierre judicial global del conflicto armado. Este enfoque se transparenta en el hecho de que se le reconoció competencia incluso para conductas que tuvieran solo una relación *indirecta* con el conflicto, pero también en que se le otorgó una *competencia prevalente* sobre todos los hechos, conductas y actores del conflicto armado (Art. 6, AL 01/2017). Conforme a esto, la competencia de la JEP debe ser interpretada ampliamente, e incluso es razonable entender que estaría amparada en una presunción según la cual toda duda sobre su competencia en un caso, conducta o persona, debería ser resuelta a su favor (*in dubio pro JEP*). Esta interpretación es coherente con el propósito de que la JEP sea en realidad una instancia de cierre judicial al conflicto armado;
 - vii) Al aplicar los criterios, la Sala no realizó un análisis exhaustivo de los hechos y es discutible su conclusión de que las conductas analizadas no tenían una relación con el conflicto simplemente porque no había una prueba específica, concreta, de que el apoyo de David Char se materializó en una violación a los DDHH, al DIH o fue facilitado por el conflicto. Si bien los criterios abstractos identificados por la Sala resultan adecuados, su aplicación concreta pierde el foco y termina proponiendo implícitamente una definición del conflicto armado en la cual solo los actos típicos de las confrontaciones entre grupos armados tendrían la relevancia y vínculo suficiente para recaer en la competencia de la JEP;
 - viii) Definir a partir de un esquema cronológico en qué momento se actúa como tercero (actor económico, e.g.) o como agente del estado pierde de vista que estas condiciones varían y pueden coincidir en el tiempo: una persona puede ser a la vez, o sucesivamente tercero y agente de estado. La consecuencia es que se tiende a fragmentar artificialmente las condiciones de los sujetos que actuaron valiéndose de sus múltiples roles, lo que incide en el tipo de conocimiento que podamos obtener acerca de la participación de esos actores en el conflicto;
 - ix) Aunque es loable la intención de la Sala al sugerir a David Char que acuda a otros mecanismos del Sistema Integral para que allí dé cuenta de lo que sabe en relación con el conflicto, con ello se puede perder de vista que el componente judicial del Sistema Integral también es un escenario de realización del derecho a la verdad. La JEP también debe tratar de aportar a la satisfacción de los derechos a la justicia, a la reparación de las víctimas y a las garantías de no repetición. Esta labor se vería afectada por esta decisión que podría resultar en excluir a muchos de los terceros que así no solo no aportarían para la reparación material y simbólica de las víctimas, sino tampoco para que, a través del conocimiento que ayuden a construir sobre el conflicto armado, podamos como sociedad tener mayores herramientas para evitar la ocurrencia de las graves violaciones a los DDHH y al DIH ejecutadas durante la guerra. En sí misma, entonces, la participación de los terceros en la JEP se convertiría en una garantía de no repetición.

Estos argumentos serán desarrollados en cuatro secciones. La primera está consagrada a plantear los principales reparos que tenemos a la forma como la Sala definió la competencia personal sobre los terceros financiadores y colaboradores, así como las posibles consecuencias adversas que acarrearía ampliar los requisitos exigidos por el AL 01/2017. Por su lado, la sección segunda apunta a señalar las debilidades de la construcción en abstracto de los requisitos para definir la competencia material de la JEP respecto de los terceros que se presentan voluntariamente. En la sección tercera se analiza la manera como la Sala aplicó dichos requisitos en concreto al evaluar las conductas de David Char como tercero y como

agente de estado. En la sección final se plantean algunas consideraciones acerca de la sugerencia que le hizo la Sala a David Char de que se someta a otros mecanismos del Sistema Integral para que en ellos aporte la verdad de la que quería dar cuenta dentro de la JEP.

1. Competencia personal sobre terceros financiadores y colaboradores

La Sala analizó por separado su competencia sobre David Char como tercero civil y como agente de estado, una diferenciación que se debe a que existe una normativa distinta que se aplica a cada caso. Según la Sala, los criterios que informan su competencia personal sobre David Char en su posición de tercero civil provienen del inciso 3 del punto 32 del AFP, disposición que para la Sala tiene fuerza vinculante y es parámetro de interpretación, así como del artículo transitorio 16 AL 01/2017 y del numeral 2 del artículo 30 de la ley 1820 de 2016 (pp.13 a 14¹).

El inciso 3 del punto 32 del AFP dice lo siguiente:

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 hubieren sido condenadas por la justicia por esas mismas conductas.

El artículo transitorio 16 del AL 01.2017, por su parte, estipula que:

Las personas que sin formar parte de las organizaciones o grupos armados, hubieren contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto, 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.

Por último, según el numeral 2 del artículo 30 de la ley 1820 de 2016,

Criterios de valoración de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. Podrán ser objeto de las resoluciones mencionadas en este capítulo las personas a quienes se les atribuyan los delitos que hayan sido cometidos en el contexto y en razón del conflicto armado, siempre que no constituyan: ...

2. Delitos comunes que no hayan sido cometidos en el contexto y en relación con el conflicto armado o cuya motivación haya sido obtener beneficio personal, propio o de un tercero.

Para la Sala, del conjunto de estas normas se pueden establecer los siguientes requisitos para que los terceros puedan acogerse a la JEP:

- a. Que no hayan formado parte de las organizaciones o grupos armados;
- b. Que hubieren contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto;
- c. Si se trata de conductas de financiación u otro tipo de colaboración, se requiere adicionalmente:
 1. Que no haya sido resultado de coacciones;
 2. Que estas personas hayan tenido una participación activa o determinante en crímenes competencia de la JEP;

¹ Cada vez que hacemos referencia al contenido de la decisión analizada de la Sala, nos limitamos citar entre paréntesis el número de las páginas respectivas.

3. Que las contribuciones realizadas por terceros a los grupos armados ilegales no hayan tenido el solo propósito de obtener un beneficio personal, propio o de un tercero (p.14).

Como argumentaremos, los criterios desarrollados por la Sala significan en la práctica una limitación indebida de la posibilidad de que los terceros financiadores y colaboradores puedan acogerse voluntariamente a la JEP.

Con respecto a las circunstancias en las cuales terceros civiles pueden acogerse a la JEP, el artículo transitorio 16 no hace ninguna diferencia entre la participación por financiación o colaboración y otras modalidades de la participación, sino que se limita a establecer dos criterios: *que los terceros no formaran parte de las organizaciones o grupos armados*, y *que hubieren contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto*. Los requisitos adicionales para los casos específicos de financiación y colaboración provienen únicamente del inciso 3 del punto 32 del AFP.

Esto lleva a la pregunta por la naturaleza jurídica del AFP y de si contiene en sí mismo aspectos normativamente vinculantes. Esta es una situación compleja puesto que, en principio, los acuerdos de paz recogen un pacto político entre las partes involucradas, pero que, al implicar obligaciones para dichas partes, no se trataría entonces de simples declaraciones políticas abstractas sino que serían una fuente de obligaciones concretas. En todo caso, ‘el valor jurídico de este tipo de acuerdos es un asunto controversial y no existe claridad sobre su carácter normativo ni su ubicación en las fuentes de derecho internacional y nacional’².

Por esa razón resultaba determinante en el contexto transicional colombiano convertir las declaraciones políticas del Acuerdo Final en obligaciones jurídicas, lo que se consideró posible mediante su consagración en normas de diverso nivel (constitucional, legal, reglamentario, etc.), al mismo tiempo que se definía el alcance normativo general del Acuerdo. En efecto, el inciso 1 del AL 02/2017 estipula que:

(...) los contenidos del Acuerdo Final (...) que correspondan a normas de derecho internacional humanitario o derechos fundamentales definidos en la Constitución Política y aquellos conexos con los anteriores, serán obligatoriamente parámetros de interpretación y referente de desarrollo y validez de las normas y las leyes de implementación y desarrollo del Acuerdo Final (...)

Así las cosas, se le reconoce cierto valor normativo a algunos de los contenidos del Acuerdo Final pero solo para analizar las normas que vayan a desarrollar o implementar dicho Acuerdo. Así también lo entendió la Corte Constitucional en el comunicado de prensa que anunció la exequibilidad del AL 02/2017 al sostener que ‘La expresión “validez” del inciso primero del artículo 1º hace referencia a la conexidad que deben guardar las normas y leyes de implementación con el Acuerdo Final, así como a su concordancia con las finalidades del mismo.’³

En adición, el AL 02/2017 dice que ‘Las instituciones y autoridades del Estado tienen la obligación de cumplir de buena fe con lo establecido en el Acuerdo Final’ y de ‘guardar

² Uprimny Yepes, Rodrigo y Güiza Gómez, Diana Isabel. Comentarios al proyecto de acto legislativo 01 de 2016 senado “por medio del cual se adiciona un artículo transitorio a la constitución con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”. Disponible en <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_904.pdf?x54537>

³ Corte Constitucional, comunicado de prensa No. 51 del 11 de octubre de 2017. Sentencia C-630/2017. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2051%20comunicado%2011%20de%20octubre%20de%202017.pdf>>

coherencia e integralidad con lo acordado, preservando los contenidos, los compromisos, el espíritu y los principios del Acuerdo Final' (inciso 2 del artículo transitorio 1). En su comunicado de prensa sobre el AL 02/2017, la Corte Constitucional destacó que el Acuerdo de Paz no forma parte del ordenamiento jurídico colombiano, puesto que ello 'exige su implementación normativa por los órganos competentes y de conformidad con los procedimientos previstos en la Constitución para el efecto', que la obligación que impone es una obligación de medio y que el Estado goza 'de un margen de apreciación para elegir los medios más apropiados'⁴ en cuanto a cómo cumplirla.

Por ende, el Acuerdo de Paz no tiene por sí solo fuerza vinculante sino que solo aquellos de sus contenidos que correspondan a normas de derecho internacional humanitario y de derechos fundamentales y conexos a estos son parámetros obligatorios para la interpretación de, por ejemplo, el marco normativo que rige las competencias de la JEP, al tiempo que sobre las autoridades estatales recae una obligación (de medio) que les impele a cumplir de buena fe con lo pactado. Podría, entonces, válidamente plantearse que

(...) en relación con las normas de implementación y desarrollo del acuerdo de paz, los contenidos humanitarios y de derechos fundamentales del acuerdo cumplen la función principal y obligatoria de parámetro de interpretación y referente de desarrollo y validez. Mientras que el inciso segundo indica que el acuerdo de paz constituye un marco de acción para las instituciones y autoridades del Estado, por lo que tienen el mandato de cumplirlo de buena fe. En consecuencia, respecto del resto de normas y actuaciones estatales que no desarrollen ni implementen directamente el acuerdo, los contenidos humanitarios y de derechos fundamentales del acuerdo son parámetro supletivo de interpretación, esto es, son fuente interpretativa en caso de duda.⁵

De lo anterior se concluye que el inciso 3 del punto 32 del AFP en sí mismo no tiene una fuerza normativa vinculante pues no es de aquellos contenidos del Acuerdo equiparables a normas de derecho internacional humanitario o derechos fundamentales y conexos a estos.

Desde una perspectiva más bien formal, es difícil justificar la interpretación de una norma vinculante (artículo transitorio 16 del AL 01/2017) únicamente a la luz del contenido de una disposición que no es de aquellas que, de acuerdo con el AL 02/2017 y la decisión de la Corte, son parámetro obligatorio para la interpretación, validez y desarrollo de las normas que implementen el AFP y que por tanto solo están llamadas a servir como parámetro supletivo de interpretación. Por consiguiente, el inciso 3 del punto 32 del AFP no podría tener el efecto normativo de ampliar los requisitos previstos en el artículo 16 del AL 02/2017 y en consecuencia restringir fundamentalmente la competencia de la JEP, e incluso en detrimento de las personas que, así, quedarían fuera de esta competencia. La gran mayoría, si no todos los terceros civiles, habrán participado en el conflicto no por la comisión de delitos con sus propias manos, sino por financiación u otro tipo de colaboración con los actores principales, los grupos armados.⁶ Por lo tanto, aplicar requisitos adicionales para que este grupo de terceros civiles se pueda acoger a la JEP resultaría en la práctica en una restricción del alcance de esta competencia como está prevista en el artículo transitorio 16 del AL 01/2017.

Dado que la JEP solamente tiene competencia sobre estos actores si se someten voluntariamente a ella para beneficiarse de su trato especial, agregar varios elementos adicionales a aquellos que ya están previstos en el artículo transitorio 16 del AL 01/2017 tiene el efecto de hacer esta adhesión más difícil y excluirla en muchos casos en los que entrarían

⁴ *Ibid.*

⁵ Uprimny Yepes, Rodrigo y Güiza Gómez, Diana Isabel. Comentarios. *Op. Cit.*

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-007/2018, M.P. Diana Fajardo Rivera.

según el Acto Legislativo, como demostraremos más adelante. Es difícil sostener que este enfoque restrictivo a la competencia de la JEP sobre terceros sea debido a una interpretación a la luz del contenido y espíritu de lo acordado en el AFP. El acuerdo, por el contrario, previó una competencia amplia de la JEP para incluir a todos los actores del conflicto. Como lo explicó la Corte Constitucional

(...) la *integralidad* a la que aspira el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición [requiere] la posibilidad de evaluar todos los hechos del conflicto - incluidos los que guardan una relación indirecta con el mismo- para así construir, en el ámbito de los procesos que se sigan ante la Jurisdicción Especial para la Paz, una verdad judicial que, en conjunto con la que se construirá en la Comisión Especial para el Esclarecimiento de la Verdad, contribuya a la comprensión de las causas profundas del conflicto armado interno, y, por esa vía, al diseño de garantías de no repetición para las víctimas y la sociedad en su conjunto.⁷

También es importante destacar que el inciso 3 del punto 32 del AFP tiene que entenderse en el contexto correspondiente: en el momento de su redacción, la JEP tenía competencia obligatoria sobre terceros civiles y, por ende, las restricciones de la competencia de la JEP que podrían inferirse del inciso 3 del punto 32 del AFP deben ser interpretadas como dirigidas a limitar la competencia de la JEP de obligar a estos actores a comparecer.

En consecuencia, sostenemos que la competencia de la JEP sobre terceros civiles solamente debería depender de los requisitos establecidos en el artículo transitorio del AL 01/2017, sin los elementos adicionales que agregó la Sala en base al inciso 3 del punto 32 del AFP. Sin embargo, a continuación presentaremos algunas reflexiones alrededor de cada uno de los elementos adicionales y sus posibles efectos para la competencia personal de la JEP sobre terceros civiles financiadores y colaboradores.

a. Coacción

Excluir de la competencia de la JEP los casos de los terceros civiles que actuaron por coacción podría justificarse en la medida en que la coacción es una excluyente de la responsabilidad penal y se podría pensar que no existen razones para que la JEP se pronuncie en estos casos. Sin embargo, más allá de la ausencia de una norma que excluya estos casos de la competencia de la JEP, lo que ya explicamos, un rechazo de plano de los casos en los que hubiere obrado una presunta coacción parece erróneo por varias razones. Primero, porque así se limitaría la posibilidad de que terceros civiles puedan obtener seguridad jurídica en la forma de una renuncia a la persecución penal, una cesación del procedimiento, o ‘cualquier otro mecanismo jurídico según el caso’ con el que la Sala puede resolver la situación jurídica de la persona en el caso específico, previsto en el artículo 84, literal f del proyecto de ley estatutaria. Negarles a los terceros coaccionados que quieren acogerse a la JEP la definición de su situación jurídica puede tener el efecto adverso de que pueden ser procesados por esos mismos hechos en la jurisdicción ordinaria, pues esta no tendría la obligación de aceptar el análisis de la coacción realizada por la JEP y podría llegar a la conclusión de que en un caso concreto en el cual la JEP se declaró incompetente por existencia de coacción el tercero actuó voluntariamente y en consecuencia condenarlo.

Parece que la mención explícita de la coacción como elemento de la competencia de la JEP en el inciso 3 del punto 32 del AFP se explica por el deseo de aclarar que en casos de coacción la JEP no tendría competencia forzada sobre aquellos terceros, un punto que parece estar obsoleto

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-007/2018, M.P. Diana Fajardo Rivera, párr. 541. Véase también los párr. 556 y 558.

desde que fue comunicado el sentido de la sentencia C-674/2017 de la Corte Constitucional⁸. Aplicar esta lógica para justificar excluir a los financiadores o colaboradores de la competencia de la JEP si quieren someterse voluntariamente va en contra del espíritu del AFP, dado que la investigación de las complejidades de las formas de participación en el conflicto justamente incluye los muchos casos en los que terceros se vieron coaccionados a financiar o colaborar con los grupos armados.

Asimismo, aplicar esa lógica iría en contra de la citada decisión de la Corte Constitucional pues aunque la sentencia completa aún no sea de conocimiento público, el sentido de esta fue claramente expuesto en el comunicado. Si bien la sentencia C-674/2017 limita la competencia de la JEP en materia de terceros, no pretende, de ninguna manera, excluir de tajo de su competencia a un tipo de terceros en particular, ya sean estos los financiadores o colaboradores o cualquier otro tercero implicado en el conflicto armado colombiano. La Corte limita la competencia a la voluntariedad de la presentación de estos a la JEP y no a las modalidades de la colaboración.

Tampoco se puede justificar rechazar de plano casos de presunta coacción solamente en el contexto de financiación y otros tipos de colaboración, dado que la excluyente de coacción se aplica a todas las modalidades de participación en crímenes y es difícil entender por qué en casos en los que un combatiente hubiera sido coaccionado a cometer un crimen en el contexto del conflicto, esta coacción no excluiría la competencia de la JEP, mientras que esto sería la consecuencia de la existencia de la coacción en casos de terceros financiadores y colaboradores.

Para finalizar, rechazar de plano estos casos de la competencia de la JEP tampoco es factible dado que, frecuentemente, determinar si hubo o no coacción requiere un análisis jurídico complejo del caso individual por lo cual parece mejor llevar a cabo este análisis no como parte del estudio de la competencia, sino en el contexto del análisis jurídico de la responsabilidad del tercero. Esto también porque la coacción solamente tiene relevancia en casos en los que se demostró primero que el tercero ha cometido un delito pero que su responsabilidad está excluida por la ausencia de un acto voluntario. Además, si se entendiera que la coacción es un elemento para definir la competencia de la JEP, se podría llegar al absurdo de que al final de un proceso, cuando se demostrara que la persona participó en un delito pero actuó coaccionada, y por lo tanto se excluye su responsabilidad penal, se tendría que plantear que todo el proceso judicial estaría viciado de nulidad pues la JEP no era competente para conocerlo. Entonces, examinar la coacción como elemento de la competencia, sin análisis de si el tercero haya cometido un delito por coacción, aumentaría e incluso tornaría inútil el trabajo de la JEP sin que exista una buena razón para esto.

b. Participación activa o determinante

Otro problema importante del análisis de la Sala es el de limitar la competencia de la JEP sobre terceros financiadores y colaboradores a casos de participación activa o determinante. El inciso 2 del artículo transitorio 16 del AL 01/2017 (declarado inexecutable por la Corte Constitucional) aplicó este concepto para delimitar los casos en los que la JEP tenía competencia forzosa, mientras que la posibilidad de acogerse voluntariamente a la JEP se determina en el ya mencionado inciso 1 de ese mismo artículo (declarado executable por la Corte Constitucional), sin referencia alguna al concepto de la participación activa o determinante. Una vez más, la

⁸ Corte Constitucional, comunicado de prensa No. 55 del 11 de noviembre de 2017. Sentencia C-674/2017. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2055%20comunicado%2014%20de%20noviembre%20de%202017.pdf>

Sala parece aplicar un elemento para definir su competencia sobre terceros que proviene del contexto de la ahora eliminada competencia de la JEP de obligar a los terceros a comparecer, a casos en los que ellos se acogen voluntariamente a la JEP.

Entonces, en casos en los que terceros financiadores o colaboradores se someten voluntariamente a la JEP, si hubo o no participación activa o determinante no es un elemento de la competencia de la JEP, sino un concepto según el cual se decide la competencia de las distintas Salas dentro de la JEP, y el tipo de resolución o decisión que se debería tomar al respecto. Esto se puede ver reflejado, por ejemplo, en el numeral 1 del artículo 30 de la Ley 1820 de 2016 que no dice nada sobre la competencia de la JEP de conocer el caso, sino estipula que los casos de participación determinante en los crímenes más graves quedan excluidos de la competencia de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas con respecto a las resoluciones mencionadas en el capítulo relevante de esa ley. De esto se pueden derivar varias conclusiones. Primero, que la Sala sí tiene competencia para tomar esas resoluciones en casos de participación no determinante en los crímenes enlistados en esa norma. Segundo, que tiene esa competencia en casos de participación determinante en crímenes menos graves. En casos de participación determinante en los más graves crímenes, la norma parece aclarar que estos quedan fuera de la competencia de la Sala por ser demasiado graves para merecer una renuncia a la persecución penal, pero esto no significa que queden fuera de la competencia de la JEP como tal.

Ahora bien, parece que la Sala excluyó, no solo su propia competencia, sino la de la JEP como tal, en los casos específicos de financiación o colaboración, basándose en el inciso 3 del punto 32 del AFP. Pero dado que esa disposición no tiene fuerza vinculante, es difícil sostener, como ya lo explicamos, que se pueda excluir un grupo amplio de la competencia de la JEP únicamente con base en ese punto del AFP y negarles la posibilidad de obtener seguridad jurídica a condición de aportar verdad, reparación y garantías de no-repetición.

c. Contribuciones realizadas con el solo propósito de obtener un beneficio personal, propio o de un tercero

Otra preocupación causada por la decisión de la Sala es que aplica el criterio del beneficio personal como excluyente de la competencia de la JEP. Esta limitación no se menciona ni en el inciso 3 del punto 32 del AFP, ni en el artículo transitorio 16 del AL 01/2017, por lo cual su única base se encuentra en el numeral 2 del artículo 30 de la Ley 1820 de 2016. Ahora bien, este artículo no define la competencia de la JEP de conocer casos de terceros, sino solamente limita la competencia de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de resolver estos casos con una de las resoluciones mencionadas en el capítulo III, del título III de esa ley⁹.

Mientras que el AL 01/2017 no prevé una limitación de la competencia de la JEP para terceros civiles basada en la motivación detrás de su participación en crímenes relacionados con el conflicto, esto es distinto para agentes de estado y miembros de la Fuerza Pública. Con respecto a esos actores, según el artículo transitorio 17 del AL 01/2017, en caso de agentes de estado, y el artículo transitorio 23 para miembros de la Fuerza Pública, la JEP solamente tiene competencia sobre conductas que hayan sido realizadas ‘sin ánimo de obtener enriquecimiento personal ilícito, o en caso de que existiera, sin ser este la causa determinante de la conducta delictiva’.

Si bien pueden existir buenas razones para excluir agentes del Estado y miembros de la Fuerza Pública de los beneficios de la JEP en casos de delitos cometidos primeramente por razones de

⁹ Renuncia a la persecución penal, una cesación del procedimiento, ‘otro tipo de terminación anticipada del proceso’ o ‘cualquier otro mecanismo jurídico según el caso’. Ver, artículo 28.5 y 28.8, Ley 1820/2016.

enriquecimiento personal, aplicar esta lógica a los terceros es inaceptable. Primero, extender la aplicación de una norma por analogía a situaciones no comprendidas en ella se justifica por la aplicación del principio de igualdad¹⁰. Pero de ninguna manera se podría decir que la situación de los agentes estatales es comparable a la de los terceros civiles. El agente estatal que comete un delito actúa en extralimitación de sus funciones y traiciona la confianza pública que fue depositada en él o ella, por eso es necesario eliminar la posibilidad de recibir beneficios penales por delitos cometidos con el simple propósito de enriquecerse personalmente. Esto no ocurre en el caso de la actuación de terceros.

En efecto, extender la aplicación de esta norma dispuesta para agentes estatales a los terceros le quitaría el efecto útil a la inclusión de los terceros en la JEP. Especialmente en el caso de actores económicos, la motivación de su participación directa o indirecta en el conflicto habrá sido regularmente la de obtener beneficios materiales bien sea para sí o para un tercero. Es difícil pensar, por ejemplo, un hecho de financiación de grupos paramilitares por parte de empresas o empresarios que no hubiese sido motivado por el deseo de obtener beneficios económicos, o avanzar intereses personales, incluso cuando la afinidad ideológica con los paramilitares pudiera haber sido una razón complementaria para prestarles apoyo financiero. Esta forma de interpretar el apoyo de terceros a las estructuras armadas ha sido acogida también en el contexto de Justicia y Paz. Así, por ejemplo, en una reciente decisión de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín se adujo que

(...) no sólo hicieron parte de esa dinámica criminal quienes accionaron armadamente, sino también aquellos que aportaron a las diversas formas de violencia movidos por sus intereses personales e incluso, traicionando a la institucionalidad de la que hacían parte, apoyando la causa ilícita que hoy se devela en esta providencia. De allí que en el desarrollo judicial que se ha desplegado el proceso de Justicia y Paz conteste a la realidad del conflicto armado, se ha catalogado la colaboración y financiación a los grupos paramilitares como un crimen de lesa humanidad. (Subrayado añadido)¹¹

Todo esto sugiere que no habría base legal para imponer los tres requisitos adicionales que limitan la competencia de la JEP sobre terceros civiles en casos de financiación u otro tipo de colaboración. Esta limitación no solo no surge del AFP, sino que iría en contra de su espíritu de inclusividad.

2. La interpretación del criterio “por causa, con ocasión o en relación con el conflicto armado interno”

En su exposición sobre los criterios de la competencia material de la JEP sobre las conductas de David Char, la Sala no distingue entre las conductas cometidas por David Char en su posición de tercero y aquellas cometidas en su posición de agente de estado, sino, basándose en los artículos transitorios 22 y 23 del AL 01/2017, define los elementos de la competencia material de la JEP en ambos casos de la siguiente manera:

- 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;

¹⁰ Véase Corte Constitucional, Sentencia C-083 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹¹ Tribunal Superior de Medellín. Sala de Justicia y Paz. Rad. No. 110016000253200782701. M.P. Juan Guillermo Cárdenas Gómez. Sentencia del 17 de mayo de 2018, p. 8701.

- c. La conducta no se dió exclusivamente con el fin de enriquecer al autor, participe o determinador de la conducta;

Como ya nos pronunciamos sobre la aplicabilidad del criterio de beneficio personal a la competencia de terceros, nos limitaremos en esta parte a la discusión del criterio de si el tercero hubiera contribuido ‘de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto’ como el artículo transitorio 16 del AL 01/2017 lo requiere para que la JEP tenga competencia sobre terceros, sin diferenciar de si esta se entiende como competencia personal o material.

La Sala parece suponer que este concepto es similar al criterio de la competencia material sobre ‘los delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado’ que el artículo transitorio 23 del AL 01/2017 confiere a la JEP para actos cometidos por miembros de la Fuerza Pública. Es este concepto, no el del artículo transitorio 16, cuyo contenido la Sala analiza en su decisión. Esto no parece problemático, dado que la Corte Constitucional ha aclarado que ‘la expresión “*con ocasión del conflicto armado*” puede ser empleada como sinónimo de “*en el contexto del conflicto armado*,” “*en el marco del conflicto armado*”, o “*por razón del conflicto armado*”.’¹² Además, la Corte Constitucional considera que el artículo transitorio 23 del AL 01/2017 ‘prevé un conjunto de criterios que disminuyen su indeterminación, ya que operan como elementos que orientan la función de apreciación de los hechos por parte de los órganos de la JEP’¹³ en relación al criterio de la relación indirecta con el conflicto.

Para entender cómo definir si un delito fue cometido ‘por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado’, la Sala presenta un resumen bastante exhaustivo de la jurisprudencia internacional y nacional relevante. Al final de este estudio, la Sala concluye que para un análisis riguroso del vínculo de un delito o una conducta con el conflicto a la luz del AL 01/2017 deben tenerse en cuenta los siguientes criterios:

- (i) si el conflicto armado le dio al perpetrador la habilidad de cometer el crimen;
- (ii) si el conflicto armado influyó sustancialmente en la decisión de cometerlo;
- (iii) si el conflicto determinó o permitió la comisión del crimen;
- (iv) si el conflicto estableció el objetivo que se proponía el perpetrador;
- (v) si el perpetrador actuó con el fin único de beneficiarse personalmente (pp.25-26).

Estos criterios provienen del artículo transitorio 23 del AL 01/2017 que, como ya lo explicamos, define la competencia de la JEP sobre los miembros de la Fuerza Pública y no sobre los terceros; dichos criterios reflejan en su gran mayoría elementos muy parecidos a los que se derivan del análisis de la jurisprudencia internacional y nacional. El único criterio que no se encuentra en ninguna de las fuentes jurisprudenciales presentadas por la Sala es el del ‘fin único’ de beneficiarse personalmente. Entonces, ese criterio, que para la Sala ya fue determinante para definir la competencia personal de la JEP – sin base legal, como lo explicamos anteriormente – también está considerado como requisito de la competencia material de la JEP sobre terceros, porque en estos casos, para la Sala, no existe un vínculo con el conflicto. Más bien, aduce que se trataría de actos de delincuencia común. No obstante, esa conclusión no parece tener una base en la jurisprudencia internacional o nacional.

Dado que, para la Sala, el delito relevante en el contexto de las conductas de David Char era el concierto para delinquir agravado, también analizó la relación entre ese delito y el conflicto.

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-781/2012, M.P. Maria Victoria Calle Correa.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-007/2018, M.P. Diana Fajardo Rivera, parra.540.

La Sala citó la jurisprudencia de la Corte Suprema según la cual la colaboración con los paramilitares no puede ser categorizada como delito político, ya que, en contraste con los delitos políticos que se cometen por fines altruistas, los paramilitares usaron la violencia ‘para conseguir sus propósitos individuales’ por lo cual sus crímenes califican como delitos comunes. De esto dedujo que

(...) la relación del delito del concierto para delinquir con el conflicto armado dependerá de las finalidades y de los propósitos de tal asociación ilícita, además de si las conductas que realizó el agente hicieron parte de la actividad criminal del grupo paramilitar, las fomentó o financió, lo que impone un estudio de las circunstancias de cada caso en concreto. ... [S]i el objetivo de quienes se asociaron era el de obtener beneficios personales, el concierto para delinquir no tendrá relación alguna con el conflicto armado (p.31).

Es difícil entender esta última frase. La Corte Suprema decidió que los crímenes cometidos por los paramilitares siempre fueron motivados por la búsqueda de beneficios personales. Parecería entonces que un concierto para delinquir con los paramilitares u otro tipo de participación en sus crímenes por un tercero nunca podría calificarse como algo distinto a un delito común, no obstante las finalidades de la asociación. Esto porque los objetivos por los que un tercero formó un acuerdo sobre la comisión de delitos comunes, como fueron clasificados los crímenes cometidos por los paramilitares, difícilmente puede tener el efecto de transformar ese concierto en un crimen relacionado con el conflicto armado. Entonces, si la JEP aplica la lógica de la jurisprudencia citada, debería excluir a priori todos los casos de terceros que colaboraron con, o financiaron a, los paramilitares por tratarse de participación en crímenes comunes. Esto contravendría lo pactado en el AFP que explícitamente confiere a la JEP la competencia de conocer crímenes de financiación o colaboración con grupos paramilitares (inciso 3 del punto 32 del AFP). Además, como ya lo explicamos, que el tercero haya actuado con el propósito de beneficiarse no excluye el vínculo de la participación con el conflicto.

Igualmente, dicha exclusión contravendría no solo las disposiciones del AFP relativas a los terceros sino el espíritu del acuerdo, que propone, para darle fin al conflicto armado, abarcarlo según un enfoque holístico e integral. Esto, a través de un sistema compuesto, entre otros organismos, por una jurisdicción de cierre del conflicto que debe conocer todo lo sucedido durante este, para lo que se consideró necesario que tuviera competencia sobre todos sus actores, sin excepción. Es por esta razón que a la JEP se le reconoció una competencia prevalente sobre las ‘actuaciones penales, disciplinarias o administrativas por conductas cometidas con ocasión, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado’ (Art. 6, AL 01/2017), lo cual sugiere que la jurisdicción debe esforzarse por interpretar ampliamente su competencia. Este razonamiento nos lleva a sostener que en el marco actual de regulación constitucional del Sistema Integral, la JEP, en tanto instancia de cierre judicial del conflicto armado colombiano, estaría incluso cobijada con una presunción según la cual en casos de duda frente a su competencia, esta debería ser resuelta a su favor (*in dubio pro JEP*). Por consiguiente, excluir a los terceros no solo iría en contra de la esencia misma del AFP, del Sistema Integral y de los objetivos de la JEP, sino que vaciaría el acuerdo de sustancia en cuanto a su visión holística del conflicto.

De todo esto se sigue que, conforme a la jurisprudencia internacional y nacional que sirve para determinar si la participación de un tercero tuvo una relación directa o indirecta con el conflicto, esta relación debería orientarse con los siguientes criterios desarrollados por la Sala con base en el artículo transitorio 23 del AL 01/2017:

- (i) si el conflicto armado le dio al perpetrador la habilidad de cometer el crimen;

- (ii) si el conflicto armado influyó sustancialmente en la decisión de cometerlo;
- (iii) si el conflicto determinó o permitió la comisión del crimen;
- (iv) si el conflicto estableció el objetivo que se proponía el perpetrador.

3. Aplicación de los criterios de competencia al caso concreto

Resulta un poco confuso que la Sala utilice conceptos que, como el de participación determinante, considera relevantes para determinar su competencia *personal*, para definir si tiene competencia *material* en el caso concreto. También nos parece oportuno presentar algunas críticas y precisiones a la aplicación de los criterios jurídicos desarrollados por la Sala al caso concreto. Ambos temas los desarrollaremos en la presente sección.

a. Análisis de las conductas de David Char que según la Sala fueron cometidas en su posición de tercero

Dado que, para la Sala, David Char Navas actuó como tercero hasta el momento en que asumió como congresista, solamente caben dentro de aquella categoría las conductas de haber prestado o aportado vehículos automotores a las AUC y haber recibido para su campaña electoral del frente José Pablo Díaz unos 95.000.000 de pesos. La Corte Suprema había calificado estos actos como parte de un concierto para delinquir agravado entre miembros del bloque paramilitar y David Char, el cual habría tenido lugar entre 2000 y 2006 y ‘que tenía como objeto que los primeros lo apoyaran en sus pretensiones electorales, a cambio de que el beneficiado respaldara los intereses que tenía esa organización en el Congreso Nacional de la Republica’ (pp.32-33). Esto basado en pruebas de reuniones anteriores a su elección, de las que la Corte Suprema dedujo que los vehículos y el recibo de los 95.000.000 de pesos fueron aportados como parte de la asociación ilícita.

Es debatible que la Sala, en lugar de llevar a cabo un análisis exhaustivo de los hechos a la luz de los elementos jurídicos relevantes, en gran parte parezca limitarse a concluir que no hay pruebas que hagan pensar que David Char cumple con los requisitos para caer dentro de la competencia de la JEP y que su participación en los crímenes de los paramilitares haya tenido un vínculo con el conflicto armado. Más bien, se debería haber analizado en detalle cómo y por qué razones David Char se vinculó con los paramilitares, qué rol jugó en esto la existencia del conflicto y qué efecto tuvo su colaboración en la comisión de los crímenes y violaciones a los DDHH y el DIH por parte del grupo paramilitar.

Por ejemplo, concluye la Sala que a pesar de la gravedad de estas conductas no hay evidencias de que aquellas constituyan participación activa o determinante en los crímenes contra los DDHH y el DIH cometidos por el bloque, por lo cual no se puede establecer una relación directa o indirecta con el conflicto (p. 33). Primero, no está claro por qué la Sala piensa que es necesario para establecer un vínculo con el conflicto que haya existido participación determinante en los crímenes cometidos por los paramilitares, dado que se trata de dos conceptos distintos con funciones distintas. El rol principal del concepto de participación determinante parece ser el de distinguir los casos que merecerían una sanción penal (si son seleccionados o priorizados), de los casos en los que, por tratarse de participación de menor importancia, una renuncia a la sanción penal u otro tipo de resolución por parte de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas sería la consecuencia más adecuada. Segundo, no queda claro por qué razones la Sala llegó a la conclusión de que no había participación determinante, ya que no explica los elementos de aquella y tampoco los analiza.

Para la Sala, las conductas no fueron realizadas por razón o en ocasión del conflicto porque ‘no hay prueba alguna que permita afirmar que las hostilidades entre los grupos armados y de estos con el Estado le hayan dado [a David Char] la habilidad de asociarse con las autodefensas, recibir dinero de ellos y aportarles vehículos’ (p.33). Además, la Sala no ve pruebas de que el conflicto hubiera influenciado sustancialmente la decisión de David Char de cometer las conductas o de que su propósito había sido el de fortalecer un actor armado para que ganara la guerra. Lo que más bien hizo David Char, según la Sala, fue utilizar la estructura criminal del bloque en su beneficio personal, para ser elegido al Congreso (p.33). Otra vez no quedan claras las razones que llevaron a la Sala a estas conclusiones y no se presentó ninguna discusión de por qué el conflicto no influenció el actuar de David Char, y mucho menos sobre la probabilidad de que los mismos actos hubieran tenido lugar fuera del conflicto.

Según la Sala, David Char no actuó con el propósito de fomentar el ala política del grupo armado, de financiar las hostilidades de los grupos armados, o afectar los derechos de las víctimas o los bienes del DIH. Aunque recibió los 95.000.000 millones de pesos como apoyo a su campaña electoral, ‘no potenció el actuar del grupo de autodefensas para la realización de sus actividades ilícitas relacionadas con el conflicto armado’ (p.34).

Basándose en las conclusiones de la Corte Suprema, la Sala sugiere que el objetivo de la asociación ilícita habría sido el de cometer delitos contra la participación democrática y contra la administración pública, no violaciones a los DDHH o infracciones del DIH. ‘Tales conductas (...) afectaron la seguridad pública pero no fueron determinantes en la capacidad de los paramilitares como actores en el conflicto, porque no consolidaron su hegemonía y control en el departamento Atlántico (...), ni contribuyeron a que consiguieran ventaja militar frente a las fuerzas insurgentes’ (p.34). De todo esto la Sala concluye que se trata de conductas relevantes para la jurisdicción ordinaria, y no para la JEP, dado que no tienen vínculo con el conflicto o con los delitos competencia de la JEP, y fueron cometidas con el único propósito de conseguir un beneficio personal.

Estas consideraciones sugieren que la Sala tiende a adoptar una visión muy restrictiva de lo que constituye una relación directa o indirecta con el conflicto. Esto se debe, en parte, a su esfuerzo por probar que el aporte de David Char al grupo paramilitar, apuntaba a beneficiar al grupo armado en cuanto tal: su ala política, las hostilidades militares, eliminar a sus contrincantes, afectar derechos de población civil o los bienes protegidos por el DIH, etc.

Lo que buscó probar la Sala, sin que en realidad quede claro cómo procedió en su análisis o demuestre por qué las pruebas no fueron suficientes, fue que David Char hizo un aporte que pretendía el fortalecimiento de la posición político militar de las autodefensas. Seguir esta lógica argumentativa podría conducir a anular la posibilidad de cualquier vinculación de un tercero al conflicto armado cuando no se demuestre un nexo causal entre su aporte (económico y/o logístico, e.g.) y un fortalecimiento directo del grupo armado, algo que no siempre puede hacerse. La búsqueda de un nexo causal entre la voluntad del tercero y un hecho no es una vía adecuada para encontrar la relación objetiva-material de la conducta con el conflicto armado. En otras palabras, que no exista esa relación subjetiva clara entre el propósito de David Char de, por ejemplo, que su aporte sirviera para que el grupo paramilitar anulara a su contrincante en un territorio dado, no significa que ese aporte no tenga una incidencia material en el conflicto. Al mismo tiempo, si un aporte no tiene el efecto material de avanzar la posición de un grupo armado en el conflicto, pero fue hecho con el propósito de que fuera así, es difícil negar que el conflicto haya influido substancialmente en la decisión de hacer el aporte.

Tampoco resulta del todo comprensible que la Sala entienda que no existía relación con el conflicto armado en la asociación de David Char con los paramilitares porque parecía estar más dirigida a cometer delitos contra la administración pública y no a realizar infracciones al

Derecho Internacional Humanitario. En este razonamiento está implícita una consideración del conflicto armado que falla al no tener en cuenta que el proyecto paramilitar, por definición solo posible en el contexto de conflicto, tendió cada vez más a una captura del Estado y de sus rentas, para lo cual se valió de múltiples estrategias, entre las cuales estaba la de apoyar a políticos que luego pudieran defender sus intereses en las esferas nacionales. Es indudable que en esa estrategia se cometieron delitos que no parecen tener a primera vista una relación directa con el conflicto, pero que puestos en el contexto del dominio de los grupos armados en algunas regiones del país, fueron fundamentales para la consolidación del poder paramilitar en algunas regiones y no pueden desvincularse de un proceso de captura del Estado para asegurar, por ejemplo, impunidad a sus acciones.

Que no esté probado que el aporte se tradujo concretamente, por ejemplo, en una infracción al Derecho Internacional Humanitario, no puede significar automáticamente que la conducta sea ajena al conflicto armado. Proceder así desconoce el carácter mismo de un actor armado que usa la fuerza y la amenaza del uso de la fuerza para lograr sus objetivos, y eso solo se consigue en un contexto de violencia donde se ha mostrado que algunos grupos buscaban cooptar el Estado y apropiarse de sus rentas. Sin duda no todo lo que hicieron los actores armados hace parte del conflicto, pero, a la inversa, no todo crimen que no parezca típicamente del conflicto puede ser entendido como ajeno a él. Sostuvo la Sala que no había pruebas para afirmar que “las hostilidades” entre los grupos armados o entre estos y el Estado le hubieran dado a David Char la habilidad de cometer los crímenes que le habían sido imputados en la jurisdicción ordinaria. Esta aseveración ilustra la forma restringida como la Sala tiende a observar el conflicto armado. Primero, porque lo entiende solo como “hostilidades”, como confrontaciones militares, omitiendo con ello que el conflicto armado tiene otras formas de manifestarse, entre las cuales, por ejemplo, destaca la violencia que se dirige contra civiles, los actos de terrorismo encaminados a generar incertidumbre y zozobra o la colaboración de un civil motivada para el anhelo de salvaguardar su vida.

Segundo, porque afirmar que no hace parte del conflicto la colaboración a un actor armado que ya es hegemónico en una región y que por lo tanto no necesita estar en confrontación con otros bandos o ejercer una violencia indiscriminada, omite que el control territorial, político y militar de un bando puede variar en el tiempo y el espacio. Si los paramilitares tenían un control casi hegemónico en algunas regiones del norte del país, lo que les permitía dedicarse a actividades más cercanas a la ‘delincuencia común’, no significa que siempre haya sido así ni que en otros lugares estuvieran en una posición menos dominante y en disputa más abierta con las guerrillas. Por esa razón, sería razonable afirmar que ofrecer apoyo logístico a un grupo armado que se dedica más a actividades criminales “comunes”, es incluso más grave y tendría más relación con el conflicto porque se estaría apoyando la posición hegemónica o dominante de ese grupo, en ese momento y en esa región particular.

Ahora bien, el apoyo al grupo armado dominante en una región, que en el caso de David Char se materializó en el aporte de unos vehículos para un bloque paramilitar, es más probable cuando no hay una disputa territorial abierta. Los apoyos más directos de la población civil a un grupo armado ocurren en esos espacios de mayor control y dominio, y no en las zonas de disputa donde cualquiera de los bandos puede resultar ganador y por lo tanto una adscripción a uno u otro resulta más peligrosa. Es por esta razón que el apoyo de David Char sí fue posible gracias al conflicto y por lo tanto tiene una relación directa con él. Que David Char se haya valido de la estructura paramilitar en beneficio personal no le resta validez al argumento, porque aprovecharse de un actor armado dominante en un territorio no parece un juego del que se pueda escapar fácilmente, ya que se tejen lealtades fuertes mediadas por intereses mutuos.

Este planteamiento lleva también a suponer, entonces, que las posiciones y niveles de control territorial de los actores armados sí determinan el apoyo e influyen el actuar de un civil y, por lo tanto, estos pueden verse como parte del conflicto armado. Ahora bien, no solamente determina el momento y lugar en que se puede dar, sino también el actor al que se puede ayudar y el tipo de colaboración posible de ofrecer y exigir. En el caso analizado, David Char podía demandar de los paramilitares su apoyo para las elecciones al Congreso porque estos tenían el control territorial, político y militar que le asegurarían, a través del ejercicio ilegítimo de la fuerza, el número de votos necesarios para lograr su propósito. En otras palabras, David Char les pedía a los paramilitares exactamente lo que estos le podían ofrecer, y era así porque tenían una posición dominante como actor armado en la región Caribe colombiana para el momento en que recibieron la colaboración del entonces empresario y candidato al Congreso.

Así las cosas, con su decisión, la Sala parece tender a limitar el entendimiento del conflicto a actividades típicamente militares y relacionado con las confrontaciones armadas. Esto parece tener el efecto de reducir el concepto de relación directa o indirecta con el conflicto a uno que en realidad requiere una relación directa con el conflicto, eliminando así toda la categoría de la relación indirecta. Esto va en contra del artículo transitorio 16 del AL 01/2017 y además desconoce el enfoque mucho más amplio adoptado por la jurisprudencia internacional. Por ejemplo, en *Fiscal vs. Strugar*, el TPIY, basándose en otras fuentes internacionales, da los siguientes ejemplos de una participación indirecta en un conflicto armado: la venta de productos a una de las partes de un conflicto, la expresión de simpatía hacia una parte del conflicto, el transporte de armas o munición, y el suministro de víveres o medios de subsistencia.¹⁴

La decisión de la Sala también parece contravenir algunos criterios definidos a escala nacional. En efecto, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal de Medellín, al decidir sobre el caso priorizado del Bloque Elmer Cárdenas de las AUC, sostuvo que en el proceso se conoció el actuar criminal de la organización a través de actores directos, pero que también se supo de la participación de otros actores a través, por ejemplo, de contribuciones económicas y políticas, así como de ayuda más general dirigida al fortalecimiento de la estructura paramilitar. De acuerdo con este enfoque, el apoyo o contribución de los terceros a un actor armado haría parte del conflicto y no se limitaría solo a los aportes que pudieran traducirse mecánicamente en una violación a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario. Según la Sala, el Bloque Elmer Cárdenas

(...) contó con el apoyo tras bambalinas de colaboradores y/o auspiciadores que a través de acciones u omisiones, constituyeron un insumo de vital importancia para la causa paramilitar (...) [esto es] Personas e instituciones que desde las orbitas públicas y privadas, a través de contribuciones externas de índole económico, político e incluso militar, sufragaron efectivamente a combatientes de esa facción de las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá, en la planeación, logística y ejecución de diferentes incursiones armadas y en términos generales, en el fortalecimiento de la procurada finalidad expansionista y hegemonía de la estructura paramilitar en la toda extensión Nacional, potísimamente en las zonas geoestratégicamente privilegiadas y aquellas de tradicional asentamiento guerrillero.¹⁵

Establecida una participación directa o indirecta en el conflicto de un actor que no formaba parte de los grupos armados, se activa la competencia de la JEP. Si los actos de participación resultan en responsabilidad penal, y si es así, si se trata además de una participación

¹⁴ Sala de Apelaciones, *Fiscal vs. Strugar*, 17 de julio 2008, parr.177.

¹⁵ Tribunal Superior de Medellín. Sala de Justicia y Paz. Rad. No. 110016000253200782701. M.P. Juan Guillermo Cárdenas Gómez. Sentencia del 17 de mayo de 2018, p. 8700-8701.

determinante son cuestiones que debe analizar la JEP según los principios del derecho penal colombiano, interpretados conforme a los estándares internacionales al respecto.

b. Análisis de las conductas de Char que según la Sala fueron cometidas en su posición de agente de estado

Es poco convincente cómo la Sala distingue entre los actos que David Char cometió en su calidad de tercero y aquellos que cometió como agente de estado. En lugar de orientarse para este análisis en las circunstancias de cada acto y evaluar si la conducta fue realizada, motivada y/o facilitada por sus intereses como tercero o como agente de estado, la Sala encontró más razonable enfocarse exclusivamente en un aspecto temporal, calificando a David Char como tercero hasta su elección como congresista y como agente de estado a partir de ese momento. En consecuencia, incluye en el análisis de su competencia material sobre David Char como tercero solamente las conductas de este antes de haber asumido su rol de congresista. Al mismo tiempo, evalúa el aporte financiero y el suministro de munición a los paramilitares por medio de su empresa como conductas cometidas por Char en cuanto agente de estado, ya que esto se hizo después de su elección al Congreso. Este enfoque es poco convincente, dado que haber sido congresista no excluye que Char al mismo tiempo también pueda haber realizado conductas en su condición de tercero empresario (actor económico).

La adscripción de su conducta a una u otra condición debería más bien depender de todas las circunstancias del caso concreto, es decir, de si su acto fue relacionado con su posición de agente de estado o de empresario. Un análisis de este tipo no fue llevado a cabo por la Sala. Su necesidad es evidente: el caso de David Char ejemplifica claramente la fluidez de las relaciones que sostuvieron algunos actores sociales con los actores del conflicto. No es fácil, ni conveniente, trazar fronteras inamovibles entre calidades de sujetos ya que en una sola persona pueden confluir el político, el empresario, y, en algunos casos, hasta el actor armado. Solo la observación atenta de las características de las relaciones puede arrojar luces sobre la calidad del actor en un momento determinado. Por esta razón, no resulta del todo adecuado utilizar un esquema cronológico para determinar rígidamente desde qué momento se actúa como político profesional o como actor económico.

Con respecto al análisis sustantivo de si el aporte económico y el suministro de munición a los paramilitares por medio de su empresa tienen relación con el conflicto, para la Sala, tal vínculo no existió. Esto porque, según la Sala, estas conductas no apoyaron las hostilidades, no resultaron en que se mantuvieran las condiciones de los paramilitares como actores del conflicto y tampoco contribuyeron a que el grupo consiguiera una ventaja militar.

Para la Sala no hubo pruebas de que David Char hubiera hecho los aportes financieros en razón del conflicto. Además, el conflicto no influyó en sus decisiones respecto del suministro de munición o la financiación, ya que su propósito era obtener una curul en el Senado, sin que todo ello potenciara el actuar del grupo frente al conflicto. Agrega la Sala que la mayoría de los parapolíticos se asociaron con la estructura paramilitar no para sostenerla, ni para que ganara la guerra, sino como una contraprestación de intereses políticos y con fines particulares, por lo cual esas conductas serían competencia de la jurisdicción ordinaria. Como ya explicamos en el análisis de estos mismos puntos en el contexto de la competencia de la JEP sobre Char en su posición como tercero civil, esto sugiere una visión restrictiva del concepto de ‘con razón, en ocasión o relación directa o indirecta con el conflicto’.

4. Remisión de David Char a otras instancias del Sistema Integral

La consideración final de la Sala en la decisión sobre David Char Navas apunta a que éste se dirija a otros componentes o instancias previstas en el AFP para que sea allá donde aporte a la

verdad. De acuerdo con la Sala, ‘Que el Acuerdo de Paz haya establecido unas condiciones para acceder al componente de justicia de la JEP, no significa que quienes no ingresen carezcan de un espacio para contar la verdad.’ (p.37). En ese sentido, cita las secciones 3.4.4. y 5.1.2., párrafo 74, del AFP para traer a colación la *Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición*, la *Unidad de investigación para el desmantelamiento de las organizaciones criminales*, a ser creada dentro de la jurisdicción ordinaria, y las medidas de fortalecimiento de los procesos de *justicia y paz* y la *ley 1424 de 2010* que debía adelantar el Estado, todos como ejemplos de instancias donde el AFP prevé un énfasis en el esclarecimiento del fenómeno paramilitar. Por lo tanto, concluye la Sala, David Char Navas podría acudir a esas instancias si ‘quiere contribuir a la verdad del fenómeno del paramilitarismo y reconocer el derecho que tienen las víctimas para conocerla, además de aportar información para que los responsables sean sometidos a la justicia’ (p.38).

Es oportuna la visión integral del Sistema implícita a esta decisión de la Sala pues va en la dirección de reconocer y reforzar la complementariedad de los múltiples mecanismos de la justicia transicional previstos en el Acuerdo. No es impreciso aceptar que hay múltiples escenarios en los que se puede avanzar en la construcción de las diferentes facetas de la verdad y relatos históricos que nos informen sobre las causas, motivaciones, dinámicas y lógicas que atizaron el conflicto armado y posibilitaron su permanencia en el tiempo.

El inconveniente consiste en que la Sala parece restarle importancia al componente judicial del Sistema Integral, que es la JEP, como escenario propicio para el aporte a la verdad judicial en cumplimiento con la obligación del Estado de investigar, juzgar y sancionar las violaciones cometidas durante el conflicto,¹⁶ y, más en general, para promover la defensa de los derechos de las víctimas a la justicia, reparación y garantías de no repetición. Es indudable que la JEP fue prevista desde el mismo AFP como espacio para construir verdad, pues uno de sus objetivos manifiestos consiste en ‘ofrecer verdad a la sociedad colombiana’¹⁷, mientras que el sistema en su integralidad se orienta por el principio según el cual ‘Esclarecer lo sucedido a lo largo del conflicto, incluyendo sus múltiples causas, orígenes y sus efectos, es parte fundamental de la satisfacción de los derechos de las víctimas, y de la sociedad en general. La reconstrucción de la confianza depende del esclarecimiento pleno y del reconocimiento de la verdad.’¹⁸ La verdad está en el centro de la lógica integral del Sistema Integral, puesto que este debe contribuir ‘al esclarecimiento de la verdad del conflicto y la construcción de memoria histórica’ (Art. 1 del AL 01/2017).

A partir del reconocimiento y aporte voluntario a la verdad que podrían realizar los terceros que decidan acogerse a la JEP, se podría entonces avanzar en la importante tarea de conocer un poco más de lo que nos ha sucedido como sociedad, pero también con el deber ético y político de ofrecer a las víctimas vías para la satisfacción de sus derechos. En este sentido, el otorgamiento de los beneficios jurídico-penales a quienes se acojan a la JEP están condicionados a que realicen aportes efectivos a la verdad, puesto que ‘Para acceder al tratamiento especial previsto en el componente de Justicia del Sistema Integral (...) es necesario aportar verdad plena, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición.’ (Art. 5 del AL 01/2017). *Verdad plena* que es definida como ‘relatar, cuando se disponga de los elementos para ello, de manera exhaustiva y detallada las conductas cometidas y las circunstancias de su comisión, así como las informaciones necesarias y suficientes para atribuir responsabilidades,

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-007/2018, M.P. Diana Fajardo Rivera, parr.550.

¹⁷ Gobierno Nacional de Colombia – FARC-EP. Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. p. 143, párrafo 2.

¹⁸ *Ibíd.*, p. 124.

para así garantizar la satisfacción de los derechos de las víctimas a la reparación y a la no repetición.’ (Art. 5 del AL 01/2017)

Entender correctamente este imperativo de la búsqueda de la verdad, y el anhelo por hacer efectivos los derechos de las víctimas, tendría entonces que ser un motivo más para aceptar a los terceros que decidan presentarse ante la JEP aun cuando no están obligados a hacerlo. Su aporte a la verdad y a la justicia tampoco debe oscurecer una importante dimensión en la que también deberían ser protagonistas: la reparación material y simbólica de las víctimas. Cerrar las puertas de la JEP a los terceros que voluntariamente acudan a ella también podría menguar las posibilidades de reparación de las víctimas, quienes están en el centro de los mecanismos de justicia transicional.