

**CORPORACIÓN DERECHOS PARA LA PAZ
PROYECTO PLANETA PAZ**

**PERSPECTIVAS JURÍDICAS
FRENTA A UN EVENTUAL PROCESO
DE PAZ CON LOS GRUPOS GUERRILLEROS**



PLANETA PAZ

Sectores Sociales

**CORPORACIÓN DERECHOS PARA LA PAZ
PROYECTO PLANETA PAZ**

**PERSPECTIVAS JURÍDICAS
FRENTE A UN EVENTUAL PROCESO DE PAZ
CON LOS GRUPOS GUERRILLEROS**



**Esta publicación ha sido producida gracias al apoyo de
El Real Ministerio de Relaciones Exteriores de Noruega,
El Instituto de Paz de los Estados Unidos,
Fos - Colombia,
La Generalitat Valenciana,
La Fundación Ayuda en Acción
y Consejería en Proyectos PCS,
Bajo los términos y acuerdos de colaboración.**

Las opiniones expresadas por los autores
no necesariamente reflejan el punto de vista
de estos gobiernos y agencias de cooperación.

**“Perspectivas jurídicas frente a un eventual proceso de paz
Con los grupos guerrilleros”**

Planeta Paz

Sectores Sociales Populares
para la Paz en Colombia

ISBN: 978-958-98745-7-8
Diciembre 2011

Planeta Paz
Calle 30A N. 6-22 Of.2701
PBX (57-1) 3402300
Bogotá D.C. - Colombia
planetap@planetapaz.org
www.planetapaz.org

Diseño: Laura Contreras / Oscar González

Algunas fotografías están publicadas bajo licencia Creative Commons



Impresión: Impresol Ediciones / www.impresolediciones.com
Calle 78 No 29B - 44 / PBX 250 82 44

Apoyado por:



FOS-COLOMBIA
Fondo para la sociedad civil
Colombiana por la paz, los Derechos
Humanos y la Democracia.
*Iniciado por ASDI, administrado por
Forum Syd*



PRESENTACIÓN

El Proyecto **Planeta Paz** presenta una nueva serie de seis Documentos de Trabajo que recogen los análisis y propuestas de redes sociales populares que tienen dentro de sus preocupaciones la construcción de la paz.

En esta ocasión, los Documentos de Trabajo que dan cuerpo a la serie son:

- Memorias del ciclo de conversatorios *La cuestión rural en Colombia: Tierras, desarrollo y paz.*
- Perspectivas jurídicas frente a un eventual procesos de negociación con los grupos guerrilleros.
- La Comunidad Universitaria frente a la reforma a la Educación Superior.
- Rutas y senderos: Trashumancia de los PEPAS.
- Presentación y descripción de la Ley de Víctimas.
- Anotaciones sobre género, mujer y conflictos.

El primer Documento de Trabajo es la memoria del ciclo de ocho conversatorios desarrollados por **Planeta Paz** y *Consejería en Proyectos -PCS-*, que giraron en torno a veintisiete exposiciones, diecinueve de las cuales estuvieron a cargo de líderes y lideresas de organizaciones sociales de población campesina, indígena y afrocolombiana de doce departamentos del país; cinco presentaciones correspondientes a académicos, miembros de instituciones gubernamentales, organismos internacionales y ONG's, y tres a senadores de la república. Estas exposiciones plantearon propuestas e inquietudes frente a los problemas rurales actuales y el proyecto de ley de víctimas y restitución de tierras.

El segundo Documento de Trabajo corresponde a la preocupación permanente de **Planeta Paz** frente a la cuestión del conflicto armado y su salida política y negociada. Se elaboró por parte de la abogada Luz María Sánchez un documento que desarrolla dos partes. La primera se ocupa de presentar los rasgos generales de la jurisprudencia sobre delito político, mostrando cuáles son los criterios determinantes que utiliza la *Corte Suprema de Justicia* en la judicialización de los miembros de organizaciones guerrilleras. Esta exposición jurisprudencial está precedida por una breve genealogía del tratamiento jurídico del conflicto armado desde finales de la década de los setentas. La segunda parte se refiere al marco jurídico internacional e interno sobre responsabilidad penal y derechos de las víctimas en procesos de transición. Esta exposición se subdivide a su vez en dos apartados. En el primero se exponen

los estándares internacionales sobre la concesión de amnistías, indultos y otros beneficios penales en procesos de transición y luego se presenta la normatividad vigente en Colombia en relación con este punto, así como los lineamientos de jurisprudencia constitucional. En el segundo apartado se expone el rol de la *Corte Penal Internacional* y su eventual impacto en un proceso de paz con las guerrillas. Finalmente se presentan las conclusiones generales del documento.

Este Documento en particular busca ser un aporte al debate que se ha abierto en el país a raíz del trámite del Proyecto de Acto Legislativo No. 014 de 2011 Senado, 094 de 2011 Cámara, “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del Artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

El tercer Documento de Trabajo corresponde a la quinta publicación producida por la *Mesa de Trabajo TallerES*, que reúne a las organizaciones estudiantiles OCE, FEU, ACEU, REO, FUN-C, la organización de Padres y Madres de familia de la UN – MAPA- y al Proyecto **PLANETA PAZ**, *Mesa* que desde 2007 ha permitido un diálogo amplio y pluralista con un grupo heterogéneo de académicos y académicas del país. El Documento de Trabajo presenta siete artículos analíticos que alimentan el debate en torno a la reforma a la Ley 30, de educación superior.

El cuarto Documento de Trabajo es la tercera publicación de la *Movilización Social por la Educación -MSE-*. Recoge nueve artículos y un apéndice que exponen la *Ruta* de la MSE y la manera como ha desarrollado los Proyectos Educativos Alternativos; la comunicación y difusión de alternativas; la organización y movilización; la sistematización, investigación y producción de pensamiento; la formación de actores sociales, y su enfoque sobre la universidad pública y la educación superior.

El quinto Documento de Trabajo sobre la Ley 1448 de 2011 o Ley de Víctimas y Restitución de Tierras se elaboró como ayuda pedagógica para los trabajos educativos en torno a los desarrollos legislativos del Congreso de la República y las políticas públicas del actual gobierno. El documento comprende siete partes: un diccionario de palabras afines a la Ley; cómo se aprueba una ley en Colombia; el objetivo de la Ley 1448; quiénes son consideradas víctimas por la Ley; los mecanismos de protección individuales y colectivos de las víctimas; las instituciones creadas para su cumplimiento y los elementos particulares para las comunidades étnicas.

El sexto Documento de Trabajo presenta una síntesis de las preguntas que se estiman pertinentes hoy día para entender cómo es que los diferentes conflictos y políticas de desarrollo impactan a las mujeres y reorganizan las relaciones de género.

Los Documentos de Trabajo sólo han sido posibles en el marco de las relaciones de **Planeta Paz** con líderes y lideresas de redes sociales populares que tienen el

propósito de diseñar y poner en práctica políticas que contribuyan a la construcción de la paz.

La tarea desarrollada por **Planeta Paz** se inscribe en la comprensión que ha elaborado sobre la construcción de la paz, según la cual ella supone la creación de condiciones políticas, sociales y económicas para que los múltiples conflictos que constituyen la sociedad colombiana se resuelvan sin que ninguno de los actores involucrados en ellos recurra a estrategias bélicas que impliquen la eliminación física o simbólica de los adversarios. No significa simplemente superar el conflicto armado mediante la incorporación de todos los combatientes a la vida civil o mediante la derrota militar de las organizaciones armadas consideradas ilegales, sino erradicar de la vida social colombiana el *estado de guerra* en que vive la mayor parte de su habitantes por la incertidumbre permanente frente a la obtención de los medios necesarios para garantizar la vida biológica y una vida digna que les permita acceder a las posibilidades de autorrealización que ofrece el mundo contemporáneo.

Así, la erradicación del *estado de guerra* y la construcción de la paz, comprende al menos tres requisitos:

- Garantizar institucional y socialmente que los conflictos sociales puedan resolverse o cualificarse mediante mecanismos políticos democráticos, que guiados por la materialización de medios para ofrecer una vida digna permitan la participación directa y decisoria de los más afectados.
- Impedir la militarización, legal o ilegal, de la vida social colombiana y la imposición de una lógica bélica de socialización, en virtud de la cual los antagonistas políticos son convertidos en enemigos que pueden ser tratados por debajo de los límites que separan lo humano de lo inhumano.
- Detener los mecanismos sociales, políticos y económicos que convierten los conflictos sociales en conflictos bélicos, tratándolos como disfuncionalidades o desviaciones que deben ser combatidas y reprimidas para salvaguardar el orden social, y no como señales claras del deficiente funcionamiento institucional y sistémico de la sociedad colombiana

El equipo de trabajo de **Planeta Paz** espera entonces que estos documentos sean un insumo útil para el trabajo en pro de la paz.

La Dirección
Planeta Paz





Tabla de Contenido

	<i>Pág.</i>
Presentación	3
Perspectivas jurídicas frente a un eventual proceso de paz con los grupos guerrilleros	9
1. Estado actual de la jurisprudencia sobre delito político	11
1.1. El imperio del estado de excepción en el manejo del conflicto armado	13
1.2. Tendencias jurisprudenciales en la judicialización de miembros de organizaciones guerrilleras durante la última década	17
1.2.1. La sentencia de C-456 de 1997	17
1.2.2. La jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia	18
a. Delito político y terrorismo	21
b. Concierto para delinquir y delito político: marco de referencia para la distinción entre guerrilleros y paramilitares	24
c. La tesis de la conexidad y complejidad del delito político	29
d. Balance general de la jurisprudencia sobre delito político	31
2. Amnistías, indultos y responsabilidad penal en el marco de procesos de paz	32
Grupo desmovilizado	33
Acuerdo de Paz	33
Estatuto de amnistía o indulto que los cobijó	33
Conductas excluidas del beneficio	33
El marco de la justicia transicional	36
2.1.1. Amnistías, indultos y otros beneficios penales en procesos de transición	40
2.1.2. El marco jurídico interno para procesos de transición	49
La Ley 418 de 1997 prorrogada y modificada por la Ley 1421 de 2010	49
b. La Ley 975 de 2005	51
c. La aplicación del principio de oportunidad en el proceso con los paramilitares y sus repercusiones sobre la concesión de amnistías e indultos incondicionados por delitos políticos	54
2.2. La Corte Penal Internacional y su eventual impacto en un proceso de paz con las guerrillas	58
Conclusiones	66
Bibliografía	69



PERSPECTIVAS JURÍDICAS FRENTE A UN EVENTUAL PROCESO DE PAZ CON LOS GRUPOS GUERRILLEROS¹

Luz María Sánchez Duque*

Durante los últimos tiempos, el proceso de negociación con los grupos paramilitares y la cuestión del marco jurídico que debe regir en este tipo de procesos se convirtió en un asunto de primer orden. Los estándares internacionales de verdad, justicia y reparación han marcado la pauta del proceso y el derecho, aspectos secundarios en las anteriores experiencias de negociación con grupos armados al margen de la que adquirieron una centralidad inusitada. Dichos estándares no sólo han permeado la legislación y la jurisprudencia, sino que incluso, en algunos casos, el derecho interno ha llegado a plantear exigencias más estrictas que las que se derivan del marco internacional.

Mientras avanza el proceso con los paramilitares, diversas voces se han levantado para impugnar los pasados procesos de negociación adelantados con los grupos guerrilleros durante la década de los noventa, con la idea de que estas experiencias estuvieron marcadas por el sello de la impunidad y ningún tipo de consideración con las víctimas. La discusión se intensificó más a raíz de la conformación de una Comisión de la Verdad sobre los hechos ocurridos en la toma del Palacio de Justicia el 6 de noviembre de 1985 y de la reapertura de procesos penales contra algunos altos militares que participaron en la retoma. Esta situación reanimó la controversia en torno a la ausencia de condena de los altos mandos del M-19 por dicha toma². Tanto así, que en el mes de septiembre de 2010, el Tribunal Superior de Bogotá dispuso la reapertura de las investigaciones contra los guerrilleros del M-19 implicados en la toma del Palacio

¹ Agradezco a Leopoldo Múnera y a Rodrigo Uprimny quienes leyeron el primer borrador de este documento e hicieron pertinentes y agudas observaciones.

*Abogada de la Universidad de Caldas, candidata a magister en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia.

² En la editorial del periódico El Tiempo del 17 de noviembre de 2006, titulada “Holocaustos y Verdades”, se dijo al respecto: “Hoy, cuando se busca el delicado equilibrio entre el esclarecimiento de los crímenes de las Auc, el castigo de los perpetradores y la reparación de las víctimas y sus familiares, son más pertinentes que nunca las lecciones de lo que se hizo y se dejó de hacer ante el holocausto del Palacio de Justicia. // Entonces eran distintas las condiciones y no existía la presión internacional de hoy contra la impunidad. No hubo un verdadero esfuerzo por estudiar con rigor elementos como la conducta de los militares o la desaparición de numerosos civiles durante la retoma. El proceso de reconciliación con el M-19 llevó a indultos y perdones sobre este y otros actos terroristas, con lo cual la acción de la justicia o, al menos, el esclarecimiento se vieron limitados”.

de Justicia³, argumentando que se trataba de un crimen de lesa humanidad que no podía ser objeto de indulto y que además era imprescriptible.

En vista de este escenario, el propósito de este documento es exponer las perspectivas jurídicas frente a un eventual proceso de negociación con los grupos guerrilleros. El documento tiene un carácter eminentemente descriptivo, de tal modo que solo se centra en los elementos jurídicos de la cuestión, sin entrar a discurrir sobre su conveniencia o pertinencia.

El texto está dividido en dos partes. La primera, se ocupa de presentar los rasgos generales de la jurisprudencia sobre delito político, mostrando cuáles son los criterios determinantes que utiliza la Corte Suprema de Justicia en la judicialización de los miembros de organizaciones guerrilleras. Esta exposición jurisprudencial está precedida por una breve genealogía del tratamiento jurídico del conflicto armado desde finales de la década de los setentas. La segunda parte, hace refiere al marco jurídico internacional e interno sobre responsabilidad penal y derechos de las víctimas en procesos de transición. Esta última exposición se subdivide a su vez en dos apartados. En el primero, se exponen los estándares internacionales sobre la concesión de amnistías, indultos y otros beneficios penales en procesos de transición; además de presentar la normatividad vigente en Colombia en relación con este punto, así como los lineamientos de jurisprudencia constitucional. Y en el segundo apartado, se expone el rol de la Corte Penal Internacional y su eventual impacto en un proceso de paz con las guerrillas. Finalmente se presentan las conclusiones generales del documento.

3 El proceso de desmovilización del M-19 se rigió por la Ley 77 de 1989 que contemplaba los beneficios de indulto (para condenados), cesación de procedimiento (para procesados) y auto inhibitorio (para personas no procesadas) frente a los delitos de rebelión, sedición, asonada y los conexos con estos. Explícitamente se excluían los homicidios cometidos fuera de combate, con sevicia, o colocando a la víctima en estado de indefensión frente a los actos de ferocidad o barbarie. Ahora bien, durante el proceso de paz con el M-19, varios de sus altos mandos militares y políticos estaban siendo procesados penalmente por la toma del Palacio. En efecto, el 31 de enero de 1989, el Juzgado 30 de Instrucción Criminal Ambulante de Bogotá profirió resolución acusatoria en contra de miembros del mando central, del comando superior y de la dirección nacional del M -19 por los delitos de rebelión, tentativa de homicidio y secuestro. En virtud de la Ley 77 de 1989, estas personas solicitaron la cesación del procedimiento que, previo estudio individual, fue concedida por las autoridades judiciales competentes. Después de otorgado el beneficio, el 15 de mayo de 1992 un Juzgado de Orden Público ordenó la reapertura del caso al estimar que el homicidio de los celadores del Palacio y el incendio del mismo eran conductas excluidas de la amnistía y que no se podían subsumir en el delito de rebelión. En vista de esta situación, dos meses después se promulgó la Ley 7ª de 1992 que en su artículo único disponía que las amnistías concedidas “en desarrollo de una política de reconciliación” hacen tránsito a cosa juzgada y, en tal virtud, “se agotará el ejercicio de la acción penal respecto de las personas beneficiadas frente a todos los hechos objeto de la misma y si fuere procedente se ordenará el archivo del expediente”. Comisión de la Verdad sobre los hechos del Palacio de Justicia (2009). Informe final, pp. 180 -181, disponible en: <http://www.verdadpalacio.org.co/>.

1. ESTADO ACTUAL DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE DELITO POLÍTICO

La figura del tratamiento privilegiado del delincuente político hunde sus raíces en la Revolución Francesa como un instrumento para “garantizar la rotación no sangrienta de las élites en el poder en tiempos de transición revolucionaria”⁴. Este marco histórico presenta la dimensión política del mencionado tratamiento benévolo: su propósito es facilitar la transición de la guerra a la paz mediante el reconocimiento del enemigo armado como un contendor dialógico. Desde esta perspectiva político-instrumental, el trato especial del delincuente político es un medio para la paz que favorece la inclusión de los disidentes en la esfera civil y, en este sentido, es visto como un medio para el fortalecimiento de la democracia.

Otra justificación que se ha dado al tratamiento benévolo del delincuente político es de carácter dogmático-penal. El anterior, plantea una concepción en la que las intenciones de quien delinque tienen un lugar central en la definición del alcance del poder punitivo, según ésta, no puede recibir el mismo tratamiento por parte del Estado quien comete un delito por móviles egoístas a quien lo hace por motivos altruistas: “[a]l discrepante armado se le debe sancionar por armado, pero no por discrepante; y como el derecho penal culpabilista, corolario obligado de la filosofía política democrática, toma en consideración los móviles de la acción delictiva, a quien obra en función de ideales altruistas, se le debe tratar con benevolencia”⁵. Conforme a esta justificación, el tratamiento privilegiado del delincuente político no solo debe estar permitido en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, sino que constituye un imperativo que se deriva del principio del pluralismo. En palabras de Iván Orozco, “el Estado democrático debe, por tanto, defenderse contra aquellas minorías que se opongan – mediante las armas– a la convicción mayoritaria, pero no debe estigmatizarlas, porque entonces traiciona su sustancia pluralista”⁶.

En el contexto colombiano se registra desde el siglo XIX una línea de adscripción de la categoría de combatiente a la del delincuente político⁷ que ha tenido dos efectos centrales: el primero, la relevancia del derecho de gentes en el marco jurídico de regulación de los conflictos armados; y el segundo, el tratamiento privilegiado de los combatientes en virtud de su catalogación como delincuentes políticos. Sin embargo,

4 Orozco, Iván (2006). *Combatientes, Rebeldes y Terroristas. Guerra y Derecho en Colombia*, Bogotá: Editorial Temis, 2ª edición, p. XXX.

5 Corte Constitucional de Colombia, Salvamento de voto de los magistrados Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero a la sentencia C – 456 de 1997.

6 Orozco, Ob. cit. p. 42.

7 *Ibíd.*, cap. V

durante el siglo XX, en particular a partir de finales de la década de los setentas, esta tradición empezó a ser socavada. El primer embate se presenta en la década de los ochentas en la que el derecho de gentes como marco de referencia en el tratamiento jurídico del conflicto es desplazado por la legislación antiterrorista. El segundo, tiene lugar a finales de la década de los noventas a partir de la sentencia C – 456 de 1997 en la que la Corte Constitucional le puso fin al benévolo tratamiento punitivo del combatiente-rebelde. El ex magistrado Carlos Gaviria Díaz indicó que con este fallo el delito político “quedó reducido a un ente apenas nominal, huero e irrisorio”⁸.

Paralelo a lo anterior, en los últimos años se registra una tendencia que defiende por la supresión del delito político. Por un lado, el ataque se dirige contra la misma noción de delito político que consiste en utilizar medios delictivos, que usualmente comportan un alzamiento en armas, con el objeto de derrocar un gobierno o impulsar la transformación del Estado. Para algunos impugnantes del delito político todo intento de transformación política mediante el uso de las armas debe ser considerado como terrorismo. Este cambio en la denominación de la conducta implica un cambio de énfasis. La noción de delito político realza el móvil político de la conducta, mientras que la del terrorismo se fija en el medio a través del cual se canaliza dicho móvil, a saber, el uso de la violencia. Sin embargo, en este último caso la motivación política no se desconoce, sino que es resignificada para ampliar la noción de violencia. De acuerdo con esta perspectiva, no importa que la violencia se dirija contra la población civil o contra la fuerza pública, ni tampoco que el acto de violencia tenga la capacidad de producir efectivamente terror (elementos estos que hacen parte de una definición jurídica del terrorismo), lo que importa es que la violencia tenga una motivación política. La idea que subyace es que todo intento de enfrentar las instituciones de la democracia liberal mediante el uso de las armas es terrorismo. El ex Presidente de la República Álvaro Uribe ha dicho: “[...] ante una democracia profunda, debe pensarse en no calificar como político el delito basado en armas, es simple terrorismo”⁹.

Por otro lado, lo que se critica no es la continuidad de la categoría de delito político, sino el tratamiento benévolo dado a quien incurre en este, el cual incluye penas bajas y beneficios especiales como amnistías e indultos. Según esta perspectiva, la respuesta punitiva del Estado debe ser más fuerte frente al delincuente político que frente al común, pues lo contrario implica reconocer que es menos gravoso alzarse en armas con el propósito de defender una determinada ideología política, que delinquir por cualquier otra razón. La respuesta benévola al delincuente político implicaría, según esta perspectiva, el reconocimiento de un nivel de legitimidad al uso de la violencia política y, de este modo, una desvalorización de las instituciones democráticas que se fundan en la negación de la violencia como forma de ejercer la política.¹⁰

8 Ibid., p. XI.

9 Declaración del Presidente Álvaro Uribe Vélez el 18 de mayo de 2005, compilada en: Botero Campuzano, Libardo (comp.) (2007) Crímenes Altruistas. Las razones del Presidente Uribe para abolir el delito político en Colombia, Centro de Pensamiento Primero Colombia, p. 24.

10 Luis Carlos Restrepo, quien se desempeñó como Alto Comisionado para la Paz durante los gobiernos de Uribe Vélez, señaló al respecto que “una democracia que hace esfuerzos por sobrevivir no puede estar mandando ese mensaje tan equívoco, que si usted desconoce la autoridad legítima avalada por el pueblo, entonces lo perdono. O más aún, no puede estar mandando el mensaje tan equívoco de decir que ese delito es de mejor familia”. Restrepo, Luis Carlos (2007). No

Ante esta situación, resulta necesario preguntarse: ¿Qué queda entonces del delito político? Tratando de dar respuesta a esta inquietud, en esta primera parte del informe se exponen cuáles son las tendencias jurisprudenciales vigentes sobre el tema del delito político en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, procurando establecer hasta qué punto la erosión de la tradición aludida ha repercutido en la manera como se judicializa a los guerrilleros y el modo en que tales tendencias pueden repercutir en un eventual proceso de negociación.

1.1. El imperio del estado de excepción en el manejo del conflicto armado

A partir de finales de la década de los setentas y hasta la expedición de la Constitución de 1991, la dinámica propia del estado de sitio imperó en el manejo del conflicto armado en el país y de los problemas de orden público en general. Tres estatutos expresados al amparo de los estados de excepción constituyen el prototipo del modelo de legislación antigarantista depositario de dicha dinámica. El primero, es el Estatuto de Seguridad (Decreto 1923 de 1978) adoptado bajo el gobierno de Julio César Turbay Ayala (1978 – 1982), el cual otorgó competencias judiciales a las fuerzas militares y creó nuevos tipos penales que criminalizaban conductas como “perturbar el pacífico orden de las actividades sociales” o “fomentar u organizar reuniones públicas [...] consideradas contrarias al orden público”¹¹, las cuales dejaban un amplio margen de definición a los operadores jurídicos, entre los cuales se encontraban, valga destacar, los militares investidos de funciones judiciales¹². El segundo, es el Estatuto para la Defensa de la Democracia (Decreto 180 de 1988), más conocido como Estatuto Antiterrorista, el cual fue concebido como un instrumento penal para enfrentar a la subversión y a las mafias de las drogas. Este estatuto atomizó el delito de terrorismo que había sido tipificado por primera vez en Colombia en el Código Penal de 1980¹³, estableciendo una serie de nuevos delitos cuyo elemento articulador

tiene sentido justificar el crimen por un ideal, en: Botero Campuzano, Libardo (comp.) (2007) Crímenes Altruistas. Las razones del Presidente Uribe para abolir el delito político en Colombia, Centro de Pensamiento Primero Colombia, p. 109.

11 García, Mauricio (2001). Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957 – 1997, en: BOAVENTURA DE SOUSA, Santos y GARCIA, Mauricio (dirs). El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia, Bogotá: Uniandes, Siglo del Hombre, Colciencias, CES, p. 322.

12 En un informe de la Comisión Andina de Juristas de 1988 se estima que con base en el Estatuto de Seguridad fueron detenidas por razones políticas unas 8000 personas, la mayoría de las cuales fueron procesadas por la justicia militar (García: 2001, p. 323).

13 El Código Penal de 1980 tipificó así el delito de terrorismo: “Artículo 187.- Terrorismo. El que con el fin de crear o mantener un ambiente de zozobra, o de perturbar el orden público, emplee contra personas o bienes, medios de destrucción colectiva, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los demás delitos que se ocasionen con este hecho”. En términos de técnica legislativa esta tipificación resulta más afortunada que la establecida en el Decreto 180 de 1988, la cual sustituye la noción de “medios de destrucción colectiva”, por la más amplia de “medios capaces de causar estragos”, y ya no se habla de emplear tales medios contra personas o bienes, sino de valerse de ellos en actos “que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices”. El tipo penal contenido en el Decreto 180 de 1998, que se mantiene en el código penal actual, dice: “El que provoqe o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en

era el de ser cometidos con “fines terroristas”. La vaguedad de la definición de los tipos penales relacionados con el terrorismo, asociada a un ambiente de estigmatización de los movimientos sociales, condujo a que esta legislación terminara siendo aplicada en contra de activistas y opositores¹⁴.

La judicialización por estos delitos correspondía a la Jurisdicción de Orden Público (Decreto 1631 de 1987), una justicia especial que había sido creada el año anterior a la adopción del Estatuto para suplir el vacío generado por la declaratoria de inconstitucionalidad del juzgamiento de civiles por parte de la justicia penal militar. A esta Jurisdicción también se le asignó el conocimiento de los delitos de rebelión y sedición (Decreto 2490 de 1988), de tal modo que la judicialización de todas las conductas asociadas al conflicto armado quedó concentrada en esta justicia especial, cuyos contornos definitivos fueron establecidos en el tercer estatuto arquetípico de la legislación penal de excepción. Se trata del Estatuto para la Defensa de la Justicia (Decreto 2790 de 1990), el cual creó la Jurisdicción Especializada de Orden Público, más conocida como “justicia sin rostro”. La norma fue la respuesta jurídica al estado de zozobra creado por la mafia de las drogas que con el estrépito de los carros bombas y el brazo armado del sicariato estremecía a las principales ciudades del país y que tenía como uno de sus blancos de ataque a los jueces. El Estatuto estableció un completo procedimiento penal paralelo al ordinario, que compartía con los otros estatutos la inclusión de normas confusas, caóticas e indeterminadas que abrían las puertas a la judicialización de actores distintos a los generadores de ese estado de zozobra¹⁵. La posibilidad de mantener pruebas y decisiones en secreto durante la etapa de instrucción y la existencia de un amplio margen de autonomía para la policía judicial eran otros de los rasgos antiguarantistas más sobresalientes del Estatuto. En palabras de Alejandro Aponte, el proceso penal perfilado en esta normatividad adquiría una “condición simbólica de intimidación”¹⁶, lo cual contradecía totalmente la idea liberal y garantista del proceso penal como un escenario que tiene por objeto limitar la arbitrariedad de la facultad represiva del Estado.

El fracaso del uso recurrente del estado de excepción, tanto por su ineficacia como política de control del orden público, como por las violaciones directas a los derechos humanos producidas en virtud de él y por el desbalance institucional generado a favor del

peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices valiéndose de medios capaces de causar estragos incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años y multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos mensual, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con este hecho”.

14 Un ejemplo notable es una decisión adoptada por la Corte Suprema de Justicia en la que se calificó como actividades terroristas los actos de violencia cometidos durante una protesta estudiantil (Sentencia del 4 de octubre de 1988, M.P. Jorge Carreño Luengas). Considerando que este Estatuto fue concebido como un instrumento para enfrentar a la subversión y al narcotráfico, aplicarlo para reprimir manifestaciones sociales generaba el efecto indeseable de asociar las protestas sociales con expresiones de violencia organizada, particularmente con las guerrillas, estigmatizando de este modo a los opositores políticos.

15 Según Alejandro Aponte: “De entrada, era perceptible, desde el mismo articulado sobre la competencia, la confusión de actores que serían castigados. Detrás del gran enemigo, el gran narcoterrorismo urbano, se situaron toda suerte de actores que, si bien estaban ligados a lógicas de violencia, no eran quienes habían generado esa gran violencia específica, ligada a la lucha contra la extradición al Norte de los ‘capos’ de la droga”. Aponte, Alejandro (2006). Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo, Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, p. 302.

16 Aponte, Alejandro (1990). Cómo matar a la justicia en la tarea de defenderla: Estatuto para la defensa de la justicia, en Análisis Político, num. 11, septiembre – diciembre, p. 103.

ejecutivo, explica que uno de los temas centrales de debate en la Asamblea Constituyente fue precisamente el de su regulación. Sin embargo, aunque la Constitución de 1991 introdujo varias restricciones a los estados de excepción¹⁷, el orden jurídico colombiano no logró desprenderse definitivamente de la tradición jurídica forjada bajo su amparo. En efecto, una vez expedida la Constitución de 1991 se adoptó como legislación permanente buena parte de las disposiciones contenidas en el Estatuto Antiterrorista y en el Estatuto para la Defensa de la Justicia. Paradójicamente, esto se hizo con fundamento en un artículo transitorio de la Constitución que autorizó al gobierno a convertir en legislación permanente los decretos de estado de sitio expedidos antes de la entrada en vigencia de aquella y que fueran aceptados por la Comisión Legislativa Especial, también conocida como “congresito”¹⁸.

En virtud de esta autorización constitucional se establecieron los decretos 2266 y 2700 de 1991. El primero incorporó los tipos penales abiertos y caóticos contenidos en el Estatuto Antiterrorista, mientras que el segundo estableció el Código de Procedimiento Penal, en el cual se creó la justicia regional, que era un calco de la justicia sin rostro. Solo hasta el año 2000, la Corte Constitucional¹⁹ declaró la inexecutable de las disposiciones que establecían la reserva de jueces y testigos y las que en materia del derecho a la libertad hacían más gravosa la situación de quienes eran procesados por los jueces regionales²⁰, empezando a romper de este modo con la tradición de excepción encajada en el orden jurídico colombiano.

Otro cambio importante en esta línea de ruptura se había dado el año anterior a dicha decisión de la Corte. Mediante la Ley 504 de 1999 la competencia para conocer los delitos de rebelión y sedición fue atribuida nuevamente a la jurisdicción penal ordinaria. Pero pese a estos giros, la ruptura no fue total pues, a diferencia de lo sucedido con las normas procedimentales, las disposiciones penales sustantivas proferidas durante los estados de sitio terminaron siendo incorporadas en la legislación penal ordinaria. Aunque el Código Penal vigente (Ley 599 de 2000) derogó el artículo 4° del Decreto

17 Las restricciones más relevantes son las siguientes: (1) el estado de sitio, que antes abarcaba tanto los asuntos de orden público interno, como los de guerra exterior, fue reemplazado por el estado de excepción, el cual contempla tres modalidades —conmoción interior, guerra exterior y emergencia económica, social o ecológica— cada una de las cuales está sometida a una reglas específicas; (2) se precisaron las condiciones necesarias para declarar el estado de conmoción interior: “[...] *grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía*” (C.P., art. 213); (3) se le fijó un límite de 90 días a la duración del estado de conmoción interior, prorrogables por dos períodos iguales; (4) se prohibió la suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales; (5) se estableció el principio de conexidad entre las medidas adoptadas y la situación que hubiere determinado la declaratoria del estado de excepción; (6) se impuso la obligación de no alterar el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado.

18 Dice el artículo: “Los decretos expedidos en ejercicio de las facultades de estado de sitio hasta la fecha de promulgación del presente acto constituyente, continuarán rigiendo por un plazo máximo de noventa días, durante los cuales el gobierno nacional podrá convertirlos en legislación permanente, mediante decreto, si la comisión especial no los imprueba” (Const. P., artículo transitorio 8).

19 Sentencia C-392 de 2000 MP. Antonio Barrera Carbonell.

20 A partir de la Ley 504 de 1999 los jueces regionales fueron sustituidos por jueces especializados del circuito

2266 de 1991 que había convertido en legislación permanente los delitos consignados en el Estatuto Antiterrorista, la mayoría de estos fueron integrados al nuevo Código. Así, el artículo 343 que define el delito de terrorismo es una copia idéntica de la definición establecida en ese Estatuto. Cosa similar sucede con las circunstancias de agravación de este delito que, salvo algunas sutiles modificaciones en la redacción y la incorporación de una causal relativa a la afectación de personas internacionalmente protegidas, también son reproducidas. Del mismo modo se mantuvieron los tipos que definen el homicidio y las lesiones personales con fines terroristas, la incitación para cometer actos terroristas (art. 348), la instrucción y entrenamiento para el desarrollo de actividades terroristas (art. 341) y las amenazas con el propósito de causar alarma, zozobra o terror en la población o en un sector de ella (art. 347).

Sin embargo, el mantenimiento de las citadas disposiciones no implica per se el privilegio de una lógica de excepción en el manejo de los cuestiones relativas al orden público en general y al conflicto armado en especial. Esto es así porque el código penal vigente contiene diferentes alternativas para la judicialización del conflicto armado. Por un lado, se tipifican las infracciones al DIH que tienen como elemento normativo común el de ser cometidas “con ocasión y en desarrollo de conflicto armado”. Por otro lado, se mantienen los delitos políticos por excelencia, a saber, la rebelión, la sedición y la asonada, definidos como delitos contra el régimen constitucional y legal. Y finalmente, se reproducen las normas antiterroristas promulgadas bajo el estado de excepción que caracterizó las décadas previas a la Constitución de 1991. Frente a este abanico normativo, el poder de definición de los jueces es amplio y concluyente. Según la visión que estos tengan sobre el conflicto y sobre los actores involucrados en él, la militancia política o armada en una organización guerrillera podrá ser catalogada como concierto para delinquir simple o agravado o como rebelión; y la toma de una guarnición militar como un acto de terrorismo agravado, o como una conducta diferente en cuanto no constituya, por elementos adicionales a la simple toma, una infracción al DIH²¹. En este sentido, la identificación de las tendencias jurisprudenciales frente a esta legislación multidimensional y caótica resulta fundamental para comprender el panorama del manejo jurídico del conflicto armado en Colombia, aspecto que será abordado en el siguiente apartado.

21 La toma de una instalación militar no constituye per se una infracción al DIH en la medida en que se trata de un acto contra un objetivo militar. De conformidad con esto, el artículo 154 del Código Penal solo tipifica como infracción al DIH la destrucción y apropiación de bienes protegidos, a saber, los de carácter civil que no sean objetivos militares, los culturales y los lugares destinados al culto, los indispensables para la supervivencia de la población civil, los elementos que integran el medio ambiente natural y las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas. Pero de otro lado, el numeral 2º del artículo 344 del Código Penal dispone que las penas para el delito de terrorismo se agravarán si “[s]e asalt[a]n o se tom[a]n instalaciones de la Fuerza Pública, de los cuerpos de seguridad del Estado, o sedes diplomáticas o consulares”.

1.2. Tendencias jurisprudenciales en la judicialización de miembros de organizaciones guerrilleras durante la última década

1.2.1. La sentencia de C-456 de 1997

En 1997 la Corte Constitucional declaró inexecutable un aparte del artículo 127 del anterior Código de Penal (Decreto 100 de 1980) que establecía que “los rebeldes o sediciosos no quedarán sujetos a pena por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo”. Esta disposición se adecuaba a la noción de delincuente político estructurada a partir a la figura del combatiente armado (Orozco, 2006). Conforme a esta noción, el rebelde es caracterizado como un combatiente que hace parte de un grupo que se ha alzado en armas por razones políticas, de tal manera que, así como el derecho internacional confiere inmunidad a los actos de guerra de los soldados en las confrontaciones interestatales, a nivel interno los hechos punibles cometidos en combate por los rebeldes no eran sancionados como tales, sino que se subsumían en el delito de rebelión. La sentencia C-456 de 1997, al suprimir la subsunción de los delitos comunes que obviamente se cometen en una confrontación armada, como el homicidio o las lesiones personales en contra de los miembros de la fuerza pública que participan en la confrontación, desestructuró la noción de delito político tal y como había sido entendida en la tradición jurídica colombiana.

El cambio introducido por esta decisión de la Corte no solo estaba llamado a producir efectos en la estimación de las penas, sino en la concesión a los delincuentes políticos combatientes de beneficios constitucionales concebidos exclusivamente para los procesados o condenados por delitos políticos, a saber, la posibilidad de ser amnistiado o indultado, la de ejercer funciones públicas y participar en cargos de elección popular, y la prohibición de la extradición.

Según la sentencia, la exclusión de pena por los delitos cometidos en combate por parte de quienes se alzan en armas contra el Estado es contraria a fines esenciales propios del modelo de Estado Democrático como lo son el aseguramiento de la “convivencia pacífica y la vigencia del orden justo”. Por otro lado, se advierte que un Estado Democrático no puede favorecer a quienes se valen del delito como arma política en un contexto en el que los canales institucionales para el ejercicio de la oposición no se encuentran cerrados. Se pregunta la Corte: “¿Podrá, acaso, ser civilizada y progresista una norma que autoriza la comisión de toda clase de delitos, como arma política? ¿Existe en la Constitución una sola norma que permita recurrir a la violencia en contra

del orden jurídico y de la paz?”²². Y acto seguido responde en forma categórica que “[l]os mecanismos de participación ciudadana hacen posible intentar el cambio del sistema por las vías pacíficas, y nada legitima el empleo de la fuerza o del delito contra el derecho”²³ y que “[e]n el contexto de una sociedad de las características referidas, la pretensión de imponer a otros las ideas por la fuerza, destruye el presupuesto en el que se funda el ejercicio del pluralismo”. Esta posición de la Corte expresa una tendencia contemporánea que aboga por la desaparición del delito político como conducta merecedora de un trato privilegiado y que tiende a arrinconar cada vez más la tesis liberal según la cual el derecho no puede convertirse en un instrumento de lucha contra el discrepante.

Es claro que este fallo constituye un hito en la historia de la judicialización del conflicto armado en Colombia. Sin embargo, su alcance y proyecciones concretas solo pueden ser determinados evaluando de qué modo alteró la jurisprudencia penal sobre la materia. Por eso a continuación nos ocuparemos de describir las tendencias del más alto tribunal penal en lo que respecta al delito político.

1.2.2. La jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia

Antes de la sentencia de la Corte Constitucional, el alcance de la cláusula de exclusión de la pena para los delitos cometidos por los guerrilleros fue definido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia a partir de dos nociones: la de combate y la de actos de ferocidad, barbarie y terrorismo. En ambos casos el Derecho Internacional Humanitario (DIH) resultó ser una fuente de primer orden, dándole de este modo continuidad a la tradición de tramitar las cuestiones del conflicto armado a la luz del derecho de gentes (derecho de guerra).

El combate fue definido como “un enfrentamiento armado de carácter militar, regular o irregular, colectivo, determinado en tiempo y espacio, con el propósito de someter al contrario y con el fin último de imponer un nuevo régimen constitucional o derrocar al Gobierno Nacional por parte de los rebeldes”²⁴. En esta definición el combate es caracterizado como un acto militar que, como tal, está sometido al derecho de guerra, pero que además está subordinado al elemento subjetivo del delito político que consiste en esa finalidad última de imponer un nuevo régimen constitucional o derrocar el Gobierno. En este sentido, el combate no es más que una expresión del delito político en el ámbito militar.

Por su parte, los actos de ferocidad, barbarie y terrorismo habían sido entendidos como “los que reprueba el derecho internacional humanitario o derecho de gentes,

22 Corte Constitucional, sentencia C-456 de 1997, M.P: Jorge Arango Mejía y Eduardo Cifuentes Muñoz.

23 *Ibíd.*

24 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, casación 12661 del 27 de mayo de 1999, M.P: Nilson E. Pinilla Pinilla. Aunque se trata de una decisión adoptada con posterioridad a la sentencia C-456 de 1997, su fundamento recoge la jurisprudencia de la Sala anterior al fallo de la Corte Constitucional porque los hechos juzgados ocurrieron antes de este, por lo cual la declaratoria de inexequibilidad no tenía efectos en el caso concreto.

precisamente por evidenciar crueldad innecesaria en los procedimientos, y en los medios utilizados, o por comportar hostilidad, padecimientos, atemorización y exposición a daños también innecesarios a los niños, mujeres, personas débiles o impotentes, y en general a la población civil...”²⁵. La Corte Suprema fue además clara al señalar que no todo delito cometido en combate, v.gr. las lesiones personales y homicidios cometidos en contra de los soldados o el daño de bienes que constituyeran blanco militar de conformidad con las reglas del DIH, podía ser considerado per se como un acto “ineludiblemente bárbaro, feroz o terrorista”²⁶.

En relación a lo anterior, la exclusión de pena no operaba para los actos cometidos en contra de la población civil o para los que, aún afectando únicamente a los soldados partícipes de la confrontación armada, “evidenciaran crueldad innecesaria en los procedimientos o medios”. Un caso arquetípico de improcedencia de la exclusión de pena fue el ataque por parte del ELN a una patrulla del ejército con una bomba que tenía tornillos y otros elementos de hierro que aumentaban su poder destructivo. Esta bomba fue instalada cerca de la central de abastos de la población de San Vicente de Chucurí (Norte de Santander), ocasionando la muerte de un soldado y de dos estudiantes que transitaban por el sector. La Corte señaló que este ataque no podía calificarse como combate por cuanto este implica “una lucha de contrarios” y en este caso solo se dio una acción de la insurgencia contra un escuadrón del Ejército Nacional y personas civiles, que no tuvo ni siquiera la posibilidad de ser repelida²⁷. Esto pone en evidencia el carácter restrictivo que la Corte Suprema le ha dado al concepto de combate. Indicó además que la acción constituía un acto de barbarie y terrorismo por cuanto se lanzó un artefacto explosivo cuyo poder destructivo había sido aumentado con la incorporación de elementos de hierro, en un lugar transitado por población civil, causando la muerte de dos estudiantes y generando un estado de zozobra entre los habitantes del municipio.

Ahora bien, después de la sentencia C-456 de 1997 todos los delitos cometidos en combate deben ser objeto de punición autónoma, y de hecho así ha sido, con excepción de las conductas cometidas antes de la declaratoria de inexecutable, a partir de esta ninguna conducta punible cometida por los guerrilleros en el marco de una confrontación armada con la fuerza pública es excluida de sanción penal. Así por ejemplo, los homicidios cometidos en combate en contra de miembros de la Fuerza

25 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto 12051 del 25 de septiembre de 1996, M.P: Dr. Jorge Anibal Gómez Gallego.

26 Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, radicado 98910 de febrero de 1983, M.P. Manuel Gaona Cruz, cit. en: Sánchez, María Martina (2009). *El delito político en la jurisprudencia de la sala de casación de penal de la Corte Suprema de Justicia a partir de 1997: La incidencia de los hechos cometido en combate en su configuración*, tesis presentada para optar al título de magister en derecho en la Universidad Nacional de Colombia, p. 74.

27 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, casación 12661 del 27 de mayo de 1999, M.P: Nilson E. Pinilla Pinilla. Otro acto que la Corte estimó que no podía calificarse como combate fue el ataque a un CAI por parte de las FARC durante un apagón en 1992 en el que primero asesinaron al único policía que ahí se encontraba y luego detonaron un artefacto explosivo que destruyó completamente el lugar. La Corte señaló que “no se trabó ni podía trabarse ningún combate entre la agrupación insurreccional y el solitario agente de policía, pues aquel exige un enfrentamiento de carácter colectivo” y por tal razón estimó que el homicidio de este no podía ser eximido de pena. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 13433 del 27 de agosto de 1999, M.P: Jorge E. Córdoba Poveda).

Pública que no constituyeran actos de ferocidad o barbarie, pasaron de ser conductas sin sanción penal a ser sancionados como homicidios agravados por la calidad de servidores públicos de los militares²⁸, con una pena que en la actualidad va de 33 a 50 años de prisión²⁹. Cabe entonces preguntarse ¿Qué queda del delito político en Colombia después de la decisión de la Corte Constitucional? ¿Qué variaciones se dieron en la jurisprudencia penal sobre este punto y qué repercusiones tienen sobre un eventual proceso de negociación con las guerrillas?

Sin embargo, antes de ofrecer respuestas a estas preguntas es preciso completar el marco jurídico referente al conflicto para comprender en su justa dimensión los efectos del fallo de la Corte Constitucional. En el mismo año de este fallo se promulgó la Ley 418 de 1997³⁰ que en su artículo 50 consagró la posibilidad de conceder absolución por delitos políticos y los conexos con estos, exceptuando los delitos atroces, los actos de ferocidad o barbarie, el terrorismo, el secuestro, el genocidio y los homicidios cometidos fuera de combate o colocando a la víctima en estado de indefensión³¹. Tal como estaba redactado originalmente, este artículo mantenía abierta la posibilidad de conceder el indulto por aquellos delitos que antes se subsumían en el delito de rebelión. Por tal razón, aunque en términos de la aplicación de la sanción penal las distinciones entre actos cometidos dentro y fuera de combate, o entre los que constituyen actos de ferocidad, barbarie o terrorismo y los que comportan acciones militares válidas a la luz del DIH no tienen relevancia, las mismas sí tenían sentido en vista de la eventual aplicación del beneficio del indulto con ocasión de una desmovilización individual o colectiva. Sin embargo, esta disposición ha sido objeto de varias modificaciones. La primera fue introducida por la Ley 782 de 2002 la cual eliminó la referencia a los delitos conexos. Según esta modificación, el indulto solo procedía “por hechos constitutivos de delito político”. De este modo, la concesión de indultos por delitos cometidos en combate que no implicaran actos de ferocidad, barbarie o terrorismo, quedó sujeta a una incertidumbre. Por su parte, la Ley 1421 de 2010 que prorrogó la Ley 418 de 1997, tampoco hace referencia a los delitos conexos y modifica además la lista de conductas frente a las cuales no procede el indulto. Así, el artículo 50 de la Ley 418, tal como fue modificado por la Ley 1421 de 2010, dispone que no se aplicará el beneficio de indulto “a quienes hayan incurrido en delitos de genocidio, secuestro, lesa humanidad, crímenes de

28 Al respecto ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 23893 del 26 de enero de 2006, MP. Mauro Solarte Portilla.

29 Esta es la pena para conductas cometidas con posterioridad al 1 de enero de 2005. Para hechos anteriores, la pena es de 25 a 40 años de prisión.

30 “Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”.

31 Ley 418 de 1997, artículo 50: “El Gobierno Nacional podrá conceder, en cada caso particular, el beneficio de indulto a los nacionales que hubieren sido condenados mediante sentencia ejecutoriada, por hechos constitutivos de los delitos políticos de rebelión, sedición, asonada, conspiración y los conexos con éstos, cuando a su criterio, la organización armada al margen de la ley a la que se le reconozca el carácter político, del cual forme parte el solicitante, haya demostrado su voluntad de reincorporarse a la vida civil. También se podrá conceder dicho beneficio a los nacionales que, individualmente y por decisión voluntaria abandonen sus actividades como miembros de las organizaciones armadas al margen de la ley a las cuales se les haya reconocido el carácter político y así lo soliciten, y hayan demostrado a criterio del Gobierno Nacional, su voluntad de reincorporarse a la vida civil. No se aplicará lo dispuesto en este título, a quienes realicen conductas que configuren delitos atroces, de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio, homicidios cometidos fuera de combate, o colocando a la víctima en estado de indefensión...”

guerra o en los tipificados en el Título II del Libro II, Capítulo Único del Código Penal, conforme a los tratados y convenios internacionales ratificados, por el Estado colombiano”.

En vista de estos cambios normativos, no resulta totalmente claro cuál sería el destino de los investigados o condenados por delitos conexos al delito político que no estén expresamente excluidos de los beneficios jurídicos. Aunque ni la Constitución ni el Código Penal tienen una definición de delito político, tanto la doctrina y la jurisprudencia han caracterizado como tales a los delitos de rebelión, asonada y sedición. Por esta razón, la ausencia de una mención expresa a los delitos conexos los deja en una suerte de incertidumbre frente a un eventual proceso de desmovilización³².

Pese a esto, las distinciones que realice la Corte Suprema entre conductas legítimas cometidas en combate e infracciones al DIH, están lejos de ser investigaciones inofensivas, pues aunque las mismas carecen de relevancia para determinar la procedencia de la sanción penal, sí pueden tener efecto para clarificar la cuestión de los delitos conexos en un eventual proceso de negociación con los grupos insurgentes. Por tal razón, en lo que sigue trataremos de identificar, a la luz de tales distinciones, cuál es la jurisprudencia vigente de la Corte Suprema sobre el delito político.

a. Delito político y terrorismo

Existe una tendencia por parte de algunos fiscales y jueces de instancia a encuadrar toda conducta cometida por guerrilleros en el marco del conflicto armado en alguno de los delitos asociados al terrorismo, así por ejemplo, en algunos casos el secuestro cometido por guerrilleros es agravado conforme a lo establecido en los artículos 22 y 23 del Decreto 180 de 1988, y 8º del Decreto 1856 de 1989 (secuestro con fines terroristas)³³. Tal tendencia desconoce que si bien el delito político implica el uso de la violencia, no todo acto de violencia es un acto de terror.

La Corte Suprema de Justicia, por su parte, suele ser más cuidadosa en el manejo de las categorías. En un proceso de colisión de competencia generado frente a la calificación como rebelión o terrorismo de la pertenencia de la procesada a un frente de las FARC y su participación en un combate contra el ejército, la Corte tuvo la ocasión de referirse a la distinción entre los delitos de terrorismo y rebelión. Pero como lo que estaba en juego no era la calificación de un acto cometido por un guerrillero, sino el hecho mismo de su pertenencia a una organización subversiva, la Corte no efectuó su análisis a partir de la distinción de las conductas, sino de los sujetos. No se refirió entonces a actos constitutivos

32 Aunque lo más recomendable sería la alusión expresa a los delitos conexos en la ley que consagra los beneficios de amnistía e indulto, no es claro que la ausencia de mención sea indicativa de la voluntad de excluir estos delitos de tales beneficios. Prueba de esto es que en el Decreto 4619 de 2010 que reglamenta el artículo 50 de la Ley 418 de 1997 se utiliza en varias ocasiones la expresión “indulto por delitos políticos y conexos” para denominar genéricamente los beneficios previstos en la Ley 418.

33 Ver por ejemplo Rad No. 11346 del 2 de diciembre de 1998, M.P: Fernando E. Arboleda Ripoll. En la descripción de la actuación procesal que realiza la Corte en este fallo, se pone en evidencia la calificación que hizo un Fiscal Regional de un secuestro extorsivo realizado por un Frente de las FARC como un secuestro agravado por ser cometido con fines terroristas. Aunque dicha calificación fue negada por el Fiscal de segunda instancia quien indicó que en este caso no se evidenciaba la existencia de un propósito terrorista, la misma es indicativa de una tendencia acrítica por parte de algunos fiscales de instancia de encuadrar todo acto subversivo en la categoría del terrorismo.

de rebelión o a actos terroristas, sino al sujeto rebelde y al sujeto terrorista. Al rebelde, lo definió como aquel que “siendo integrante de un grupo al margen de la ley y en su condición de combatiente pretende mediante el empleo de las armas el derrocamiento del gobierno de turno y la supresión del régimen constitucional vigente con la toma violenta del poder, para imponer sus ideas y establecer un nuevo orden”³⁴, o como “aquel que, sin dejar de lado las armas, realiza actividades de instrucción, adoctrinamiento ideológico, financiamiento, inteligencia, relaciones internacionales, reclutamiento, publicidad, planeación, infiltración, y en fin, de cualquier otra índole que tenga aquella misma finalidad”³⁵. El terrorista por su parte fue definido como el “individuo que mediante la ejecución de actos de barbarie con capacidad suficiente para infundir en la población o en un sector de ella, estado de zozobra, terror, pavor o pánico, inseguridad, intranquilidad e inestabilidad sociales, pone en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas, o sus bienes, o los de la comunidad, sometiendo la voluntad no solo de quienes directamente padecen sus consecuencias, sino también la de toda la población a la cual van dirigidos sus efectos”³⁶.

Si se detallan las dos caracterizaciones, se advertirá que en ellas el elemento subjetivo juega un papel central. La distinción fundamental radica en la motivación del sujeto: al rebelde lo mueve un propósito político –la toma violenta del poder y la imposición de un nuevo orden-, en tanto que el móvil del terrorista es generar terror. A partir de esta distinción, la Corte concluye que la pertenencia a un grupo subversivo hace del sujeto un rebelde, no un terrorista. Esta decisión es relevante porque evidencia la vigencia que en la jurisprudencia de la Corte Suprema tiene la figura del delito político, lo cual se opone a la tendencia no solo política y mediática sino también jurídica –tal como queda en evidencia con la posición de uno de los jueces de instancia que desató el conflicto de competencia en este caso- de alegar la incoherencia del delito político y extender la denominación de terrorista a los subversivos.

Sin embargo, si bien la motivación política es un elemento definitorio en la distinción entre sujeto rebelde y terrorista, que resulta central cuando se trata de juzgar la simple pertenencia a la guerrilla, en el caso de la distinción entre conductas terroristas y conductas conexas con la rebelión, la centralidad del móvil político se diluye. Según la jurisprudencia de la Corte es claro que un acto de terrorismo puede tener un móvil político, pero no por esto deja de ser un acto de terror. En este sentido, si la existencia de un móvil político no es un elemento relevante para distinguir una conducta terrorista de una conexas con la rebelión, ¿cuáles son los elementos en virtud de los cuales opera tal distinción? La referencia a casos concretos resulta ilustrativa. Por ejemplo, en relación con el enfrentamiento entre guerrilleros y Ejército que se dio luego de un encuentro fortuito en una vía pública y en el que se dio muerte a un soldado, el Tribunal Superior de Bogotá condenó a una guerrillera capturada luego del enfrentamiento, calificando el homicidio del soldado como un homicidio agravado por haber sido cometido con fines terroristas. En sustento de esta decisión indicó: “[...] como en el presente caso los miembros del frente 22 de las

34 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 19434 del 21 de mayo de 2002, M.P: Jorge Aníbal Gómez Gallego

35 *Ibid.*

36 *Ibid.*

FARC emplearon, en una vía pública [...] artefactos explosivos, concretamente granadas, en contra de los miembros del Ejército Nacional, obteniendo como resultado la lesión de varios militares por causa de las esquirlas y la muerte de un soldado mediante proyectil de arma de fuego, es indudable la finalidad terrorista que los animaba. Adicionalmente en el campamento guerrillero fueron incautadas más granadas y un rocket³⁷. Contrario a lo sostenido por el Tribunal, la Corte consideró que en el caso concreto no se estaba ante un acto de terrorismo por cuanto no se avizoraba la finalidad de causar terror en la población en la medida en que el enfrentamiento se había dado con ocasión de un encuentro fortuito entre el Ejército y la guerrilla –siendo irrelevante para tal efecto que este se hubiera dado en una vía pública–.

Pero lo interesante de este fallo es que la Corte utiliza como marco de referencia de su análisis el DIH. Así, al enfocar el problema jurídico, la Corte comienza por preguntarse si “resulta jurídicamente compatible sostener que un homicidio cometido en combate puede ejecutarse con finalidad terrorista”³⁸. Para abordar esta cuestión, retoma la noción de combate a la que se ha hecho alusión con anterioridad, para concluir que “en estricto sentido los conceptos de combate y terrorismo necesariamente se excluyen”³⁹. Indica la Corte que la incompatibilidad entre estos conceptos se deriva del carácter del combate como un enfrentamiento militar entre personas que participan directamente en las hostilidades, a saber, los miembros de grupos armados al margen de la ley y los de la Fuerza Pública, al paso que los actos terroristas son actos que por definición se cometen en contra de la población civil. Destaca al respecto que de las prohibiciones del artículo 3º común a los Convenios de Ginebra, y el protocolo II, se encuentra, entre otras, la de “realizar actos de terrorismo”. Con la alusión al DIH la Corte no solo destaca la vigencia de este en el tratamiento judicial del conflicto armado en Colombia, sino que ahonda en el sentido que tiene en este contexto: “el Estado Colombiano se ha dado a la tarea de actualizarse en el tema del derecho internacional humanitario, no solo para procurar una mayor protección de la población civil, sino para propiciar condiciones que permitan diseñar caminos de reconciliación nacional con miras a alcanzar uno de los objetivos propuestos por la constitución para el logro de la paz”⁴⁰. Sin embargo, resalta que reconocer la aplicación del DIH en el conflicto colombiano no implica el reconocimiento de beligerancia de las

37 Cit. en: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 21330 del 15 de febrero de 2006, M.P: Edgar Lombana Trujillo. El Ministerio Público criticó la decisión del Tribunal e hizo un llamado contundente al mantenimiento de la distinción entre homicidio cometido en combate y homicidio con fines terroristas: “los hechos que en esta oportunidad motivan este concepto, obligan a considerar la permanencia jurídica del ‘homicidio en combate’, no para revivir la norma con la modalidad de delito complejo, sino para diferenciar los delitos contra la vida y la integridad personal cometidos en combate, o en desarrollo de un enfrentamiento armado entre la Fuerza Pública y los grupos subversivos al margen de la ley, del homicidio con fines terroristas o con ocasión de actividades terroristas (art. 104 numeral 8º del C.P.), e incluso del homicidio en ‘persona protegida’ (art. 135 del C.P.), todos ellos con elementos propios, que de acuerdo con las circunstancias fácticas, permitirían el concurso”.

38 Ibid.

39 Ibid.

40 Ibid. La relevancia de la aplicación del DIH con miras a una salida negociada al conflicto también ha sido puesta de presente por la Corte Suprema en otros pronunciamientos. Así, en un fallo del 25 de septiembre de 1996 indicó: “Sólo con el compromiso de los enfrentados en el conflicto, tanto los irregulares como la fuerza pública, de humanizar la terrible confrontación bélica, de evitar las crueldades innecesarias en las operaciones militares de uno u otro bando, para que no siga acreciendo el rencor y el deseo de venganza, se conserva la esperanza de la paz en la república y de la reconciliación entre los opositores armados”.

guerrillas, para lo cual cita in extenso algunas de las consideraciones de la sentencia C-225 de 1995 que analizó la exequibilidad de la Ley 171 de 1994, mediante la cual se adoptó como legislación interna el protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949⁴¹.

Ahora, si bien la distinción entre combatientes y población civil es un primer elemento para diferenciar los actos conexos con la rebelión y los actos terroristas, la Corte aclara que no “cualquier enfrentamiento de los grupos rebeldes con las fuerzas armadas se deb[e] entender a priori como combate” y, en tal sentido, en caso de que el enfrentamiento no constituya un combate, puede ser posible hablar de terrorismo si confluyen los otros elementos característicos de este⁴². Tales elementos son la finalidad de provocar o mantener “en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella”, y que los actos ejecutados para tal fin “sean materialmente capaces de poner en peligro la vida, la integridad física de las personas o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices...”⁴³. Cabe aclarar que la finalidad de causar un estado de zozobra o terror puede estar sujeta a una finalidad última de tipo político que puede coincidir con el móvil del delito político, sin que esto comporte un desdibujamiento del delito de terrorismo o permita su catalogación como delito político.

En síntesis, a diferencia de lo que sucede con algunos jueces penales de primera y segunda instancia, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia mantiene la distinción entre delito político y terrorismo. La calificación de los actos de violencia cometidos por los subversivos como actos terroristas depende en gran medida de la aplicación de criterios del DIH, fundamentalmente del criterio de distinción entre población civil y combatientes. Sin embargo, la Corte ha insistido en que la utilización de tales criterios no tiene ningún efecto en lo que respecta al reconocimiento de estatus de beligerancia de las organizaciones guerrilleras.

b. Concierto para delinquir y delito político: marco de referencia para la distinción entre guerrilleros y paramilitares

Con ocasión de la ley 975 de 1995, la Corte Suprema de Justicia se vio avocada a resolver una serie de conflictos de competencia que se presentaron en relación con el juzgamiento de los miembros de los grupos de autodefensa. Tal conflicto se suscitó por el artículo 71 de la referida ley que adicionó al artículo 468 del Código Penal el siguiente inciso:

41 Al respecto dijo la Corte Constitucional: “[...] los Convenios de 1949 distinguieron rigurosamente entre la declaratoria de beligerancia y la aplicación del derecho humanitario, al señalar que sus disposiciones no podían ser invocadas para modificar el estatuto jurídico de las partes. Esta frase corta entonces de raíz cualquier equívoco sobre la posibilidad de que el derecho humanitario pueda erosionar la soberanía de un Estado. En efecto, ella significa que la aplicación, por parte de un Estado, de las normas humanitarias en un conflicto interno no implica el reconocimiento de beligerancia de los alzados en armas [...]. El Estado sigue entonces detentando el monopolio jurídico legítimo de la coacción, mientras que los alzados en armas quedan sometidos a las penas previstas para delitos como la rebelión o la sedición”. (Sentencia C-225 de 1995, MP. Alejandro Martínez Caballero).

42 Un caso arquetípico, que es mencionado como ejemplo por la Corte Suprema, sería el enfrentamiento que se dé a raíz de una intervención de las Fuerzas Armadas “para proteger a la población civil de los hostigamientos o abusos que suelen cometer esta clase de grupos irregulares”. A juicio de la Corte en este evento tal enfrentamiento no podría calificarse como combate pues el mismo se daría como resultado de un acto dirigido contra la población civil.

43 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 21330 del 15 de febrero de 2006, M.P. Edgar Lombana Trujillo.

“También incurrirá en el delito de sedición quienes conformen o hagan parte de grupos guerrilleros o de autodefensa cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal”. Con anterioridad a esta modificación del Código Penal la pertenencia a los grupos de autodefensa era calificada como concierto para delinquir agravado de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 340 del Código Penal⁴⁴. En este contexto, mientras algunos jueces sostenían que la ley 975 había modificado la calificación de la conducta de pertenecer a los grupos paramilitares, otros consideraban que el concierto para delinquir agravado y la sedición eran conductas autónomas y que la ley 975 no había subsumido la primera en la segunda.

La Sala Penal de la Corte Suprema resolvió los primeros conflictos de competencia en varios autos proferidos el 18 de octubre de 2005⁴⁵ en los que sentó el criterio para adoptar las decisiones en tales casos, el cual fue aplicado reiterativamente hasta la declaratoria de inexecutable por vicios de forma del artículo 71 de la ley 975 de 2005. En dichos autos la Corte señaló que en virtud de este artículo, que reemplazó parcialmente el artículo 340 del Código Penal, la pertenencia a los grupos de autodefensa sería calificada como sedición, excepto cuando el accionar del grupo se orientara a finalidades distintas a interferir con el orden constitucional y legal vigente, caso en el cual la conducta se mantendría en el ámbito del concierto para delinquir⁴⁶. Cabe anotar que, con base en este criterio, la mayoría de los conflictos fueron resueltos

44 Art. 340, inciso 2: “Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2000) hasta veinte mil (20.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

45 Entre otros pueden consultarse los autos correspondientes a los procesos 24219, MP. Javier Zapata Ortiz y 24222 M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

46 En un pronunciamiento posterior en el que se juzga a un presunto directivo de las Autodefensas Campesinas del Casanare, la Corte explica en detalle esta postura: “(a) Se trataba de un delito de sedición, cuando la conducta imputable al procesado consistía en militar o pertenecer a un grupo armado al margen de la ley, bajo órdenes de un mando responsable, grupo del cual se pudiera predicar que ejercía sobre una parte del territorio operaciones militares sostenidas y concertadas, dirigidas bien contra las fuerzas regulares, ora entre los grupos armados irregulares entre sí, con la consecuencia inmediata de impedir el normal funcionamiento del régimen constitucional y legal. // (b) También se tipificaba el delito de sedición cuando las conductas específicas ejecutadas por miembros de esos grupos armados irregulares, estaban razonablemente vinculadas a la realización de los objetivos perseguidos por dicha agrupación y, en tal contexto, resultaba predicable su relación de medio a fin en el marco de la confrontación armada con las autoridades legítimamente constituidas o con los grupos guerrilleros. // (c) En cambio, se tipificaba el delito de concierto para delinquir cuando el acuerdo para la comisión de delitos indeterminados tenía un fin puramente individual, desligado de las directrices genéricas o específicas impartidas por el mando responsable en el escenario del conflicto armado, esto es, de las finalidades perseguidas por la organización armada ilegal. // Por ello se dijo que estaban incluidos en esta categoría, no en la sediciosa, quienes hacían parte de bandas o pandillas, o conformaban grupos de justicia privada o de sicarios, pues no obstante que ellos acudían a la utilización de las armas, podían llegar a ejercer cierto control territorial y asumir la forma de una organización con mandos definidos, sus acciones no se enmarcaban en la lucha que pretende el derrocamiento del régimen (guerrilla), ni tampoco se encaminaba a la eliminación de dicha disidencia por vía de las armas (autodefensas), de suerte que la sola pertenencia a ellos seguía siendo típica del delito de concierto para delinquir agravado. // (d) Igualmente, se señaló que la nueva modalidad de sedición podía concursar con el delito de concierto para delinquir, cuando no solo se hacía parte de un grupo de “autodefensa” con el compromiso previo expreso o tácito de realizar conductas al margen de la ley en el marco de la confrontación armada, sino que se desarrollaban acuerdos privados para la realización de delitos indeterminados desligados del grupo armado ilegal al que se pertenecía. En un pronunciamiento posterior la Corte explica en detalle el contenido”. Proceso No 25931 del 5 de diciembre de 2007, M.P. María Del Rosario González De Lemos.

por la Corte otorgando la competencia a los jueces penales ordinarios, pues estimó que en tales casos la conducta de los paramilitares juzgados se adecuaba al tipo de sedición. Por otro lado, con posterioridad a la sentencia C – 370 del 18 de marzo de 2006, en la cual se declaró la inexecutable del artículo +71, la Corte Suprema dejó de aplicar este criterio, pero advirtiendo que los jueces debían analizar la procedencia de continuar haciéndolo de conformidad con el principio de favorabilidad⁴⁷.

Sin embargo, posteriormente, al resolver un recurso de apelación contra una providencia en la cual se negó una solicitud de cesación de procedimiento presentada a favor de un miembro desmovilizado de los grupos de autodefensa, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia cambió su jurisprudencia acerca del encuadramiento de la pertenencia a los grupos paramilitares en el delito de sedición. Señaló la Corte que en este caso el procesado no podía ser beneficiario de la cesación de procedimiento por cuanto este mecanismo solo estaba previsto para los delitos políticos y los delitos cometidos por personas vinculadas a grupos paramilitares no podían ser asimilables a estos. En otras palabras, la Corte concluyó que, ni siquiera invocando el principio de favorabilidad, la pertenencia a grupos de autodefensa podría calificarse con el delito político de sedición⁴⁸. Como sustentos de este cambio jurisprudencial indicó, por una parte, que de aplicarse el artículo 71 de la Ley 975 a los paramilitares, los derechos de las víctimas podían quedar en la impunidad absoluta, lo cual reportaba aún más gravedad considerando que muchos de los crímenes atribuidos a aquellos constituyen graves atentados contra la humanidad. De otra parte, señaló que los hechos delictivos cometidos por los paramilitares no satisfacen los requisitos que desde la teoría del delito configuran el delito político y en virtud de los cuales se justifica conceder un tratamiento más benévolo.

Este pronunciamiento de la Corte reviste una importancia singular en el presente tema. En primer lugar, porque contiene una extensa alusión a la dogmática del delito político, resaltando de este modo su vigencia en el contexto actual. Y en segundo lugar, porque se destacan las diferencias relevantes en el ámbito jurídico-penal entre los guerrilleros y los paramilitares, remarcando que solo los primeros pueden ser catalogados como delincuentes políticos. Esta distinción resulta más clara al relacionar este fallo con la jurisprudencia anterior en la que había abordado la cuestión del encuadramiento de la conducta de los guerrilleros en el concierto para delinquir o en la rebelión. Al respecto había indicado:

La rebelión y el concierto para delinquir se repelen entre sí, son excluyentes: El concierto es precisamente todo lo contrario de la rebelión, ya que en ésta los autores persiguen fines ‘sociales’ y el bien común, al paso que en aquél los propósitos de la delincuencia se tornan meramente individuales, egoístas, y en estas condiciones un grupo así concertado constituye un franco y permanente peligro

47 Al respecto puede consultarse el auto del 11 de julio de 2006 proferido en el proceso 25190 en el cual se señaló que “[d]esde el momento en el que la Corte Constitucional decretó la inexecutable del artículo 71 de la ley 975 de 2005 por vicios de trámite, el asunto no puede definirse en los términos que por mayoría la Sala había estimado que eran los correctos. Claro, porque los efectos de la aplicación del artículo 71 citado, con ocasión de su inconstitucionalidad, no son ya un problema de mera competencia, sino una temática vinculada con la aplicación del principio de favorabilidad, cuyos beneficios le corresponde resolver al juez penal del circuito especializado”.

48 *Ibíd.*

para los coasociados en general y sin distinción, mientras que, en principio, la delincuencia política (rebelión, etc.) tiene como objetivo un ataque al aparato estatal⁴⁹.

La Corte retoma y precisa posteriormente este criterio:

El concierto es un delito que afecta el bien jurídico seguridad pública; sus móviles son egoístas, individuales; la finalidad de los integrantes –cometer delitos- se colma en concreto cada vez que perpetran un delito; los asociados no tiene (sic) como objetivo el establecimiento jurídicamente reconocido, sino a la sociedad. // La rebelión, al contrario, vulnera el bien jurídico régimen constitucional y legal; el rebelde es altruista, generoso, piensa en el bien común; su finalidad solamente se cumple cuando cambia el sistema que ataca e impone el que cree justo, razón por la cual su objetivo es el Estado⁵⁰.

Este criterio que en el caso de los paramilitares fue el sustento para negar el encuadramiento de su conducta en el delito político, es el que ha servido de base para adoptar la posición contraria en relación con los guerrilleros, es decir, para negar la calificación de la simple pertenencia a la subversión como concierto para delinquir. Así, en un conflicto de competencias en el que la Corte tuvo que pronunciarse sobre el encuadramiento como concierto para delinquir o rebelión de la pertenencia a los comandos armados del pueblo -CAP- en Medellín (milicias urbanas del ELN), la Corte se amparó en dicho criterio para sustentar que en este caso el delito que se ajustaba a la conducta era el de rebelión:

siempre que la agrupación alzada en armas contra el régimen constitucional tenga como objetivo instaurar un nuevo orden, sus integrantes serán delinquentes políticos en la medida en que las conductas que realicen tengan relación con su pertenencia al grupo, sin que sea admisible que respecto de una especie de ellas, por estar aparentemente distantes de los fines altruistas que se persiguen, se predique el concierto para delinquir, y con relación a las otras, que se cumplen dentro del cometido propuesto, se afirme la existencia del delito político. // [...] si la prueba en que se apoya la acusación es demostrativa de la vinculación de los procesados a las milicias urbanas del Ejército de Liberación Nacional o, por lo menos, a una organización que como los Comandos Armados del Pueblo aparece tan cercana a la agrupación guerrillera al punto de ser confundida con ésta, y las conductas genéricas a ellos atribuidas les son imputables en tanto miembros de tales comandos o milicias, debe concluirse que el delito por el que ha de continuarse el juzgamiento es el de rebelión por cuanto que –y es un hecho notorio que no requiere prueba- el Ejército de Liberación Na-

49 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 23 de octubre de 1990, M.P. Guillermo Duque Ruíz, cit. en: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 21343 del 10 de septiembre de 2003, MP: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

50 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 21343 del 10 de septiembre de 2003, MP: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

cional que los acoge, lidera, influencia o aglutina es una organización armada al margen de la ley, que pretende derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente”, como reza el artículo 467 del Código Penal.

A diferencia de la Corte, el Fiscal del caso había optado por encuadrar la conducta de los procesados en el delito de concierto para delinquir, discutiendo que “ni a los procesados ni al grupo al que supuestamente pertenecen, los Comandos Armados del Pueblo, CAP, les asiste ningún tipo de ideología ‘y el hecho de que algún cuadro político militar en alguna oportunidad se haya aprovechado de los jóvenes de las comunas para difundir la voz de que el actuar de estos correspondía a sus políticas ello no responde a ninguna formación política, que les permita conscientemente dirigir su acción al derrocamiento del Estado, ni dichas organizaciones incursionaron en el área con el trabajo de educación y adoctrinamiento, que permita ahora suponer que estos jóvenes y otro sinnúmero obraron movidos por el afán de derrocar el establecimiento”⁵¹.

El estudio del pronunciamiento de la Corte en este caso, así como en los relativos a la aplicación del delito de sedición a los paramilitares, no solo sirve de soporte para dar cuenta de que la jurisprudencia distingue entre estos y los guerrilleros, reservando solo para estos últimos la categoría de delincuentes políticos –aspecto este que tiene una clara incidencia en un eventual proceso de paz–, sino también para precisar algunos aspectos frente al tema del móvil como elemento definitorio del delito político y al de la relación de este delito con los delitos comunes.

En cuanto al tema del móvil, aunque al referirse en términos abstractos al delito político la Corte recurre con frecuencia a calificar tal móvil como altruista, tal calificación no resulta relevante en la jurisprudencia de esta Corporación para encuadrar una conducta en el delito político. En los casos concretos, la Corte no se detiene a examinar el carácter altruista del obrar de quien es sometido a la justicia, sino que el móvil político es algo que se da por sentado en virtud de la pertenencia a una organización guerrillera, pues se aprecia como un hecho notorio el que las organizaciones de este tipo tienen como propósito “derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente”. De otra parte, en lo que respecta a la relación entre delito político y delitos comunes, la Corte deja en claro que la comisión de actos atroces por parte de los grupos guerrilleros, aunque frágil, no comporta la negación del delito político:

si los miembros de un grupo subversivo realizan acciones contra algún sector de la población en desarrollo de directrices erróneas, censurables o distorsionadas, impartidas por sus líderes, los actos atroces que realicen no podrán desdibujar el delito de rebelión, sino que habrán de concurrir con éste en la medida en que tipifiquen ilícitos que, entonces, serán catalogados como delitos comunes. // Por el contrario, si los diversos comportamientos son escindibles, de manera que algunos de ellos son realizados por varias personas concertadas para cometer delitos en beneficio puramente individual, egoísta, sin

*ningún nexo con la militancia política, y otros, ejecutados por esas mismas personas, se materializan en tanto miembros de la organización subversiva, el concurso entre el concierto para delinquir y la rebelión surge con nitidez*⁵².

En todo caso, es preciso recordar que aunque la comisión de tales conductas por parte de los guerrilleros no comporte el desconocimiento de su carácter de delincuentes políticos, esto no significa que tales conductas se subsuman en el delito de rebelión o que puedan ser conductas conexas a las cuales pueden ser ampliados los beneficios previstos para los delitos políticos. Es menester resaltar además que si bien la Corte Suprema de Justicia ha reservado la calificación de delincuentes políticos para los guerrilleros y ha tratado a los paramilitares como delincuentes comunes, esto no significa que la Corte mantenga una distinción entre estos grupos a todos los niveles. Tratándose de la comisión de delitos atroces y de crímenes de lesa humanidad, la caracterización como delincuentes comunes o políticos resulta totalmente irrelevante. En tal sentido, los mismos criterios que ha tenido la Corte para juzgar a los paramilitares en el actual proceso transicional por este tipo de delitos, avizoran la tendencia que muy probablemente seguirá la Corte en el marco de un eventual proceso de este tipo con los guerrilleros.

c. La tesis de la conexidad y complejidad del delito político

En virtud de declaratoria de inexecutable de la exclusión de pena del art. 127 del Código Penal de 1980, la estrategia jurídica de defensa de los guerrilleros consistió en invocar el carácter complejo del delito de rebelión, argumentando que las conductas punibles cometidas con ocasión de la actividad subversiva debían considerarse incluidas dentro de dicho delito. Un ejemplo de esta estrategia se puede rastrear en procesos relativos al delito de secuestro cometido por guerrilleros. Así, en el proceso No. 11346 del 2 de diciembre de 1998 en el cual el casacionista solicitó que los procesados que habían sido condenados por los delitos de rebelión y secuestro extorsivo, únicamente fueran sancionados por el primer delito, alegando que históricamente -con la excepción de las leyes 40 y 104 de 1993- el secuestro había sido subsumido en el delito político y había sido objeto de indultos y amnistías. Ante tal estrategia de defensa la Corte enfatizó que “[e]l secuestro de personas civiles ajenas al conflicto armado interno, está proscrito por el derecho internacional humanitario como medio o método de guerra, razón por la cual su ejercicio deviene ilegítimo. De allí que no pueda ser catalogado como actividad propia de la empresa subversiva, ni como acto de combate”⁵³. En este sentido, ni siquiera en ausencia de la declaratoria de inexecutable podría considerarse como un delito conexo o subsumido en el delito de rebelión.

Apelando también a la tesis de la complejidad, la defensa de algunos guerrilleros procesados por el delito de secuestro intentó también justificar la subsunción de este último en el delito de rebelión discutiendo que los rebeldes se encuentran inmersos en un combate permanente y que por tanto todo acto cometido en el marco de la actividad

⁵² *Ibíd.*

⁵³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 11346 del 2 de diciembre de 1998, M.P. Fernando Arboleda Ripoll.

rebelde debe ser entendido como un acto de combate. De este modo se pretendió que el secuestro se reconociera como un medio de combate que, al estar inscrito en la lucha subversiva, no está determinado por móviles egoístas, sino por un móvil político y que, por tal razón, haría parte del delito de rebelión⁵⁴. Frente a esta tesis la Corte ha resaltado que el combate no puede ser entendido en el sentido amplio de confrontación política, ni como algo inherente a la actividad subversiva, sino como “una acción militar de carácter regular o irregular contra el legítimo contradictor, determinable en tiempo y espacio”⁵⁵. Ha precisado que si se aceptara esta interpretación, habría que concluir que todos los actos delictivos cometidos en desarrollo de la acción rebelde serían actos ejecutados en combate, lo cual no se compece con la legislación⁵⁶. La Corte ha negado incluso que la retención de miembros de la fuerza pública luego de su aprehensión en el marco de una confrontación militar pudiera ser objeto de exclusión de pena, mencionando que la prolongación de la retención proyecta el delito más allá de las acciones propias del combate y que por tal razón queda “por fuera de los presupuestos requeridos para el reconocimiento de la eximente”⁵⁷, si se toma en cuenta que el secuestro es delito de ejecución permanente.

En relación con el delito de secuestro, tanto la legislación como la jurisprudencia es clara: el mismo no puede ser objeto de los beneficios previstos para los delitos políticos, en la medida en que se trata de un delito atroz. La Corte Suprema de Justicia, en la decisión de una apelación en la que el impugnante pretendía que el beneficio de la cesación de procedimiento previsto en la Ley 418 de 1997 se aplicara no solo al delito de rebelión, sino al delito de secuestro extorsivo, señaló que: “[e]sa exclusión expresa el referente ético de una sociedad que aunque reconoce y aprueba la existencia del delito político no admite que sus fines puedan alcanzarse por cualquier medio y menos aún por aquellos que denotan ausencia de nobleza y honor en sus autores, como cuando, por ejemplo, sacan de sus hogares, bajan de sus vehículos o sorprenden a mansalva y sobreseguro a ciudadanos vulnerables para convertirlos en mercancías de cambio, en severísimo atentado contra el primer principio de cualquier sociedad, independientemente de cuál sea la ideología que la informe: la dignidad humana”⁵⁸.

Más allá de reafirmar que el secuestro no puede ser considerado como un delito conexo a la rebelión, estas decisiones resultan importantes por el tipo de justificación de la cual se vale la Corte Suprema para sustentar esta tesis. En la primera de las decisiones referidas, la Corte se refiere al secuestro como una conducta proscrita “por el derecho internacional humanitario como medio o método de guerra”, mientras que en la segunda, la Corte alude a la noción de combate como “una acción militar de carácter regular o irregular contra

54 Al respecto ver las demandas de casación en el proceso 11837 del 4 de febrero de 1999, M.P: Fernando Arboleda Ripoll y en el proceso 13952 del 12 de noviembre de 2003, M.P: Yesid Ramírez Bastidas.

55 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 11837 del 4 de febrero de 1999, M.P: Fernando Arboleda Ripoll.

56 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 13433 del 27 de agosto de 1999, M.P: Jorge E. Córdoba Poveda.

57 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 11837 del 4 de febrero de 1999, M.P: Fernando Arboleda Ripoll.

58 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. N° 21025 del 19 de agosto de 2004, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

el legítimo contradictor, determinable en tiempo y espacio”. En sentido, las categorías propias del DIH continúan teniendo relevancia jurisprudencial como criterio para definir qué conductas pueden ser consideradas como conexas al delito político. Y también resultarán relevantes a la hora de definir la procedencia de beneficios penales de amnistía e indulto que podrían ser concedidos en el marco de un eventual proceso de desmovilización de las guerrillas.

d. Balance general de la jurisprudencia sobre delito político

El DIH continúa teniendo un papel relevante en la jurisprudencia de la Corte Suprema para calificar las conductas cometidas por los guerrilleros en el marco del conflicto armado interno. Así, categorías como combate y población civil han sido claves tanto para definir qué conductas pueden considerarse como conexas a los delitos políticos –en los procesos en los cuales haya lugar a hacerlo–, como para deslindar el delito político del terrorismo.

Igualmente, pese a la decisión adoptada por la Corte Constitucional en relación con la penalización de los delitos cometidos en combate, y pese también a las diversas críticas planteadas en contra del mantenimiento de la figura del delito político, esta continúa vigente en la jurisprudencia penal. Esta vigencia se ha manifestado con particular fuerza en dos aspectos: el primero, la clara distinción que ha hecho la Corte Suprema entre las conductas de concierto para delinquir y rebelión; el segundo, ligado al anterior, es la determinación de que el delito político solo es predicable de quienes pertenecen a organizaciones guerrilleras, no a las paramilitares.

Pero paralela a esta demarcación, la Corte Suprema también ha resaltado que si bien la comisión de graves violaciones a los derechos humanos por parte de los grupos guerrilleros no implica la pérdida de vigencia de la categoría de delito político, dichas graves violaciones no pueden ser justificadas en virtud del móvil político y, por tanto, en relación con la responsabilidad que surge por estas conductas, no cabe ningún tipo de distinción entre guerrilleros y paramilitares.





2. AMNISTÍAS, INDULTOS Y RESPONSABILIDAD PENAL EN EL MARCO DE PROCESOS DE PAZ

La amnistía y el indulto para delitos políticos han sido en Colombia figuras jurídicas de uso recurrente desde los inicios de la República. Tal como lo muestra el historiador Mario Aguilera, entre 1820 y 1995 se expidieron 63 indultos y 25 amnistías, la mayoría de los cuales se inscribieron en procesos de negociación entre el Estado y grupos que pretendían tomarse el poder⁵⁹. A partir de la década de los ochentas el uso de tales medidas jugó un rol central como incentivo a la desmovilización de organizaciones insurgentes. Así, desde 1982 hasta hoy se han expedido siete cuerpos normativos de amnistía o indulto⁶⁰, al amparo de los cuales se produjeron las desmovilizaciones de varios miembros de grupos guerrilleros y de organizaciones enteras: el Movimiento 19 de Abril (M-19), el Partido Revolucionario de los Trabajadores (PRT), el Ejército Popular de Liberación (EPL), el Movimiento Armado Quintín Lame (MAQL), la Corriente de Renovación Socialista (CSR), las Milicias Urbanas de Medellín, el Frente Francisco Garnica de la Coordinadora Guerrillera, los Comandos Armados Ernesto Rojas (CER) y el Movimiento Independiente Revolucionario-Comando Armado. En el siguiente cuadro se relacionan los estatutos específicos al amparo de los cuales se concedieron la amnistía o el indulto a los guerrilleros que hacían parte de estas organizaciones⁶¹.

59 Aguilera, Mario. "Amnistías e indultos, siglos XIX y XX", en Revista Credencial Historia No. 137, Bogotá, mayo 2001.

60 Ley 37 de 1981, Ley 35 de 1982, Ley 77 de 1989, Decreto 213 de 1991, Decreto 1943 de 1991, Ley 104 de 1993, Ley 418 de 1997.

61 La información para la elaboración del cuadro fue tomada de la Fundación Ideas para la Paz disponible en: http://www.ideaspaz.org/secciones/publicaciones/download_boletines/boletindepaz05.htm

GRUPO DESMOVILIZADO	ACUERDO DE PAZ	ESTATUTO DE AMNISTÍA O INDULTO QUE LOS COBIJÓ	CONDUCTAS EXCLUIDAS DEL BENEFICIO
Movimiento 19 de Abril (M-19)	Celebrado con el gobierno de Virgilio Barco el 9 de marzo de 1990	Ley 77 de 1989. Y con anterioridad al acuerdo de paz, un número considerable de guerrilleros de distintos grupos, incluyendo el M-19, fueron beneficiados con la amnistía general de la Ley 35 de 1982.	Ley 77 de 1989: Homicidios cometidos fuera de combate, con sevicia, o colocando a la víctima en estado de indefensión; actos de ferocidad o barbarie. Se indicó además que no se aplicaría a quienes formaran parte de organizaciones terroristas. Ley 35 de 1982: homicidios fuera de combate si fueron cometidos con sevicia o colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad, o aprovechándose de esa situación.
Partido Revolucionario de los Trabajadores (PRT)	Celebrado con el gobierno de César Gaviria Trujillo el 25 de enero de 1991	Decreto 213 de 1991	Genocidios; homicidios cometidos fuera de combate, con sevicia o colocando a la víctima en estado de indefensión; actos de ferocidad o barbarie.
Ejército Popular de Liberación (EPL)	Celebrado con el gobierno de César Gaviria Trujillo el 15 de febrero de 1991	Decreto 213 de 1991	Genocidios; homicidios cometidos fuera de combate, con sevicia o colocando a la víctima en estado de indefensión; actos de ferocidad o barbarie.
Movimiento Armado Quintín Lame (MAQL)	Celebrado con el gobierno de César Gaviria Trujillo el 27 de mayo de 1991	Decreto 213 de 1991	Genocidios; homicidios cometidos fuera de combate, con sevicia o colocando a la víctima en estado de indefensión; actos de ferocidad o barbarie.

Comandos Armados Ernesto Rojas (CER)	Celebrado con el Gobierno de Cesar Gaviria Trujillo el 20 de marzo de 1992	Decreto 1943 de 1991	Delitos atroces, homicidios cometidos fuera de combate o aprovechándose del estado de indefensión de la víctima.
Corriente de Renovación Socialista (CSR)	Celebrado con el gobierno de César Gaviria Trujillo el 9 de abril de 1994	Ley 104 de 1993	Delitos atroces, genocidios, homicidios cometidos fuera de combate o con sevicia o colocando a la víctima en estado de indefensión, secuestro, actos de ferocidad o barbarie.
Milicias Urbanas de Medellín	Celebrado con el gobierno de César Gaviria Trujillo el 26 de mayo de 1994	Ley 104 de 1993	Delitos atroces, genocidios, homicidios cometidos fuera de combate o con sevicia o colocando a la víctima en estado de indefensión, secuestro, actos de ferocidad o barbarie.
Frente Francisco Garnica de la Coordinadora Guerrillera	Celebrado con el gobierno de César Gaviria Trujillo el 30 de junio de 1994	Ley 104 de 1993	Delitos atroces, genocidios, homicidios cometidos fuera de combate o con sevicia o colocando a la víctima en estado de indefensión, secuestro, actos de ferocidad o barbarie.
Movimiento Independiente Revolucionario-Comando Armado (MIR-COAR)	Celebrado con el gobierno de Ernesto Samper el 29 de julio de 1998	Ley 418 de 1997	Actos atroces, de ferocidad o barbarie; terrorismo; secuestro; genocidios; homicidios cometidos fuera de combate, o colocando a la víctima en estado de indefensión.

Todas las leyes y decretos de amnistía e indulto expedidos durante las décadas de los ochentas y noventas compartían tres rasgos determinantes. En primer lugar, los beneficios de amnistía o indulto se otorgaban frente a delitos políticos y sus delitos conexos, con exclusión de los homicidios cometidos fuera de combate⁶², los homicidios cometidos con sevicia o colocando a la víctima en estado de indefensión⁶³ y los actos de ferocidad y barbarie. En cuatro de los siete estatutos de amnistía e indulto también se excluía el secuestro: en la Ley 37 de 1981, la Ley 49 de 1985, la Ley 104 de 1993 y la Ley 418 de 1997. A partir de 1991 todos los estatutos

62 Una variación se observa en la Ley 35 de 1982 y en la Ley 49 de 1984 en las cuales se excluyeron solo aquellos homicidios fuera de combate que hubieren sido cometidos con sevicia o colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad, o aprovechándose de esa situación. En las regulaciones posteriores esa cualificación para que operara la exclusión de la amnistía o el indulto fue eliminada, de tal modo que la regla de exclusión se contempló para todos los homicidios cometidos fuera de combate. Cabe destacar que en las últimas tres décadas la Ley 35 de 1982 es sin duda el Estatuto más laxo en esta materia.

63 El Decreto 1943 de 1991 y la Ley 418 de 1997 no excluyen los homicidios cometidos con sevicia, sino únicamente los cometidos colocando a la víctima en estado de indefensión.

excluyeron además el delito de genocidio, y la Ley 418 de 1997, en su versión original, excluía también las conductas que configuren terrorismo.

En segundo lugar, no contemplaban ningún tipo de medidas para garantizar el derecho a la verdad de las víctimas y de la sociedad. Nada se decía sobre la obligación de investigar o de confesar, no con miras a la punición, sino con el propósito de develar lo que pasó. Por eso, aunque no pueden catalogarse como leyes de punto final en sentido estricto en la medida en que no impiden la investigación y juzgamiento de las conductas que resultan excluidas de los beneficios, tienden a convertirse en leyes que favorecen el olvido.

Y en tercer lugar, en lo que respecta a la adopción de medidas de reparación para las víctimas, los estatutos que hacían alguna mención al respecto únicamente se limitaban a señalar que la concesión de las amnistías o indultos no anulaba la responsabilidad por los perjuicios causados a particulares, de tal modo que quedaba abierta la posibilidad de iniciar las respectivas acciones civiles⁶⁴.

A partir del proceso de negociación con los grupos de autodefensas y de la expedición de la Ley 975 de 2005 que regula la judicialización de las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley que decidan desmovilizarse, se ha agitado en el país la discusión en torno a cómo afrontar la aguda tensión entre paz y justicia que necesariamente surge en los procesos de paz. Esta discusión se mueve en un contexto de auge de lo que el autor Iván Orozco denomina “la nueva conciencia humanitaria”⁶⁵ cuyo principio medular es la reivindicación del respeto y la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en los procesos de transición hacia la paz. Tal reivindicación implica la imposición de límites a la capacidad de maniobra política de los Estados inmersos en negociaciones con grupos armados, que se concretan en la consabida fórmula “verdad, justicia y reparación”. Hay una cultura jurídica, de dimensiones internacionales, que se ha venido forjando a partir de producciones académicas, decisiones judiciales y movilizaciones de organizaciones de derechos humanos y de víctimas, y cuyo punto de cohesión es precisamente dicha fórmula. Pero además de esto, la puesta en marcha de la Corte Penal Internacional, que es a su vez una expresión del auge del derecho internacional de los derechos humanos, implica una variación significativa del contexto de la discusión que se agita en torno a las negociaciones de paz. Ante este nuevo escenario cabe preguntarse: ¿tendrían hoy alguna viabilidad las leyes de amnistía e indulto que han favorecido y a su vez sellado los acuerdos de paz con las agrupaciones insurgentes en los últimos veinte años? ¿Cuáles son los elementos que han de ser considerados para afrontar la cuestión de las responsabilidades jurídicas de los guerrilleros que se desmovilicen en el marco de un eventual proceso de paz?

En aras de dar respuesta a las anteriores preguntas, a continuación se realizará una presentación de los puntos fundamentales del marco jurídico tanto internacional como interno que debe ser tenido en cuenta en el diseño de un mecanismo jurídico para

64 Así lo dispusieron la Ley 35 de 1982 (Art. 6°), la Ley 49 de 1985 (Art. 7°), la Ley 100 de 1993 (Art. 60) y la Ley 418 de 1997 (Art. 64).

65 Ver, entre otros: Orozco, Iván (2005). “Reflexiones impertinentes: sobre la memoria y el olvido, sobre el castigo y la clemencia”, en Rettberg, Angélica (de) Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional, Bogotá: Ediciones Uniandes. Disponible en: http://www.idrc.ca/es/ev-83747-201-1-DO_TOPIC.html.

afrontar un proceso de paz con los grupos guerrilleros. En segundo lugar, se analizarán los efectos de la puesta en marcha de la Corte Penal Internacional sobre un eventual proceso de paz con dichos grupos.

El marco de la justicia transicional

Con ocasión de las leyes de amnistía promulgadas para evitar la investigación y juzgamiento de las violaciones a los derechos humanos cometidas por los regímenes militares de Chile y Argentina⁶⁶, así como de las negociaciones de paz dadas en países como El Salvador y Guatemala durante la década de los noventa, el debate acerca de la impunidad por las graves infracciones al derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario cobró una inusitada relevancia en los organismos del sistema interamericano de derechos humanos y en el Sistema de Naciones Unidas. Así, en el informe 28/92 sobre Argentina, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que las leyes de punto final y obediencia debida resultaban violatorias del derecho a la protección judicial y a un proceso justo y recomendó al gobierno argentino la adopción de todas aquellas medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la pasada dictadura militar. Por su parte, el 15 de Octubre de 1996 la misma Comisión concluyó que “el acto de poder mediante el cual el régimen militar que se instaló en Chile, dictó en 1978, el denominado Decreto — Ley 2191 de autoamnistía, es incompatible con las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por ese Estado el 21 de Agosto de 1990”⁶⁷.

La movilización de las víctimas y de organizaciones de derechos humanos frente a las leyes de impunidad alentó la designación de un experto por parte de la Subcomisión de Prevención de las Discriminaciones y Protección de las Minorías de Naciones Unidas para que adelantara un estudio sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de derechos humanos. Luego de varios informes preliminares, Louis Joinet presentó en 1997 el “Informe Final del Relator Especial sobre la Impunidad y Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad” con base en el cual la Asamblea General de las Naciones

66 En 1978 el régimen militar en Chile aprobó una ley de amnistías que cobijaba “a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de Marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas”. Por su parte, el 23 de septiembre de 1983 la Junta Militar que encabezó el régimen dictatorial en Argentina dictó la “Ley de Pacificación Nacional”, una verdadera ley de auto-amnistía que extinguió la acción penal frente a los delitos cometidos por el régimen dictatorial. Aunque esta Ley fue anulada por el Congreso a iniciativa del primer gobierno elegido popularmente después de la caída de la dictadura, dificultades de distinto orden condujeron al reversamiento paulatino de la política de judicialización, primero con la aprobación en 1985 de la “ley de punto final”, la cual estableció un plazo máximo de sesenta días para citar a indagatoria a los militares involucrados en la comisión de delitos ocurridos durante la dictadura, vencido el cual se extinguiría la acción penal; luego con la aprobación en 1987 de la “ley de obediencia debida”, en la cual se exoneró de responsabilidad penal -con excepción de algunos delitos cometidos en contra de menores- a los militares de inferior rango; y finalizando con la expedición de decretos de indultos en octubre de 1989 y enero de 1991 expedidos por el presidente Menem.

67 Informe N° 36-96 caso 10.843_Chile: Comisión Interamericana de Derechos Humanos O.E.A.

Unidas proclamó en 1998 los principios que deben regir la acción de los Estados para evitar la impunidad, los cuales fueron actualizados en 2005 según el informe presentado por la experta Diane Orentlicher. Este Conjunto de Principios establecen restricciones en lo que respecta al tratamiento jurídico por graves violaciones a los derechos humanos que deben ser tenidas en cuenta por los Estados en procesos de transición.

En dicho Conjunto de Principios la impunidad es definida como “ la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas”⁶⁸. En aras de evitar que un proceso de paz conduzca a la impunidad, los Estados deben garantizar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. El primero de estos comporta el derecho de las víctimas y la sociedad “a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes” (Principio 2).

El derecho a la justicia impone a los Estados la obligación de realizar “investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario” y de adoptar “las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente” y para que las partes perjudicadas y quienes tengan un interés legítimo en el proceso judicial –como por ejemplo las organizaciones de derechos humanos– puedan participar ampliamente en este (Principio 19).

Por último, el derecho a la reparación implica la adopción de medidas de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción para las víctimas (Principio 34). Adicionalmente el Estado debe ofrecer garantías de no repetición para que las víctimas no pueden volver a ser objeto de violaciones a sus derechos y para que en general estas no vuelvan a ocurrir (Principio 35).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado con insistencia que los Estados están obligados a garantizar los derechos reconocidos en la Convención Americana y que uno de los deberes que se derivan de tal obligación es el de investigar, sancionar y reparar toda violación a los derechos humanos: “La segunda obligación de los Estados Partes es la de ‘garantizar’ el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. [...] Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”⁶⁹.

Las obligaciones de investigación y juzgamiento también se derivan de los Convenios

68 Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Principio 2 del Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, 8 de febrero de 2005.

69 Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, (Ser. C) No. 4, párrs. 166 y 167.

de Ginebra y sus Protocolos Adicionales I y II, de conformidad con los cuales los Estados contratantes se comprometieron a hacer comparecer ante sus propios tribunales a las personas acusadas de haber cometido cualquiera de las infracciones graves al DIH o a entregarlas a otra parte contratante para su juzgamiento⁷⁰.

En consonancia con los anteriores desarrollos del derecho internacional de los derechos humanos, en Colombia se ha ido consolidando una corriente alrededor de los principios de lucha contra la impunidad que articula a académicos, organizaciones de derechos humanos y autoridades judiciales. Uno de los puntos de consenso de esta corriente es que un proceso de desmovilización de organizaciones armadas al margen de la ley que aspire no solo a ser legítimo en términos de las obligaciones internacionales, sino exitoso frente a su propósito central de alcanzar la paz, debe incorporar elementos de justicia retributiva⁷¹ que garanticen un nivel de castigo para los responsables de violaciones a los derechos humanos cometidas durante el conflicto armado⁷².

En el contexto colombiano son pocas las voces que se levantan en contra de esta tendencia. Una de ellas es la del académico Iván Orozco quien ha sostenido que en lo que respecta a la aplicación de amnistías es necesario considerar razones de tipo político relativas a su conveniencia en un proceso de transición: “[...] los gobernantes de los países que deben transitar de la guerra a la paz o de la dictadura a la democracia, o incluso con ambas a la vez, tienen la responsabilidad política [...] de sopesar los costos y los beneficios de no cumplir o, por lo menos no plenamente, con sus obligaciones contractuales en esta materia [las relativas al deber de castigar] y de obrar en consecuencia”⁷³. Y frente a la idea de que una dosis de castigo es necesaria para alcanzar una paz efectiva y duradera, advierte: “[c]reer, como creen algunos, que el único camino hacia la ‘prevención’ y el ‘nunca más’ y en último término, hacia la paz, es el del castigo, significa, por lo pronto, creer en un mito”⁷⁴. La crítica de Orozco a la tesis de la aplicación de la justicia retributiva en contextos de transición se enmarca en una crítica general a la expansión de lo que él denomina “la nueva conciencia humanitaria globalizante”. Esta crítica general tiene como base la idea de que la fusión entre derechos humanos y derecho penal internacional que la caracteriza

70 Así lo disponen los Convenios I y II de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 en sus artículos 49 y 50, respectivamente, y los artículos 85 y 86 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I).

71 Sobre las diferencias entre justicia retributiva y justicia restaurativa y el lugar que puede ocupar cada uno de estos enfoques en la justicia transicional ver: Uprimny, Rodrigo y Saffon, María Paula (2005). “Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades”, en Rettberg, Angélica (de) Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional, Bogotá: Ediciones Uniandes. Disponible en: http://www.idrc.ca/es/ev-83747-201-1-DO_TOPIC.html.

72 Así por ejemplo, Catalina Botero, en un documento encargado por la Fundación Social para debatir el proyecto de alternatividad penal presentado por el gobierno en el año 2003, advirtió: “El respeto por tales principios no solo se origina en su valor intrínseco sino en su utilidad mediática. Difícilmente puede alcanzarse una paz estable y sostenible, una verdadera reconciliación, si para llegar a ella se vulneraron de manera flagrante los principios de verdad, justicia y reparación. En suma, el respeto por tales principios no solo es justo. Además, la aplicación de tales principios es útil para asegurar la finalidad perseguida y para blindar el proceso de posibles intervenciones externas posteriores que puedan afectar los logros alcanzados”. (Documento de recomendaciones sobre el proyecto de ley estatutaria No. 85 de 2003-Senado, denominado “de alternatividad penal”, disponible en: www.indepaz.org.co/.../151_Articulo%20alternatividad%20UV.doc, p. 9).

73 Orozco, Iván (2006). *Combatientes, Rebeldes y Terroristas*, 2ª ed., Bogotá: Editorial Temis S.A, p. XXXIX.

74 *Ibíd.* p. XL.

surge a partir de los juicios Nuremberg como un mecanismo para “proteger la ‘agencia’ individual contra los abusos del Estado y de sus análogos totalitarios y autoritarios como grandes victimarios potenciales”⁷⁵. Se trata entonces de un mecanismo pensado para afrontar situaciones de violencia vertical y asimétrica en las que el monstruo totalitario se cierne sobre el individuo vulnerable, y que por tanto no es adecuado para enfrentar situaciones “de barbarie más bien horizontal y simétrica” que es la que a su juicio caracteriza la experiencia colombiana⁷⁶. El otro sustento de la crítica, claramente emparentado con el anterior, es que el modelo de la “nueva conciencia humanitaria” desconoce que el objetivo de alcanzar la paz -que para él es obstaculizado por las exigencias internacionales de verdad, justicia y reparación frente a grandes violaciones de derechos humanos- “puede ser propuesto razonablemente como un requisito previo a que se ponga en vigencia plena el Estado democrático de derecho”⁷⁷, tal como sucedió en la construcción histórica del Estado moderno europeo. Según Orozco “[p]ara los grandes discursos normativos globalizantes, es legítimo—y casi un deber—tratar de repetir en la periferia los resultados ‘exitosos’ pero no las secuencias históricas, es decir, los caminos de exclusión, de opresión y de sangre, que en los países del centro condujeron a los mismos”⁷⁸.

Es claro que el estándar de judicialización y castigo complica las fases iniciales de un proceso de paz en la medida en que determina un marco jurídico poco atractivo para los que pretenden desmovilizarse, lo cual puede frenar la posibilidad misma de abrir el diálogo o, en el mejor de los casos, dificultar los términos del acuerdo. Para el caso colombiano, Iván Orozco ha señalado que una eventual negociación con las FARC bajo estos términos sería prácticamente imposible:

“[...] las FARC son hijas de un habitus cultural y legal que se remonta a la mitad del siglo XIX, que ha dejado su impronta en la Constitución de 1991 y que exige un tratamiento privilegiado, fundado en amnistías e indultos para los rebeldes. Durante ciento cincuenta años liberales y conservadores se calificaron recíprocamente como delincuentes políticos y si se quiere, como “combatientes-rebeldes” y las FARC no se van a transar por menos. Para hacerlos cambiar de postura no va a ser suficiente su derrota estratégica. Para ello sería necesario, además, su aniquilamiento”⁷⁹.

Efectivamente, como lo dice Orozco y como fue explicado en el apartado introductorio, los acuerdos de paz con los grupos insurgentes en Colombia siempre han estado unidos a leyes de amnistía e indulto. La pregunta que surge en vista del nuevo contexto fijado por el auge del derecho internacional de los derechos humanos es hasta qué punto y bajo qué condiciones es posible pensar en la concesión de tales beneficios en un eventual proceso de paz con las guerrillas. A tal cuestión estarán dedicadas las líneas siguientes.

75 Orozco, Iván (2005). Ob. Cit.

76 Para una crítica de la caracterización de la situación colombiana como una de violencia horizontal y simétrica ver: Gómez Muller, Alfredo (2008). La reconstrucción de Colombia: escritos políticos, Medellín: La Carreta Editores, pp. 29 – 36.

77 Orozco, Iván (2005). Ob. Cit.

78 Ibíd.

79 Ibíd.

2.1.1. Amnistías, indultos y otros beneficios penales en procesos de transición

En lo que respecta a la concesión de amnistías⁸⁰, existe por un lado una regla que se deriva del derecho de la guerra que tiene su campo de aplicación en los conflictos armados internacionales o internos. El Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 dispone que: “a la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto o que se encuentren privadas de la libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto” (Art. 6, ord. 5). Pero por otro lado, varios instrumentos internacionales se refieren expresamente al deber de los Estados de juzgar las graves violaciones de los derechos humanos, así como a la prohibición de otorgar amnistías por este tipo de violaciones. Así, los “*Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*” (2005) disponen:

“4. En los casos de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyen crímenes en virtud del derecho internacional, los Estados tienen la obligación de investigar y, si hay pruebas suficientes, enjuiciar a las personas presuntamente responsables de las violaciones y, si se las declara culpables, la obligación de castigarlas. Además, en estos casos los Estados deberán, en conformidad con el derecho internacional, cooperar mutuamente y ayudar a los órganos judiciales internacionales competentes a investigar tales violaciones y enjuiciar a los responsables”⁸¹.

En el mismo sentido, el Principio 19 del “*Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*” (2005), afirma:

“Los Estados emprenderán investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos y del derecho

80 Una visión detallada de la perspectiva de Naciones Unidas sobre el tema de amnistías se encuentra en: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2009), *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Amnistías*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, p. 5. Según se señala en este documento, “en este instrumento se indican los principios básicos que deben orientar al personal de las Naciones Unidas cuando debe evaluar proyectos de amnistía que pueden ser incompatibles con el derecho internacional y la política de las Naciones Unidas”.

81 Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, 61a., E/CN.4/RES/2005/35.

internacional humanitario y adoptarán las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente”.

Igualmente, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han indicado que las amnistías que impiden el enjuiciamiento de violaciones graves de la Convención Americana violan ese tratado.⁸² Por su parte, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N° 31 sostuvo:

18. Cuando las investigaciones a que se ha hecho referencia en el párrafo 15 revelan violaciones de determinados derechos del Pacto, los Estados Partes deben velar por que los responsables sean sometidos a la justicia. Al igual que sucede con la insuficiencia a la investigación, la falta de sometimiento a la justicia de los autores de esas violaciones podía de por sí constituir una violación separada del Pacto. Esas obligaciones surgen, en particular, con respecto a las violaciones reconocidas como delictivas con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, como la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes similares (art. 7), la ejecución sumaria y arbitraria (art. 6) y la desaparición forzosa (artículos 7 y 9 y, frecuentemente, 6) [...]

En consecuencia, cuando funcionarios públicos o agentes del Estado han cometido violaciones de los derechos del Pacto a que se hace referencia en el presente párrafo, los Estados Partes no pueden eximir a los autores de su responsabilidad personal, como ha ocurrido con determinadas amnistías (véase la Observación general N° 20 (44)) y las inmunidades e indemnizaciones jurídicas anteriores. Además, ninguna posición oficial justifica que personas que pueden ser acusadas de responsabilidad por esas violaciones queden inmunes de responsabilidad jurídica. [...] Los Estados Partes deben también prestarse asistencia mutuamente para someter a la justicia a las personas de las que sospechan que han cometido actos de violación del Pacto que son punibles con arreglo al derecho interno o el derecho internacional.

Algunas convenciones también se refieren expresamente a la obligación de juzgar y condenar. Así, el artículo I de la Convención sobre la Prevención y la Sanción del

82 En 1992 la Comisión concluyó que las amnistías de Argentina y Uruguay eran incompatibles con la Convención Americana. Véase Alicia Consuelo Herrera y otros c. la Argentina, Santos Mendoza y otros c. el Uruguay, casos Nos. 10029, 10036, 10145, 10305, 10372, 10373, 10374, 10375, informe N° 29/92, 2 de octubre de 1992. La Corte IDH, al estudiar dos leyes de amnistía del Perú, determinó que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos”. Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros c. el Perú). Fallo de 14 de marzo de 2001, serie C, N° 75, párr. 41. La Corte concluyó entonces que al ser incompatibles con la Convención, tales leyes no surtían efecto jurídico (párr. 51 4).

Delito de Genocidio de 1948 confirma que el genocidio “es un delito de derecho internacional” que las partes “se comprometen a prevenir y a sancionar”; el artículo IV dispone que las personas que cometen genocidio o diversos actos conexos “serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares”; y el artículo VI establece que “serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción”. En el mismo sentido, la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2006) requiere que los Estados partes tomen “las medidas necesarias para considerar penalmente responsable por lo menos: a) a toda persona que cometa, ordene, o induzca a la comisión de una desaparición forzada, intente cometerla, sea cómplice o participe en la misma”, así como a la persona que sea penalmente responsable de una desaparición forzada de acuerdo con la doctrina de la responsabilidad superior (art. 6.1).

La regla que se deriva del derecho internacional de los derechos humanos (DIDDHH) es que no es posible conceder amnistías por hechos constitutivos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y violaciones graves de las reglas del derecho humanitario que son definidas como crímenes de guerra en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Esta regla no opera solo frente a las leyes que formalmente declaren la amnistía, sino frente a cualquier disposición que tenga como efecto prevenir el enjuiciamiento de los crímenes indicados. En este sentido, las amnistías encubiertas también resultan contrarias al DIDDHH.

Ahora bien, de conformidad con el marco internacional, todas las conductas que no encajen en los tipos definidos arriba podrían ser válidamente objeto de amnistía. Conductas como la rebelión, o delitos cometidos en combate que no comporten graves violaciones al DIH, como los homicidios de soldados en combate, o infracciones menores al DIH, sí podrían ser válidamente objeto de amnistías.

Aunque resulta claro que los límites señalados se derivan del marco del derecho internacional de los derechos humanos, existen otros aspectos sobre los cuales aún existe un cierto nivel de incertidumbre. Uno de ellos es el de la validez de un modelo como el sudafricano, que conmutó juicio penal por contribuciones a la verdad. El otro es sí, además de la investigación y el juicio es necesaria la imposición efectiva de un castigo; en otras palabras, si sería admisible la concesión de indultos.

En relación con el primer tema, resulta de utilidad la tipología realizada por Ronald Slye⁸³ que distingue cuatro formas de amnistías: amnésicas, transaccionales, correctivas y responsabilizantes, cuyas características son detalladas en el cuadro que se presenta a continuación⁸⁴.

83 Slye, Ronald C. (2002). The Legitimacy of Amnesties Under International Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible? 43 Va.J. Int'l L. 173.

84 Toda la información contenida en este cuadro es tomada del referido texto de Ronald Slye.

TIPO DE AMNISTÍA	CONTENIDO	CREACIÓN E IMPLEMENTACIÓN	PROPÓSITO	EJEMPLOS
Amnésica	<ul style="list-style-type: none"> -No hay restricciones a las conductas que cobija y, si las hay, son mínimas. -Los beneficiarios usualmente no son individualizados y los motivos de sus acciones no son considerados. - No se impone ningún tipo de exigencia a los beneficiarios para acceder al beneficio. - No contemplan ninguna medida a favor de las víctimas. 	<ul style="list-style-type: none"> - Son proferidas en cualquier momento sin tener en cuenta el tiempo de comisión de los actos amnistiados. - No se combinan con otro tipo de iniciativas para afrontar las consecuencias de las violaciones. - Pueden ser promulgadas por cualquier tipo de gobierno y sin importar el grado de respaldo social. - En ocasiones son auto-amnistías 	Facilitar transiciones.	Chile (1978), Argentina (Ley de Punto Final 1986), Salvador (1993)
Transaccional	<ul style="list-style-type: none"> -Hay restricciones frente a las conductas cobijadas o a sus beneficiarios: se otorga a un grupo de personas en virtud de cierto estatus, o a cierto tipo de actos sin importar el estatus del agente, o frente a individuos o actos que exhiben cierto tipo de motivaciones. -Se establecen exigencias procedimentales para acceder al beneficio. -Conceden inmunidad civil o penal, o ambas, a los beneficiarios. -Imponen ciertas cargas a los beneficiarios y disponen algunas mínimas medidas a favor de las víctimas. 	<ul style="list-style-type: none"> - Son proferidas en cualquier momento sin tener en cuenta el tiempo de comisión de los actos amnistiados. - Se combinan con otro tipo de iniciativas para afrontar las consecuencias de las violaciones. 	<ul style="list-style-type: none"> -Facilitar transiciones -Promover, en un grado mínimo, la investigación o revelación de las violaciones. 	Guatemala Honduras



Correctiva	<ul style="list-style-type: none"> - Un primer tipo se aplica frente actos de traición, rebelión, sedición u otras ofensas en contra del Estado. - Un segundo tipo se utiliza para revertir una situación creada por una norma que ha dejado de ser considerada legítima. 	Tienen lugar después de un cambio radical en el ámbito político y social, o al final de un conflicto armado interno o internacional.	<ul style="list-style-type: none"> -En las del primer tipo, facilitar transiciones políticas. -En las del segundo tipo, corregir injusticias. 	Las leyes aprobadas por Bulgaria, Hungría y Rusia después de la caída del comunismo concedieron amnistía por conductas que ya no se consideraban delictivas y para las personas perseguidas por sus actividades y creencias políticas.
Responsabilizante	<ul style="list-style-type: none"> - No se aplica a los mayores responsables de graves violaciones al derecho penal internacional. - Se aplica a personas, no a grupos. -Confieren inmunidad civil, penal, o ambas. -Plantea exigencias a sus beneficiarios como el reconocimiento público de la ofensa o el sometimiento a algún tipo de escrutinio público. -Permiten que las víctimas controviertan una petición individual de amnistía. -Disponen medidas de reparación para las víctimas. 	<ul style="list-style-type: none"> - Son el resultado de un proceso de deliberación democrática. - Se combinan con otro tipo de iniciativas para afrontar las consecuencias de las violaciones como una Comisión de la Verdad o un Programa de Reparaciones. 	Facilitar la transición a un sistema más respetuoso de los derechos humanos.	Sudáfrica

Según Robert Slye, únicamente las amnistías correctivas y las responsabilizantes están en condiciones de satisfacer los estándares internacionales de derechos humanos. Las primeras porque no se refieren a graves violaciones a los derechos humanos, sino a delitos cometidos contra el Estado o a conductas que fueron criminalizadas de manera injusta –como, por ejemplo, los denominados delitos de opinión–. Y las segundas porque, pese a estar referidas a dichas graves violaciones, su concesión se sujeta al cumplimiento de ciertas condiciones. En el caso de Sudáfrica⁸⁵, que es señalado por Slye como un ejemplo de amnistía responsabilizante, se creó un Comité de Amnistía como parte de la Comisión de Verdad y Reconciliación. A este Comité debían presentarse las solicitudes individuales de amnistía, cuya evaluación se realizaba

85 Al respecto ver: Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report, Volume Six, 2003, disponible en: <http://www.info.gov.za/otherdocs/2003/trc/>

de conformidad con los siguientes criterios: (i) que la petición cumpliera los requerimientos formales, (ii) que el acto por el cual se solicitaba la amnistía estuviera asociado a un objetivo político y se hubiera cometido en el marco del conflicto, y (iii) que el solicitante revelara todos los hechos relevantes.

En virtud de la naturaleza del Comité de Amnistía, el proceso de estudio de las solicitudes resultaba de algún modo similar a un proceso judicial. Así, en relación con los actos que no constituían graves violaciones a los derechos humanos, la amnistía era concedida de plano. En caso contrario, se convocaba a una audiencia pública al solicitante, a las víctimas y a las personas que tuvieran un interés en el procedimiento. Los directores de las audiencias tenían el compromiso de realizar todos los esfuerzos posibles para individualizar a las víctimas de los hechos, o por lo menos, para identificarles genéricamente. Cualquier parte inconforme con la decisión podía apelar la decisión ante el Alto Tribunal el cual tenía la competencia para verificar si la decisión resultaba justificable. Además, todos los casos en los que estuvieran comprometidas graves violaciones a los derechos humanos y se advirtiera la existencia de víctimas –con independencia de que la amnistía fuera concedida o negada– se remitían al Comité de Reparación y Rehabilitación. Cabe destacar además que esta amnistía no cobijaba a los altos mandos comprometidos con graves violaciones a los derechos humanos.

De acuerdo con la perspectiva de Robert Slye, el proceso sudafricano de amnistía satisface en alto grado los requerimientos internacionales en la medida en que, pese a cobijar a autores de graves violaciones a los derechos humanos, establece un mecanismo cuasi-judicial en el que se salvaguardan los derechos a la verdad y a la reparación. De otro lado, pese a que a los beneficiarios no se les impone ninguna pena ni material, ni formalmente, el procedimiento conduce a la individualización de los responsables, a diferencia de lo que sucede con las amnistías generales e incondicionales en las que los rostros de los autores de los crímenes nunca llegan a ser identificados.

Sin embargo, según la perspectiva de Naciones Unidas el modelo sudafricano no resulta admisible. Así, en el Principio 28 del *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* (2005) se indica:

Principio 28. Restricciones a los efectos de las leyes sobre divulgación o sobre arrepentidos. El hecho de que el autor revele las violaciones cometidas por él mismo o por otros para beneficiarse de las disposiciones favorables de las leyes relativas al arrepentimiento no lo eximirá de responsabilidad penal o de otro tipo. La revelación sólo puede ser causa de reducción de la pena para contribuir a la manifestación de la verdad. Cuando debido a las revelaciones, el autor pueda ser objeto de persecución, como excepción al principio 25, podrá concedérsele asilo -y no el estatuto de refugiado- al autor de las revelaciones para contribuir a la manifestación de la verdad.

Igualmente, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas ha dicho que “Si bien en algunos casos la revelación completa de la verdad acerca de las violaciones puede justificar una reducción de la sentencia de una persona, las medidas de la justicia de transición, como el establecimiento y el funcionamiento de comisiones de la verdad, no deben exonerar a los autores de un juicio penal a cambio de su testimonio”⁸⁶. De conformidad con esto, refiriéndose al modelo de transición sudafricano indicó que “aunque la amnistía de Sudáfrica no se puso a

86 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2009), Op. Cit., p. 33

*prueba en un órgano internacional de derechos humanos, es dudoso que hubiera sobrevivido el escrutinio de acuerdo con las normas jurídicas elaboradas por órganos como el Comité de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos*⁸⁷.

En lo que respecta al caso colombiano, algunos autores han señalado que el único esquema que estaría acorde con las obligaciones internacionales sería uno basado en “perdones responsabilizantes”. Así por ejemplo, Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon indican al respecto:

*“la concesión de indultos a quienes hayan participado en el conflicto en calidad de combatientes es plenamente posible, inclusive cuando se trata de ciertas infracciones menores al derecho internacional humanitario. En cambio, el perdón total de graves crímenes de guerra y de delitos de lesa humanidad queda en principio excluido. Ante estos casos sólo procedería la concesión de perdones parciales, tales como la disminución de la sentencia o la concesión de subrogados penales, la cual estaría siempre condicionada a una contribución efectiva del victimario a la verdad, la paz y la reparación, que se concretaría en la confesión plena de los comportamientos respecto de los cuales el victimario pretende el perdón parcial*⁸⁸.

Los autores advierten que, además de ser inconveniente, un enfoque fundado exclusivamente en la justicia restaurativa no es viable jurídicamente por cuanto “[...] el perdón de los crímenes atroces es no solo incompatible con el derecho internacional vigente, sino que muy probablemente activaría a la Corte Penal Internacional [...]”⁸⁹.

Aunque no hay un consenso absoluto acerca de la improcedencia de la conmutación de contribuciones a la verdad por juicios penales en relación con graves violaciones a los derechos humanos, la tendencia que se viene consolidando con fuerza apunta a negar la validez internacional de un modelo como el sudafricano.

El segundo aspecto sobre el cual subsiste un considerable grado de incertidumbre es el relativo a la concesión de indultos. En el código penal colombiano el indulto es una causal de extinción de la sanción penal (Art. 88). A diferencia de la amnistía, no impide el juzgamiento pues, por definición, opera solo frente a personas que ya han sido condenadas. Según la definición de la Oficina del Alto Comisionado, el indulto es “un acto oficial que exime a un delincuente o delincuentes condenados de la aplicación de la pena en todo o en parte, sin borrar la condena en que se basa”⁹⁰.

Tal como ya lo indicamos, el Conjunto de Principios Actualizado para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad (2005) dispone en su principio 24 que “[l]os autores de delitos graves conforme al derecho internacional no podrán beneficiarse de esas medidas [amnistías] mientras el Estado no cumpla las obligaciones enumeradas en el principio 19 o los autores hayan sido sometidos a juicio ante un tribunal competente, sea internacional o internacionalizado o nacional, fuera del Estado de que se trata”. El principio 19 consagra como deberes de los Estados en materia de administración

87 *Ibíd*em

88 Uprimny, Rodrigo y Saffon, María Paula (2005). *Ob. Cit.*

89 Uprimny y Saffon. *Ob. Cit.*

90 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2009), *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Amnistías*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, p. 5.

de justicia, los de investigar, procesar, juzgar y condenar debidamente a los autores de las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, en procesos en lo que se garantice la amplia participación a todas las partes perjudicadas y a toda persona u organización no gubernamental que tenga un interés legítimo en el proceso. Una posible interpretación de estos principios sugeriría que se podría indultar a los autores de este tipo de violaciones, siempre y cuando estos hayan sido condenados en procesos que satisfagan las condiciones señaladas. Tal es así porque estos Principios se refieren solamente al juzgamiento y la condena, no así a la imposición efectiva de un castigo.

Sin embargo, en los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” (2005) sí se alude expresamente al deber de castigar, de tal modo que por lo menos los indultos totales (que abarcan toda la sanción penal) no serían admisibles:

4. En los casos de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyen crímenes en virtud del derecho internacional, los Estados tienen la obligación de investigar y, si hay pruebas suficientes, enjuiciar a las personas presuntamente responsables de las violaciones y, si se las declara culpables, la obligación de castigarlas. Además, en estos casos los Estados deberán, en conformidad con el derecho internacional, cooperar mutuamente y ayudar a los órganos judiciales internacionales competentes a investigar tales violaciones y enjuiciar a los responsables (subrayas fuera de texto).

Por su parte, algunas disposiciones internacionales consagran expresamente, además de los deberes de investigar, juzgar y condenar, el deber de castigar. Así, la Convención contra la tortura define: “*Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad*” (Art. 4. 2). Y la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio dispone en su artículo IV que “Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares”.

En todo caso la incertidumbre subsiste, por ejemplo, en el documento de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los DDHH sobre las amnistías se indica que “[s]i bien los indultos tal como se definen en el presente instrumento pueden violar en algunos casos el derecho internacional [y cita como ejemplo la Convención contra la Tortura], su estudio no se incluye en el ámbito del presente instrumento”⁹¹. Aunque no desarrolla el tema, sugiere que podrían existir casos en los cuales los indultos no violarían el derecho internacional, sin embargo, aunque se trata de un tema que no es completamente claro, la tendencia apunta más a la inadmisibilidad de los indultos totales, tendencia que se confirma con algunos de los planteamientos acerca de la concesión de rebajas de penas y de penas alternativas.

Así, la Oficina del Alto Comisionado ha reconocido la admisibilidad de dichos beneficios cuando se garantizan los derechos a la verdad y a la reparación:

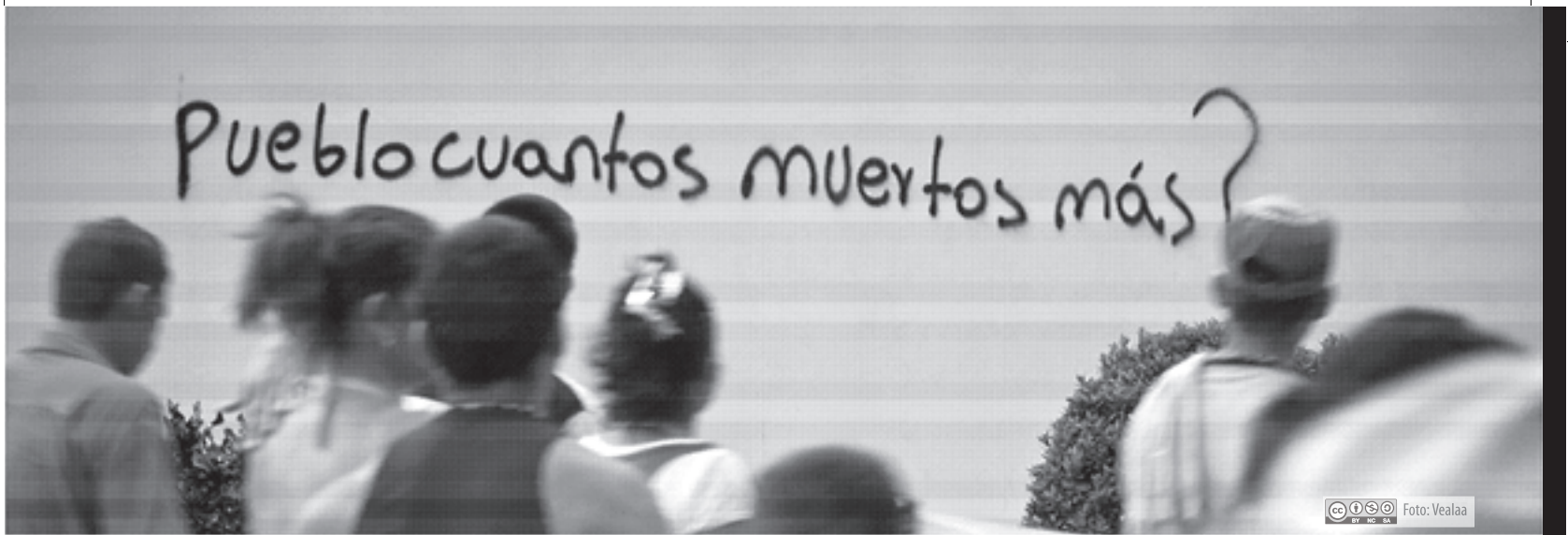
⁹¹ *Ibid*,

“Si bien la acción de una comisión de la verdad no exonera a un Estado de la obligación de garantizar que se haga justicia por las violaciones graves de derechos humanos y los crímenes de guerra, la plena revelación que haga un autor de lo que sabe acerca de esas violaciones puede justificar una reducción de la pena, siempre que la sentencia siga siendo proporcional a la gravedad del crimen. [...] También puede ser necesario facultar a una comisión de la verdad para que otorgue inmunidad parcial a un autor que declare ante la Comisión. Si bien esto no otorga inmunidad de enjuiciamiento a los testigos, procura que las pruebas que presenten ante la comisión de la verdad no se puedan utilizar en su contra en un juicio penal posterior. En suma, puede facilitarse la labor de las comisiones de la verdad y otros procesos encaminados a hacer realidad el “derecho a la verdad” mediante el otorgamiento a los autores de inmunidad parcial o de sentencias reducidas por su testimonio, pero no pueden otorgar inmunidad total”⁹².

Igualmente, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas permite la reducción de las penas, aunque dispone que cada Estado parte “considere el delito de desaparición forzada punible con penas apropiadas, que tengan en cuenta su extrema gravedad” (art. 7.1), establece que los Estados partes podrán establecer “circunstancias atenuantes, en particular para los que, habiendo sido partícipes en la comisión de una desaparición forzada, hayan contribuido efectivamente a la reparación con vida de la personas desaparecida o hayan permitido esclarecer casos de desaparición forzada o identificar a los responsables de una desaparición forzada” (art. 7.2 a)).

Aunque se admite la reducción de penas, también se enfatiza en que en todo caso estas deben ser proporcionales a la gravedad de los crímenes. Esto parecería sugerir que si las penas se reducen hasta el punto que la pena efectivamente impuesta no se ajusta a la gravedad del delito, la medida no sería admisible. Esto a su vez reforzaría la idea de que los indultos totales serían inadmisibles pues en todo caso se requeriría una cierta dosis de castigo.

En síntesis, según el marco internacional, es claro que no es posible conceder amnistías frente a graves violaciones a los derechos humanos, aunque sí resultan admisibles las rebajas de pena que en todo caso conserven un nivel de proporcionalidad frente a la gravedad de la conducta. También es claro que las amnistías e indultos por conductas distintas, como la rebelión o los delitos cometidos en el marco del conflicto que no constituyan crímenes de guerra ni crímenes de lesa humanidad, resultan admisibles. De otro lado, aunque persiste aún un grado de incertidumbre, la tendencia apunta a no admitir tampoco los indultos en los casos en que no procede la amnistía, así como a rechazar modelos como el sudafricano que reemplacen el juicio y la condena por contribuciones a la verdad. Sin embargo, la claridad que existe a nivel internacional sobre estos últimos aspectos no es absoluta, de tal modo que aún subsiste un margen de discusión al respecto.



2.1.2. El marco jurídico interno para procesos de transición

La Ley 418 de 1997 prorrogada y modificada por la Ley 1421 de 2010

Pese a que durante los gobiernos de Álvaro Uribe Vélez en varias ocasiones se abogó por no prorrogar las disposiciones de la Ley 418 de 1997 relativas a la amnistía, bajo la idea de que cualquier proceso de desmovilización debía regirse únicamente por la Ley 975 de 2005, finalmente en diciembre de 2010 el Congreso prorrogó esta Ley, aunque con varias modificaciones.

Como lo indicamos en la primera parte de este texto, la Ley 418 de 1997 inicialmente disponía la procedencia de los indultos frente a delitos políticos y sus conexos, pero la alusión a estos últimos fue suprimida por la Ley 782 de 2002. Según las modificaciones introducidas por la Ley 1421 de 2010 a la Ley 418, se mantiene la posibilidad de conceder los beneficios de preclusión –en el caso de procesos penales en curso– o indulto –cuando ya exista sentencia condenatoria– solo por hechos constitutivos de delito político. La concesión de estos beneficios opera tanto en los eventos en que se adelante un proceso de paz con un grupo armado organizado al margen de la ley que haya demostrado su voluntad de reintegrarse a la vida civil, como en los casos de desmovilizaciones individuales de integrantes de tales organizaciones. En ambos casos las únicas condiciones para acceder al beneficio es estar siendo procesado o haber sido condenado por un delito político y mostrar voluntad de reintegrarse a la vida civil. Por otra parte, el beneficio únicamente se pierde “si el beneficiario cometiere cualquier delito engañoso dentro del término que dure su proceso de reintegración” (Art. 63, Ley 418 de 1997, modificada por la Ley 1421 de 2010).

Pero además de mantener los beneficios de indulto y preclusión y prorrogar su vigencia hasta el 21 de diciembre de 2014, la Ley 1421 también introdujo tres modificaciones relevantes en este aspecto. La primera, es que las conductas que explícitamente son excluidas de dichos beneficios se definen a partir de los parámetros vigentes del DIDDHH, en efecto, mientras que antes se excluían las conductas constitutivas de actos atroces de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio, homicidio cometido fuera de combate o colocando a la víctima en estado de indefensión, conforme a la nueva redacción quedaron excluidos los “delitos de genocidio, secuestro, lesa humanidad, crímenes de guerra o en los tipificados en el Título II del Libro II, Capítulo Único del Código Penal, conforme a los tratados y convenios internacionales ratificados, por el Estado colombiano” (Art. 50, Ley 418 de 1997, modificada por

la Ley 1421 de 2010). Esta modificación es importante por dos razones. En primer lugar, porque con la alusión a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad se efectúa una clara remisión al derecho penal internacional, concretamente al Estatuto de la Corte Penal Internacional que es el que define cuáles son tales crímenes. Aunque la lista anterior también había sido determinada de conformidad con los parámetros del derecho de gentes y la noción de actos atroces de ferocidad o barbarie había sido definida jurisprudencialmente a partir del derecho internacional humanitario, en este caso la remisión a las disposiciones internacionales proviene de la misma ley. En segundo lugar, se elimina el terrorismo de la lista de conductas excluidas, lo cual clarifica el escenario de una eventual aplicación de los beneficios, en la medida en que evita los inconvenientes derivados de la vaguedad de este tipo penal y del uso abusivo que muchos operadores jurídicos han hecho de él, tal como lo advertimos en la primera parte de este texto. Cabe resaltar que el terrorismo no está incluido dentro de la lista de crímenes de guerra o de lesa humanidad precisamente porque se ha advertido la dificultad de precisarlo típicamente y porque las conductas especificadas en los otros crímenes internacionales subsumen con mayor precisión diversas conductas que pueden resultar cubiertas con la vaga noción de terrorismo.

Sin embargo, cabe anotar que aunque la lista de conductas excluidas se determina de conformidad con el DIDDHH, con la modificación introducida por la Ley 1421 el derecho interno resulta más exigente que aquel. En efecto, el Título II del Libro II, Capítulo Único del Código Penal que tipifica los delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario consagra conductas que no constituyen infracciones graves al DIH y que no están por tanto catalogadas como crímenes de guerra por el derecho penal internacional. De este modo, delitos como la perfidia⁹³ o el despojo en campo de batalla⁹⁴, que según el marco internacional pueden ser válidamente objeto de amnistía, en el derecho interno no lo pueden ser.

La segunda modificación tiene que ver con la cuestión de los delitos conexos a los delitos políticos que no caben dentro de las conductas excluidas, como por ejemplo los homicidios de soldados cometidos en combate. Ya se había indicado que la Ley 782 suprimió la alusión a los delitos conexos. Sin embargo, esta Ley mantuvo un artículo en el que se indicaban los elementos probatorios que debían ser considerados para demostrar la conexidad de ciertas conductas con el delito político. Dicho artículo disponía:

Para establecer la conexidad de los hechos materia de investigación con el delito político, a que se refiere el artículo 90 del Código de Procedimiento Penal, también se tendrán en cuenta los siguientes medios probatorios:

93 Ley 599 de 2000, artículo 143. “El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y con el propósito de dañar o atacar al adversario, simule la condición de persona protegida o utilice indebidamente signos de protección como la Cruz Roja o la Media Luna Roja, la bandera de las Naciones Unidas o de otros organismos Intergubernamentales, la bandera blanca de parlamento o de rendición, banderas o uniformes de países neutrales o de destacamentos militares o policiales de las Naciones Unidas u otros signos de protección contemplados en tratados internacionales ratificados por Colombia, incurrirá por esa sola conducta en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes. // En igual pena incurrirá quien, con la misma finalidad, utilice uniformes del adversario”.

94 Ley 599 de 2000, artículo 151. “El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, despoje de sus efectos a un cadáver o a persona protegida, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ochenta (180) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a cuatrocientos cincuenta (450) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

- La inclusión del solicitante en las actas que la elabore la entidad del Gobierno Nacional.
- Las certificaciones expedidas para el efecto por las autoridades competentes.
- La constancia que para todos los efectos expidan los voceros o miembros representantes del grupo armado organizado al margen de la ley con la que se haya adelantado un proceso de paz.

Dicha constancia deberá contener, como mínimo, la información de que el solicitante pertenecía a dicho grupo al momento de los hechos por los cuales está siendo investigado, o fue condenado, y la reivindicación de tales hechos por parte del grupo, con la indicación de los fines políticos que lo motivaron. Cualquier otro medio probatorio que el peticionario o su apoderado adjunten a la solicitud (Art. 56, Ley 418 de 1997, modificada por la Ley 782 de 2002)

De este modo, no se había excluido del todo la referencia a los delitos conexos en la Ley 418 de 1997. Pero la Ley 1421 de 2010 no prorrogó el artículo citado, de tal modo que ya no hay ninguna alusión a la categoría de delito conexo. Esto sin duda deja en un limbo una serie de conductas cometidas en el marco del conflicto armado, que no encajan dentro de la noción de delito político que de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina se acota a las conductas de rebelión, sedición y asonada; pero tampoco encajan dentro de los delitos excluidos expresamente del beneficio.

Y finalmente, la tercera modificación relevante es que se dispone que quienes no puedan ser beneficiados con las medidas de preclusión o indulto, “podrán acogerse al régimen transicional consagrado en la Ley 975 de 2005 y demás normas complementarias o acudir a la jurisdicción ordinaria para recibir los beneficios jurídicos ordinarios por confesión y colaboración con la justicia” (Art. 50, Ley 418 de 1997, modificada por la Ley 1421 de 2010). De este modo, si bien se contempla la posibilidad de judicializar por la vía ordinaria a los desmovilizados que estén incurso en graves violaciones a los derechos humanos, es claro que la Ley 975 de 2005 se proyecta como el estatuto jurídico por excelencia para la judicialización de los desmovilizados en procesos de transición. Por tal razón, la referencia a esta Ley resulta imperativa en un análisis acerca del marco jurídico vigente frente a un eventual proceso de negociación con los grupos guerrilleros.

b. La Ley 975 de 2005

La Ley 975 de 2002, conocida como la Ley Justicia y Paz dista mucho del modelo concebido inicialmente por el gobierno del ex Presidente Álvaro Uribe. De hecho, la modificación introducida por la Ley 782 de 2002 a la Ley 418 de 1997 en el sentido de eliminar el requisito de otorgar carácter político a las organizaciones con las que se pretendiera celebrar un acuerdo de desmovilización, evidenciaba que el interés del ejecutivo se orientaba a allanar el camino para conceder amnistías e indultos a los paramilitares que no tuvieran requerimientos judiciales por delitos atroces⁹⁵. Para los que sí tuvieran tales requerimientos, la propuesta del gobierno,

⁹⁵ El fracaso de esta estrategia inicial del ejecutivo ante la decisión de la Corte Suprema de Justicia de negar el carácter de delincuentes políticos a los paramilitares cerrando de este modo la posibilidad de conceder dichos beneficios a los desmovilizados que no tuvieran requerimientos judiciales por crímenes atroces, explica la inversión del discurso del ejecutivo en relación con la aplicabilidad general de la Ley 418 de 1997: al no poder agrupar a paramilitares y guerrilleros en la categoría de delincuentes políticos, ahora se orienta a reunirlos bajo la categoría de delincuentes comunes abogando entonces por la eliminación del delito político.

contenida en el proyecto de ley de alternatividad penal⁹⁶, preveía la imposición de la pena ordinaria y de penas alternativas a la prisión⁹⁷, pero obligaba a los jueces a conceder la suspensión condicional durante un período de prueba de 1 a 5 años, pasados los cuales se decretaba la suspensión definitiva de la pena si el beneficiado había cumplido los compromisos de informar cambio de residencia, no salir del país y comparecer ante la autoridad judicial, no haber cometido delitos dolosos y haber ejecutado “actos que contribuyan efectivamente a la reparación de las víctimas, la superación del conflicto y el logro de la paz” (Art. 3). El proyecto simplemente enunciaba los actos que podían ser calificados como tales⁹⁸, pero sin especificar cuáles concretamente debía ejecutar el beneficiario para que se decretara la suspensión definitiva de la pena.

Este proyecto fue objeto de duras críticas principalmente por parte de organizaciones de derechos humanos y de víctimas que veían en él una puerta directa hacia la impunidad. En virtud de esto el Gobierno retiró el proyecto y presentó uno nuevo que se convertiría en la Ley 975 de 2005 el cual, a diferencia del proyecto de alternatividad penal, contemplaba una pena de 5 a 8 años de prisión por las conductas que no pudieran ser objeto de amnistía o indulto en virtud de la Ley 782 de 2002, cuya aplicación el Gobierno había pretendido extender a los paramilitares desmovilizados. El nuevo proyecto contemplaba además que el desmovilizado debía confesar los delitos cometidos y reconocía los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, aunque no preveía mecanismos efectivos para garantizarlos.

La Corte Constitucional profirió la sentencia C-370 de 2006 que introdujo varias modificaciones a la Ley 975 de 2005. En términos generales, este fallo de la Corte admitió que en aras de alcanzar la paz la imposición de una pena ostensiblemente reducida para crímenes tan graves era válida, pero procuró que la generosa concesión punitiva fuera equilibrada con mecanismos efectivos para garantizar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. En este sentido, la Corte adoptó decisiones tendientes a fortalecer la obligación del desmovilizado de realizar una confesión plena y veraz de todos los delitos cometidos para poder acceder y mantener el beneficio de la pena alternativa; a ampliar las posibilidades de la Fiscalía de realizar una investigación más efectiva para verificar lo confesado por el desmovilizado y determinar otros hechos que no hayan sido objeto de confesión; y a eliminar las restricciones que limitaban el derecho de las víctimas a acceder a una reparación integral. Igualmente, la Corte

96 Proyecto de ley estatutaria No. 85 de 2003-Senado.

97 El artículo 11 del proyecto de ley establecía las siguientes: “a) La inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas; b) La inhabilitación para el acceso a cargos de elección popular; c) La prohibición del derecho a la tenencia y/o porte de armas; d) La privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos; e) La expulsión del territorio nacional para los extranjeros; f) La prohibición de aproximarse a las víctimas o comunicarse con ellas; g) La restricción geográfica de la libertad.

98 El artículo 6° del proyecto de ley enumeraba los siguientes: “a) La reparación a las víctimas, de conformidad con los mecanismos establecidos en la ley; b) La realización de trabajo social a favor de la recuperación de las víctimas; c) La colaboración activa y efectiva con instituciones que se dediquen al trabajo social por la recuperación de las víctimas; d) El aporte de bienes a instituciones que se dediquen al trabajo social por la recuperación de las víctimas; e) La entrega de bienes al Estado para la reparación de las víctimas. Para este efecto créase el Fondo de Reparación. El Gobierno Nacional reglamentará la organización y funciones del Fondo; f) La manifestación pública de arrepentimiento; h) La colaboración eficaz al esclarecimiento de los hechos ocurridos con ocasión del conflicto; i) El aporte de información que contribuya eficazmente a la desarticulación de grupos organizados al margen de la ley”.

señaló que el tiempo pasado por los desmovilizados en las zonas de concentración “no constitu[ía] pena en cuanto no comporta la imposición coercitiva de la restricción de derechos fundamentales”⁹⁹ y declaró también la inexecutable de la disposición que abría la puerta para que la privación de la libertad se efectuara en establecimientos distintos de los administrados por el INPEC.¹⁰⁰ De este modo, resulta claro que según la jurisprudencia de la Corte se debe imponer una dosis de castigo efectivo y que este debe implicar privación de la libertad en un establecimiento penitenciario.

Por su parte, una revisión de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en relación con el proceso de justicia y paz permite constatar la constante alusión a los estándares internacionales de derechos humanos y a la idea de que la Ley 975 debe ser interpretada y aplicada bajo la teleología de la protección y garantía de los derechos de las víctimas¹⁰¹. Es reiterativa la idea de que “las autoridades colombianas deben observar no solo la normatividad interna sino aquella integrada en el bloque de constitucionalidad y las decisiones proferidas por organismos internacionales, tales como el Comité de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”¹⁰². Y es recurrente también la alusión al Estatuto de Roma como fuente normativa que debe ser tomada en cuenta al momento de calificar las conductas que están siendo juzgadas. Así por ejemplo, la Corte Suprema ha dicho que:

*para efectos de calificar los crímenes atroces cometidos contra la población civil por los grupos armados al margen de la ley, dentro del contexto de los llamados crímenes de lesa humanidad, debido a que se trata de una variedad de delitos de graves violaciones a los derechos humanos, que fueron tipificados en la legislación nacional bajo títulos que consagran bienes jurídicos tradicionales, los operadores jurídicos deberán remitirse al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional para fijar su contexto, en concreto, a su artículo 7º, concordándolo con las normas del Código Penal nacional que castigan tales comportamientos*¹⁰³.

La entronización en el ámbito judicial de las exigencias de verdad, justicia y reparación a la luz de los estándares internacionales es una realidad que se ha hecho evidente

99 Ibid., fundamento 6.2.3.3.4.6.

100 El artículo declarado inexecutable decía: “Artículo 30. Establecimientos de reclusión. El Gobierno Nacional determinará el establecimiento de reclusión donde debe cumplirse la pena efectiva. // Los establecimientos de reclusión deben reunir condiciones de seguridad y austeridad propios de los establecimientos administrados por el Inpec. // La pena podrá cumplirse en el exterior”.

101 “[...] ha de advertirse que la Ley 975/05 está gobernada por una específica filosofía que ofrece como ingredientes teleológicos la búsqueda de verdad, justicia y reparación, valorados a su vez como verdaderos derechos que tienen como destinatarios de primer orden a las víctimas, de donde se colige que toda valoración y aplicación de la normatividad que integra el esquema de la mencionada ley ha de interpretarse en dirección a la protección de aquellas”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 30442 del 3 de octubre de 2008, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

102 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 31539 del 31 de julio de 2009, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

103 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 32022 del 21 de septiembre de 2009, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

en el proceso de paz con los paramilitares y marca una clara diferencia con el nivel de compromiso de los jueces con tales exigencia veinte años atrás. Sin embargo, pese al claro arraigo de este discurso en las altas esferas judiciales, y pese a los esfuerzos que en este ámbito se han realizado para adecuar el marco normativo de la Ley 975 a dichas exigencias, muchas son las dudas que se han cernido sobre la efectividad del proceso de desmovilización a la luz de esas mismas exigencias.

La gran debilidad que desde un principio fue señalada principalmente por diversas organizaciones de derechos humanos y de víctimas era la del carácter puramente residual del procedimiento previsto en la Ley 975, en la medida en que este únicamente fue previsto para aquellos desmovilizados que tuvieran procesos penales abiertos por delitos que no podían ser objeto de los beneficios previstos en la Ley 418 de 1997 (Ley 782 de 2002). En este sentido, los paramilitares que al momento de desmovilizarse no tenían investigaciones abiertas o sobre los cuales cursaban procesos por el delito de concierto para delinquir resultaban beneficiados con resolución inhibitoria o cesación de procedimiento, sin que el acceso a tales beneficios estuviera condicionado, por lo menos, a la obligación de aportar información para garantizar el derecho a la verdad. En el informe del Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado -MOVICE- sobre el proceso de justicia y paz presentado en el 2009, se advirtió que el 89.72% de los desmovilizados no habían sido incluidos en el procedimiento de la Ley 975¹⁰⁴, a lo cual se sumaba el hecho de que “de los 3.751 postulados a la Ley 975, solo 698 desmovilizados [estaban] siendo efectivamente procesados por los delitos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia a los grupos armados ilegales, lo que equivale a un 15,83% del número total de postulados”¹⁰⁵.

En vista de que la inmensa mayoría de desmovilizados habían sido beneficiados con medidas de extinción de la acción penal sin más condición que la de desmovilizarse, fue presentada ante la Corte Constitucional una demanda que alegaba la inconstitucionalidad de la aplicación del principio de oportunidad a los desmovilizados que no tuvieran procesos abiertos por graves violaciones a los derechos humanos. La decisión adoptada por la Corte Constitucional ha provocado un nuevo giro del proceso de justicia y paz, que tiene además importantes repercusiones en lo que respecta a la aplicación de la Ley 418 de 1997 en el caso de una eventual desmovilización colectiva de los grupos guerrilleros, tal como lo veremos en el siguiente apartado.

c. La aplicación del principio de oportunidad en el proceso con los paramilitares y sus repercusiones sobre la concesión de amnistías e indultos incondicionados por delitos políticos

Ante la incertidumbre jurídica abierta por la decisión de la Corte Suprema en el sentido de que los paramilitares no podían ser considerados como delincuentes políticos y por tanto no podían ser beneficiados con las medidas de amnistía e indulto previstas en la Ley

104 Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado et. al (2009). Sin justicia y sin paz. Verdad fragmentada y reparación ausente, p. 28, disponible en http://www.movimientodevictimas.org/index.php?option=com_content&task=view&id=482&Itemid=55. Los datos presentados en este informe son calculados a partir de las cifras de la Policía Nacional, el Programa de Atención Humanitaria al Desmovilizado y la Oficina del Alto Comisionado para la Paz.

105 *Ibíd.* p. 35

418 de 1997 (tal como fue modificada por ley 782 de 2002), el principio de oportunidad emergió como la tabla de salvación para resolver la situación jurídica de cerca de 19.000 paramilitares desmovilizados que no habían alcanzado a ser beneficiados con la resolución inhibitoria o cesación de procedimiento prevista en la referida ley.¹⁰⁶ Así, la Ley 1312 de 2009, que modificó el principio de oportunidad, estableció que este podría ser aplicado frente a los desmovilizados de grupos armados organizados al margen de la ley que no hubieran sido postulados para el procedimiento de la Ley 975, por los delitos de pertenencia a la organización criminal, utilización ilegal de uniformes e insignias y porte ilegal de armas y municiones¹⁰⁷.

La extensión del principio de oportunidad para resolver la situación de los paramilitares no postulados a la Ley 975 fue objeto de fuertes críticas por parte de organizaciones de víctimas y de derechos humanos, como lo fue también en un principio la concesión a aquellos de los beneficios establecidos para los delincuentes políticos. Así, en su informe sobre el proceso de justicia y paz, el Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado (MOVICE) señaló que la aplicación del principio de oportunidad en estos casos “hac[ía] imposible el derecho de participación de las víctimas en la exigencia de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral”¹⁰⁸. En efecto, la única exigencia que se imponía al desmovilizado para que fuera aplicado en su favor el principio de oportunidad era firmar una declaración bajo la gravedad del juramento en la que afirmara no haber cometido un delito diferente al de pertenencia a la organización criminal, utilización ilegal de uniformes e insignias y porte ilegal de armas y municiones.

Pero recientemente, mediante la sentencia C-936 de 2010, la Corte declaró inexecutable tal causal de aplicación del principio de oportunidad. En el comunicado de prensa de la sentencia C-936 de 2010¹⁰⁹, la Corte advierte las siguientes razones como sustento de su decisión: (i) el precepto acusado no se inscribe dentro de un marco de justicia transicional en el que es admisible la flexibilización de ciertos principios, sino que “*en esencia se trata de una adición al proceso que se aplica para impartir justicia ordinaria, que de manera injustificada introduce un trato privilegiado a un grupo de destinatarios*

106 El principio de oportunidad fue establecido en el Acto Legislativo 03 de 2002 que fijó las bases constitucionales para la adopción e implementación del sistema penal acusatorio, y regulado en la Ley 906 de 2004. Se trata de una institución procesal en virtud de la cual la Fiscalía, bajo la supervisión del juez de control de garantías, puede renunciar, interrumpir o suspender la persecución penal en los casos expresamente previstos en la ley.

107 Ley 906 de 2004, “Artículo 324 modificado por la Ley 1312 de 2009. Causales. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos: [...] 17. Al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley que en los términos de la normatividad vigente haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad, siempre que no haya sido postulado por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la Ley 975 de 2005 y no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal, que para efectos de esta ley incluye la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones.//Para los efectos de este numeral, el fiscal presentará la solicitud para la celebración de audiencias individuales o colectivas para la aplicación del principio de oportunidad.// Extiéndase esta causal a situaciones ocurridas a partir de la vigencia del Acto Legislativo número 3 de 2002. Para la aplicación de esta causal, el desmovilizado deberá firmar una declaración bajo la gravedad de juramento en la que afirme no haber cometido un delito diferente a los establecidos en esta causal, so pena de perder el beneficio dispuesto en este artículo de conformidad con el Código Penal”.

108 Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado et. al (2009). Ob. cit. p. 33

109 Hasta la fecha de redacción de este documento, la Corte Constitucional no había publicado el texto completo de la sentencia C-936 de 2010.

de la acción penal”¹¹⁰; (ii) la norma demandada no respeta los límites constitucionales para la aplicación del principio de oportunidad por cuanto vulnera el postulado del orden justo, así como la dignidad y los derechos de las víctimas “*habida cuenta que establece una renuncia unilateral a investigar, sin que de otro lado se introduzca requisitos que satisfagan las exigencias de justicia, de verdad o de reparación*”; (iii) la norma es ambigua en cuanto a los destinatarios y en relación con las condiciones para su aplicación; (iv) la renuncia a la persecución penal no está fundada en este caso en ninguno de los criterios en las que esta debe fundarse, a saber, insignificancia, interés de la víctima, formas alternativas de satisfacción de intereses colectivos y colaboración con la justicia; y (v) abre un escenario de impunidad frente a posibles perpetradores de violaciones de derechos humanos.

En vista de que la decisión de la Corte dejó nuevamente en un limbo jurídico a miles de paramilitares desmovilizados que quedaron por fuera del procedimiento previsto en la Ley 975 de 2005, el 29 de noviembre de 2010 –siete días después de que la Corte publicara el comunicado que anunciaba el sentido del fallo–, el Gobierno presentó un proyecto de ley con el objeto de definir la ruta jurídica para hacer frente a la situación de esos miles de desmovilizados que con la decisión de la Corte quedaron *ad portas* de una judicialización por la vía ordinaria. Un mes después, fue expedida la Ley 1424 de 2010¹¹¹, la cual dispuso la aplicación del beneficio de suspensión condicional de la ejecución de la pena a los desmovilizados que hubieren incurrido únicamente en los delitos de concierto para delinquir simple o agravado, utilización ilegal de uniformes e insignias, utilización ilícita de equipos transmisores o receptores, y porte ilegal de armas de fuego o municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas o de defensa personal, como consecuencia de su pertenencia a grupos armados organizados al margen de la ley.

Como requisitos para acceder a ese beneficio, la Ley dispuso los siguientes:

1. *Haber suscrito el Acuerdo de Contribución a la verdad y la Reparación, así como estar vinculado al proceso de reintegración social y económica dispuesto por el Gobierno Nacional y estar cumpliendo su ruta de reintegración o haber culminado satisfactoriamente dicho proceso.*
2. *Ejecutar actividades de servicio social con las comunidades que los acojan en el marco del proceso de reintegración ofrecido por el Gobierno Nacional.*
3. *Reparar integralmente los daños ocasionados con los delitos por los cuales fue condenado dentro del marco de la presente ley, a menos que se demuestre que está en imposibilidad económica de hacerlo.*
4. *No haber sido condenado por delitos dolosos cometidos con posterioridad a la fecha en que haya sido certificada su desmovilización.*
5. *Observar buena conducta en el marco del proceso de reintegración (Ley 1424 de 2010, Art. 7)*

110 Corte Constitucional, Comunicado N° 59, Noviembre 23 de 2010.

111 “Por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones”.

En virtud del Acuerdo de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación, dispuesto para ser suscrito entre el Gobierno Nacional y los desmovilizados, estos últimos se deben comprometer “con el proceso de reintegración a la sociedad y con la contribución al esclarecimiento de la conformación de los grupos organizados al margen de la ley a los que se refiere la presente ley, el contexto general de su participación, y todos los hechos o actuaciones de que tengan conocimiento en razón de su pertenencia” (Ley 1424 de 2010, Art. 3º). Según esta ley, la recolección, sistematización y preservación de la información que surja en el marco del Acuerdo se realizará a través de un “mecanismo no judicial de contribución a la verdad, la memoria histórica y la reparación” (Art. 4º). Igualmente se establece que la información no podrá ser utilizada como prueba en un proceso judicial ni en contra de quien suscribe el Acuerdo, ni en contra de terceros (Art. 4º).

La constitucionalidad de este último aspecto resulta discutible pues aunque no impide ni la investigación, ni la judicialización de las personas que según las declaraciones puedan estar comprometidas en graves violaciones a los derechos humanos, la prohibición de la utilización como prueba judicial de la información que surja de tales declaraciones puede conducir en la práctica a la impunidad en aquellos casos en que no sea posible acopiar otro material probatorio.¹¹² Sin embargo, este riesgo de un margen de impunidad al parecer resulta inevitable si lo que se pretende es que los desmovilizados hagan una contribución efectiva al proceso de construcción de la verdad histórica pues esta depende, en buena medida, de la existencia de incentivos como el previsto por la norma. No debe olvidarse que esta norma está dirigida a los desmovilizados frente a los cuales no hay ni investigaciones ni condenas por graves violaciones a los derechos humanos. Este es un hecho que no debe ser pasado por alto al momento de evaluar los incentivos previstos para que estos desmovilizados efectivamente proporcionen información valiosa. Se trata por supuesto de un asunto bastante problemático atravesado por una paradoja pues entre mayores sean las exigencias en términos de justicia en este caso concreto, menores serán los aportes a la verdad; y entre más se flexibilicen los parámetros de justicia, crecen las probabilidades de que los aportes a la verdad sean mayores.

Ahora bien, al margen de la discusión sobre la constitucionalidad y conveniencia de las previsiones de la Ley 1424, lo que interesa ante todo resaltar en esta ocasión son los efectos de la decisión adoptada por la Corte en relación con el principio de oportunidad, así como de los posteriores pronunciamientos que eventualmente profiera en relación con la Ley 1424. Estas decisiones serán relevantes frente a un eventual proceso de negociación con las guerrillas pese a que, a diferencia de lo sucedido con los paramilitares, no se precisaría de la aplicación del principio de oportunidad pues para los guerrilleros operarían los beneficios de amnistía e indulto previstos en la Ley 418. Aún así, la decisión de la Corte sobre la inconstitucionalidad de la causal de aplicación del principio de oportunidad es determinante en este aspecto en la medida en que una de las razones de esta decisión, a

112 Durante la redacción de este documento, tres organizaciones de derechos humanos presentaron una demanda de inconstitucionalidad en contra de la Ley 1424 de 2010. Uno de los cargos se dirigió precisamente contra la prohibición de utilizar la información como prueba en un proceso judicial. A juicio de los demandantes, de este modo “el Estado está renunciando a su obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos” (Informe de prensa disponible en <http://www.colectivodeabogados.org/Hoy-se-radicara-demanda-de>, consultada el 15 de marzo de 2011).

saber, que la procedencia de la causal no se condicionaba a la satisfacción de ciertas exigencias de justicia, verdad y reparación, puede igualmente plantearse frente a las amnistías e indultos incondicionados previstos en la Ley 418.

En efecto, los únicos requisitos que establece la Ley 418 de 1997 para acceder a los beneficios de amnistía o indulto son los de estar siendo procesado o haber sido condenado por delito político y haber mostrado voluntad de reintegrarse a la vida civil. Igualmente, la única condición para que el beneficio no sea revocado es no cometer delito doloso dentro del término que dure el proceso de reintegración (Art. 63). No hay pues ninguna exigencia en términos de contribución a la verdad. Y a nivel de reparación tampoco se establece ninguna obligación; solo se dispone que los beneficios “no comprenden la responsabilidad que los favorecidos tengan respecto de particulares”, razón por la cual “la acción civil podrá intentarse con posterioridad ante la jurisdicción civil ordinaria” (Art. 64).

Pese a las diferencias que existen entre los grupos paramilitares y los guerrilleros, así como entre el concierto para delinquir agravado y la rebelión, ambos grupos han cometido graves violaciones a los derechos humanos. Y en materia de víctimas, no hay ninguna distinción posible. La naturaleza del grupo, así como el móvil de la conducta son datos irrelevantes en relación con las exigencias de verdad, justicia y reparación frente a esas graves violaciones. En este sentido, los beneficios incondicionados previstos en la ley 418 resultan ahora bastante discutibles a la luz de los parámetros definidos por la Corte Constitucional con ocasión del proceso con los paramilitares.

2.2. La Corte Penal Internacional y su eventual impacto en un proceso de paz con las guerrillas

Mediante la Ley 742 de 2002 Colombia aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) que empezó a regir en noviembre de 2002. A partir de esa fecha la CPI adquirió la competencia respecto del crimen de genocidio¹¹³ y los crímenes de lesa humanidad¹¹⁴, pero solo a partir de noviembre de 2009 la adquirió respecto de

113 “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ‘genocidio’ cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; // b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; // c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; // d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; // e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo” (Art. 6º, Estatuto de Roma)

114 “1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ‘crimen de lesa humanidad’ cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; // b) Exterminio; // c) Esclavitud; // d) Deportación o traslado forzoso de población; // e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; // f) Tortura; // g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; // h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; // i) Desaparición forzada de personas; // j) El crimen de apartheid; // k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. [...]” (Art. 7º, Estatuto de Roma).

los crímenes de guerra¹¹⁵ pues el gobierno de Andrés Pastrana, con el ánimo de no entorpecer la posibilidad de llegar a un acuerdo de paz con las guerrillas, introdujo una salvaguarda que difirió por siete años la competencia de la CPI frente a dichos crímenes. De acuerdo con esto, la CPI podrá investigar, procesar y condenar a los colombianos responsables de crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos con posterioridad a noviembre de 2002, y de crímenes de guerra cometidos después de noviembre de 2009.

La competencia de la CPI se define de conformidad con el principio de complementariedad (art. 17, 18, 19 y 20 ER) según el cual aquella solo se activa ante la incapacidad de las jurisdicciones nacionales para realizar los procesos penales correspondientes, o ante la falta de disposición para hacerlo. En relación con el primero de estos presupuestos, el Estatuto de Roma dispone que “a fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de carecer de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de

115 Tratándose de conflicto armado interno, el Estatuto de Roma define los siguientes como crímenes de guerra: “1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. // 2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por ‘crímenes de guerra’: [...] c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa: i) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura; // ii) Los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; //iii) La toma de rehenes; //iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido, con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables; // [...] e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades; ii) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios y contra el personal que utilicen los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional; iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados; iv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares; v) Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto; vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7º, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra; vii) Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades; viii) Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas; ix) Matar o herir a traición a un combatiente adversario; x) Declarar que no se dará cuartel; xi) Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud; xii) Destruir o apoderarse de bienes de un adversario, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo; [...]” (Art. 8, Estatuto de Roma).

llevar a cabo el juicio”¹¹⁶(Art. 17, num. 3º). De conformidad con esto, la competencia de la CPI se activará en caso de que el Estado colombiano no pueda realmente llevar a cabo los procesos ante la existencia evidente de impedimentos objetivos a tal labor.

Respecto del segundo presupuesto, el Estatuto contempla tres criterios para determinar la falta de disposición del Estado, todos los cuales aplican en aquellos eventos en los que hay procesos penales en curso o procesos ya concluidos. El primero es que las actuaciones nacionales se adelanten o hayan adelantado con el propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal. El segundo es que exista una demora injustificada en el proceso. Y el tercero, que las actuaciones no sean adelantadas de manera independiente e imparcial, ni sean compatibles con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia (Art. 17, num 2º).

Sin embargo, el cumplimiento de cualquiera de los anteriores presupuestos frente a un caso que revista la gravedad suficiente no determina indefectiblemente la activación de la competencia de la CPI, tal es así por cuanto el Estatuto de Roma consagra la posibilidad de que el fiscal califique como inadmisibile un caso, incluso si satisface todas las condiciones de admisibilidad establecidas en el artículo 7º. Así lo dispone el artículo 53 que autoriza al Fiscal para desistir de una investigación si “existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia”, esta posibilidad reviste particular importancia para determinar qué papel podría jugar la CPI frente a altos mandos militares o políticos que hayan sido beneficiados con amnistías o indultos como resultado de un proceso de paz.

Resulta fuera de duda que las leyes de amnistía que no prevén investigación de lo sucedido (las llamadas amnistías amnésicas) activan la competencia de la CPI por cuanto hay una inacción de las autoridades nacionales. Sin embargo, no existe absoluta claridad en lo que respecta a las llamadas amnistías responsabilizantes. Para Héctor Olásolo, por ejemplo, las leyes que condicionan la concesión de la amnistía a la colaboración de los potenciales beneficiarios en el esclarecimiento de las conductas objeto de perdón y a la efectiva investigación por parte de las autoridades nacionales constituyen inicialmente causales de inadmisibilidad ante la CPI, siempre y cuando no se aprecie falta de disposición o de capacidad de las autoridades encargadas de adelantar tales investigaciones. Sin embargo, la causal de inadmisibilidad desaparece una vez finalizada la investigación sin que como resultado de la misma haya lugar a un enjuiciamiento¹¹⁷. Por el contrario, Kai Ambos¹¹⁸ estima que frente a este tipo de amnistías ni siquiera se activaría la jurisdicción de la CPI una vez concluido el mandato de investigación y las autoridades nacionales decidan no iniciar ninguna acción penal, por cuanto tal evento encuadraría en la siguiente causal de inadmisibilidad dispuesta en el Estatuto: “[e]l asunto haya sido objeto de

116 El Gobierno Nacional, con fundamento en el fallo C-578 de 2002 sobre la ley aprobatoria del Estatuto, efectuó la siguiente declaración al presentar el instrumento de ratificación el 5 de agosto de 2002: “en relación con el parágrafo tercero del artículo 17 del Estatuto, Colombia declara que la palabra ‘otras razones’ utilizada en el pasaje en cuestión para determinar si hay incapacidad del Estado para llevar a cabo la investigación o el juicio, se refiere a la ausencia evidente de condiciones objetivas necesarias para adelantar, en forma adecuada, la investigación o el juicio”.

117 Olásolo Alonso, Héctor (2009). *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas; Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, p. 99

118 *Ibíd.* p. 104.

investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no iniciar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo” (Art. 17, num 1, lit. b ER). Ante esta incertidumbre, la capacidad de decisión del fiscal de la CPI es determinante, pues bien podría establecer que tratándose de amnistías responsabilizantes “una investigación no redundaría en interés de la justicia”.¹¹⁹ Cosa diferente sucede con la concesión de indultos. Dado que estos se otorgan una vez ha concluido el proceso de investigación y juzgamiento, y una vez existe una sentencia condenatoria, los casos indultados quedan por fuera del ámbito de aplicación del principio de complementariedad en virtud de la figura de la cosa juzgada (Art. 20, num. 3º, ER). En tales eventos, únicamente se activaría la competencia de la CPI si el proceso adelantado en contra de quien posteriormente es indultado se hizo con el propósito de sustraerlo de su responsabilidad penal o no fue instruido en forma independiente, imparcial o compatible con la intención de someterlo a la acción de la justicia.

Ahora bien, en su corto período de existencia, la competencia de la CPI se ha activado en la mayoría de los casos a petición de Estados que reconocen su incapacidad para investigar, procesar y perseguir a los responsables. Así, de las cuatro investigaciones abiertas en la actualidad ante la CPI, solo la de Sudán-Darfur, que fue remitida por el Consejo de Seguridad de la ONU, no cuenta con el aprobación del Estado en cuestión pues la investigación compromete, además de un jefe paramilitar y de un líder de una organización rebelde, al actual presidente de Sudán, Omar Hassan Ahmad Al Bashir y a un ex-ministro.¹²⁰

119 Así por ejemplo, Catalina Botero señala que pese a la inexistencia de precedentes sobre la materia, razonablemente podría estimarse que el fiscal de la CPI haría uso de tal atribución si se dan las siguientes condiciones: “(1) que la decisión de no castigar penalmente a los responsables sea una decisión plenamente democrática que ha tenido notables efectos para la consecución de la paz; (2) que las violaciones cometidas hayan salido a la luz pública; que se hubiere reconocido plenamente la responsabilidad criminal de las personas vinculadas; que se hubieren producido actos genuinos de arrepentimiento aparejados de sanciones –incluso morales o simbólicas– efectivas; y, finalmente, que se hubieren investigado ampliamente los hechos y reconstruido la verdad; (3) que se demuestre la existencia de sistemas de reparación integral a las víctimas, diseñados y puestos en práctica con la amplia y efectiva participación de las víctimas y a los que hubieren concurrido de manera notoria, los bienes y recursos de los responsables; (4) que se hubieren producido reformas institucionales integrales para garantizar la no-repetición y la prevención efectiva de las violaciones cometidas”. Botero, Catalina. “Documento de recomendaciones sobre el proyecto de ley estatutaria No. 85 de 2003-Senado, denominado ‘de alternatividad penal’”, disponible en: www.indepaz.org.co/.../151_Articulo%20alternatividad%20UV.doc.

120 Las otras tres situaciones bajo investigación de la CPI son las siguientes: República Democrática del Congo (RDC): el gobierno de transición de la RDC solicitó en 2004 la intervención de la CPI alegando que las autoridades nacionales no estaban en condiciones de adelantar las respectivas investigaciones, ni de perseguir a los responsables. En esta situación hay tres casos abiertos en contra de altos mandos militares y políticos de organizaciones armadas involucradas en el conflicto del Congo y que son acusados de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Los que se encuentran en el estado procesal más avanzado son el caso contra Thomas Lubanga, presidente desde el 2002 de la agrupación política “Unión de Patriotas Congoleños” y comandante en jefe de su brazo armado “Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo”, sobre quien ya pesa decisión de confirmación de cargos por el crimen de utilización de menores para participar activamente en las hostilidades; y el caso contra Germain Katanga, comandante de las Fuerzas de Resistencia Patriótica en Ituri (FRPI), y Mathieu Ngudjolo Chui, antiguo líder del Frente de Nacionalistas e Integracionistas, sobre quienes también hay decisión de confirmación de cargos por tres crímenes de lesa humanidad (homicidio, esclavitud sexual y violación) y siete crímenes de guerra (utilización de menores para participar activamente en las hostilidades, ataque a la

De otra parte, aunque todos los casos investigados por la CPI son importantes para comprender las líneas de orientación del trabajo de esta y su eventual impacto en un proceso de paz en Colombia con las guerrillas, existe un caso que reviste particular relevancia por cuanto la intervención de la CPI se está dando en medio de un proceso de negociación entre un Estado con un grupo insurgente. Se trata del caso de Uganda en el que la CPI abrió investigación y dictó órdenes judiciales de arresto en contra de Joseph Cony, máximo líder de la organización insurgente Lord's Resistance Army (LRA) y contra cuatro altos comandantes de la misma.

A partir de 1998 el gobierno ugandés y el LRA tuvieron sus primeros acercamientos para intentar una salida negociada al conflicto. Como un gesto de buena disposición para avanzar en el proceso, en el año 2000 se aprobó una ley de amnistía que cobijaba todo acto criminal cometido en el marco de las actividades del LRA, y cuya única condición era no incurrir en nuevos actos de violencia. Sin embargo, en diciembre de 2003, en medio de los altibajos del proceso y seguramente como una forma de presión política, el Presidente ugandés Yoweri Museveni, sin calcular los costos futuros de su decisión, refirió formalmente la situación del Norte de Uganda a la CPI. En octubre de 2005 la CPI presentó una acusación contra cinco altos mandos del LRA por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra y autorizó su arresto y extradición a la Haya para iniciar el juicio, sin que hasta la fecha se haya logrado su comparecencia. Estas órdenes de arresto de la CPI pasaron a convertirse en una espada de damocles pendiente sobre el proceso ugandés cuando en el año 2006 se abrió una nueva ronda de negociaciones entre el gobierno ugandés y el LRA en las que se firmó un acuerdo de cese al fuego. En esta oportunidad el presidente Museveni ofreció varias garantías al líder del LRA, entre ellas la de no someterlo a un proceso judicial y protegerlo de cualquier posible persecución internacional. Después de 19 meses de negociaciones, en febrero de 2008 las partes llegaron a un acuerdo en el que se establecía que los crímenes cometidos por los rebeldes durante la guerra y que no fueron cubiertos por la amnistía aprobada ocho años atrás, serían procesados por una división especial de la Corte Suprema de Uganda que se crearía para tal efecto. Sin embargo, a partir de esa fecha el proceso se paralizó pues en las fechas previstas para la firma del acuerdo Joseph Kony no llegó.¹²¹

población civil, homicidio intencional, destrucción de propiedad, saqueo, esclavitud sexual y violación).

República Centroafricana. En esta situación existe un solo caso en contra de Jean Pierre Bemba Gombo, Comandante en jefe del Movimiento de Liberación del Congo (MLC) que era uno de los partidos en el gobierno de transición del Congo instalado en 2003 y en el cual el procesado fungió como vicepresidente. Es procesado por tres crímenes de lesa humanidad (tortura, violación y asesinato) y cinco crímenes de guerra (violación, asesinato, tortura, actos atroces contra la dignidad personal y saqueo). Se acusa de cometer estos crímenes con el envío de tropas a la República Centroafricana para apoyar al Presidente de ese país en un conflicto bélico dado entre octubre de 2002 y marzo de 2003. El 15 de junio de 2009 la SPC (Pre trial chamber II) confirmó los cargos.

Uganda: en 2003 el Presidente de Uganda solicitó investigación al Fiscal de la CPI. En la actualidad hay órdenes judiciales de arresto contra cuatro miembros del Lord's Resistance Army (LRA), grupo guerrillero que actúa en el norte del país y que surgió en la década de los noventa bajo la consigna de proteger al pueblo nativo Acholi de un legado de abuso y discriminación por parte del gobierno de Uganda.

Cabe mencionar que en noviembre de 2009 el fiscal de la CPI solicitó autorización para abrir investigación sobre la situación de Kenia, que estaba bajo análisis preliminar por la violencia post-electoral ocurrida entre 2007 y 2008. Esta es la primera vez que el fiscal intenta abrir una investigación por iniciativa propia. Sin embargo, aunque el caso no fue referido a la CPI por el Estado de Kenia, las autoridades gubernamentales han estado apoyando la labor de la CPI. De hecho, la apertura de la investigación se dio por la imposibilidad del gobierno de Kenia de iniciar los enjuiciamientos en septiembre de 2009, fecha que había sido acordada con el fiscal de la CPI.

121 La descripción sobre el proceso ugandés ha sido reconstruida a partir de los siguientes trabajos: Pensky, Max

En medio de la ausencia de un acuerdo final de paz y del retorno de las hostilidades, el proceso ante la CPI ha continuado su marcha convirtiéndose en una de las principales amenazas para las negociaciones. El Presidente ugandés ha pretendido que la CPI eche para atrás las decisiones adoptadas, pero en varias ocasiones el fiscal de la CPI ha afirmado que Uganda tiene la obligación de ejecutar las órdenes de arresto y que la comunidad internacional tiene el deber de asistir los esfuerzos de la Corte. Ha sostenido incluso que “las negociaciones que actualmente tienen lugar son parcialmente el resultado de la presión proveniente de las órdenes de arresto de la CPI”¹²² y que “el mejor modo de detener el conflicto y restaurar la seguridad en la región es arrestar a los altos líderes [del LRA]”¹²³.

El caso ugandés pone en evidencia el papel determinante que puede jugar la CPI en la definición de un proceso de paz de carácter interno. En primer lugar, es claro que los gobiernos pueden pretender utilizar a la CPI como un medio de amenaza y de presión política sobre los insurgentes, tal como lo hizo el presidente Museveni. Sin embargo, también resulta claro que lo más probable es que la CPI no se someta a los vaivenes de la política interna, así que, tal como sucedió en el caso ugandés, su presencia puede terminar convirtiéndose en un bumerán para los gobiernos. Aunque la CPI carece prácticamente de poder coercitivo para hacer efectivas sus decisiones, las vicisitudes del proceso de negociación entre el gobierno ugandés y el LRA, especialmente el giro desde la promesa de amnistía general hecho en el 2006 hacia el acuerdo de 2008 que prevé un juicio por parte de una sala especial de la Corte Suprema de Uganda, demuestran la capacidad de presión de la CPI sobre los procesos de paz internos, hasta el punto de provocar su redireccionamiento o, incluso, de conducir a su colapso.

El último aspecto que reviste particular importancia para comprender la incidencia de la CPI en un eventual proceso de paz con las guerrillas es el atinente a la responsabilidad penal de los altos mandos militares y políticos de las organizaciones ilegales armadas. La Fiscalía de la CPI y la Sala de Cuestiones Preliminares han señalado que la CPI se ocupará de procesar a los líderes políticos y militares que están detrás de la planificación y ejecución de los crímenes de competencia de la Corte. Y de hecho los procesos que actualmente están siendo adelantados ante la CPI están dirigidos en contra de altos mandos de organizaciones armadas ilegales y contra líderes políticos.

Esta situación, aunada a decisiones como la adoptada por la Corte Suprema de Justicia en 2007 frente a la masacre de Machuca, y a la paulatina recepción en nuestro medio de la teoría de la responsabilidad en aparatos organizados de poder¹²⁴, hacen muy difícil pensar

(2008). “Amnesty on trial: impunity, accountability, and the norms of international law”, en *Ethics & Global Politics*, Vol. 1, No. 1-2, 2008. DOI: 10.3402/egp.v1i1.1816, disponible en <http://www.ethicsandglobalpolitics.net/index.php/egp/article/viewArticle/1816>, pp. 1-40. Arbia, Silvana (2009). Uganda-from referral to review conference, Lecture by the Grotius Centre for International Legal Studies on 13 May 2009 in the framework of the Supranational Criminal Law Lecture Series in cooperation with the Coalition for the International Criminal Court and the TMC Asser Institute, disponible en <http://www.grotiuscentre.org/.../SCL%20Series%20Sylvania%20Arbia%20Uganda%20Situation.pdf>.

122 Declaración del Fiscal Luis Moreno-Ocampo, ICC-OTP-20060706-146, disponible en http://www.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200204/press%20releases/statement%20by%20prosecutor%20luis%20moreno_ocampo

123 *Ibíd.*

124 La teoría de la responsabilidad penal en aparatos organizados de poder fue formulada por Claus Roxin principalmente como una respuesta desde la dogmática penal a los problemas de imputación de responsabilidad en materia de delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos. El principal elemento de esta teoría es que en los aparatos

en un proceso de paz en el que los altos mandos de las guerrillas no sean condenados por delitos que hacen parte del itinerario de estas organizaciones como lo son el secuestro y el reclutamiento de menores. En efecto, aunque la Corte Suprema no ha aplicado la tesis de la autoría mediata en aparatos organizados de poder –que sin embargo ha sido recibida por un sector de la doctrina penal en Colombia y por la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía¹²⁵–, su jurisprudencia reciente es clara en lo que respecta a la atribución de responsabilidad penal frente a los altos mandos de las organizaciones armadas.

Una de las sentencias más importantes que sobre este tema ha proferido la Corte fue aquella en la que condenó a los miembros del Comando Central del ELN por la detonación de una carga explosiva en el Oleoducto Cuisiana- Coveñas que realizó la Compañía Cimarrones del ELN el 18 de octubre de 1998 y que desató un incendio en el corregimiento Machuca causando la muerte de 84 personas y heridas a 30 personas. En este caso la Corte Suprema revocó parcialmente la decisión adoptada por el Tribunal Superior de Antioquia que había condenado a los miembros del Comando Central únicamente por el delito de rebelión a una pena de seis años de prisión¹²⁶. En su lugar, la Corte decidió condenarlos a cuarenta años de prisión por los delitos de homicidio simple, lesiones personales, rebelión y terrorismo. La Corte, a diferencia del Tribunal de Antioquia, estimó que los miembros del Comando Central eran coautores de todos los delitos indicados por cuanto, en tanto líderes de la organización que realizó la voladura del oleoducto, hicieron un aporte para la comisión de tales delitos. Así, dijo la Corte:

[...] un entendimiento equivocado de esa temática, llevó al Tribunal Superior a concluir erróneamente que los integrantes del Comando Central del ELN son responsables únicamente por trazar “políticas” de ataques terroristas a la infraestructura petrolera, pero no así de las voladuras concretas de los oleoductos, que, serían atribuibles sólo a sus ejecutores. Y tal conclusión es

organizados de poder, v.gr. el Estado, los autores materiales de los delitos son fungibles pues bien pueden ser sustituidos por otros miembros de la organización. Por su parte, los líderes de estos aparatos de poder son autores mediatos de los delitos que cometen sus miembros por cuanto aquellos, en virtud de su capacidad de mando, tienen el poder de disponer sobre la ejecución de los delitos y tienen por tanto el dominio del hecho. Una explicación completa de esta teoría y de su aplicación en Colombia puede verse en: Reyes Cuartas, José Fernando (2004). “La autoría mediata con aparatos organizados de poder”, en Revista de Derecho Penal y Criminología N° 75, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 135 y ss.

125 Al respecto ver: Observatorio Internacional DDR-Ley de Justicia y Paz (2009). Segundo Informe Noviembre de 2009, Centro Internacional de Toledo para la Paz – CITpax, p. 76

126 El Tribunal Superior de Antioquia a su vez había revocado parcialmente la decisión del Juez de Primera Instancia que inicialmente había condenado a los miembros del Comando Central del ELN por los delitos de homicidio simple, lesiones personales, rebelión y terrorismo, al estimar que la responsabilidad penal por lo sucedido en el corregimiento de Machuca se hacía extensiva a la cúpula del ELN. Las razones de la decisión del juez de primera instancia son resumidas así por la Corte Suprema: “i) la voladura de oleoductos estaba dentro del plan de acción promovido por el Comando Central del Ejército de Liberación Nacional (COCE), con lo cual pretendían evitar que el petróleo ‘se lo llevaran los gringos’; ii) el ELN tiene su propia estructura, jerarquía y organigrama, dentro del cual los comandantes dan las órdenes con fuerza vinculante que los militantes deben acatar; iii) la previsibilidad de los resultados, por el conocimiento de la volatilidad del hidrocarburo y el conocimiento de la región; iv) los integrantes del COCE difundieron un comunicado de prensa donde reivindicaban el atentado –pero atribuían el gran incendio a las Fuerzas Militares de Colombia– y una entrevista concedida por NICOLÁS RODRÍGUEZ BAUTISTA, el 11 de noviembre de 1998 al noticiero de televisión ‘En Vivo’, donde ratifica el compromiso de la compañía ‘Cimarrones’”. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, proceso no 23825, MP. Javier Zapata Ortiz, 7 de marzo de 2007.

*incorrecta, porque parte de suponer que los directivos del grupo armado ilegal se limitan a trazar líneas de pensamiento político, como si ignorase que tales directrices también son de acción delictiva; y que para su materialización consiguen recursos, los administran, los adjudican a los planes operativos concretos y asignan prioridades a las gestiones de ataque al “enemigo” o simplemente para el adoctrinamiento o la supervivencia cotidiana del grupo*¹²⁷.

Hay pues una línea en la jurisprudencia y la dogmática nacional que, bien a través de la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, o bien de la teoría de la coautoría impropia, propugna por la atribución de responsabilidad penal a los altos líderes de organizaciones como las guerrillas y las autodefensas, línea esta que encuadra muy bien con los parámetros de persecución de la CPI.

De conformidad con lo anterior, resulta claro que un proceso de paz que no contemple la investigación y condena en contra de altos mandos de las guerrillas por crímenes de lesa humanidad cometidos con posterioridad a noviembre de 2002 y por crímenes de guerra cometidos después de noviembre de 2009, activará la competencia de la CPI. Esto puede determinar la reorientación del proceso o conducir a su colapso, tal como lo muestra lo acontecido hasta ahora en Uganda. Sin embargo, en virtud del consenso doctrinal y jurisprudencial en torno a la responsabilidad penal de los altos mandos de los grupos armados organizados al margen de la ley frente a los delitos cometidos directamente por sus subordinados en el marco de la organización, es muy posible que al momento de realizarse un proceso de paz con los grupos guerrilleros existan ya múltiples condenas por dichos crímenes –como la que obra en contra de la cúpula del ELN por la masacre de Machuca–, de tal modo que una gran parte del debate girará en torno a la posibilidad de conceder indultos o prever mecanismos alternativos para la ejecución de la pena. En tal evento, difícilmente se activaría la competencia de la CPI pues sería necesario determinar que los procesos penales fueron instruidos con el propósito de sustraer a los enjuiciados de su responsabilidad penal, o que no se respetaron las garantías de independencia e imparcialidad. Bajo tales circunstancias, la amenaza de intervención de la CPI no estaría en condiciones de someter el eventual proceso de paz a la situación de riesgo que claramente se generaría con la previsión de una amnistía que evitara el juzgamiento por crímenes internacionales.

127 Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, proceso no 23825.



Foto: Manuel Chacón

CONCLUSIONES

Durante los gobiernos de Álvaro Uribe se abogó en repetidas ocasiones por derogar los beneficios penales de la Ley 418. Según el ex Comisionado de Paz Luis Carlos Restrepo, esto resultaba necesario para no “alentar confusiones en torno a la posibilidad de perdonar conductas tipificadas como delitos de lesa humanidad”¹²⁸. Sin embargo, difícilmente podría pensarse que el mantenimiento de los indultos y amnistías para los delitos políticos y conexos alentaría, hoy o en un futuro, confusiones de tal tipo, esto por tres razones fundamentales. La primera, porque tal como lo mostramos en la primera parte de este texto, en las dos últimas décadas la jurisprudencia de la Corte Suprema ha delimitado claramente las conductas que no pueden ser subsumidas en el delito político, ni tampoco ser consideradas como conexas a esta. De hecho, si alguna confusión persiste en la jurisprudencia es la atinente a la delimitación entre actos propios de las hostilidades que resultan válidos a la luz del DIH y actos de terrorismo, lo cual no abriría la posibilidad de “perdonar conductas tipificadas como delitos de lesa humanidad”, sino, por el contrario, de negar el perdón a conductas que encajan en el DIH.

La segunda es que la presión internacional en relación con el respeto de los derechos humanos es cada vez mayor. La responsabilidad internacional de los Estados de sancionar las graves violaciones a los derechos humanos, así como la creación y puesta en marcha de la Corte Penal Internacional constituyen factores que ineludiblemente han de ser considerados tanto en el diseño como en la implementación de normas jurídicas tendientes a la reincorporación de grupos guerrilleros y que, en el contexto específico de la aplicación judicial de los beneficios, seguramente desalentará las posibles confusiones temidas por el ex Comisionado.

Y tercero, durante del proceso de desmovilización de los paramilitares la permeabilidad de la justicia ordinaria a los estándares internacionales de derechos humanos se ha hecho evidente y todo apunta a pensar que se trata de una tendencia que se irá fortaleciendo progresivamente.

128 Restrepo, Luis Carlos. Camino jurídico aplicable a los procesos de paz y desmovilización (Ponencia presentada en el Congreso de la República el 9 de octubre de 2008 en el marco de un foro organizado por la Comisión de Paz de la Cámara de Representantes), disponible en: http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/web/noticias/2008/octubre/documentos/PONENCIA_FORO_COMISIONDEPAZ.pdf.

El reclamo por la derogación de los beneficios de la Ley 418 era, más que la expresión de preocupación genuina por el respeto de los derechos humanos, el correlato de la negación del delito político en la que tanto insistió el gobierno anterior. Según esta perspectiva, no había que pensar en amnistías e indultos, no porque fueran inviables jurídicamente, sino porque no existían delitos políticos a los que pudieran ser aplicados. El delito político pervivía en la Constitución únicamente como una pieza de arqueología jurídica, o como un seguro frente a una remota e improbable tiranía. Por eso la insistencia en equiparar la rebelión con el concierto para delinquir, así como en diluir las diferencias entre paramilitares y guerrilleros, con gran ignorancia o deliberada tergiversación de la jurisprudencia de la Corte Suprema en la que claramente se ha señalado que esos dos delitos son excluyentes y que la pertenencia a una organización guerrillera encuadra en la rebelión, no en el concierto para delinquir¹²⁹, y que el reconocimiento como delincuentes políticos opera para los guerrilleros, no así para los paramilitares¹³⁰.

Ahora bien, pese a los intentos de acabar tanto con la categoría del delito político como con los respectivos beneficios previstos para este, tanto en la jurisprudencia como en la ley estos conservan su vigencia. Tal como se mostró en el primer apartado, pese al evidente impacto que en materia de punitiva tuvo la sentencia C-456 de 1997, en la jurisprudencia penal la categoría del delito político, así como su comprensión a partir del marco del DIH, continúan operando. Igualmente, los beneficios de amnistía e indulto previstos en la Ley 418 de 1997 fueron prorrogados.

La permanencia de estas categorías tiene relevancia con miras a un eventual proceso de negociación con las guerrillas. Pese a que, en términos prácticos, no hay diferencia entre conceder una amnistía y aplicar el principio de oportunidad en los términos que fue previsto para los paramilitares pues en ambos casos la consecuencia es la extinción de la acción penal, la discusión cobra sentido con miras a pensar en escenarios reales de paz con los grupos guerrilleros. En efecto, lo que se pone en juego en tal escenario no es simplemente la resolución de la situación jurídica de un conjunto de desmovilizados –que puede ser resuelta con los mismos efectos a través de la amnistía o a través del principio de oportunidad– sino la apertura de caminos que conduzcan a

129 Dijo al respecto el ex Comisionado de Paz: Al desmovilizado que entrega sus armas, no le interesa tanto el indulto o la amnistía que le permite mantener sus derechos políticos, como la certeza de obtener una extinción de la pena, una libertad condicional o una pena de prisión reducida. Por tal motivo, no es imprescindible aplicar el modelo consignado en la Ley 1106 de 2006, por lo que podemos explorar modelos alternativos. Dicha discusión se torna más necesaria después de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, al considerar que la pertenencia a un grupo armado organizado al margen de la ley debe tipificarse como concierto para delinquir agravado, y que dicha pertenencia obliga a la autoridad judicial a investigar la posible comisión de otros delitos con ocasión de haberse concertado para delinquir dentro de una organización responsable de crímenes atroces. Tal concepto, aplicable en principio, según la Corte, a los miembros de las autodefensas, es extensible también a los miembros de los grupos guerrilleros, pues tan criminal es una organización como la otra” *Ibidem*.

130 Aunque es claro que tan político es alzarse en armas con la pretensión de derrocar el gobierno o hacer la revolución, como hacerlo con el propósito de defender el orden económico y político existente, la restricción del reconocimiento del carácter de delincuente político únicamente en el primer evento tiene sentido en la medida en que, tal como lo ha señalado Rodrigo Uprimny, “la calificación de delincuente político no deriva únicamente de la motivación política del actor”. Siguiendo el planteamiento de Uprimny, el reconocimiento del carácter político de un delincuente, que implica la concesión de beneficios como la no extradición, la ausencia de inhabilidades para participar en política y la posibilidad de amnistía o indulto, se ha reservado en Colombia a los que enfrentan el Estado con el uso de las armas, es decir, a los enemigos políticos. Pero lo que en el caso de la guerrilla comporta un gesto liberal de reconocimiento del disidente, en el caso de los paramilitares, que no se enfrentan al Estado, deviene en un sospechoso gesto de connivencia.

un proceso de reconstrucción social y política. Y ciertamente el primer signo de tal apertura es reconocer la situación de exclusión social y política que está a la base del surgimiento de los grupos guerrilleros, lo cual necesariamente pasa por reconocer a los integrantes de estos grupos el carácter de delincuentes políticos.

Sin embargo, por otra parte, ese reconocimiento no implica una diferencia radical en lo que respecta al tratamiento jurídico de los desmovilizados de los distintos grupos. En ambos casos las restricciones internacionales a las que se hizo alusión en este texto operan con independencia de la naturaleza del grupo desmovilizado. En el mismo sentido, las restricciones internas que se derivan de la jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia penal que se han ido consolidando con ocasión del proceso de justicia y paz con los paramilitares, deben ser ineludiblemente consideradas en un eventual proceso de negociación con las guerrillas. Desde esta perspectiva, las vicisitudes del proceso de justicia y paz con los paramilitares repercutirán en un proceso con los guerrilleros. De hecho, ya en el ámbito interno se ha dispuesto que la Ley 975 de 2005 sea el marco jurídico para la judicialización de los guerrilleros desmovilizados que no pueden ser válidamente beneficiados con amnistía o indulto.

Pero además de esto, el debate abierto recientemente en relación con lo que se debe hacer con los desmovilizados que no tienen investigaciones ni condenas por delitos que constituyan graves violaciones a los derechos humanos también tiene una enorme resonancia para el caso de los guerrilleros. En efecto, el modelo de beneficios incondicionados previsto en la ley 418 de 1997 demuestra ahora su fragilidad de cara a los parámetros establecidos recientemente por la jurisprudencia constitucional. De conformidad con esto, es preciso pensar en modelos alternativos que incluyan beneficios para aquellos guerrilleros que no han cometido graves violaciones a los derechos humanos, sin que esto conduzca a que las exigencias de verdad y reparación recaigan únicamente sobre un grupo reducido de los desmovilizados.

Tanto el derecho internacional como el derecho interno han ido consolidando unos estándares que cada vez delimitan más el ámbito de las posibilidades jurídicas en el marco de procesos de justicia transicional. De hecho, con la experiencia reciente en el proceso de los paramilitares, el derecho interno resulta incluso más exigente que el internacional. En efecto, aspectos en los que aún subsisten algunas dudas a nivel del derecho internacional, como la concesión de indultos o de subrogados penales a la tropa en algunos casos de graves violaciones a los derechos humanos, o como la imposición de castigos distintos de la privación de la libertad en prisiones, en el derecho interno ya han sido decantados en contra de tales opciones.

En todo caso, estas perspectivas jurídicas deben ser vistas como un punto de partida para la discusión sobre las alternativas para un eventual proceso de negociación con las guerrillas, y no como un punto de clausura. Sin perder de vista los límites jurídicos, desde los más marcados hasta los más difusos, queda aún pendiente la discusión acerca de la viabilidad y conveniencia de un modelo como el que prefiguran estos límites. Y pese a las restricciones, queda aún un escenario para continuar pensando creativamente en alternativas que logren atender los diferentes valores e intereses que están en juego.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilera, Mario. “Amnistías e indultos, siglos XIX y XX”, en Revista Credencial Historia No. 137, Bogotá, mayo 2001.
- Aponte, Alejandro (1990). Cómo matar a la justicia en la tarea de defenderla: Estatuto para la defensa de la justicia, en Análisis Político, num. 11, septiembre – diciembre. _____ (2006). Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo, Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Arbia, Silvana (2009). Uganda-from referral to review conference, Lecture by the Grotius Centre for International Legal Studies on 13 May 2009 in the framework of the Supranational Criminal Law Lecture Series in cooperation with the Coalition for the International Criminal Court and the TMC Asser Institute, disponible en <http://www.grotiuscentre.org/.../SCL%20Series%20Sylvana%20Arbia%20Uganda%20Situation.pdf>.
- Botero, Catalina (2003). “Documento de recomendaciones sobre el proyecto de ley estatutaria No. 85 de 2003-Senado, denominado ‘de alternatividad penal’”, disponible en: www.indepaz.org.co/.../151_Articulo%20alternatividad%20UV.doc.
- Botero Campuzano, Libardo (comp.) (2007) Crímenes Altruistas. Las razones del Presidente Uirbe para abolir el delito político en Colombia, Centro de Pensamiento Primero Colombia.
- Comisión de la Verdad sobre los hechos del Palacio de Justicia (2009). Informe final, disponible en: <http://www.verdadpalacio.org.co/>.
- García, Mauricio (2001). Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957 – 1997, en Boaventura de Sousa, Santos y García, Mauricio (dirs). El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia, Bogotá: Uniandes, Siglo del Hombre, Colciencias, CES.
- Gómez Muller, Alfredo (2008). La reconstrucción de Colombia: escritos políticos, Medellín: La Carreta Editores.
- Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado et. al (2009). Sin justicia y sin paz. Verdad fragmentada y reparación ausente, disponible en http://www.movimientodevictimas.org/index.php?option=com_content&task=view&id=482&Itemid=55.
- Observatorio Internacional DDR-Ley de Justicia y Paz (2009). Segundo Informe Noviembre de 2009, Centro Internacional de Toledo para la Paz – CITpax
- Olásolo Alonso, Héctor (2009). Ensayos sobre la Corte Penal Internacional, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas; Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
- Orozco, Iván (2005). “Reflexiones impertinentes: sobre la memoria y el olvido, sobre el castigo y la clemencia”, en Rettberg, Angélica (de) Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional, Bogotá: Ediciones Uniandes. Disponible

en: http://www.idrc.ca/es/ev-83747-201-1-DO_TOPIC.html._____ (2006).
Combatientes, Rebeldes y Terroristas. Guerra y Derecho en Colombia, Bogotá:
Editorial Temis, 2ª edición.

- Pensky, Max (2008). “Amnesty on trial: impunity, accountability, and the norms of international law”, en *Ethics & Global Politics*, Vol. 1, No. 1-2, 2008. DOI: 10.3402/egp.v1i1.1816, disponible en <http://www.ethicsandglobalpolitics.net/index.php/egp/article/viewArticle/1816>.
- Restrepo, Luis Carlos (2008). Camino jurídico aplicable a los procesos de paz y desmovilización (Ponencia presentada en el Congreso de la República el 9 de octubre de 2008 en el marco de un foro organizado por la Comisión de Paz de la Cámara de Representantes), disponible en: http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/web/noticias/2008/octubre/documentos/PONENCIA_FORO_COMISIONDEPAZ.pdf.
- Reyes Cuartas, José Fernando (2004). “La autoría mediata con aparatos organizados de poder”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* N° 75, Bogotá; Universidad Externado de Colombia.
- Sánchez, María Martina (2009). *El delito político en la jurisprudencia de la sala de casación de penal de la Corte Suprema de Justicia a partir de 1997: La incidencia de los hechos cometido en combate en su configuración*, tesis presentada para optar al título de magíster en derecho en la Universidad Nacional de Colombia.
- Slye, Ronald C. (2002). The Legitimacy of Amnesties Under International Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible? 43 *Va.J. Int’l L.* 173.
- Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report, Volume Six, 2003, disponible en: <http://www.info.gov.za/otherdocs/2003/trc/>
- Uprimny, Rodrigo y Saffon, María Paula (2005). “Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades”, en Rettberg, Angélica (de) *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá: Ediciones Uniandes. Disponible en: http://www.idrc.ca/es/ev-83747-201-1-DO_TOPIC.html.

INSTRUMENTOS Y DECISIONES INTERNACIONALES

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 36-96 caso 10.843_Chile.
- Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas (2005), Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.
- Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2005) Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, 61a., E/CN.4/RES/2005/35.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros c. el Perú). Sentencia del 14 de marzo de 2001, serie C, N° 75
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia

de 29 de julio de 1988, (Ser. C) No. 4.

- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2009), Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Amnistías, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra.

DECISIONES JUDICIALES NACIONALES

- Corte Constitucional.
- Sentencia C-392 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- Sentencia C-456 de 1997, M.P: Jorge Arango Mejía y Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Comunicado N° 59, Noviembre 23 de 2010.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal.
- Casación 98910 de febrero de 1983, M.P. Manuel Gaona Cruz.
- Sentencia del 4 de octubre de 1988, M.P. Jorge Carreño Luengas.
- Auto 12051 del 25 de septiembre de 1996, M.P: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego.
- Casación 11346 del 2 de diciembre de 1998, M.P. Fernando Arboleda Ripoll.
- Casación 11837 del 4 de febrero de 1999, M.P: Fernando Arboleda Ripoll.
- Casación 12661 del 27 de mayo de 1999, M.P: Nilson E. Pinilla Pinilla.
- Casación 13433 del 27 de agosto de 1999, M.P: Jorge E. Córdoba Poveda.
- Casación 21343 del 10 de septiembre de 2003, MP: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.
- Casación 13952 del 12 de noviembre de 2003, M.P: Yesid Ramírez Bastidas.
- Casación 21025 del 19 de agosto de 2004, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.
- Casación 23893 del 26 de enero de 2006, MP. Mauro Solarte Portilla.
- Casación 21330 del 15 de febrero de 2006, M.P: Edgar Lombana Trujillo.
- Casación. 19434 del 21 de mayo de 2002, M.P: Jorge Aníbal Gómez Gallego.
- Casación 25931 del 5 de diciembre de 2007, M.P: María Del Rosario González De Lemos.
- Casación 23825 del 7 de marzo de 2007, MP. Javier Zapata Ortiz.
- Casación 30442 del 3 de octubre de 2008, M.P. Alfredo Gómez Quintero.
- Casación 31539 del 31 de julio de 2009, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.
- Casación 32022 del 21 de septiembre de 2009, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

OTROS

- Hoy se radicará demanda de inconstitucionalidad contra la Ley de Justicia Transicional, que concede beneficios jurídicos a los desmovilizados, informe de prensa disponible en <http://www.colectivodeabogados.org/hoy-se-radicara-demanda-de>, consultada el 15 de marzo de 2011
- Declaración del Fiscal Luis Moreno-Ocampo, ICC-OTP-20060706-146, disponible en http://www.iccpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200204/press%20releases/statement%20by%20prosecutor%20luis%20moreno_ocampo



PLANETA PAZ

Sectores Sociales
Populares para
la Paz de Colombia

Calle 30A N. 6-22 oficina 2701
PBX (0571) 3402300
Bogotá, Colombia.
www.planetapaz.org
planetap@planetapaz.org