



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

Tendencias en la judicialización de las guerrillas entre 1990 y 2010 y perspectivas jurídicas frente a un proceso de paz

LUZ MARÍA SÁNCHEZ DUQUE

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Santa Fé de Bogotá, Colombia

2011

Tendencias en la judicialización de las guerrillas entre 1990 y 2010 y perspectivas jurídicas frente a un proceso de paz

LUZ MARÍA SÁNCHEZ DUQUE

Trabajo de grado para optar por el título de:
Magister en Derecho

Director:
Ph.D. Leopoldo Múnera Ruíz

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Santa Fé de Bogotá, Colombia

2011

Resumen

La tesis se refiere a los retos jurídicos que tendrían que ser afrontados en un eventual proceso de paz con los grupos subversivos en Colombia, a partir de dos elementos: el análisis de las tendencias en la judicialización de guerrilleros entre 1990 y 2010, y la sistematización de los estándares internacionales y nacionales sobre amnistías e indultos. La tesis argumenta que los retos jurídicos se derivan de dos factores: (i) el modo como se juzgue a los guerrilleros antes de un proceso de paz, y (ii) los estándares jurisprudenciales establecidos en relación con el proceso adelantado con los paramilitares. Sobre el primero, se indica que aunque en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia existe una tendencia favorable de cara a un eventual proceso con las guerrillas, que es el uso del derecho internacional humanitario, en el último lustro ha tomado fuerza una corriente que limita el alcance de figuras como la amnistía y el indulto, a partir del debilitamiento del delito político y de una cuestionable aplicación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional. Respecto al segundo, se advierte que las mayores exigencias jurídicas para un proceso de paz se derivan de la jurisprudencia de las altas cortes nacionales, que se han inclinado por las interpretaciones más restrictivas de los estándares internacionales en relación con la concesión de beneficios jurídicos a los desmovilizados en contextos de justicia transicional.

Palabras clave: proceso de paz, guerrillas, delito político, justicia transicional, amnistía, indulto.

Abstract

The thesis explores the legal challenges to be addressed in a future peace process with rebel groups in Colombia, by using two elements: an analysis of trends in the prosecution of guerrilla members between 1990 and 2010, and the systematization of international and national standards on amnesties and pardons. The thesis argues that those legal challenges may be triggered by two factors: (i) the manner in which the rebels are to be prosecuted in an eventual peace process, and (ii) the legal standards set forth by the Colombian High Courts in the on-going prosecution process of paramilitaries. First, it is stated that although there has been a favorable trend in the Supreme Court jurisprudence towards a possible peace process with the guerrillas based on the application of international humanitarian law, in the last five years, a different view has emerged limiting the scope of amnesties and pardons, based on an arguable interpretation of the political crime and the application of international human rights and international criminal law. Regarding the latter, it is noted that the major legal requirements for a peace process come from the domestic High Courts jurisprudence, which have favored more restrictive interpretations of international standards on the granting of legal benefits to the demobilized in the context of transitional justice.

Keywords: peace process, guerrillas, political crime, transitional justice, amnesty, pardon.

Contenido

	Pág.
Resumen	V
Lista de tablas	X
Introducción	1
1. Variaciones en el tratamiento jurídico del conflicto armado en Colombia.....	7
1.1 El contexto global: del derecho de guerra al régimen antiterrorista	8
1.1.1 De combatientes a delincuentes: apuntes sobre la criminalización de la guerra en el Siglo XX	8
1.1.2 La lucha antiterrorista.....	12
1.2 El tratamiento jurídico del conflicto armado interno en Colombia desde la década de los ochentas hasta el 2010	24
1.2.1 El estado de sitio: su imperio, su restricción y su legado.....	26
1.2.2 La política de seguridad democrática: del conflicto armado interno a la amenaza terrorista	33
1.2.3 El delito político en cuestión.....	38
2. Tendencias en la judicialización de miembros de organizaciones guerrilleras entre 1990 y 2010.....	53
2.1 El marco normativo	54
2.2 Delito político, DIH y terrorismo	60
2.3 La línea movediza entre el delito político y el delito común: de la rebelión al concierto para delinquir agravado	72
3. Perspectivas jurídicas frente a un eventual proceso de paz con los grupos guerrilleros	89
3.1 AMNISTÍAS, INDULTOS Y RESPONSABILIDAD PENAL EN EL MARCO DE PROCESOS DE PAZ	91
3.1.1 Los estándares internacionales.....	97
3.1.2 La Corte Penal Internacional y su eventual impacto en un proceso de paz con las guerrillas.....	111
3.2 EL MARCO JURÍDICO INTERNO PARA PROCESOS DE TRANSICIÓN ...	120
4. Conclusiones.....	133
Bibliografía	137

Lista de cuadros

	Pág.
Cuadro 3-1: Estatutos de amnistía e indulto para grupos guerrilleros	91

Introducción

“Si se piensa solo en el mundo de las víctimas, la justicia no será posible”

Jorge Giraldo Ramírez

Cuando el proyecto de investigación que dio origen a esta tesis de maestría se estaba gestando, hablar de solución negociada del conflicto era prácticamente una herejía. Primero, porque el gobierno de Álvaro Uribe, que regía en esa época, había declarado que conflicto armado en Colombia no existía; y segundo, porque se había extendido la idea de que la partida de defunción de ese conflicto inexistente vendría con la victoria militar del Estado, no con un acuerdo de paz. Por eso, investigar acerca de las tendencias en la judicialización de los grupos guerrilleros en las dos últimas décadas, con miras a una reflexión sobre las condiciones jurídicas para su eventual desmovilización en un proceso de paz, parecía prácticamente un despropósito. Resultaba tan inútil como sospechoso.

Sin embargo, esa condena a quienes osaran pensar en la paz en el contexto de la euforia de la guerra resultaba paradójica, pues al mismo tiempo se estaba adelantando un proceso de paz con uno de los actores de ese conflicto armado innumerable. Y este proceso con los grupos paramilitares ha puesto en evidencia algo importante: la centralidad que hoy tiene el derecho, y muy especialmente las decisiones judiciales, en la definición de las condiciones de un proceso de este tipo, hasta el punto que de este puede depender el fracaso o éxito de la negociación. Así lo demuestra el hecho de que las decisiones judiciales adoptadas tanto por la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia han marcado la ruta jurídica del proceso de paz con los paramilitares.

Y esto es algo inusitado en Colombia. Si bien en las desmovilizaciones colectivas de grupos guerrilleros llevadas a cabo en los ochentas y noventas existían límites jurídicos

cuya salvaguarda radicaba en últimas en los jueces, los cuales tenían la facultad de resolver sobre la procedencia de la concesión de beneficios en casos concretos, lo cierto es que su papel no fue tan decisivo como para provocar la reorientación de las negociaciones de paz. Basta como ilustración esta sola evidencia: en 1992, luego de la desmovilización del M-19, un Juzgado de Orden Público ordenó la reapertura del proceso penal en el que se había concedido el beneficio de amnistía a los altos mandos de este grupo por la Toma del Palacio de Justicia. Dos meses después, se promulgó una ley con un artículo único que echó para atrás la decisión del juez, con lo cual se cerró nuevamente, de un plumazo, el proceso.

Este trabajo tiene como punto de partida una premisa que corresponde a una convicción jurídico-política, a saber, que la desaparición de los grupos guerrilleros en Colombia debe ser el resultado de un proceso de negociación que permita la reincorporación de los excombatientes, impida la repetición de los graves crímenes cometidos en el marco de una guerra completamente degradada y sea justa con las víctimas que esta ha guerra dejado a su paso. Con esta convicción en mente, y teniendo claro esa centralidad del derecho en los procesos de paz, me propuse la tarea de pensar en las condiciones jurídicas de cara a un eventual proceso de desmovilización colectiva de los grupos guerrilleros, pero limitada a una cuestión específica, a saber, la concesión de amnistías e indultos y su respectiva contraparte, la imposición de penas por los delitos cometidos durante la guerra.

Para abordar el tema de las perspectivas jurídicas para un proceso de tal naturaleza resultaba necesario no solo especificar los estándares internacionales y nacionales que en materia de justicia se han consolidado en los últimos decenios y en Colombia especialmente en el último lustro, sino rastrear la lógica con la que había operado en los últimos años la judicialización de los guerrilleros. Solo de este modo sería posible captar las especificidades de los retos jurídicos que tendrían que ser afrontados en un eventual proceso de paz con los grupos subversivos.

El resultado de la investigación es sin embargo modesto de cara a la magnitud de la tarea. En primer lugar, su vocación es más descriptiva que propositiva. El trabajo se concentra en dar cuenta de algunas tendencias en las dos últimas décadas en materia de judicialización de las guerrillas, así como de mostrar en qué está la cuestión jurídica en lo

que atañe a los estándares de judicialización en procesos de transición. Obviamente las descripciones no están exentas de valoraciones críticas. Y es tal vez en esas valoraciones en donde se pueden rastrear los mayores elementos propositivos. Pero en todo caso, el aporte fundamental del trabajo es mostrar cómo están las cosas, con el propósito de ofrecer elementos para la discusión sobre lo qué se puede y lo qué se debería hacer.

En segundo lugar, el resultado es modesto porque la descripción solo alcanza a dar cuenta de algunas de las líneas del abigarrado conjunto que es el tratamiento judicial del conflicto armado en Colombia, el cual refleja a su vez el complejo entramado del conflicto mismo. Las tendencias que alcanzan a mostrarse corresponden al estudio de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la década de los noventas y de la primera mitad del siglo XXI, con miras a advertir dos cuestiones claves: el lugar del derecho internacional humanitario en el análisis jurídico de los delitos cometidos por los guerrilleros en el marco de la guerra, y la vigencia –o no– de la categoría de delito político. Algunas cuestiones como la judicialización en zonas en donde los grupos guerrilleros llegaron a tener un grado considerable de penetración en la vida social, o la criminalización por rebelión de activistas sociales y opositores políticos no son abordadas en este trabajo, pese a su importancia. Su estudio amerita un trabajo independiente que espero poder realizar como una necesaria continuación de este primer resultado investigativo.

El trabajo está dividido en tres capítulos. El primero presenta una visión panorámica sobre las variaciones en el tratamiento jurídico del conflicto armado en Colombia. Consciente de que tales variaciones se inscriben en un marco más general sobre el tratamiento jurídico de las guerras, en la primera parte del capítulo me concentro en exponer los rasgos más prominentes de este fenómeno en el contexto global. Paso luego al caso colombiano, el cual abordo en tres apartados. En el primero describo las líneas generales del tratamiento del conflicto durante la larga vigencia del estado de excepción en Colombia en la segunda mitad del siglo XX e identifico los trazos de su legado en la legislación. En el segundo me ocupo de la política de seguridad democrática de los dos gobiernos de Álvaro Uribe Vélez en relación con el combate a la subversión. Y en el tercero me dedico a la cuestión específica del delito político, explorando su genealogía y

dando cuenta de su progresivo arrinconamiento. Finalizo este último apartado con una defensa del delito político en Colombia.

En el segundo capítulo me adentro en las tendencias en la judicialización de los guerrilleros a partir del estudio de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de las dos últimas décadas, procurando contrastarlas con los elementos de contexto planteados en el primero. Este capítulo está compuesto de tres partes. La primera presenta el multiforme marco jurídico penal que define, a grandes rasgos, la criminalización de la subversión. La segunda describe las tendencias jurisprudenciales en la evaluación de las conductas cometidas por los guerrilleros en la guerra. Y la tercera expone la jurisprudencia sobre la relación entre el delito político y el delito común.

En el tercer capítulo me ocupo de las perspectivas jurídicas frente a un eventual proceso de paz con las guerrillas. La primera sección del capítulo se refiere a los estándares internacionales en materia de concesión de amnistías e indultos en procesos de transición, así como al posible impacto de la Corte Penal Internacional. La segunda sección se ocupa del marco jurídico interno, para lo cual describo los mecanismos que a la fecha se encuentran vigentes, relato algunos de los pormenores del proceso de desmovilización de los grupos paramilitares y proyecto sus implicaciones futuras frente a un proceso de tal naturaleza con los grupos guerrilleros.

Finalizo con unas breves conclusiones en las que presento una síntesis de los planteamientos centrales de cada capítulo y advierto sus mutuas interrelaciones, resaltando a partir de esto las restricciones y obstáculos jurídicos que deben ser tenidos en cuenta para la construcción de un marco normativo frente a un eventual proceso de paz con los grupos guerrilleros.

Mientras escribía estos capítulos varios acontecimientos transformaron el escenario en el cual este proyecto de investigación surgió. Por un lado, luego de ocho años del insistente discurso de negación de la existencia de un conflicto armado interno en Colombia, el ahora presidente Juan Manuel Santos reconoció sin titubeos esta existencia en la Ley de Víctimas. Por otro lado, el 12 de septiembre de 2011, cuando estaba dando las últimas puntadas a este texto, el presidente de la Comisión de Paz del Senado presentó un proyecto de acto legislativo denominado Marco Legal para la Paz, con el cual, según se

indica en el mismo proyecto, se “abre la puerta para que el legislador diseñe en su momento las medidas que sean necesarias para fomentar la dejación de las armas por parte de los grupos guerrilleros y su reintegración a la vida social y política de la Nación”. Aunque el conflicto armado continúa y no se avizoran perspectivas concretas de negociación en el futuro inmediato, sí existe por lo menos un cambio de tono que me anima a pensar –tal vez con el deseo– que esta investigación no resulta inútil.

1. Variaciones en el tratamiento jurídico del conflicto armado en Colombia

El objeto del presente capítulo es ilustrar los cambios fundamentales que se dieron en el siglo XX respecto al tratamiento jurídico de la guerra en Colombia, mostrando su conexión con las variaciones dadas en este mismo tema en el ámbito global. De este modo se pretende ofrecer un marco contextual y teórico que encuadre la comprensión de las tendencias en la judicialización de los guerrilleros durante las dos últimas décadas, tópico del cual me ocupo en el siguiente capítulo.

Para desarrollar el objetivo propuesto, en la primera sección del capítulo presento los rasgos generales de las variaciones en el tratamiento jurídico de la guerra en el contexto global, describiendo el tránsito que operó desde una concepción político-militar, a una concepción criminal, que finalmente culminó en la ocupación del campo de la guerra por la lógica de la lucha antiterrorista. En la segunda sección, expongo cómo en el caso colombiano se dio un tránsito similar. Para dar cuenta de esta variación, en primer lugar describo el modo en que en la década de los ochentas, durante la vigencia del estado de excepción, se empezó a consolidar un paradigma antiterrorista para el tratamiento del conflicto que, pese al cambio que comportó la adopción de la Constitución de 1991, dejó su legado en la legislación nacional. En segundo lugar, me refiero a la política de seguridad democrática de los dos gobiernos de Álvaro Uribe Vélez, uno de cuyos ejes articuladores fue precisamente la sustitución de la noción de conflicto armado interno por la de amenaza terrorista. En último lugar, me refiero al progresivo declive de la figura del delito político y finalizo con una defensa de este para el caso colombiano.

1.1 El contexto global: del derecho de guerra al régimen antiterrorista

Durante el siglo XX, concretamente después de la primera guerra mundial, se dan dos variaciones fundamentales en el modo de regular las guerras: la primera es el tránsito de un enfoque predominantemente político en el tratamiento de los combatientes a uno punitivo, aspecto que no es sino la expresión del creciente fenómeno de criminalización de la guerra; la segunda, es el encuadramiento de dicha criminalización –con especial intensidad a partir de los atentados del 11 de septiembre– en la lógica de la lucha antiterrorista.

Ambos fenómenos se encuentran estrechamente conectados. Así, mientras el primero da cuenta de la conversión progresiva del enemigo político-militar en delincuente; el segundo define una modalidad particular para el tratamiento jurídico-penal de este. La conjunción de la criminalización de los combatientes y la lógica de la lucha antiterrorista define en sus términos más generales el contexto global en el cual se enmarcan las variaciones del tratamiento jurídico del conflicto en Colombia. En este sentido, la identificación de los rasgos centrales de las tendencias globales aporta a la comprensión de las lógicas en las que se inscribe el caso colombiano, a la vez que permite captar su propia especificidad.

En las secciones subsiguientes me ocuparé entonces de explicar las características básicas de las dos variaciones señaladas, para concentrarme luego, en el segundo apartado, en el caso colombiano.

1.1.1 De combatientes a delincuentes: apuntes sobre la criminalización de la guerra en el Siglo XX

El fenómeno de la criminalización de la guerra empieza a tomar forma en el derecho internacional público a comienzos del siglo XX con el Tratado de Versalles (1919), en el cual se responsabilizó a Alemania y a sus aliados por los daños infligidos durante la guerra; el Convenio de la Liga de Naciones (1919) que dispuso la creación de una Corte Permanente de Justicia facultada para sancionar a los Estados responsables de

agresión; y el Pacto Briand-Kellog (1928), en el cual se condenó la guerra como medio para la solución de las controversias internacionales. Posteriormente, en la Carta de las Naciones Unidas de 1945, se proscribió el uso de la fuerza en el manejo de las relaciones internacionales y se estableció que los Estados miembros de la ONU arreglarían sus “controversias internacionales por medios pacíficos”.

Esta prohibición jurídica de la guerra marcó una ruptura frente al derecho internacional clásico (*ius publicum europaeum*), que había regido los conflictos armados interestatales entre los siglos XVII y XIX. Su principio medular era el reconocimiento de la soberanía de cada Estado, la cual comportaba, a nivel interno, el monopolio de la violencia, y a nivel interestatal, la facultad de emprender la guerra (*ius ad bellum*). Bajo este modelo, la confrontación bélica entre Estados era vista como una suerte de duelo entre “*iustus hostis*”; de ahí que la función del derecho fuera la de encauzar, dentro de límites humanitarios, esa enemistad entre pares que se reconocen recíprocamente como titulares del derecho a utilizar la fuerza en defensa de sus intereses.¹

El rechazo jurídico de la guerra cristalizado en los referidos instrumentos internacionales convirtió al agresor en criminal y rompió el trato simétrico de los Estados involucrados en el “duelo bélico” para sustituirlo por un trato basado en la distinción entre agresor y agredido. Los instrumentos internacionales adoptados durante la primera mitad del siglo XX, concretamente el Pacto Briand-Kellog y la Carta de Naciones Unidas, sentaron las bases de la justicia penal internacional que tiene su génesis en la instauración del Tribunal de Nuremberg en 1945. El artículo 6 del Estatuto del Tribunal sometió a su jurisdicción los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. Así, por primera vez en la historia, la guerra de agresión fue considerada como un crimen internacional y, también por primera vez, personas naturales fueron llamadas a responder penalmente por su comisión.² Las palabras pronunciadas ante este Tribunal por el fiscal general de los Estados Unidos –una de las cuatro potencias

¹Al respecto ver: Orozco, Iván (2006). *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*, Bogotá: Editorial Temis, 2ª edición, pp. 21 y ss; Zolo, Danilo (2007). *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*, Madrid: Editorial Trotta S.A. pp. 23 y ss.

²Zolo, Danilo (2007). *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*, Madrid: Editorial Trotta S.A. pp. 42 y ss.

vencedoras de la segunda guerra mundial— evidencian con claridad esta nueva tendencia a la criminalización de la guerra:

Recurrir a la guerra —cualquier tipo de guerra— es recurrir a medios que son criminales por naturaleza. La guerra implica inevitablemente una serie de asesinatos, agresiones, privaciones de la libertad y destrucciones de propiedades. Por cierto, una guerra genuinamente defensiva es lícita y exime a quienes combaten en ella de la responsabilidad de realizar un acto criminal. Pero actos en sí mismos criminales no pueden ser legitimados probándose que quienes los cometieron estaban llevando a cabo una guerra, pues la guerra misma es ilegal... Respecto de quien ha desencadenado una guerra, resultan aplicables los principios del derecho penal generalmente aceptados.³

El efecto más notable de esta condena jurídica de la guerra no fue, según el propósito declarado, evitar la ocurrencia de nuevos conflictos bélicos o la barbarie asociada a ellos, sino instaurar un modelo internacional de justicia de los vencedores, según la acertada denominación utilizada por el filósofo italiano Danilo Zolo, Tanto los tribunales de Nuremberg (1945) y Tokyo (1946), como el de la Haya para la antigua Yugoslavia (1994) y el de Bagdad (2005) son representativos de este modelo, cuyas características definitorias son la falta de autonomía e imparcialidad de las cortes —en tanto son instituidas o financiadas por Estados vencedores—, la violación de los derechos de los imputados —comenzando por la presunción de inocencia—, y la imposición de penas con fines exclusivamente expiatorios y retributivos.⁴ Bajo este modelo, no basta la comisión de crímenes de guerra para ser juzgado, sino que es preciso además haber sido derrotado. Cumplida esta condición, el *iustushostis* del *iuspublicumeuropeaum* se transforma en enemigo de la humanidad, calidad que explica los rasgos anti-garantistas de este modelo de justicia internacional.⁵

La criminalización de la guerra es un primer factor para entender la mutación de combatiente a delincuente que opera en el siglo XX. Pero además de este, existe un

³ Citado en: Zolo, Danilo. Ob. Cit., p. 46.

⁴ Al respecto ver: Zolo, Danilo. Ob. Cit., pp. 162- 183. En este texto Zolo demuestra cómo se ha consolidado un sistema dualista de justicia penal internacional que, al paso que ha juzgado y condenado a los derrotados, ha ignorado sistemáticamente los crímenes cometidos por las grandes potencias.

⁵ Schmitt anticipó esta trasmutación y sus consecuencias al indicar que: “Aducir el nombre de la ‘humanidad’, apelar a la humanidad, confiscar ese término, habida cuenta de que tan excelso nombre no puede ser pronunciado sin determinadas consecuencias, sólo puede poner de manifiesto la aterradora pretensión de negar al enemigo la calidad de hombres, declararlo *hors-la-loi* y *hors’humanité*, y llevar así la guerra a la más extremada inhumanidad”. Schmitt, Carl (1991). *El concepto de lo político. Texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios*, Madrid: Alianza Editorial, p. 84.

segundo factor relativo a la transformación del modo de conducir las guerras. El modelo clásico de guerra, imperante hasta la primera guerra mundial, corresponde a una confrontación regular que se libra entre Estados. Sus actores: ejércitos portadores de uniformes e insignias; su lugar de encuentro: el campo de batalla; su modo de enfrentamiento: el combate. En palabras de Schmitt, este tipo de guerra “conoce distinciones inequívocas, en especial, la diferencia de guerra y paz, de combatientes y no combatientes, de enemigo y criminal”⁶.

Este modelo resulta sin embargo insuficiente para captar las características de los enfrentamientos bélicos prevalecientes en el transcurso del siglo XX. Las guerras de liberación nacional, así como las guerras revolucionarias que se dieron después de la primera guerra mundial, difícilmente encajan en el escenario descrito para las guerras clásicas. Al lado del soldado regular propio de estas últimas, aparece otro actor que imprime a este tipo de conflictos bélicos unas características diferentes. Se trata del partisano que, según Carl Schmitt, tiene cuatro notas distintivas: la irregularidad, el compromiso político, el telurismo y la movilidad acentuada. El partisano es un combatiente irregular en la medida en que no se muestra como combatiente: no lleva uniforme, ni porta visiblemente su arma; al decir de Schmitt “disimulo y oscuridad son sus mejores armas”⁷. Es político, en tanto actúa movido por un compromiso partidario que lo distingue del simple bandido que actúa solo por su propio interés y para su propio beneficio⁸. Es telúrico, ya que su campo de acción es la tierra, lo cual da una relevancia especial a su contacto con poblaciones locales y a su interacción con la geografía del entorno en el que se mueve. Y es móvil, lo cual implica que el escenario privilegiado de lucha no sea el campo de batalla, y que sus modos usuales de confrontación correspondan a estrategias irregulares como la emboscada o la escaramuza.⁹

⁶ Schmitt, Carl (1966). *Teoría del partisano. Acotación al concepto de lo político*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, p. 18

⁷ *Ibid.*, p. 54.

⁸ Schmitt advierte que el vocablo partisano se deriva de partido y significa, en tal sentido, partidario. Bajo este entendido, la figura del partisano es una típica manifestación del delincuente político: “hay que mantener el carácter intensamente político del partisano para no confundirlo con el vil ladrón y atracador que piensan exclusivamente en su provecho particular, sin tener otros motivos” *Ibid.*, p. 25.

⁹ Schmitt fija la primera muestra de guerra partisana en el enfrentamiento de la guerrilla española contra las tropas de Napoleón en 1808, luego de que estas vencieran al ejército regular español. Sin embargo, es en el siglo XX en el que el modelo se extenderá en diversos puntos del planeta, desde la lucha vietnamita contra el ejército colonial francés en la Guerra de Indochina (1945-1954), hasta la guerra revolucionaria en Cuba (1957-1958), por solo mencionar dos ejemplos.

Con estas notas características en mente, se puede comprender el modo como una de las distinciones medulares de las guerras clásicas, a saber, la distinción entre civil y combatiente, se disuelve con facilidad. Varios autores coinciden en señalar que esta disolución es precisamente uno de los rasgos determinantes de las guerras características del siglo XX. Así, Peter Waldmann indica que en estos casos “la línea que divide a combatientes y civiles se borra; estos se convierten, a menudo sin tránsito alguno, en combatientes y viceversa, por lo que la población civil ya no puede confiar en ningún tipo de indulgencia”¹⁰. No duda en señalar además que “el inicio de este proceso... lo marcaron las guerras de guerrillas y partisanas, ya que a las tropas regulares les era imposible distinguir entre un civil inofensivo y un combatiente camuflado de civil”¹¹.

Según lo indica Carl Schmitt, esta creciente irregularidad de las tácticas de guerra amplía el ámbito de criminalización del combatiente. En sus palabras, “cuanto más se respeta al adversario regular y uniformado como enemigo y no se confunde con un criminal aún en la lucha más sangrienta, tanto más inexorablemente se trata como criminal al combatiente irregular”¹². La idea del combatiente como enemigo político militar es depositaria del modelo de guerra clásica. Por eso, con la fractura de este modelo, aunada a la condena jurídica de la guerra, se desliza el tratamiento del combatiente hacia el ámbito criminal. Así, la relativa incapacidad de captar al combatiente irregular en la lógica del derecho de guerra genera un vacío de regulación que viene a ser llenado con el derecho penal.

1.1.2 La lucha antiterrorista

¹⁰Waldmann, Peter (2006) Guerra civil, terrorismo y anomia social. El caso colombiano en un contexto globalizado, Bogotá: Grupo Editorial Norma, p. 43

¹¹Ibid., p. 53.

¹²Schmitt, Ob. Cit., p. 51

La segunda variación fundamental en la regulación de la guerra es el encuadramiento de su criminalización en el marco de la lucha antiterrorista. El punto de inflexión está marcado por los atentados del 11 de septiembre de 2001 (11S), a partir de los cuales se consolidó un modelo de seguridad anclado en la excepcionalidad. Estos atentados sirvieron para reforzar la tendencia a inscribir el fenómeno de criminalización de la guerra dentro del marco de la lucha antiterrorista, pero además dieron un impulso a los intentos de legitimación del derecho penal de enemigo como dispositivo de excepción dentro de la regularidad del Estado de Derecho. De este modo, el derecho penal de enemigo cobró un renovado aire como mecanismo privilegiado en el campo jurídico de la guerra. En el presente apartado me ocuparé de describir estos dos efectos del 11S.

- El desplazamiento del derecho de guerra por la lógica antiterrorista

En algunos de los instrumentos jurídicos que se han ocupado del tema del terrorismo se procura mantener distinciones entre actos gobernados por el derecho de guerra y actos sometidos al derecho antiterrorista. Así, el Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 1997¹³ dispone que “las actividades de las fuerzas armadas durante un conflicto armado, según se entienden esos términos en el derecho internacional humanitario y que se rijan por ese derecho, no estarán sujetas al presente Convenio y tampoco lo estarán las actividades realizadas por las fuerzas militares de un Estado en el cumplimiento de sus funciones oficiales, en la medida en que se rijan por otras normas del derecho internacional” (Art. 19, num. 2). Una disposición semejante se encuentra en sección del *US Code* que penaliza esta misma

¹³ En este Convenio se tipifica el delito de atentado terrorista con bombas en los siguientes términos: “Artículo 2. 1. Comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionadamente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto o sustancia explosivo u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o de gobierno, una red de transporte público o una instalación de infraestructura: a) Con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales, o b) Con el propósito de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico”.

clase de atentados¹⁴, y en la Decisión Marco del Consejo Europeo sobre la lucha contra el terrorismo se establece esta misma excepción¹⁵.

Por otro lado, los actos terroristas también se encuentran prohibidos por el derecho internacional humanitario. El Convenio IV relativo a la protección de los civiles prohíbe toda medida de intimidación o de terrorismo (Art. 33), en el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra se prohíben “los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil” (Art. 51, párr. 2), mientras que en el Protocolo II sobre conflictos no internacionales se prohíben “los actos de terrorismo” cometidos contra personas que no participan directamente en las hostilidades. Los actos de terrorismo constituyen entonces violaciones al derecho internacional humanitario y, de este modo, ambos órdenes –el humanitario y el antiterrorista- serían complementarios. Sin embargo, así no ha sucedido, al menos por dos razones.

La primera razón es la inexistencia de una definición común sobre lo que se considera como acto terrorista. Aunque el derecho de guerra prohíbe los actos terroristas, no contiene una definición de los mismos. Solo alcanza a sugerir que se trata de actos dirigidos contra quienes no participan en las hostilidades, o actos de violencia orientados a aterrorizar a la población civil.

Por su parte, aunque desde la década de los sesentas empezaron a ser aprobados instrumentos internacionales antiterroristas, hasta la fecha –septiembre de 2011–, no existe una definición común y vinculante de terrorismo. En 1937, la Sociedad de Naciones aprobó una Convención para la prevención y sanción del terrorismo que nunca entró en vigor debido precisamente a la imposibilidad de alcanzar un acuerdo unánime

¹⁴ US Code, sección 2332f: “d) Exemptions to Jurisdiction. - This section does not apply to - (1) the activities of armed forces during an armed conflict, as those terms are understood under the law of war, which are governed by that law”.

¹⁵ “(11) La presente Decisión marco no rige las actividades de las fuerzas armadas en período de conflicto armado, en el sentido de estos términos en Derecho internacional humanitario, que se rigen por dicho Derecho, ni las actividades de las fuerzas armadas de un Estado en el ejercicio de sus funciones oficiales en la medida en que se rigen por otras normas de Derecho internacional”. Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo (2002/475/jai).

sobre los actos que debían catalogarse como terroristas¹⁶. Igualmente, desde finales de los sesentas y hasta antes de producirse los atentados del 11S, se aprobaron 12 tratados internacionales orientados a prevenir y sancionar conductas específicas en el marco de la lucha antiterrorista –las cuales incluyen, entre otras, el apoderamiento de aeronaves, los atentados con bombas, la toma de rehenes y los crímenes contra jefes de Estado y diplomáticos—¹⁷, pero ninguno de estos ofrece tampoco una definición común de terrorismo.

Para el momento en que se produjeron los atentados del 11S, el único intento por dar una definición en un instrumento internacional se encontraba en la Convención para la represión de la financiación del terrorismo, en la cual se indica que comete este delito quien provea o recolecte fondos “con la intención”, “o a sabiendas de que serán utilizados” para cometer alguno de los delitos comprendidos en los 12 tratados internacionales que fueron adoptados desde finales de los sesentas, o “cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”¹⁸.

¹⁶ Al respecto ver: Ambos, Kai (2007). *La lucha antiterrorista tras el 11 de septiembre de 2001*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 10.

¹⁷ Ver: Convenio sobre infracciones y otros actos cometidos a bordo de aeronaves, firmado en Tokio el 14 de septiembre de 1963 y en vigor desde el 4 de diciembre de 1969; Convención para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmada en La Haya el 16 de diciembre de 1970 y en vigor desde el 14 de octubre de 1971; Convención para la represión de actos ilegales contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971 y en vigor desde el 26 de enero de 1973; Protocolo Adicional del Acuerdo de Montreal, firmado el 24 de febrero de 1988 y en vigor desde el 6 de agosto de 1989; Convención sobre la prevención y castigo de crímenes contra personas internacionalmente protegidas, firmada en Nueva York el 14 de diciembre de 1973 y en vigor desde el 20 de febrero de 1977; Convención internacional contra la toma de rehenes, firmada en Nueva York el 17 de diciembre de 1979 y en vigor desde el 3 de junio de 1983; Convención para la protección física de los materiales nucleares, firmada en Viena el 3 de marzo de 1980 y en vigor desde el 8 de febrero de 1987; Convención para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, firmada en Roma el 10 de marzo de 1988 y en vigor desde el 1 de marzo de 1992; Protocolo para la supresión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas localizadas en la plataforma continental, firmado en Roma el 10 de marzo de 1988 y en vigor desde el 1 de marzo de 1992; Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de protección, firmado en Montreal el 1 de marzo de 1991 y en vigor desde el 21 de junio de 1998; Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, adoptado el 15 de diciembre de 1997 y en vigor desde el 23 de mayo de 2001; Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, aprobado en Nueva York el 9 de diciembre de 1999 y en vigor desde el 25 de diciembre de 2003.

¹⁸ Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, aprobado por la asamblea general de naciones unidas en su resolución a/res/54/109 de 9 de diciembre de 1999, artículo 2, b.

Después de los atentados aparecieron nuevas definiciones jurídicas que, pese a compartir ciertos rasgos, hacen todavía imposible hablar de la existencia de una definición común. Así, seis semanas después de los atentados, el Congreso norteamericano aprobó la *USA Patriot Act*, una ley que amplió los poderes del ejecutivo para la lucha contra el terrorismo, modificó la definición de terrorismo internacional, introdujo la noción de terrorismo doméstico y realizó variaciones en la tipificación de conductas específicas relacionadas con el terrorismo. El terrorismo internacional quedó definido como “actividades que involucran actos violentos o peligrosos para la vida humana, que violan las leyes penales de los Estados Unidos o de cualquier Estado” y que tienen el propósito de “intimidar o presionar a la población civil”; “influnciar la política de un gobierno mediante la intimidación o la coerción” o “afectar la conducta de un gobierno a través de la destrucción masiva, el asesinato o el secuestro”¹⁹.

Por su parte, en diciembre de 2001, en aplicación de lo dispuesto en la Resolución 1373 del Consejo de seguridad de las Naciones Unidas, el Consejo de la Unión Europea expidió la Posición Común sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, en la cual se definen los criterios para la inclusión de grupos y personas en las listas de terroristas, así como las medidas –básicamente de orden económico- a adoptar frente a estos. Se indica que se entenderá por terroristas a las “personas, grupos y entidades que intervengan en actos terroristas”, bien porque los cometan o intenten hacerlo, o porque faciliten su comisión. Por su parte, el acto terrorista se define como “el acto intencionado que, por su naturaleza o su contexto, pueda perjudicar gravemente a un país o a una organización internacional tipificado como delito según el Derecho nacional” y que sea cometido con el fin de: “i) intimidar gravemente a una población; ii) obligar indebidamente a los Gobiernos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; iii) o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras

¹⁹ US Code, sección 2331: “(1) the term "international terrorism" means activities that (A) involve violent acts or acts dangerous to human life that are a violation of the criminal laws of the United States or of any State, or that would be a criminal violation if committed within the jurisdiction of the United States or of any State; //(B) appear to be intended – // (i) to intimidate or coerce a civilian population; // (ii) to influence the policy of a government by intimidation or coercion; or // (iii) to affect the conduct of a government by mass destruction, assassination, or kidnapping; and // (C) occur primarily outside the territorial jurisdiction of the United States, or transcend national boundaries in terms of the means by which they are accomplished, the persons they appear intended to intimidate or coerce, or the locale in which their perpetrators operate or seek asylum”

políticas fundamentales, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional”. Adicionalmente, se indica una lista de actos que podrían considerarse como terroristas, que incluye los atentados contra la vida o la integridad física; la toma de rehenes; la destrucción masiva de infraestructura que pueda “poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico”, el apoderamiento de aeronaves u otros medios de transporte colectivo; la fabricación, tenencia, suministro o uso de “armas de fuego, explosivos, armas nucleares, biológicas y químicas” e investigación y desarrollo de estas dos últimas; la amenaza de cometer cualquiera de los actos anteriores y la dirección o participación en un grupo terrorista “incluido el suministro de información o medios materiales, o mediante cualquier forma de financiación de sus actividades”.²⁰

Uno de los aspectos problemáticos de este criterio de la Posición Común es su circularidad. Así, por un lado se indica que una persona o grupo terrorista es aquel que interviene en actos terroristas, pero al mismo tiempo se incluye dentro de la lista de actos terroristas el participar en un grupo terrorista. Bajo esta lógica, la mera pertenencia a un grupo calificado como terrorista puede considerarse como un acto terrorista. Esta circularidad resulta aún más problemática si se tiene en cuenta que la conformación de las listas de terroristas se ha basado en criterios “completamente aleatorios y arbitrarios”²¹ y que “ante eventuales irregularidades o injusticias en la elaboración de la lista, no se prevé tutela judicial efectiva alguna”²².

Si se compara esta definición con la contenida en la Convención para la represión de la financiación del terrorismo hay dos diferencias claves: la primera es que la de la Convención retoma la categoría de persona no participante en las hostilidades como elemento clave de la definición. La segunda es que no incluye la desestabilización de las estructuras políticas, económicas o sociales de un país o de una organización internacional dentro de las finalidades a las cuales se debe orientar el acto para ser

²⁰ Posición Común del Consejo de 27 de diciembre de 2001 sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo (2001/931/PESC).

²¹ El tiempo.com, *Sin cese de hostilidades, Farc no serán retiradas de lista de terroristas: Vicenç Fisas*, entrevista publicada el 12 de octubre de 2009. En esta entrevista, el director de la Escuela de Paz de Barcelona advierte que solo a partir del 2008 es obligatorio que el Consejo de la Unión Europea exprese los motivos de la inclusión de un grupo o persona en las listas de terroristas.

²² Ambos, Ob. Cit., p. 19.

calificado como terrorista. Se trata pues de una definición más precisa que, también a diferencia de lo que sucede con la de la Posición Común, evita la catalogación como terrorista de cualquier acto de violencia cometido por movimientos de resistencia, revolucionarios o de liberación nacional. Es importante señalar que uno de los escollos fundamentales para lograr un acuerdo sobre una definición internacional de terrorismo ha sido precisamente la dificultad de delimitar el terrorismo de dicha clase de movimientos, de tal modo que estos no queden irremediabilmente subsumidos en aquel.

Los rasgos centrales del intento de definición contenida en la Convención para la represión de la financiación del terrorismo son recogidos en la Resolución 1566 del 8 de octubre de 2004 aprobada por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas²³, así como en el informe de la Comisión de Reforma de Naciones Unidas presentado en 2004. En este último, luego de indicar que “sería especialmente valioso que se llegara a un consenso sobre la definición del terrorismo”, se recomienda que tal definición incluya los siguientes elementos:

- a) El reconocimiento en el preámbulo de que el uso de la fuerza contra civiles por parte de un Estado está sujeto a las disposiciones de los Convenios de Ginebra y a otros instrumentos y que, en escala suficiente, constituye un crimen de guerra o de lesa humanidad;
- b) La reiteración de que los actos comprendidos en los 12 convenios y convenciones anteriores contra el terrorismo constituyen actos de terrorismo y una declaración de que constituyen un delito con arreglo al derecho internacional y la reiteración de que los Convenios y Protocolos de Ginebra prohíben el terrorismo en tiempo de conflicto armado;
- c) Una referencia a las definiciones contenidas en el Convenio internacional de 1999 para la represión de la financiación del terrorismo y la resolución 1566 (2004) del Consejo de Seguridad;
- d) La siguiente descripción del terrorismo: “Cualquier acto, además de los actos ya especificados en los convenios y convenciones vigentes sobre determinados aspectos del terrorismo, los Convenios de Ginebra y la resolución 1566 (2004) del Consejo de Seguridad, destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a un no

²³ En esta Resolución se hace un llamado a la prevención y sanción del terrorismo en los siguientes términos: “El Consejo de Seguridad... Actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas... 3. Recuerda que los actos criminales, inclusive contra civiles, cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes con el propósito de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinada persona, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto, o a abstenerse de realizarlo, que constituyen delitos definidos en los convenios, las convenciones y los protocolos internacionales relativos al terrorismo y comprendidos en su ámbito, no admiten justificación en circunstancia alguna por consideraciones de índole política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa u otra similar e insta a todos los Estados a prevenirlos y, si ocurren, a cerciorarse de que sean sancionados con penas compatibles con su grave naturaleza”

combatiente, cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”²⁴.

Sin embargo, pese a los esfuerzos por acotar una definición de terrorismo, lo cierto es que hasta ahora la tarea no se ha concretado. Ante la falta de una definición consensuada y vinculante, y pese a la remisión que algunas normas antiterroristas hacen al derecho humanitario, la lógica antiterrorista tiende a desplazar al derecho de la guerra. Tal es así porque esta lógica tiene una enorme fuerza simbólica susceptible de ser fácilmente instrumentalizada como arma de confrontación, precisamente por la indefinición y ambigüedad características del término terrorismo.

El segundo factor que influye en esa absorción del campo de la guerra por la lucha antiterrorista es la catalogación de los actores de un conflicto armado interno como grupos terroristas, un fenómeno que vino a consolidarse solo después de los atentados del 11 de septiembre. Por ejemplo, aunque el ELN y las FARC están en la lista de organizaciones terroristas extranjeras del Departamento de Estado de los Estados Unidos desde 1997 –no así las AUC, que fueron incluidas en 2001–, es después de los atentados que esta catalogación avanza a nivel internacional. En efecto, la primera lista de terroristas de la Unión Europea que se realizó en 2001 incluía a 13 grupos y 29 personas. Después de los atentados del 11 de septiembre se incluyeron 20 grupos más, entre ellos las AUC y las FARC. Esta última fue incluida en junio de 2002 a petición del gobierno de Andrés Pastrana, luego de la ruptura de las negociaciones de paz, mientras que el ELN fue incluido en el año 2004. Otros países que han incluido a los grupos guerrilleros colombianos en sus listas de terroristas son Chile, Canadá y Nueva Zelanda.

Una de las cuestiones que debería resolverse para determinar si un grupo puede ser catalogado como terrorista es si “bastan atentados terroristas ocasionales o se tiene que percibir primero una estrategia terrorista consecuentemente perseguida”²⁵. Este asunto es particularmente complejo tratándose de la calificación como terroristas de grupos en los que las acciones terroristas se suman a otras tácticas, tal como sucede con las

²⁴ “*Un Mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos*”, informe del grupo de alto nivel sobre las amenazas, desafíos y el cambio, AG de Naciones Unidas, A/59/565 del 2 de diciembre de 2004.

²⁵Waldmann, Ob. Cit., p. 77

organizaciones guerrilleras. Si una organización de estas comete atentados terroristas, pero también libra combates regulares con el ejército y participa además en actividades de masas, ¿qué condiciones se deben satisfacer para definir la naturaleza del grupo en virtud de uno de sus modos de operar? ¿Se debe acudir al criterio de la regularidad de la táctica, o tal vez al de su intensidad o al de su importancia en la estrategia global del grupo? Según la Decisión Marco del Consejo Europeo un grupo terrorista es “toda organización estructurada de más de dos personas, establecida durante cierto período de tiempo, que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismo” (Art. 2, num. 1). Esta definición no ofrece una respuesta concluyente a las preguntas planteadas pues no resulta claro precisamente cuál es el valor y alcance que debe tener dicho fin para determinar la caracterización de un grupo como terrorista: ¿ha de ser el único fin o el fin central?

El historiador español Eduardo González, en su propuesta de periodización de la violencia terrorista, distingue por ejemplo entre las guerrillas urbanas latinoamericanas que surgieron principalmente a finales de los sesentas y las organizaciones armadas que se formaron por esa misma época en países como Estados Unidos, Francia, Italia y Alemania. Destaca que mientras en el caso de las primeras el terrorismo era un “elemento táctico integrado en una estrategia insurreccional de masas”²⁶, en las segundas tenía “un valor estratégico central y exclusivo”²⁷. De conformidad con esto, sostiene “que resulta un craso error identificar terrorismo con guerrilla urbana”²⁸.

Si se tiene cuidado en no subsumir todo tipo de violencia política en el terrorismo, y se interpreta este más bien como una “técnica, método o estrategia” cuyo medio distintivo es “el uso de la violencia extrema contra civiles o no combatientes”²⁹, puede ser posible identificar con mayor claridad el lugar que ocupa la actividad terrorista al interior de una organización armada y comprender la complejidad de las interacciones con otras

²⁶ González Calleja, Eduardo (2002). “Ciclos de protesta y ondas de temor. Aportaciones a una propuesta de periodización de la violencia terrorista, en González Calleja, Eduardo (ed) *Políticas del miedo. Un balance del terrorismo en Europa*, Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, p. 115.

²⁷ *Ibíd.*, p. 116.

²⁸ *Ibíd.*, p. 114.

²⁹ González Calleja, Eduardo (2002). “Definiciones e interpretación del fenómeno terrorista”, en González Calleja, Eduardo (ed) *Políticas del miedo. Un balance del terrorismo en Europa*, Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, p. 63.

tácticas. Por ejemplo, el terrorismo puede marcar el inicio de una guerra insurreccional o puede también aparecer como expresión de su declive ante la imposibilidad del grupo de realizar una campaña militar exitosa o de liderar un movimiento de masas.

En lo que respecta al caso colombiano, Peter Waldmann ha señalado que existen tres escenarios en los cuales el terrorismo juega un papel como parte de la estrategia de los grupos guerrilleros. El primero es el de las grandes ciudades en las que han cometido atentados para atraer la atención y ratificar su presencia ante el público en general. El segundo es el de las regiones en disputa con los paramilitares, en donde el terrorismo ha sido utilizado como un instrumento de intimidación de la población para evitar que apoyen los adversarios de la subversión. Y el tercero, en los territorios bajo su dominio, precisamente como una estrategia de control.³⁰ Sin embargo, pese a reconocer que la comisión de actos terroristas hace parte de las actividades de estos grupos, Waldmann sostiene que “ni las FARC ni el ELN son básicamente terroristas en su orientación y modo de lucha (aunque el ELN tiene ciertas tendencias que apuntan en una dirección terrorista). Su primera meta no es difundir pánico efectuando ataques espectaculares sino acumular riqueza y desarrollar su fuerza militar para extender su control sobre el territorio colombiano”³¹. En el mismo sentido, Alejandro Valencia sostiene que la categoría de terrorista debe reservarse para “quien utilice de manera sistemática el terror contra civiles”³² y concluye que las organizaciones armadas no estatales que operan en Colombia (grupos paramilitares y guerrillas) no son por definición terroristas, pese a que han cometido actos de terror.

Pero más que discurrir en este lugar acerca de la naturaleza de los grupos guerrilleros colombianos –aspecto este que supera el objeto y posibilidades de este trabajo–, mi intención es ilustrar la complejidad analítica de esta cuestión. Una complejidad que sin embargo es ignorada al momento de decidir acerca de la inclusión de grupos en las listas de terroristas, pues esta no obedece a criterios analíticos muy estrictos, sino que tiende más bien a ser el resultado de estrategias de presión política.

³⁰ Waldmann, Ob. Cit., pp. 256 y s.

³¹ *Ibid.*, p. 256.

³² Valencia, Alejandro (2007). Derecho internacional humanitario. Conceptos básicos. Infracciones en el conflicto colombiano, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, p. 406.

Ahora bien, tal como lo advertía, esta caracterización de los actores de un conflicto armado como grupos terroristas es una de las razones que explican la colonización del campo de la guerra por la lógica antiterrorista y el correlativo desplazamiento del derecho humanitario como orden para regular y valorar jurídicamente las conductas de tales actores. Aquí entra en juego nuevamente la enorme fuerza simbólica que tiene la etiqueta de terrorista, la cual tiene el poder de absolutizar cualquier caracterización y borrar todo matiz.

- Los rasgos de la lucha contra el terrorismo

Esta colonización del campo de la guerra por la lógica antiterrorista no solo acentúa el proceso de criminalización que venía desde tiempo atrás, sino que le imprime ciertas características. La lucha antiterrorista se realiza, a nivel jurídico, a partir de un modelo en el cual la norma penal se convierte en una herramienta de combate en contra de quien es calificado como enemigo. El enemigo es definido como aquél que no respeta el pacto social y que se enfrenta al orden fundado sobre la base tal pacto y que, precisamente por enfrentarse a él, es juzgado fuera del mismo³³. En este caso el derecho opera como “continuación de la guerra”, lo cual implica necesariamente el desplazamiento de las categorías garantistas y autorestrictivas características del derecho penal moderno. Parfraseando a Michael Ignatieff, el derecho penal de enemigo que caracteriza la lucha antiterrorista se sustenta en una suerte de excepcionalidad selectiva en virtud de la cual ciertas partes de la ley son suspendidas para quienes se consideran sospechosos de terrorismo³⁴.

³³ Aponte, Alejandro (2005). *¿Derecho penal del enemigo o derecho penal del ciudadano? Günther Jakobs y las tensiones de un derecho penal de la enemistad*, Bogotá: Editorial Temis S.A., p. 50.

³⁴ Ignatieff, Michael (2005) *El mal menor. Ética política en una era de terror*, Madrid: Taurus, p. 46.

La doctrina del mal menor planteada por Ignatieff, a pesar de que de algún modo pretende ponerle coto a los excesos de la lucha antiterrorista, ilustra bien esta lógica de la excepción. Por un lado, esta doctrina ofrece una justificación moral a la introducción de excepciones al Estado Democrático de Derecho en la lucha contra el terrorismo y, por otro lado, establece condiciones bajo las cuales tales excepciones deberían operar de tal modo que solo lo hagan bajo necesidades imperiosas y prácticamente como un último recurso. Bajo la idea del mal menor, Ignatieff admite los asesinatos selectivos de terroristas, las detenciones preventivas y los interrogatorios intensivos con ciertos grados de coacción, pero solo si se satisfacen ciertas condiciones. Así, por solo mencionar un ejemplo, según Ignatieff los asesinatos selectivos pueden justificarse como un mal menor “(a) cuando alternativas menos violentas, como el arresto y la captura, ponen en peligro al personal al servicio de los Estados Unidos o a los civiles; (b) cuando hay información de que esos objetivos en cuestión están planeando ataques inminentes que no pueden detenerse de ningún otro modo; y (c) cuando se toman todas las precauciones razonables para reducir al mínimo los daños colaterales y los daños civiles”³⁵,

Vale decir que el planteamiento de estas condiciones es a su vez una parte clave de la justificación ética que propone para su doctrina, en tanto de este modo parece apuntar a restringir el poder que tiende a desatarse bajo la histeria irracional que suscita la perspectiva de una amenaza terrorista. Su propuesta apunta a delinear una suerte de excepcionalidad reglada. Su propósito es, en definitiva, encauzar aquello que se estima inevitable, reduciéndolo a su menor expresión. Sin embargo, no logra escapar de la espiral del miedo que sustenta la lucha antiterrorista, sino que finalmente solo ofrece una presentación más sofisticada de esta. Como lo señala Rodolfo Arango, “la paradoja de otorgar poderes exorbitantes al Estado para asegurar su efectividad contra los terroristas, consiste en que esta decisión fomenta el terrorismo estatal y, con ello, refuerza el fenómeno que pretende combatir. Una efectiva lucha contra el terrorismo tiene que cumplir con la doble exigencia de afianzar la legitimidad del sistema – lo cual sólo se logra mediante el respeto de los derechos humanos– y de deslegitimar el uso del terrorismo”³⁶.

³⁵ Ibid., p. 177.

³⁶ Arango, Rodolfo (2005). “Los desvaríos de la doctrina del mal menor”, en *Jurídicas*, num. julio-diciembre, pp. 11-20, p. 18.

Este excepcionalidad selectiva que caracteriza el modelo de lucha antiterrorista fortalecido con ocasión de los atentados del 11s cierra pues (hasta ahora) una de las líneas de la criminalización de la guerra abierta tras la primera guerra mundial. Los otrora combatientes, delincuentes políticos y revolucionarios tienden cada vez más a ser cubiertos por una etiqueta aún resbaladiza y puesta, muchas veces, a conveniencia: la de terrorista. Este es uno de los rasgos más prominentes del marco global relativo al tratamiento jurídico de la guerra. A continuación exploraré las variaciones de este tratamiento en el caso colombiano.

1.2 El tratamiento jurídico del conflicto armado interno en Colombia desde la década de los ochentas hasta el 2010

Anticipándose al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, que estableció los mínimos humanitarios que se deben respetar en los conflictos armados no internacionales, así como al Protocolo Adicional II de Ginebra de 1977, que especificó las condiciones para la aplicación del derecho humanitario a este tipo de conflictos, la Constitución de Rionegro de 1863 incorporó el derecho de gentes a la legislación nacional, estableciendo que este regiría en los casos de guerra civil³⁷. De este modo, el ámbito interno se inscribió en la tradición del *iuspublicumeuropaeum*, con su primacía del enfoque político-militar en el tratamiento de la guerra, sobre el meramente criminal.³⁸ Así lo corrobora la regulación contenida en el Código Militar de 1881, que dispuso la aplicación del derecho de gentes en los casos de “insurrección, rebelión y [de] guerra

³⁷ “El derecho de gentes hace parte de la legislación nacional, y sus disposiciones regirán especialmente en los casos de guerra civil. En consecuencia, puede ponerse término a esta por medio de tratados entre los beligerantes, siendo obligatorio para estos respetar las prácticas humanitarias de las naciones civilizadas” (Art. 91 Constitución de Rionegro)

³⁸ Este planteamiento se encuentra desarrollado en: Orozco, Iván (2006). Ob. Cit., cap. V y VII.

civil” (Art. 1339) y el tratamiento de los rebeldes como beligerantes³⁹. En el contexto de un Estado en formación, esta inscripción obedecía no solo al propósito de humanizar la guerra, sino al de facilitar las negociaciones como forma privilegiada para la terminación de las confrontaciones bélicas.

Ahora bien, aunque la cláusula del derecho de gentes de la Constitución de Rionegro no se mantuvo en la Constitución de 1886, y pese a que la legislación penal nacional terminó por criminalizar al rebelde, lo cierto es que el enfoque político-militar del tratamiento de la guerra penetró parcialmente en esta legislación. En efecto, el Código Penal de 1890 criminalizó el alzamiento en armas, pero subsumió en esta conducta los delitos que, cometidos en el marco de la rebelión, no implicaran actos de ferocidad o barbarie. Un contenido similar se estableció en el Código Penal de 1936 y en el de 1980, en los cuales se excluyó la pena para los delitos cometidos en combate. Según Iván Orozco, la continuidad de esta exclusión de la punición “constituye, indudablemente, un símbolo de la persistencia, entre nosotros, de una visión del derecho penal político en el horizonte de la guerra civil, vale decir, a la sombra del derecho de los conflictos armados”⁴⁰.

Sin embargo, esta continuidad empieza a fracturarse a finales de la década de los setentas cuando, en plena vigencia del estado de sitio, se comenzó a privilegiar el tratamiento del conflicto armado bajo el marco de la lógica antiterrorista. La fractura se prolongó durante los consecutivos gobiernos de la seguridad democrática en los cuales se insistió en sustituir la noción de conflicto armado interno por la de amenaza terrorista. Así, en una línea equivalente a la trazada en el contexto global, se pasó de la figura del combatiente a la del delincuente y luego a la del terrorista.

En el presente apartado me ocuparé de describir las notas generales de esta fractura. Para tal efecto, en primer lugar me referiré al modo como se perfiló el marco antiterrorista

³⁹ “Cuando los movimientos populares se prolonguen por mucho tiempo, o cuando los intereses que se pongan en juego, la idea general que se proclame por causa del levantamiento sean de significación; cuando las facciones o los partidos contrarios al gobierno lleguen a dominar en un territorio extenso, dándose leyes, estableciendo en él gobierno propio, administrando justicia, i, en suma, ejerciendo actos de soberanía, deberá darse a los beligerantes el carácter de tales en guerra civil, y reconocérseles personería mientras se hace la paz” (Art. 1338, Código Militar).

⁴⁰Orozco, Iván (2006). Ob. Cit., p. 144.

bajo el estado de sitio, así como a la manera en que este logró permanecer parcialmente en el orden jurídico posterior a la Constitución de 1991. En segundo lugar, advertiré las características generales de la política de seguridad democrática en relación con el tratamiento del conflicto armado. Y finalmente, me detendré en el tema específico del delito político.

1.2.1 El estado de sitio: su imperio, su restricción y su legado⁴¹

Diversos epítetos han sido utilizados para caracterizar el período de la segunda mitad del siglo XX en Colombia antes de la expedición de la Constitución de 1991: anormalidad constitucional, normalización de la excepción, democracia autoritaria o constitucionalismo perverso⁴². Cada uno alude a la situación en la que, tras el aparente funcionamiento normal de un poder público dividido en sus tres ramas y al amparo de la debida regulación jurídica, el ejecutivo fungió como verdadero legislador y muchas garantías civiles fueron suspendidas, incluso con el beneplácito constitucional de la Corte Suprema de Justicia⁴³. El ejecutivo no solo gozó de amplias facultades para legislar durante largos períodos, sino que mucha de la normatividad expedida fue luego convertida en legislación permanente por el Congreso. Esto implicó, literalmente, que, por un tiempo considerable, la regla fuera dictada por la excepción.

⁴¹ Este apartado contiene algunos planteamientos del siguiente texto que publiqué en coautoría con Rodrigo Uprimny: *Derecho penal y protesta social* (2010), en Bertoni, Eduardo (comp.) *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho Penal y libertad de expresión en América Latina*, Buenos Aires: Universidad de Palermo.

⁴² García, Mauricio (2001). *Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957 – 1997*, en: Santos, Boaventura de Sousa y García, Mauricio (dirs). *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*, Bogotá: Uniandes, Siglo del Hombre, Colciencias, CES.

⁴³ Una excepción notable a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia que otorgaban el aval constitucional a la normatividad de excepción fue la decisión adoptada el 5 de marzo de 1987, en la cual declaró la inconstitucionalidad del juzgamiento de civiles por militares. Sin embargo, en especial durante las décadas de los sesentas y los setentas, la Sala Constitucional de la Corte Suprema ejerció un control muy laxo frente a las medidas de excepción. Al respecto ver: García, Ob. Cit., p. 348.

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 proferidos 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”⁴⁴. Estas normas dejaban un amplio margen de definición a los operadores jurídicos, entre los cuales incluso se encontraban los militares investidos de funciones judiciales. Según un informe de 1988 de la Comisión Andina de Juristas, alrededor de 8000 personas fueron detenidas por razones políticas con base en el Estatuto de Seguridad, la mayoría de las cuales fueron procesadas por la justicia militar⁴⁵.

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 1980, estableciendo una serie de nuevos delitos cuyo elemento articulador era el de ser cometidos con “fines terroristas”. La vaguedad de la definición de los tipos penales relacionados con el terrorismo, aunada a un ambiente de estigmatización de los movimientos sociales, condujo a que esta legislación terminara siendo aplicada no solo frente a actores armados, sino en contra de activistas y opositores. 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 estudiantil⁴⁶.

⁴⁴ García, Mauricio. Ob. Cit., p. 322.

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 323.

⁴⁶ Dijo la Corte en dicha ocasión: “los hechos que originaron la investigación son indudablemente idóneos para crear o estimular zozobra o terror, pues las pedreas en las calles aledañas a la Universidad, acompañadas del empleo de ácidos y sustancias explosivas (con bombas molotov) ocasionan la pérdida del sosiego alteran el orden público y crean una atmósfera peligrosa, no sólo para los atacados, en este caso los agentes de policía, sino para los particulares que se hallen en el lugar y para las personas y vehículos que

Dado 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.

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 asesinaba e intimidaba 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 zozobra. 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”⁴⁷. 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 antigarantistas más prominentes del Estatuto. En palabras de Alejandro Aponte, el proceso penal perfilado en esta normatividad adquiriría una “condición simbólica de intimidación”⁴⁸, 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 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 ejecutivo, explica que uno de los temas centrales de debate en la Asamblea Constituyente fue precisamente el de su regulación. En una de las ponencias al respecto se expresa con claridad la magnitud de la cuestión que está en juego: “Colombia se gobierna de acuerdo con dos constituciones: la expedida en 1886 con numerosas reformas y enmiendas y la que resulta de los derechos extraordinarios del Estado de Sitio”⁴⁹. Así pues, si lo que se pretendía era establecer una nueva Constitución Política, no se trataba únicamente de reemplazar un texto constitucional redactado en el siglo XIX, sino de romper esa constitución de la excepción forjada a lo largo de las cuatro décadas anteriores y de impedir que el autoritarismo a ella aparejado resurgiera con el rostro renovado a través del nuevo diseño constitucional.

Por esta razón, en la Constitución de 1991 se introdujeron varias restricciones a los estados de excepción: (i) 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; (ii) se precisaron las condiciones necesarias para declarar el estado de conmoción interior: “[...] grave perturbación del orden público que atente de manera

⁴⁷ Aponte, Alejandro (2006). *Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*, Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, p. 302.

⁴⁸ 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.

⁴⁹ Gaceta Constitucional N° 67 (4 de mayo de 1991), p. 44.

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); (iii) se le fijó un límite de 90 días a la duración del estado de conmoción interior, prorrogables por dos períodos iguales; (iv) se prohibió la suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales; (v) se estableció el principio de conexidad entre las medidas adoptadas y la situación que hubiere determinado la declaratoria del estado de excepción; (vi) se impuso la obligación de no alterar el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado.

Otra importante restricción no fue expresamente introducida en el texto constitucional, sino que fue establecida por la Corte Constitucional al disponer que el decreto mediante el cual se declara el estado de excepción debe ser objeto de un control constitucional de carácter material que implica determinar si los hechos expuestos como fundamento del estado de excepción ameritan realmente un tratamiento excepcional. Antes de la Constitución de 1991, la Corte Suprema de Justicia sostenía que la declaratoria del estado de excepción era un acto político que no podía ser evaluado en términos de validez jurídica, con lo cual el Presidente de la República gozaba de una discrecionalidad absoluta para decidir cuándo se daban las condiciones para declarar el estado de sitio⁵⁰.

⁵⁰ Sin embargo, pese a la trascendencia de la decisión adoptada por la Corte Constitucional, en algunos casos el alcance del control sobre los decretos declaratorios de los estados de excepción fue más retórico que efectivamente material. Así por ejemplo, la Corte avaló la primera declaratoria del estado de conmoción anterior durante el gobierno de Cesar Gaviria, siendo la motivación de tal declaración la eventual excarcelación masiva de personas procesadas por la justicia regional -que para ese entonces tenía la competencia respecto de delitos relacionados con el orden público- con base en una posible interpretación de un artículo del Código de Procedimiento Penal que entraría a regir. En este caso, pese a que la situación anormal era simplemente una hipótesis de eventual realización en el futuro, la Corte estimó que la misma ameritaba un tratamiento excepcional. La Corte Constitucional también avaló la segunda declaratoria del estado de conmoción interior realizada por el Presidente Gaviria el 8 de noviembre de 1992 (Sentencia C – 031 de 1993, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz). En esta oportunidad se invocó como fundamento el agravamiento de la situación de orden público por las acciones de los grupos guerrilleros y la delincuencia organizada. La declaratoria se produjo un día después de la masacre de 25 policías en Orito (Putumayo), aunque este hecho no se menciona en el decreto. En 1995, la Corte igualmente encontró constitucional la declaratoria de conmoción interior que se produjo el mismo día del asesinato de Álvaro Gómez Hurtado (Sentencia C- 027 de 1996, MP. Hernando Herrera Vergara). En el decreto se indicó que este asesinato era una manifestación de los hechos de violencia generados por las “organizaciones criminales y terroristas”, que evidenciaba la seriedad de las amenazas que se cernían sobre “diversas personalidades de la vida pública” (Decreto 1900 de 1995). En ambos casos el control realizado por la Corte fue laxo, pues ninguna de las declaratorias tenía como base una “grave perturbación del orden público” que atentara “de manera **inminente** contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana” y que no pudiera “ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía”. En el

La Corte Constitucional adoptó otra decisión importante para la restricción de los estados de excepción, que es además particularmente relevante para el tema de la regulación jurídica del conflicto armado. Esta se dio con ocasión del análisis de constitucionalidad de la primera declaratoria de Estado de conmoción interior efectuada por el gobierno del presidente Samper (Decreto 1370 de 1995). En esa oportunidad, la Corte se pronunció frente a uno de los elementos fundamentales del estado de excepción, a saber, la distinción entre una situación anormal que amerita el uso de herramientas de emergencia y una normal, en un país como Colombia caracterizado por la existencia de una violencia endémica. Para la Corte, los hechos alegados para justificar la declaratoria del estado de excepción, a saber, la agravación de la situación de orden público a raíz del incremento de las acciones de la delincuencia común y de los grupos subversivos, no justificaban un tratamiento excepcional pues eran simplemente “manifestaciones de la vieja y arraigada patología que aqueja al país” y no “hechos crónicos que repentinamente revistieran grados de intensidad inusitados”⁵¹. De este modo, la Corte cerró el paso al retorno de una excepcionalidad permanente que pretendía instalarse bajo la idea de que resultaba necesaria para enfrentar los problemas estructurales de orden público. El giro propiciado por la Constitución y la Corte en materia de manejo del orden público ha tenido resultados concretos. Según Rodrigo Uprimny, “luego de la instauración de estos controles y de la disciplina de la Corte el número de declaratorias de estados de excepción y su extensión se han reducido enormemente. Así, entre 1991 y 2002, época de “normalización relativa”, solo 23,6 meses permanecieron en estado de excepción, lo que representa tan solo el 17,5% del periodo total de gobierno”⁵².

primer caso, el pretendido agravamiento de la situación de orden público correspondía más bien a la expresión de la violencia estructural cuya persistencia durante medio siglo contradecía el carácter “inminente” del ataque contra la estabilidad institucional. En el segundo caso, tal como se manifiesta en el salvamento de voto del fallo “a raíz de la muerte del doctor Gómez no hubo una situación del orden público que se perfilara como inmanejable con apoyo en las atribuciones ordinarias del Ejecutivo y la Policía...” (Salvamento de voto, C – 027 de 1996). Al respecto ver: Ariza, Libardo y Barreto, Antonio (2001). “La Corte Constitucional frente a la excepcionalidad: diez años de control laxo y discursivo”, en: *Derecho Constitucional: Perspectivas Críticas*, Bogotá: Universidad de los Andes, Legis, pp. 158 - 166)

⁵¹ Corte Constitucional, sentencia C-466 de 1995, MP. Carlos Gaviria Díaz.

⁵² Uprimny, Rodrigo (2006). *Un marco teórico de reflexión sobre los riesgos de las medidas antiterroristas en Colombia*, p. 14, disponible en http://dejusticia.org/admin/file.php?table=documentos_publicacion&field=archivo&id=3, consultado el 2 de febrero de 2010.

Sin embargo, pese a las restricciones constitucionales de los estados de excepción, el orden jurídico colombiano no logró desprenderse definitivamente de la tradición jurídica forjada bajo su amparo. La prueba más clara es que 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”⁵³.

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 Constitucional⁵⁴ 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 regionales⁵⁵, empezando a romper de este modo con la tradición de excepción enquistada 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 incorporadas, en buena medida, en la legislación penal ordinaria.

⁵³ 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).

⁵⁴ Sentencia C-392 de 2000 MP. Antonio Barrera Carbonell.

⁵⁵ A partir de la Ley 504 de 1999 los jueces regionales fueron sustituidos por jueces especializados del circuito

La década posterior a la expedición de la Constitución de 1991 osciló pues entre la ruptura con el modelo de excepción que caracterizó las décadas anteriores y el blanqueamiento de una parte de su legado. Es ya con el inicio del siglo XXI, concretamente con el ascenso al poder del modelo de la seguridad democrática, que una nueva forma de la excepcionalidad tiene lugar. De esta paso a ocuparme en el siguiente apartado.

1.2.2 La política de seguridad democrática: del conflicto armado interno a la amenaza terrorista

Luego del fracaso del proceso de negociación con las FARC, Álvaro Uribe Vélez inició en agosto de 2002 su mandato como presidente de la República, bajo la consigna de la derrota militar de los grupos guerrilleros y la recuperación –o instauración– del control del Estado en todo el territorio nacional. La política de seguridad democrática, eje bandera de sus dos gobiernos, se articulaba en torno a tres propósitos claves estrechamente relacionados entre sí: el fortalecimiento de las fuerzas militares; el respaldo de la sociedad a la lucha contrainsurgente, bien por medio de su rechazo categórico de las guerrillas, o bien por medio de su involucramiento en tareas propias de la guerra; y la negación de cualquier carácter político de los grupos guerrilleros.

Una de las estrategias fundamentales de esta política de seguridad se libró en el campo del lenguaje. Así, desde el principio de su mandato, el gobierno de Uribe insistió en negar la existencia de un conflicto armado interno y en resaltar que el concepto que mejor describía la situación colombiana era el de amenaza terrorista. Difícil es no recordar a Carl Schmitt cuando decía que la fijación de los conceptos políticos tiene una “condición esencialmente polémica”, de modo que “una palabra, una forma de expresarse, puede constituir al mismo tiempo un reflejo, una señal, una caracterización y hasta un arma

de la confrontación hostil”⁵⁶. Y en efecto, en el caso colombiano, la sustitución de la noción de conflicto armado interno por la de amenaza terrorista obedecía a dos propósitos de la estrategia de guerra: por un lado, inscribir el enfrentamiento contra los grupos guerrilleros en el marco de la lucha internacional contra el terrorismo; y por el otro lado, negar la aplicación del DIH. Este último punto obedecía a su vez a dos estrategias de esta política: involucrar a la población civil en el conflicto por medio de figuras como las redes de cooperantes, y atacar la neutralidad enarbolada por algunas comunidades frente a las partes del conflicto, tal como lo hizo la Comunidad de Paz de San José de Apartadó.

El carácter de la negación del conflicto como arma ideológica que encajaba perfectamente con las estrategias no discursivas de la política de seguridad democrática resulta aún más evidente al examinar la precariedad de las razones expuestas para justificar tal negación. Así, en ocasiones se acudía a la tergiversación de nociones del DIH, como lo hizo por ejemplo José Obdulio Gaviria, asesor del ex presidente y una de las cabezas más visibles del Centro de Pensamiento Primero Colombia encargado de difundir la doctrina de Álvaro Uribe, al indicar que en Colombia no se podía hablar de conflicto armado porque “las FARC no controla[ban] un territorio en el que [tuvieran] constituido un embrión de Estado, un principio de organización con los atributos de un gobierno, ejercido, aunque sea de una manera rústica y primitiva por un mando unificado”. Según Gaviria, para que se pudiera hablar de conflicto interno se requeriría que “una porción de la población colombiana, aunque fuera ínfima, estuviese viviendo bajo un régimen político establecido por las Farc” o, en otras palabras, que sería preciso que el grupo insurgente tuviera el “carácter de Estado en gestación”⁵⁷. Un simple contraste con el artículo 1 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra, según el cual el conflicto interno existe cuando hay un enfrentamiento entre las fuerzas armadas de una parte contratante con “fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho

⁵⁶Schmitt, Carl (1998). *El concepto de lo político*, Madrid: Alianza, p. 61.

⁵⁷Gaviria, José Obdulio (2007). Prólogo. Consecuencias de una errada definición teórica, en Botero, Libardo (comp.) *La estrategia terrorista. Las razones del presidente Uribe para no aceptar la existencia de un conflicto armado interno en Colombia*, Bogotá: Fundación Centro de Pensamiento Primero Colombia, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, p.15.

territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”, evidencia la total imprecisión conceptual del argumento de Gaviria. El control territorial que permite realizar operaciones militares sostenidas no implica que el grupo armado sea un Estado en gestación o que la población viva bajo su régimen político.

El ex presidente Uribe, por su parte, afincaba la negación en los métodos de guerra y de financiación de los grupos guerrilleros, señalando que “no se puede reconocer en esa oposición armada la calidad de combatiente, cuando su financiación principal es la droga y su segunda financiación es la más repugnante conducta contra la libertad humana: el secuestro”⁵⁸. Es claro que la degradación de los medios utilizados en el conflicto no desvirtúa su existencia, en tanto esta no depende de la sujeción efectiva de las partes a las disposiciones del DIH, sino a la presencia de ciertas condiciones –como tener una estructura de mando y disputar el control territorial con las fuerzas armadas de un Estado–, que permita a los contendientes aplicar las normas del derecho de guerra.

El encuadramiento del combate a las guerrillas en el marco de la lucha antiterrorista era un propósito claro de la política de seguridad democrática. Desde el “Manifiesto Democrático-100 puntos Álvaro Uribe Vélez” del 2002 se advirtió que el país necesitaba “un estatuto antiterrorista que facilite la detención, la captura, el allanamiento”. Y así se hizo. En abril de 2003, el gobierno presentó al Congreso el proyecto de acto legislativo 02 conocido como Estatuto Antiterrorista. Con este se pretendió reformar tres artículos de la Constitución: en primer lugar, el artículo 15 que consagra el derecho a la intimidad, que se quería modificar para permitir la revisión de correspondencia y la interceptación de comunicaciones sin previa orden judicial para casos de terrorismo. En segundo lugar, el artículo 28 que consagra la libertad personal, que pretendió reformarse para permitir detenciones con fines de identificación y registros domiciliarios sin autorización judicial en casos de terrorismo. Y finalmente, al artículo 250, al cual se le pretendió adicionar un párrafo en el que se facultaba a la Fiscalía General de la Nación para conformar unidades especiales de policía judicial con miembros de las fuerzas militares, el DAS y la policía.

⁵⁸Discurso del presidente de la república ante la Corte Interamericana de Derechos humanos el 19 de junio de 2003, en Botero, Libardo, *Ob, Cit.*, p. 27.

Con este proyecto el gobierno pretendía constitucionalizar medidas de excepción que precisamente la Constitución de 1991 había pretendido desterrar. En vista de que las nuevas restricciones constitucionales le impedían hacerlo por medio del estado de conmoción interior, el gobierno optó por recurrir a la reforma constitucional. Sin embargo, el intento de incorporar por esta vía las disposiciones antiterroristas fracasó pues el Acto Legislativo finalmente fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional⁵⁹.

Pese a lo anterior, la lógica de la excepción propia de la lucha antiterrorista logró desenvolverse en los períodos de la seguridad democrática. Dos hechos así lo ejemplifican. El primero es la generalización, durante los dos primeros años del gobierno de Uribe, de la práctica de las detenciones masivas de personas sobre las cuales se tejió la sospecha de ser colaboradoras de las guerrillas. Estas detenciones se realizaron a partir del uso arbitrario y desproporcionado de la detención preventiva, una figura que autorizaba a la policía a capturar sin orden judicial previa.⁶⁰ Según la Comisión Colombiana de Juristas, entre el 7 de agosto de 2002 y el 6 de agosto de 2004 se registraron 77 casos de detenciones masivas en los que 5.535 personas resultaron detenidas⁶¹. Con estas dimensiones, es difícil no recordar las tristemente célebres redadas de Palmer de noviembre de 1919 y enero de 1920 en EEUU en las cuales fueron detenidos 5000 residentes extranjeros sospechosos de militar a favor de la causa comunista, las cuales constituyen un prototipo del tipo de medidas que desata la histeria de la lucha antiterrorista.

El segundo es el nefasto papel jugado por el DAS durante los dos mandatos del presidente Uribe, a través de las interceptaciones ilegales de las comunicaciones de

⁵⁹ Sentencia C-814 de 2004, MP. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes.

⁶⁰ Como lo explica Rodrigo Uprimny, para evitar el uso arbitrario de la detención preventiva establecida como excepción a la regla contenida en el artículo 28 de la Constitución según la cual “nadie puede ser arrestado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente”, la Corte Constitucional fijó una serie de criterios por los cuales esta debía regirse: “dentro de estos criterios, la Corte estableció que esta medida i) debía estar sustentada en razones objetivas y en motivos fundados, ii) debía ser necesaria, es decir estar fundada en criterios de urgencia o peligro, iii) su único objeto debe ser el de verificar de manera breve los hechos relacionados con los motivos fundados de la aprehensión o la identidad de la persona, iv) está sometida a estrictas limitaciones temporales ya que no puede exceder de un límite máximo de 36 horas, v) debe ser proporcionada, vi) contra ella es procedente la garantía del *habeas corpus*, vii) no puede implicar una violación al principio de igualdad, viii) la persona objeto de detención debe ser tratada humanamente e informada de sus derechos constitucionales y legales, y por último ix) su regulación es de estricta reserva legal” Uprimny, Rodrigo (2006). Op. Cit., p. 11.

⁶¹ Datos citados en: Uprimny, Rodrigo (2006) Op. Cit., p. 12.

opositores políticos, activistas de derechos humanos e incluso magistrados. Así, pese a que no se logró incorporar una autorización constitucional para permitir la revisión de correspondencia y la interceptación de comunicaciones sin previa orden judicial para casos de terrorismo, estas medidas finalmente operaron a partir de una ilegalidad extendida que atravesó el aparato de inteligencia del Estado y que no es otra cosa que la vigencia de la excepción –al mejor estilo de las pasadas décadas del estado de sitio–, pero sin estado de excepción.

Al lado del encuadramiento en la lucha antiterrorista, el otro punto estratégico de la política de seguridad de Uribe fue el involucramiento de la población civil en la lucha contra las guerrillas. Así, en el Manifiesto Democrático del 2002 se indicaba:

“38. Todos apoyaremos a la fuerza pública, básicamente con información. Empezaremos con un millón de ciudadanos. Sin paramilitarismo. Con frentes locales de seguridad en los barrios y el comercio. Redes de vigilantes en carreteras y campos. Todos coordinados por la fuerza pública que, con esta ayuda, será más eficaz y totalmente transparente. Un millón de buenos ciudadanos, amantes de la tranquilidad y promotores de la convivencia”⁶².

En el mismo sentido, en la Política de Consolidación de la Seguridad Democrática se señalaba que “el Gobierno promoverá la cooperación voluntaria y patriótica de los ciudadanos, en cumplimiento de sus deberes constitucionales y en aplicación del principio de solidaridad que exige el moderno Estado social de Derecho, con el fin de que cada ciudadano contribuya a la prevención del terrorismo y la delincuencia, proporcionando información relacionada con las organizaciones armadas ilegales”⁶³.

Pero la indistinción entre civiles y combatientes no solo fue alentada con la promoción de la cooperación de la población con las fuerzas militares, sino a partir de la continua acusación en contra de activistas sociales de ser cómplices del terrorismo, a los cuales en ocasiones se refería como “el bloque intelectual de las FARC”. Así por ejemplo, en una manifestación típica de esta estigmatización, el ex presidente señaló en un Consejo comunal de gobierno realizado el 6 de febrero de 2009 en Villavicencio que el “bloque

⁶²Manifiesto Democrático – 100 puntos Álvaro Uribe Vélez (2002), disponible en <http://www.mineducacion.gov.co/1621/article-85269.html>, consultada el 12 de septiembre de 2009.

⁶³Ministerio de Defensa (2007). *Política de consolidación de la seguridad democrática*, p. 60, disponible en <http://merln.ndu.edu/whitepapers/Colombia2007.pdf>, consultada el 12 de septiembre de 2009.

intelectual de las FARC a toda hora vive hablando de derechos humanos, solamente para atemorizar a nuestros soldados y policías”⁶⁴.

La política de seguridad democrática fue pues heredera de la lógica del estado de sitio, así como depositaria del paradigma de excepción de la lucha antiterrorista tras el 11S. La insistencia en sustituir la noción de conflicto armado por la de amenaza terrorista trató de capitalizar, a favor de la lucha contrainsurgente, el espaldarazo internacional a la flexibilización de los controles democráticos para enfrentar el terrorismo. Así, pretendió revivir el paradigma del estado de sitio que imperó en el manejo de los asuntos de orden público antes de la Constitución de 1991. En este intento se encontró sin embargo con distintos obstáculos jurídicos que impidieron que elementos estructurales de esta política de seguridad se implementaran. Sin embargo, lo que no logró entrar a través de la puerta grande de la ley, logró abrirse paso por los sótanos del andamiaje institucional.

1.2.3 El delito político en cuestión

En concomitancia con la negación de la existencia del conflicto armado en Colombia, otro punto clave de la agenda de la política de seguridad democrática fue suprimir la figura del delito político, lo cual implicaba básicamente eliminar el tratamiento especial que otorga la Constitución en materia de concesión de amnistías e indultos, extradición y acceso a cargos públicos a quienes hayan sido condenados por delitos políticos⁶⁵. El debate al respecto se desató en el 2005 con la manifestación del gobierno de Uribe de su intención de presentar un proyecto de reforma constitucional en este sentido. Paradójicamente, la

⁶⁴ “No dejarse confundir con falso discurso de paz de las Farc, pide Presidente Uribe”, noticia del 7 de febrero de 2009, disponible en http://web.presidencia.gov.co/sp/2009/febrero/07/04072009_i.html, consultada el 12 de septiembre de 2009.

⁶⁵ El artículo 35 de la Constitución establece que “la extradición no procederá por delitos políticos”; el artículo 150 dispone en su numeral 17 que el Congreso puede “conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos”; el artículo 201 faculta al Gobierno para “conceder indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley”; y los artículos 179, 232 y 299 que establecen que quienes hayan sido condenados a penas privativas de la libertad no podrán ser congresistas, magistrados de las altas cortes ni diputados, exceptúan de esta provisión a los condenados por delitos políticos.

propuesta se lanzó luego de que la pertenencia a grupos de autodefensa hubiera sido catalogada en la ley 975 de 2005 como sedición, precisamente a efectos de extender a los paramilitares desmovilizados los beneficios previstos constitucional y legalmente para los delitos políticos.

Básicamente dos razones fueron presentadas para justificar esta propuesta. La primera era la obsolescencia de la noción misma de delito político en el contexto de las democracias contemporáneas, idea que se fundaba en dos premisas: que todo alzamiento en armas en contra del Estado es terrorismo y que este no puede, bajo ninguna circunstancia, ser considerado como un delito político. Según el ex Presidente Uribe, “ante una democracia profunda, debe pensarse en no calificar como político el delito basado en armas, es simple terrorismo”⁶⁶. En el mismo sentido se pronunció quien fuera uno de los principales asesores ideológicos del ex mandatario, al sentenciar que “las instituciones democrático liberales, la vigencia de los derechos y garantías, la estabilidad de los regímenes surgidos de la voluntad mayoritaria, el funcionamiento de los órganos legítimos, todos esos son bienes supremos de una sociedad. Agredirlos con las armas, o con la simple amenaza de usar las armas, es, en las sociedades civilizadas, una conducta terrible a la que por consenso universal se denomina hoy, terrorismo”⁶⁷.

La segunda razón se refería al tratamiento benévolo dado a quien incurre en este tipo de delitos. Se adujo que la respuesta punitiva del Estado debía ser más fuerte frente al delincuente político que frente al común, pues lo contrario implicaba 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 comportaría, según esto, el inaceptable reconocimiento de un nivel de legitimidad de la lucha política por medio de la violencia. De acuerdo con Eduardo Posada Carbó,

⁶⁶ 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.

⁶⁷ Gaviria, José Obdulio (2007). Un sólido y robusto cuerpo de doctrina, en Botero, Libardo (comp.) *Crímenes altruistas: las razones del presidente Uribe para abolir el delito político en Colombia*, Fundación Centro de Pensamiento Primero Colombia, p. 13.

lo apropiado para consolidar la democracia tendría que ser darle pleno valor al uso de los medios pacíficos para resolver conflictos y deslegitimar, por consiguiente, cualquier apelación a la violencia. El uso del terrorismo es, por definición (por sus intenciones de doblegar forzosamente a la opinión pública), un acto antidemocrático. Llámesele si se quiere delito “político” por sus fines aparentes, pero debería entonces ser motivo agravante y no atenuante de las penas⁶⁸.

La propuesta finalmente no se materializó, en parte por una reacción pública desfavorable que veía en esta un retroceso en torno a valores democrático-liberales o un cierre a las posibilidades de una salida negociada al conflicto, pero fundamentalmente por la propia inconsistencia del gobierno, que por un lado acudía a la figura del delito político para viabilizar la desmovilización de los paramilitares, y por otro lado abjuraba de ella y abogaba por su eliminación. El gobierno en todo caso mantuvo su apuesta ideológica en este sentido, ya no con una defensa activa de la supresión del delito político, pero sí con una constante desvalorización de su significado, así como de su papel frente a un eventual proceso de desmovilización de los grupos guerrilleros. Dijo el entonces Comisionado de Paz en un foro ante la Comisión de Paz de la Cámara de Representantes:

“debemos pasar de una discusión estéril y dogmática sobre el carácter del delito político a una discusión más operativa sobre beneficios judiciales por dejación de armas y reincorporación a la vida civil. No se necesita, por ahora, modificar la Constitución en lo atinente al delito político, sobre todo para no herir el espíritu liberal de quienes consideran este enunciado constitucional como un seguro frente a posibles tiranías. Pero debe quedar claro que el delito político del que habla la Carta Magna no es, ni puede ser, un delito de sangre. En el mejor de los casos estaríamos hablando de un delito de opinión, que menos mal no existe en nuestro actual sistema democrático. Dejemos, entonces, ese enunciado en nuestra Constitución, como testimonio del talante libertario de nuestro Estado de Derecho y como figura a la que pueda recurrir un ciudadano probo que en un futuro, que ojalá nunca llegue, vea amenazada su libertad de expresión y deba, por eso, pedir asilo a un Estado amigo, o pueda invocar que por tal delito de opinión no puede ser extraditado. Pero no perpetuemos más el equívoco que asocia el delito político a actos sangrientos, justificando de esta manera la espiral de violencia que tanto daño le ha hecho a nuestro país”⁶⁹.

⁶⁸Posada, Eduardo (2007). “Delito, democracia y paz”, en Botero, Libardo (comp.) *Crímenes altruistas: las razones del presidente Uribe para abolir el delito político en Colombia*, Fundación Centro de Pensamiento Primero Colombia, p. 193.

⁶⁹Restrepo, 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_CO_MISIONDEPAZ.pdf, consultada el 10 de mayo de 2010.

Este debate de coyuntura sobre el delito político no se dio sin embargo en el aire. El mismo es la expresión de una tendencia de debilitamiento del delito político tanto en el mundo occidental, como en nuestro derecho interno. Pero al mismo tiempo, refleja las resistencias que tal debilitamiento genera en un contexto como el nuestro, atravesado por un conflicto armado irresoluto.

- El declive del delito político

La figura del tratamiento privilegiado del delincuente político es hija de la modernidad europea⁷⁰. La revolución francesa selló su carta de nacimiento al concebirla como un instrumento para “garantizar la rotación no sangrienta de las élites en el poder en tiempos de transición revolucionaria”⁷¹. Posteriormente, el derecho penal ilustrado, en la voz de la escuela positivista italiana, vendría a ofrecerle su justificación racional. En su proyecto preliminar de Código Penal para Italia, Enrico Ferri describe al delincuente político como una suerte de personaje adelantado a su tiempo que infringe la norma legal porque está más allá de ella. En sus palabras, el delincuente político “trata de conducir más deprisa a la sociedad por la vía del progreso”, mientras que el delincuente común “la haría retroceder a tiempos de barbarie”⁷². De acuerdo con esta concepción, la diferencia entre los dos tipos de delincuentes estaría dada por el móvil que los lleva a cometer el acto:

con criterio acertadísimo, la Comisión declara que no existe diferencia objetiva entre el delito común y el político-social; un mismo delito p. ej. contra la seguridad del Estado, puede ser común o político-social. El criterio para diferenciarlo se encuentra en los móviles; en el fin que el delincuente persigue. Si es un fin altruista de mejora colectiva, el delito será político-social; será común si el delincuente obró por motivos egoístas de personal provecho.⁷³

En tanto animado por el propósito de impulsar el progreso social, el delincuente político sería menos peligroso que aquel que infringe la norma para su propio beneficio, lo cual justificaría la benevolencia del trato penal.

⁷⁰ Retomo esta tesis de Orozco, Iván. Ob. Cit., p. XXX

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Ferri, Enrico (1925). Proyecto Preliminar de Código Penal para Italia, Madrid: Centro Editorial de Góngora, p. 78.

⁷³ *Ibidem.*

El penalista español Luis Jiménez de Asúa, exiliado en Argentina durante la dictadura franquista, acentuaría la idea de progreso social contenida en la tesis de Ferri, al señalar que “no debe bastar, para definir las características de un delito político, el móvil de naturaleza política o social que preside los actos del infractor de la norma; es preciso que sus finalidades sean las de construir regímenes políticos o sociales de catadura avanzada orientados hacia el porvenir”⁷⁴. De conformidad con Jiménez de Asúa, quienes cometan un delito con el propósito de “mudar en una dictadura de tipo medioeval el gobierno republicano de un país” o de “revestir con más privilegios a la burguesía imperante”⁷⁵ no debe recibir el tratamiento privilegiado de un delincuente político.

Tanto el origen histórico de esta figura del trato privilegiado, como las justificaciones subjetivistas del derecho penal evidencian su talante marcadamente moderno. La creencia en la existencia de una línea inacabada de progreso social, cuyo desarrollo estaría sujeto al espíritu revolucionario que reta el orden constituido y dinamiza la vida social y política está en la base de esta figura. Y esto permite comprender una de las razones por las cuales se trata hoy de una figura en crisis. Cuando el ex presidente Uribe decía que en una democracia profunda no cabe hablar de delito político –al margen de la discusión sobre lo que se entiende en esta frase por tal tipo de democracia–, estaba haciendo eco de la idea del fin de la historia según la cual ya habríamos llegado a la última estación de la línea: el Estado democrático. Ya no habría nada mejor adelante, así que quien bajo la idea de progreso social pretendiera forzar la marcha, únicamente podría estar conduciéndonos a un abismo. Bajo esta idea, el delincuente político resultaría más peligroso que el delincuente común, así que, siguiendo la misma lógica de la escuela italiana que otrora justificó su trato benévolo, tendría que ser sancionado con mayor severidad.

A esta justificación moderna del delito político fundada en la idea de progreso social se suma la justificación, de origen medieval, del derecho de resistencia frente a la tiranía,

⁷⁴ Jiménez de Asúa, Luis (1943), “El asesinato de Matteotti y el delito político”, en *Crónica del Crimen*, Buenos Aires: Editora Inter-Americana, p. 251.

⁷⁵ *Ibíd.*, p. 252.

que también vendría a ser recogida en las declaraciones modernas de derechos humanos. Así, en la Declaración de Independencia de Estados Unidos de 1776 se declara que cuando una forma de gobierno destruya los principios básicos en que esta se funda –la igualdad, la vida, la libertad, la búsqueda de la felicidad, el consentimiento de los gobernados como fuente de legitimidad de los gobiernos- “el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad”. Y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, aunque no reconoce el derecho de resistencia, sí hace una alusión a este en el preámbulo: “considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión...”. Es en esta línea que se comprende también el sentido de varios instrumentos internacionales de los 60’s y 70’s que justifican el derecho de los pueblos sometidos a regímenes racistas o coloniales a adoptar todos los medios necesarios para alcanzar su libertad⁷⁶. Pero nuevamente, el lugar del reconocimiento de la legitimidad del recurso a la violencia como instrumento de lucha por la libertad, se reduce cada vez más a medida que se extiende la idea de que una vez superadas las formas más extremas y evidentes de opresión y una vez abiertas vías institucionales para canalizar los descontentos –elecciones, acciones jurídicas de interés público, mecanismos de participación directa–, lo que resta es blindar y profundizar estos escenarios.⁷⁷

⁷⁶ la Declaración sobre la concesión de la independencia de los países y pueblos coloniales, contenida en la Resolución 1514 (XV) del 14 de diciembre de 1970 de la Asamblea General de la ONU, condena el colonialismo y se reconoce el derecho de los pueblos a la autodeterminación. En la Resolución 2908 de 1972, de la misma Asamblea, se reafirma el “reconocimiento de la legitimidad de la lucha de los pueblos coloniales y los pueblos bajo dominación extranjera para ejercer su derecho a la libre determinación y a la independencia por todos los medios necesarios a su alcance”. Igualmente, en el Protocolo I Adicional a los convenios de Ginebra de 1977 hay una alusión a este derecho, al indicar en su artículo 1 de principios generales que “4. Las situaciones a que se refiere el párrafo precedente comprenden los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación...”.

⁷⁷La Corte Constitucional colombiana indicó al respecto en uno de sus fallos que “en el marco constitucional de un Estado donde existen instrumentos idóneos para expresar la inconformidad... no hay motivo razonable para señalar que es legítima la confrontación armada y mucho menos actitudes violentas de resistencia a la autoridad”. Sentencia C-009 de 1995, MP. Vladimiro Naranjo Mesa. En el mismo sentido, en la sentencia C-127 de 1993, MP. Alejandro Martínez Caballero, señaló que “en nuestros días el derecho de resistencia a la opresión se ejerce democráticamente mediante la protesta realizada a través de las formas institucionales que la propia Constitución Política consagra”.

El debilitamiento del reconocimiento del delito político tiene que ver además con la creciente condena de ciertos medios violentos, sin importar los fines a los cuales sirvan. Ni el altruismo, ni la lucha contra la opresión, ni la búsqueda de un mundo más justo e igualitario podrían justificar el uso de formas de violencia extrema. Este debilitamiento se puede apreciar claramente en declaraciones internacionales relacionadas con el derecho de asilo y con la extradición que, fundamentalmente a partir de la segunda mitad del siglo XX, niegan categóricamente el estatus de delitos políticos a los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y los actos de terrorismo.

El derecho de asilo está consagrado en el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y aparece esencialmente conectado con el delito político. En efecto, dicho artículo dispone que “este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas” (Art. 14, num. 2). La Declaración sobre asilo territorial, adoptada el 14 de diciembre de 1967 por la Asamblea General de la ONU [Resolución 2312 (XXII)], precisa las condiciones de exclusión del derecho de asilo al establecer que “no podrá invocar el derecho de buscar asilo, o de disfrutar de éste, ninguna persona respecto de la cual existan motivos fundados para considerar que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos” (Art. 1, num. 2). Dada la imbricación esencial entre asilo y delito político, la negación del primero en los casos de las conductas enunciadas no significa otra cosa que la negación del estatus de delito político de estas. Tal carácter también se niega de manera expresa en materia extradición. Así, en el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo del 27 de enero de 1977 se dispone que no se “considerarán como delito político, como delito conexo con un delito político o como delito inspirado por móviles políticos” los actos catalogados como terroristas en anteriores instrumentos internacionales (Art. 1). Una disposición semejante se encuentra en la Convención Interamericana contra el terrorismo⁷⁸.

⁷⁸Convención Interamericana contra el Terrorismo, aprobada en la primera sesión plenaria celebrada el 3 de junio de 2002, AG/RES. 1840 (XXXII-O/02), artículo 11: “para los propósitos de extradición o asistencia jurídica mutua, ninguno de los delitos establecidos en los instrumentos internacionales enumerados en el

Sin embargo, la condena de ciertos medios de violencia no explica de manera completa el debilitamiento del delito político, en tanto no todo acto de violencia política encaja dentro de las categorías proscritas. Tal como fue expuesto en la primera sección de este capítulo, la lógica antiterrorista con su carácter expansivo, aunada a la persistente vaguedad del concepto de terrorismo, termina copando el lugar de todo tipo de violencia política. Por eso, en primer lugar se deslindan el terrorismo y el delito político al negarle este estatus al primero. Pero una vez hecha la distinción, las fronteras se disuelven nuevamente con una lógica invertida: ya no para negar el carácter de delito político al terrorismo, sino para caracterizar todo delito político como terrorismo. Las razones del ex presidente Uribe para abolir el delito político constituyen una clara expresión de esta inversión.

El caso colombiano ilustra bien el progresivo debilitamiento del estatus privilegiado del delito político. Desde el siglo XIX y en buena parte del siglo XX, existió en el derecho colombiano una adscripción de la categoría de combatiente a la del delincuente político a través de la caracterización de la rebelión como uno de los delitos políticos por excelencia⁷⁹. Esta adscripción tuvo dos efectos centrales: el primero, el tratamiento privilegiado de los combatientes en virtud de su reconocimiento como delincuentes políticos; y el segundo, la relevancia del derecho de gentes en el marco jurídico de regulación del conflicto armado. Así, la ley de 26 mayo de 1849 eliminó la pena de muerte para los delitos políticos. Lo mismo hizo la Constitución de 1886, en la que además se facultó la concesión de amnistías e indultos para este tipo de delitos. Igualmente, el Código Penal de 1936, inspirado en el criterio peligrosista del positivismo italiano, disminuyó la pena para el delito de rebelión, fijándola en prisión de 6 meses a 4 años.

Sin embargo, a partir de finales de la década de los setentas, esta tradición de trato benigno del delincuente político empezó a ser socavada. El primer embate se dio durante la época del estado de sitio con el Estatuto de Seguridad del gobierno de Turbay (decreto

artículo 2 se considerará como delito político o delito conexo con un delito político o un delito inspirado por motivos políticos”.

⁷⁹ Al respecto ver: Orozco, Iván. Ob. Cit., cap. V.

1923 de 1978) en el que se incrementó la pena para la rebelión al fijarse prisión de 8 a 14 años, y con la legislación antiterrorista que comenzó a disputar el lugar del derecho de gentes como marco específico para la regulación del conflicto armado. Así por ejemplo, bajo el amparo de esta legislación, se atribuyó a las cortes marciales la competencia para juzgar a los sindicatos por delitos políticos.

El segundo embate se da a finales de la década de los noventa con ocasión de la sentencia C – 456 de 1997 en la que la Corte Constitucional declaró inexecutable un aparte del artículo 127 del código penal de la época (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. Según 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 en la rebelión 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 y le puso fin al benévolo tratamiento punitivo del combatiente-rebelde. Así por ejemplo, los homicidios cometidos en combate en contra de miembros de la Fuerza 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 militares⁸⁰, con una pena que a agosto de 2011 va de 33 a 50 años de prisión⁸¹.

⁸⁰ Al respecto ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 23893 del 26 de enero de 2006, MP. Mauro Solarte Portilla.

⁸¹ 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.

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”. A juicio de la Corte, en un Estado Democrático no se 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.⁸²

Según el ex magistrado Carlos Gaviria Díaz, quien salvó su voto en dicho fallo defendiendo precisamente el tratamiento benigno del combatiente-rebelde, con la sentencia C-456 el delito político “quedó reducido a un ente apenas nominal, huero e irrisorio”⁸³. Aunque esta idea expresa bien el cambio radical que operó con este fallo de la Corte, el trato especial que la Constitución aún conserva en materia de delito político impone matizar la tajante afirmación del ex magistrado. Lo que hizo la sentencia de la Corte fue suprimir la subsunción de los delitos cometidos en combate en el delito de rebelión, imponiendo su punición autónoma. Sin embargo, la Constitución conserva la categoría de delito político y nada obsta para que el sentido que este tuvo en nuestra tradición, sea retomado para efectos de la concesión de los beneficios previstos en la Carta para facilitar procesos de transición hacia la paz.

- Juzgar la guerra de cara a la paz: por una recuperación del delito político en Colombia

He presentado en este capítulo las líneas generales que dan cuenta del progresivo declive que, en el transcurso del siglo XX, experimentaron las nociones de combatiente y delincuente político y el modo como, tanto en el ámbito global como en el nacional, fueron en gran medida sustituidas por la de terrorista. En virtud de este cambio de

⁸² Según la Corte, “Los 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”. Por esta razón, “la pretensión de imponer a otros las ideas por la fuerza, destruye el presupuesto en el que se funda el ejercicio del pluralismo”. Corte Constitucional, sentencia C-456 de 1997, M.P: Jorge Arango Mejía y Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸³Ibíd., p. XI.

etiqueta, el estatus político de quien acude a la violencia para forzar un cambio social o confrontar a un poder dominante ha tendido a la disolución, pues con la reproducción estereofónica de los estallidos violentos se ha procurado silenciar las razones políticas que hay tras cada detonación.

No debe sin embargo perderse de vista que el encuadramiento de la guerra en el marco antiterrorista ha sido favorecido también por las propias transformaciones de las dinámicas de la violencia política. En el caso colombiano, la práctica generalizada del secuestro por parte de los grupos guerrilleros, así como los ataques indiscriminados que afectan a la población civil y los atentados dirigidos deliberadamente contra esta, han contribuido también al cambio de dirección en lo que respecta a la determinación de la naturaleza de estos grupos.

Las dos circunstancias referidas –el cambio de perspectiva frente al delincuente político y la degradación de nuestra guerra–, definen el contexto general que enmarca hoy una defensa del delito político en Colombia. Se trata, como puede verse, de un contexto adverso, muy distinto de aquel en el que surgió la figura del trato especial al delincuente político, y que genera por tanto nuevos retos que no pueden ser suficientemente atendidos solo a partir de las perspectivas teóricas propias del contexto originario de la figura.

La respuesta a los retos que genera el señalado contexto adverso, será ofrecida aquí teniendo como punto de partida tres elementos. El primero es una distinción analítica entre la noción de delito político, el tratamiento punitivo benigno del delincuente político y su tratamiento especial en contextos de transición. En muchas ocasiones, tanto cuando se ataca o se defiende el delito político, se alude indistintamente a estas tres cosas. Esto dificulta la comprensión del debate pues se trata de elementos que, aunque conectados, son distintos. Por tal razón, estimo importante mantener la distinción en aras de la claridad del planteamiento.

El segundo elemento es que la defensa del delito político aquí propuesta opera frente a un escenario concreto, a saber, el de un país como Colombia con un conflicto armado de

larga duración, que ha producido millones de víctimas, que tiene como punto de partida una situación de exclusión social y política y cuyo fin no se avizora en el corto plazo.

Y el tercero es la convicción jurídica-política de que el juzgamiento de los actores subversivos debe allanar el camino para una eventual salida negociada al conflicto, en lugar de convertirse en un instrumento adicional de lucha contra el enemigo.

De acuerdo con lo anterior, el primer aspecto al que me referiré es a la noción de delito político. El planteamiento que pretendo defender es que existen razones tanto de carácter analítico, como de carácter político-jurídico, para caracterizar a los guerrilleros como delincuentes políticos. Por un lado, porque la categoría que mejor caracteriza a quien se alza en armas para enfrentar a un poder dominante –sea este un Estado autoritario, un ocupante extranjero o un Estado democrático– es la de delincuente político, no la de terrorista. Y por otro lado, porque esta caracterización tiene más potencialidades para conducir la guerra por cauces humanitarios y para facilitar eventuales espacios de interlocución con miras a la paz.

La preservación de la noción de delincuente político para caracterizar a los guerrilleros se asienta en la teoría objetiva del delito político sustentada por autores como Prins y Barsanti que, a diferencia de la teoría subjetiva que califica como delito político al inspirado en un móvil altruista de mejoramiento social, lo define en virtud del bien jurídico atacado. Así, de conformidad con Prins, el delito político implica “una concepción del orden político que difiere de la opinión de la mayoría; y un acto que tiende a realizar esa concepción diferente”⁸⁴. De esta manera, “para que un delito pueda incluirse dentro del cuadro de las infracciones políticas es condición precisa que esté caracterizado por un ataque dirigido contra uno cualquiera de los elementos integrantes de la organización política del país, o contra cualquiera de las actividades de sus poderes políticos”⁸⁵. En el mismo sentido, para Barsanti “será delito político todo ataque al Estado, contra su forma, sus poderes o su organización política”⁸⁶.

⁸⁴Ruis, Mariano (1944). *Evolución del Delito Político*, México D.F: Editorial Hermes, p. 54

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 60.

Y de hecho es esta comprensión objetiva la recogida por la legislación penal colombiana, que desde finales del siglo XIX tipificó el delito político por excelencia en nuestro medio, a saber, la rebelión, como el empleo de las armas con el objeto de derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente.

Por su parte, el concepto de terrorismo alude a una forma específica de la violencia, cuya nota sobresaliente es la afectación a la población civil con la finalidad de aterrorizarla. En este sentido, plantear, como lo hiciera el ex presidente Uribe, que todo acto de violencia contra el Estado es terrorismo, es totalmente inexacto. En tal caso se confunde el género con la especie. El terrorismo puede ser caracterizado analíticamente como un delito político, si se enmarca en un ataque dirigido contra la organización política. Pero de este enunciado no puede derivarse lógicamente que todo ataque contra el Estado es terrorismo.

Por otro lado, la sustitución del concepto de delito político por la de terrorismo no solo es imprecisa analíticamente, sino que es funcional a un modelo que busca extremar los métodos de lucha contra quienes se alzan en armas en contra del Estado. Si la categoría de combatiente-rebelde corresponde a la de un enemigo político-militar, la de terrorista equivale a la de un enemigo de la humanidad. Y la lucha contra quien se ve como enemigo de la humanidad no puede sino conducir a la deshumanización. A su vez, en el ámbito estrictamente jurídico, la lucha antiterrorista promueve la aplicación del derecho penal del enemigo, en virtud de la cual el proceso penal se convierte en mero apéndice de la guerra, lo cual, en lugar de allanar el camino hacia un eventual proceso de paz, lo dificulta. En este sentido, además de las razones de precisión analítica, razones relativas a la humanización de la guerra abogan a favor de la conservación de la categoría de delito político.

Demostrada la pertinencia de la noción de delito político en Colombia, paso a un segundo aspecto que es el del tratamiento punitivo benévolo. Como lo expliqué en el anterior apartado, la justificación de este tratamiento tiene sus raíces en la escuela del positivismo italiano que, a partir de la teoría subjetiva que definía el delito político en virtud del móvil altruista de su autor, atribuía a este una menor peligrosidad social, que hacía innecesaria la imposición de un castigo fuerte. Los detractores del delito político invierten el presupuesto de este planteamiento para justificar un tratamiento más

gravoso. Señalan que es más peligroso quien se escuda en razones políticas para cometer delitos, que quien delinque por motivos meramente personales, y que por tanto el móvil político debe ser causal de agravación, no de atenuación. Pero además, a partir de una concepción más cercana a la teoría objetiva del delito político, plantean que atentar contra el Estado democrático es una conducta grave que merece un alto reproche penal, precisamente en cuanto el uso de la violencia como arma política niega la sustancia misma de la democracia.

Para confrontar esta posición, es necesario aclarar en primer lugar que no todo delito cometido en el marco de la confrontación con el orden político imperante merece un tratamiento punitivo benigno. La punición por actos atroces de violencia no puede en efecto ser atenuada en virtud de la motivación política del autor. No solo porque se trata de algo prohibido en distintos instrumentos internacionales, así como en normas nacionales, sino porque el uso desproporcionado de la violencia va en contravía del propósito de legitimación de la causa a cuya promoción apunta la acción del delincuente político⁸⁷. Así, el homicidio de civiles por parte de grupos guerrilleros no puede ser objeto de un menor reproche penal, sino que, por el contrario, en vista de que se trata de una grave infracción al DIH, amerita un trato punitivo agravado. De hecho, para impedir precisamente el trato benigno, la respuesta de múltiples instrumentos normativos tanto internacionales, como nacionales ha sido la de negar el estatus de delito político a ciertos actos. En este punto, la teoría subjetiva del móvil altruista resulta entonces totalmente inadecuada y superada.

Por su parte, en lo que respecta al delito de rebelión y a los delitos conexos que no constituyen crímenes de guerra, ni crímenes de lesa humanidad, el trato benigno se justifica a partir de una concepción democrática del derecho penal. Tal como se indicó en el salvamento de voto a la sentencia C-456 de 1997, “al 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

⁸⁷ Sobre el uso desproporcionado de la violencia en el caso de delitos cometidos con fines políticos, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) ha indicado que “el elemento político del delito debe predominar sobre su carácter de delito de derecho común. No será así cuando los actos cometidos no guarden proporción con el objetivo invocado”. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (1992). *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*, párr. 152.

de la acción delictiva, a quien obra en función de ideales altruistas, se le debe tratar con benevolencia”.

Ahora bien, en el caso colombiano, en virtud de la punición autónoma de los delitos cometidos en combate establecida precisamente a partir de la sentencia C-456 de 1997, el trato punitivo benigno al delincuente es cosa del pasado. Y es difícil pensar, en el contexto actual, en revertir esta situación. En vista de este escenario, lo que me interesa destacar –y en este punto aparece la pertinencia de mantener la distinción entre delito político, trato punitivo benévolo y trato especial en contextos de transición– es que la defensa del delito político tiene sentido incluso si la misma no conduce *per se* al trato punitivo benigno. Y lo tiene no solo por las razones analíticas y humanitarias ya señaladas, sino también porque la misma conserva su valor frente a un eventual proceso de paz.

El trato especial al delincuente político en períodos de transición política está en la base del origen histórico de esta figura en el contexto de la revolución francesa. En el caso colombiano, el nacimiento del delito político a la sombra del *iuspublicumeuropaeum* durante el siglo XIX también respondió al propósito de facilitar de un modo más humano las transiciones políticas tras las guerras. La Constitución colombiana por su parte establece una serie de beneficios en materia de amnistía, extradición y acceso a cargos públicos, los cuales están pensados precisamente como instrumentos para allanar los procesos de transición hacia la paz. En este sentido, el mantenimiento del estatus de delincuente político en la investigación y juzgamiento de las conductas cometidas por los guerrilleros mientras persista el conflicto, resulta definitivo frente a un eventual escenario de negociación, pues el modo como se juzguen hoy las conductas inevitablemente repercutirá en un futuro en la definición de la procedencia del otorgamiento de beneficios como los establecidos en la Constitución de 1991.

2. Tendencias en la judicialización de miembros de organizaciones guerrilleras entre 1990 y 2010

En el presente capítulo me ocupo de presentar algunas tendencias jurisprudenciales que permiten apreciar el modo como los operadores judiciales encuadran las conductas cometidas por los guerrilleros frente a los variados derroteros que ofrece el Código Penal. Para tal efecto, me concentro en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en relación con dos puntos: en primer lugar, el lugar del derecho internacional humanitario en el análisis de las acciones de los guerrilleros, así como los criterios para calificar una conducta como terrorista; y en segundo lugar, en la definición de la naturaleza de las organizaciones subversivas en relación con el delito político y el crimen común organizado. Adicionalmente, como el objetivo es captar las tendencias en el período reciente, y evaluar la judicialización de los guerrilleros respecto a las variaciones de contexto descritas en el primer capítulo, me concentro en la jurisprudencia de las dos últimas décadas. Este periodo tiene la doble ventaja de posibilitar el contraste entre, por un lado, el antes y el después de la decisión de la Corte Constitucional que fijó la punición autónoma de los delitos cometidos en combate, y, por otro lado, el antes y el después de la política de seguridad democrática.

La concentración en la jurisprudencia de la más alta Corporación del sistema judicial penal se justifica, por un lado, en la potencialidad que esta tiene de irradiar el resto del sistema, de tal modo que a través de su lectura es posible captar tendencias que pueden influir a otros operadores judiciales y que, en tal sentido, tienen mayor vocación de generalidad; y, por otro lado, en que en los fallos de la Corte Suprema se encuentran reseñadas las posiciones jurídicas de los fiscales y jueces de instancia, de tal modo que la lectura de estos permite acceder también a información sobre las perspectivas de otros operadores de distintas partes del país. En todo caso, soy consciente de que la jurisprudencia de la Corte Suprema solo ofrece una visión limitada del fenómeno de la

judicialización de los guerrilleros. Por eso las tendencias que aquí se muestran a partir de esta jurisprudencia deben leerse bajo la idea de que ofrecen solo una comprensión parcial del objeto del cual se pretende dar cuenta.

El capítulo está dividido en tres secciones. En la primera expongo el marco jurídico penal que define las diferentes alternativas existentes para la judicialización de las conductas cometidas por los guerrilleros en el contexto del conflicto armado. En la segunda describo las tendencias de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en relación con el terrorismo y el derecho internacional humanitario. Y en la tercera me ocupo de la jurisprudencia sobre la relación entre el delito político y el delito común.

2.1 El marco normativo

El Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000) es un conjunto abigarrado en lo que respecta a la criminalización de las conductas asociadas al conflicto armado. En él confluyen los legados de diferentes tradiciones que reflejan el modo predominante de acercarse al fenómeno del conflicto en un momento determinado y en las cuales se pueden ver reflejadas, a su vez, las múltiples caras de la violencia en Colombia y sus complejos entrecruzamientos. A grandes rasgos, es posible identificar dos tendencias: una, depositaria de la tradición de reconocimiento del delito político y del derecho de guerra, que representa un tratamiento distintivo de la violencia asociada al conflicto; y la otra, que evidencia la crisis de esta tradición y cuya nota característica es que diluye la especificidad de este tipo de violencia en el maremágnum de la criminalidad común organizada y el terrorismo.

Expresiones de la primera tendencia son el mantenimiento de los delitos políticos en el Código Penal y la tipificación de las infracciones al DIH. En primer lugar, el Código conserva el capítulo de delitos contra el régimen constitucional y legal en el cual se encuentran los que se han considerado como los delitos políticos por excelencia en nuestra tradición jurídica: la rebelión, la sedición y la asonada. El primero, que es el delito en el que históricamente se ha encuadrado la pertenencia a los grupos guerrilleros, hace parte del orden jurídico colombiano desde 1837, año en el cual se dictó el primer Código

Penal. La redacción actual, que penaliza a “los que mediante empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente” (Ley 599 de 2000, Art. 467), es idéntica a la del Código Penal de 1980, salvo que la pena mínima se aumentó en un año, quedando de seis a nueve años de prisión. Cabe advertir que en virtud del incremento general de las penas establecido en la Ley 804 de 2004, la pena de prisión actual va de 8 a 13 años y medio, lo que la deja prácticamente igual a la pena que para este delito se había dispuesto en el Estatuto de Seguridad del gobierno de Turbay (8 a 14 años), la más alta en la historia jurídica del país. Adicional a este incremento punitivo, hay que tener presente el más gravoso tratamiento que en muchos de los casos representó la sentencia C-456 de 1997 a partir de la cual se fijó la punición autónoma de todos los delitos cometidos en combate. En este sentido, puede decirse que el Código Penal conserva la categoría del delito político, mas no así el tratamiento punitivo benigno para el delincuente político.

En segundo lugar, el Código Penal de 2000 introdujo por primera vez en nuestra legislación un catálogo completo de infracciones al DIH. Estas quedaron recogidas en el Título II, en el cual se tipificaron las siguientes conductas, cuyo ingrediente normativo común es el de ser cometidas “con ocasión y en desarrollo del conflicto armado”⁸⁸: homicidio, lesiones personales, tortura, acceso carnal violento y actos sexuales violentos cometidos en persona protegida; prostitución forzada; utilización de medios y métodos de guerra ilícitos; perfidia; actos de terrorismo; actos de barbarie; tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida; actos de discriminación racial; toma de rehenes; detención ilegal y privación del debido proceso; constreñimiento a apoyo bélico; despojo en el campo de batalla; omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria; obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias; destrucción y apropiación de bienes protegidos; destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario; destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto; ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas; represalias; deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil; atentados a la subsistencia y devastación; omisión de medidas de protección a la población civil;

⁸⁸ Ver: Ley 599 de 2000, Título II, artículos 137 a 164.

reclutamiento ilícito; exacción o contribuciones arbitrarias; y destrucción del medio ambiente.

Pero por otro lado, el Código también contiene otro tipo de disposiciones que, en virtud de las concepciones dominantes sobre el conflicto y el carácter de los actores en él involucrados, pueden deslizar la judicialización del conflicto hacia el marco más general de la criminalidad común organizada. La mayoría de ellas se encuentran en el Título XII de los delitos contra la seguridad pública, que incluye los delitos de concierto para delinquir, terrorismo, amenazas, instigación a delinquir; y los delitos de peligro común o que puedan ocasionar grave perjuicio para la comunidad, tales como el incendio, el empleo o lanzamiento de sustancias peligrosas y el tráfico y porte ilegal de armas. De particular relevancia para el tema de este trabajo resultan el delito de concierto para delinquir agravado y aquellos relacionados con el terrorismo, pues son los que con mayor probabilidad pueden traslapar todo el campo jurídico de la guerra, la cual devendría así en mera amenaza para la seguridad pública.

El artículo 340 define el delito de concierto para delinquir como la asociación entre varias personas con el propósito de cometer delitos⁸⁹:

Artículo 340. Concierto para Delinquir. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses.

Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o Financiamiento del Terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2700) hasta treinta mil (30000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

⁸⁹ Algunas consideraciones aquí incluidas sobre el delito de concierto para delinquir retoman planteamientos de mi artículo "Derecho penal y protesta social" escrito en coautoría con Rodrigo Uprimny. Ver supra nota al pie 48.

Esta conducta tiene antecedentes remotos en la legislación colombiana. Así, el Código Penal de 1873 tipificaba como delito contra la paz y el orden interior la conformación de “cuadrillas de malhechores”, y el Código Penal de 1936 se refería a la asociación e instigación para delinquir que tipificaba la pertenencia a una asociación o banda “organizada con el propósito permanente de cometer delitos, mediante el común acuerdo y recíproca ayuda de los asociados” (Art. 208). Durante el gobierno de Guillermo León Valencia este delito fue modificado bajo la idea de que tal como estaba estructurado resultaba prácticamente imposible de probar. Se expidió entonces el Decreto 2525 de 1963, el cual suprimió tres elementos de la conducta: la organización, la permanencia del propósito y la recíproca ayuda de los asociados⁹⁰. Posteriormente, el Código Penal de 1980 consagró el delito de concierto para delinquir, el cual reemplazó la noción de “asociación”, contenida en las normas anteriores, por la de “concierto”, pero conservó en lo sustancial la definición del Decreto 2525, es decir, sin inclusión de las nociones de organización, permanencia y ayuda recíproca. La definición del Código de 1980 se mantuvo en el Código del 2000, el cual adicionó la modalidad de la conducta agravada, que es la definida en el segundo inciso del artículo citado.

Ahora bien, pese a la modificación introducida por el Decreto 2525 de 1963, la jurisprudencia de las altas corporaciones judiciales continuó otorgando a las nociones de organización y permanencia en el propósito de delinquir el carácter de elementos típicos. Así, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que el concierto para delinquir:

consiste en concertarse para cometer delitos, que se traduce en la existencia de un acuerdo de voluntades para la realización de actos delictivos indeterminados, que en manera alguna puede ser momentáneo u ocasional, esto es, debe ostentar continuidad y permanencia, entendidas no como una duración ilimitada de ese designio delictivo común, sino como la permanencia en el propósito contrario a derecho por parte de los concertados, que se proyecta y renueva en el tiempo mientras la asociación para delinquir persista⁹¹.

Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado que este delito exige tres elementos constitutivos:

⁹⁰Al respecto ver: Paz, Gonzalo (2007). Concierto para delinquir, en *Cuadernillos de Derecho Penal* No. 36, julio de 2007, Editorial Universidad Santiago de Cali.

⁹¹Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado n.º 17089 del 23 de septiembre de 2003, MP. Edgar Lombana Trujillo.

el primero la existencia de una organización que con carácter permanente tenga como objetivo lesionar intereses o bienes jurídicos indeterminados; el segundo que los miembros de dicha organización lo sean en virtud de un acuerdo de voluntades que los une para alcanzar dicho objetivo; y el tercero que la expectativa de la realización de las actividades que se proponen sus miembros, pongan en peligro o alteren la seguridad pública⁹².

En virtud de las características referidas, el concierto para delinquir constituye el tipo base para la persecución de la criminalidad organizada. Y en particular, el delito de concierto para delinquir agravado ha sido el tipo base para la criminalización de la pertenencia a grupos paramilitares. Como veremos en este capítulo, en el caso de la pertenencia a los grupos guerrilleros, la criminalización se termina moviendo entre los delitos de rebelión y concierto para delinquir agravado, según la perspectiva del operador jurídico.

Las otras disposiciones relevantes son las relativas al terrorismo. Tal como lo advertí en el primer capítulo, el Código Penal conserva el legado sustantivo de la normatividad antiterrorista gestada durante la época del estado de sitio. Aunque el Código Penal vigente (Ley 599 de 2000) derogó el artículo 4º del Decreto 2266 de 1991 que había convertido en legislación permanente los delitos consignados en el Estatuto Antiterrorista, varios de estos fueron integrados al nuevo Código. Así, el artículo 343, que define el delito de terrorismo, reproduce en su integridad la definición establecida en ese Estatuto. Dice este artículo:

El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante 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 valiéndose de medios capaces de causar estragos incurrirá en prisión de ciento sesenta (160) a doscientos setenta (270) meses y multa de mil trescientos treinta y tres punto treinta y tres (1.333.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con esta conducta.

Del mismo modo se mantuvieron los tipos de instrucción y entrenamiento para el desarrollo de actividades terroristas (art. 341); las amenazas con el propósito de causar

⁹²Corte Constitucional, sentencia C-241 de 1997, MP. Fabio Morón Díaz.

alarma, zozobra o terror en la población o en un sector de ella (art. 347) y la instigación para cometer actos terroristas (art. 348). Adicionalmente, se incluyó como circunstancia de agravación de varios delitos el ser cometidos con “fines terroristas”, tal como sucede, por ejemplo, con el homicidio (art. 104, num. 8) y el secuestro (art. 170, num. 6).

Pero adicionalmente, en el Código del 2000 se introdujo el tipo penal de actos de terrorismo como una infracción al DIH:

El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice u ordene llevar a cabo ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias, actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla, incurrirá por esa sola conducta en prisión de doscientos cuarenta (240) a cuatrocientos cincuenta (450) meses, multa de dos mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (2666.66) a cincuenta mil (50,000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de doscientos cuarenta (240) a trescientos sesenta (360) meses (art. 144).

El abanico punitivo relevante para la criminalización de los grupos guerrilleros es pues amplio y multiforme. La inclusión del capítulo de infracciones al DIH en el Código Penal del 2000 podría dar cuenta de una revitalización del derecho de guerra como marco especial para definir el alcance de la criminalización de los combatientes. Pero dada precisamente la variedad de tendencias que confluyen en el Código, este capítulo constituye tan solo un marco normativo en disputa frente a otros marcos de referencia que compiten en el terreno de la judicialización de los guerrilleros.

Por esta razón, el poder de definición de los jueces es concluyente. Según la visión que 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 agravado o como rebelión; y la toma de una guarnición militar como un acto de terrorismo agravado, o como una conducta atípica en cuanto no constituya, por elementos adicionales a la simple toma, una infracción al DIH⁹³. En los dos siguientes

⁹³La 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

apartados trataré de identificar cuáles son esas perspectivas que sobre el conflicto y los grupos guerrilleros refleja la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

2.2 Delito político, DIH y terrorismo

Antes de que la Corte Constitucional declarara en 1997 la inexecutable de la cláusula de exclusión de pena para los delitos conexos con la rebelión cometidos en combate, la recurrencia a nociones propias del derecho de guerra en el juzgamiento de los guerrilleros combatientes resultaba más que lógica. No podía ser de un modo distinto si se tiene presente, como lo apuntala Iván Orozco, que esta exclusión era la expresión de una “concepción simétrica del conflicto armado”⁹⁴ claramente depositaria del derecho clásico de guerra que “descriminaliza el centro de la guerra: el matar”⁹⁵. Y en efecto, para determinar en qué casos operaba la exclusión, era preciso establecer cuándo una conducta había sido cometida en combate, así como cuándo un acto cometido en el marco del conflicto constituía un “acto de ferocidad, barbarie o terrorismo”. E igualmente lógica resultaba la pertinencia de tales nociones para decidir respecto a la concesión de beneficios como el indulto y la cesación de procedimiento previstos para los delitos políticos y conexos en distintos cuerpos normativos aprobados en su mayoría durante la década de los noventa, pues en estos claramente se excluían los beneficios para los homicidios cometidos fuera de combate, los actos de ferocidad o barbarie y, en algunos casos, para el terrorismo.

Los cuatro convenios de Ginebra habían sido incorporados al derecho interno mediante la Ley 5 de 1960, y el Protocolo Adicional relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) mediante la Ley 171 de 1994. Existía pues un marco legal que contenía nociones claramente útiles –tales como las de combatiente, población civil o ataque indiscriminado– para analizar tanto la punibilidad de

instalaciones de la Fuerza Pública, de los cuerpos de seguridad del Estado, o sedes diplomáticas o consulares”.

⁹⁴ Orozco, Iván. Ob.cit., p. 208

⁹⁵ *Ibidem*.

los actos cometidos por los guerrilleros, como la concesión de beneficios. Pero por otro lado, se encontraba vigente también toda la normatividad antiterrorista, la cual proporcionaba otro marco de análisis que, o bien podría resultar complementaria al derecho de guerra, o bien podría terminar desplazándolo en su integridad.

El primer concepto clave para captar las tendencias jurisprudenciales en este punto es el de combate. En todos los casos en los que debía definirse la procedencia de la exclusión de pena, la Corte Suprema se apoyó en una noción estricta de este concepto. En primer lugar, la Corte aclaró que el combate no puede ser entendido “en términos abstractos de confrontación política, ni de condición inherente o estado obvio y siempre presente de la actividad subversiva”⁹⁶. De este modo, la Corte respondía a algunos defensores de guerrilleros que, partiendo de la base de que la rebelión es un delito de ejecución permanente, pretendían que se reconociera que “los rebeldes se encuentran inmersos en un combate permanente frente al Estado, para efectos de la aplicación del artículo 127 del Código Penal”⁹⁷. Según la Corte, “si se aceptara esta interpretación, habría de concluirse que todos los actos delictivos cometidos en desarrollo de la acción rebelde serían, sin excepción, actos ejecutados en combate, hipótesis de la cual no parte el legislador”⁹⁸. Hecha esta aclaración, la Corte definió el combate 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”⁹⁹. Y precisó además que “Las acciones delictivas de los subversivos contra personas civiles ajenas al conflicto, no constituyen actos propios de combate, en cuanto la población civil ... no tiene la condición de combatiente, ni puede ser considerada objetivo militar por quienes pretenden el cambio del establecimiento”¹⁰⁰. Así, las nociones de combatiente y objetivo militar constituirían un elemento importante de la definición de combate. Por otro lado, la Corte indicó que el combate “implica una lucha de contrarios, una reacción ante el ataque

⁹⁶Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado n.º 11837 del 4 de febrero de 1999, MP. Fernando Arboleda Ripoll

⁹⁷ Ibíd.

⁹⁸ Ibíd.

⁹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, casación 12661 del 27 de mayo de 1999, M.P.: Nilson E. Pinilla Pinilla.

¹⁰⁰Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado n.º 11837 del 4 de febrero de 1999.

que depende no solo de la capacidad de respuesta, sino que exige además la posibilidad de que se pueda repeler¹⁰¹.

La aplicación de estos criterios sobre la noción de combate a un caso concreto permite advertir su alcance, así como avizorar el papel otorgado por la jurisprudencia al DIH. Un caso ilustrativo fue decidido por la Corte en 1999. Se trataba de un proceso contra un integrante de las FARC que fue condenado por los delitos de rebelión, terrorismo y homicidio terrorista tras haber participado en un ataque a un CAI durante un apagón en 1992. El guerrillero arribó al CAI vestido de civil y asesinó al único policía que ahí se encontraba y luego detonó un artefacto explosivo que destruyó completamente el lugar. Según señaló el mismo procesado, el ataque hacía parte de una ofensiva de las FARC contra la Policía Nacional.

El casacionista planteó su argumentación en el marco del derecho de guerra, alegando que el CAI era un objetivo militar legítimo, que el agente de policía tenía la condición de combatiente y que su homicidio se produjo en un combate. Enfatizó que “el combate en la modalidad de guerra de guerrillas es mucho más rico que el simple intercambio de disparos” y que el ataque por sorpresa, tal como el que se dio en este caso, no está prohibido por el DIH, en tanto lo que no se permite “es atacar o matar al enemigo desarmado o que se halle fuera de combate”. Resaltó además que el propósito del ataque no era aterrorizar a la población, sino propinar un golpe militar al enemigo, prueba de lo cual es que se utilizó “una carga explosiva calculada únicamente para destruir el objetivo militar propuesto”¹⁰². De acuerdo con esto, pretendía que, en virtud de la cláusula de exclusión de punibilidad, únicamente se condenara a su defendido por el delito de rebelión.

La Corte negó la casación bajo el argumento de que en este caso no se había desatado un combate en tanto no hubo un enfrentamiento colectivo y además el policía no tenía la capacidad de repeler el ataque “pues no estaba ni preparado ni entrenado para enfrentar

¹⁰¹Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado n.º 13433 del 27 de agosto de 1999, MP. Jorge Córdoba Poveda.

¹⁰²Ibíd.

los ataques de la guerrilla, sino sólo para atender los asuntos atinentes a su función constitucional de proteger la vida, honra, bienes, libertades y demás derechos de los ciudadanos”. Concluyó entonces que no operaba la exclusión de pena pues el homicidio del policía no se produjo en combate.

La Corte sin embargo no se refirió a varios asuntos planteados en la demanda de casación. Así, la Corte no se refirió a si el agente de policía tenía o no la calidad de combatiente¹⁰³, ni tampoco a si el CAI podía calificarse como un objetivo militar legítimo. A juicio de la Corte, la inexistencia del combate descartaba la necesidad de pronunciarse al respecto. La falta de mención a tales aspectos era sin embargo problemática, en la medida en que dejaba sin resolver preguntas importantes sobre el alcance del DIH frente a las estrategias irregulares propias de una guerrilla en el ámbito urbano. De hecho, y al margen de la discusión sobre la adecuación del concepto de combate en el caso concreto, con este modo de enfocar el problema la Corte parecía sugerir que ciertas tácticas militares irregulares que carecen precisamente del elemento colectivo o de la capacidad de respuesta del adversario no encajan *per se* en la categoría de combate, con lo cual no quedaba claro qué tipo de enfrentamientos irregulares podrían ser caracterizados como combate.

Más preciso y detallado en este punto resulta el concepto que rindió el Ministerio Público en el proceso, en el cual se indicó que la policía solo eventualmente puede tomar parte de las hostilidades, pero que su vocación no es la de ser combatiente en el conflicto por cuanto, pese a ser un cuerpo armado, su naturaleza es civil. Por esta razón, se advirtió que el CAI no podía considerarse como un objetivo militar legítimo. Destacó además el Ministerio que no podía hablarse de combate pues este requiere un enfrentamiento entre las partes combatientes y que incluso si se considerara que el CAI era un objetivo militar legítimo, el ataque sorpresivo constituyó un acto de perfidia prohibido por el DIH en cuanto el guerrillero realizó el ataque mostrándose como civil.

¹⁰³ Aunque podría inferirse que la Corte considera que el policía no es un combatiente cuando advierte que este “no estaba ni preparado ni entrenado para enfrentar los ataques de la guerrilla”, en todo caso es un aspecto al que no se refiere y que no desarrolla.

Sin embargo, cabe advertir que en un caso similar a este, la Corte Suprema sí se refirió a la calidad de combatiente y objetivo militar para descartar la ocurrencia de combate¹⁰⁴. Se trataba de un caso en el cual el ELN detonó en un mismo día explosivos en la SIJIN, la cárcel de Cúcuta y un CAI de la misma ciudad. La Corte indicó, al igual que en el caso que venía comentando, que no podía calificarse como combate un “atentado sorpresivo contra un grupo humano al cual no se brinda la oportunidad de defenderse”, pero indicó además que no se podía considerar como “una contienda militar, cuando no hay enfrentamiento y una de las partes supuestamente intervinientes no está constituida por militares o el objetivo no tiene ese carácter”.

Este tipo de casos que involucran a combatientes rebeldes en escenarios de guerra irregulares retan las clásicas nociones del derecho de guerra y evidencian precisamente el desajuste señalado en el primer capítulo. La idea de combate de la que se vale la Corte evoca el modelo regular de batalla a campo abierto o, a lo sumo, ciertas tácticas irregulares propias de la guerra de guerrillas que se libra en el ámbito rural, como por ejemplo la emboscada. Pero cuando la guerra se desplaza a las ciudades parece quedar prácticamente por fuera del campo del derecho humanitario. Los esfuerzos de las defensas de los guerrilleros por encuadrar los actos de violencia urbana en el marco de este derecho, procurando adaptar conceptos como los de combate y objetivo militar, resultan infructuosos pues se trata de nociones que obedecen a lógicas distintas de la violencia. Por eso, la judicialización casi que irremediabilmente se termina deslizando hacia los delitos de terrorismo.

Y precisamente el segundo concepto clave para captar las tendencias de judicialización de guerrilleros cuando operaba la cláusula de exclusión de pena, era el de actos de ferocidad, barbarie y terrorismo. Según la definición recurrente de la Corte, estos actos eran entendidos como “los que reprueba el derecho internacional humanitario o derecho de gentes, 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

¹⁰⁴Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado n.º 12853 del 6 de junio de 2000, MP. Nilson Pinilla Pinilla.

impotentes, y en general a la población civil...”¹⁰⁵. 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”¹⁰⁶. De conformidad con 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.

Dos casos decididos por la Corte ilustran bien el alcance de estos criterios. En el primero¹⁰⁷, la Corte se ocupó de resolver un recurso contra un auto del Tribunal Nacional que negó a un guerrillero el beneficio de cesación de procedimiento previsto en la Ley 104 de 1993 para los delitos políticos y conexos, con exclusión de los “delitos atroces, genocidios, homicidios cometidos fuera de combate o con sevicia o colocando a la víctima en estado de indefensión, secuestro o a actos de ferocidad o barbarie” (Art. 48). El guerrillero tenía un proceso en curso por los delitos de homicidio con fines terroristas agravado, tentativa de homicidio, daño en bien y rebelión, con ocasión de su participación en un atentado con dinamita dirigido contra una patrulla policial que se desplazaba por la ciudad de Medellín. Como resultado de este murieron dos agentes de policía y otro resultó gravemente herido. El Tribunal accedió a conceder la cesación solo por el delito de rebelión pues consideró que los otros delitos, a pesar de ser conexos con este, fueron cometidos fuera de combate y constituían actos de barbarie “pues se utilizó un medio capaz de causar estragos que no solo afectó a los policiales que se transportaban en la patrulla sino que puso en peligro la vida de muchas personas que residían en las edificaciones vecinas y que nada tenían que ver en el conflicto, causando daños en algunos inmuebles”.

En este caso la defensa insistió en que el conflicto colombiano no se libra en el marco de una guerra convencional, sino en una guerra de guerrillas, irregular o de movimientos, de

¹⁰⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado n.º 12051 del 25 de septiembre de 1996, M.P.: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

¹⁰⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, radicado n.º 98910 de febrero de 1983, M.P. Manuel Gaona Cruz.

¹⁰⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado n.º 12051 del 25 de septiembre de 1996, M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

tal modo que la perspectiva sobre los métodos y medios de combate permitidos no debe ser evaluada a la luz de lo que sucede en una guerra regular. Así, destacó que un medio de combate como el ataque por sorpresa, tal como el que se dio en este caso, hace parte de la dinámica de la guerra irregular y que debía por tanto valorarse a partir del derecho de los conflictos armados. Y al presentar su propio análisis, advirtió que los policías atacados no se encontraban fuera de combate pues no estaban en ninguna de las situaciones señaladas en el Protocolo Adicional I de Ginebra¹⁰⁸ y que el ataque contra la patrulla no fue indiscriminado¹⁰⁹, prueba de lo cual es que el grupo había “desistido temporalmente del atentado, al prever que le podían ocasionar daños a transeúntes o a terceros inocentes”. Con base en estos argumentos, la defensa solicitó que se subsumieran los delitos de homicidio, tentativa de homicidio y daño en bien ajeno en el delito de rebelión y que por tanto se otorgara la cesación de procedimiento frente a todas las conductas.

La Corte no admitió sin embargo los planteamientos de la defensa. Coincidió con el Tribunal en que el ataque constituyó un acto de barbarie, razón por la cual no cabía otorgar el beneficio solicitado. En primer lugar, señaló que una cosa era que los delitos cometidos en virtud de este ataque fueran conexos con el delito de rebelión, y otra que pudieran ser objeto del beneficio. Reconoció que en efecto podían ser conexos, pero que su carácter de actos bárbaros los excluía del beneficio. Señaló que el ataque a la patrulla de policía constituía un acto bárbaro por cuanto la explosión se dio en una zona residencial a una hora concurrida aterrizando de este modo a la población civil que, en sus palabras, “se compungió con tan aterradora forma alevosa de atacar y darle muerte a un pequeño grupo de policías que, por ir de paso y en misión de relevos, ni siquiera

¹⁰⁸ Según el 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), está fuera de combate toda persona: “a) que esté en poder de una Parte adversa; b) que exprese claramente su intención de rendirse; o c) que esté inconsciente o incapacitada en cualquier otra forma a causa de heridas o de enfermedad y sea, por consiguiente, incapaz de defenderse; y siempre que, en cualquiera de esos casos, se abstenga de todo acto hostil y no trate de evadirse”. (Art. 41, num. 2).

¹⁰⁹ El Protocolo I define que son ataques indiscriminados: “a) los que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto; b) los que emplean métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto; o c) los que emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar conforme a lo exigido por el presente Protocolo; y que, en consecuencia, en cualquiera de tales casos, pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas civiles o a bienes de carácter civil”. (Art. 51, num. 4).

tuvieron la oportunidad de pensar en la más escasa reacción”. Adicionalmente refirió que el ataque fue exagerado en relación con la ventaja militar pretendida.

En el segundo caso¹¹⁰, resolvió la Corte un recurso de casación contra la sentencia en la que se condenó a un integrante del ELN por los delitos de terrorismo, rebelión, homicidio, lesiones personales y uso de documentos públicos falsos en virtud de su participación en un ataque contra una patrulla del ejército en febrero de 2002. El ataque se efectuó con una bomba que fue instalada cerca de la central de abastos de la población de San Vicente de Chucurí (Norte de Santander) y estalló al tránsito de la patrulla, ocasionando la muerte de un soldado y de dos estudiantes que transitaban por el sector. El defensor pretendía que solo se condenara por rebelión alegando la exclusión de pena por los otros delitos que, según él, fueron cometidos en combate. En cuanto al terrorismo, señaló que “cualquier perturbación de la tranquilidad no es terrorismo, se requiere un terror llevado al extremo, una situación que raye con la ‘locura colectiva’”. La Corte refutó estos planteamientos y concluyó 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 tornillos y otros 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.

En relación con el terrorismo, uno de los aspectos a dilucidar es el valor que tiene el elemento subjetivo, a saber, el actuar con el propósito de causar terror, para la configuración de la tipicidad. En varios casos en los que guerrilleros fueron acusados de terrorismo o de delitos con fines terroristas, la defensa enfatizaba que estos no actuaron con tal propósito, sino con el de propinarle golpes al Estado mediante el ataque a los que según ellos eran objetivos militares. Así lo planteó, por ejemplo, el defensor en el proceso del ataque al CAI al que ya hice referencia. La Corte no expuso sus propias consideraciones sobre este punto pues desestimó el cargo por razones técnicas. Pero en todo caso citó con tono aprobatorio las consideraciones que sobre el terrorismo realizó el tribunal que profirió la sentencia condenatoria. Este infirió a partir de la propia conducta

¹¹⁰Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado n.º 12661 del 27 de mayo de 1999, MP. Nilson E. Pinilla Pinilla.

objetiva la existencia del propósito terrorista, bajo la idea de que “el acto terrorista puede ser realizado con dolo indirecto o eventual, y éste se deduce del medio utilizado, del lugar en que se ejecuta el hecho y de la indiferencia del autor no obstante que es claro, ostensible y evidente que con esa conducta se genera una situación de terror, zozobra y alarma colectivas”¹¹¹. En el caso concreto, el uso de explosivos con suficiente poder destructivo como para afectar a los vecinos del CAI, al igual que la reacción despavorida de los habitantes del sector tras la explosión, demostraban, a juicio del Tribunal, la comisión del delito con fines terroristas a título de dolo eventual.

Una argumentación similar tanto por parte de la defensa como del juez de instancia se presentó en un proceso por terrorismo en contra de integrantes de las FARC que en marzo de 1991 dinamitaron un gasoducto en zona rural de Cundinamarca. El acto no solo destruyó la tubería, sino que ocasionó un incendio que dejó heridas a algunas personas y animales, y daños en la escuela del sector y en las viviendas. En la demanda de casación se planteó que “El acto terrorista es un acto de violencia planeado y realizado con la deliberada intención de causar pavor a las víctimas, testigos y miembros de la población afectada”¹¹² e igualmente se insistió en que el procesado no tenía el propósito de aterrorizar a la población, sino de atacar la infraestructura económica, a la cual calificó como un objetivo militar legítimo. Por su parte, el tribunal que profirió la condena sostuvo que utilizar una carga de dinamita para provocar una explosión de un gasoducto que avanzaba en medio de asentamientos humanos denotaba por sí mismo el propósito de causar terror en la población. Ese mismo propósito terrorista lo infirió la Corte Suprema en el caso de los atentados múltiples que realizó el ELN en la ciudad de Cúcuta en 1992 en la SIJIN, la cárcel y un CAI. Según la Corte, el empleo de “medios masivos de destrucción, capaces de producir colectivo estrago, llevaban implícita la producción del pavor y la zozobra en la ciudad de Cúcuta”¹¹³.

Ahora bien, pese a que todos los casos reseñados se refieren a actos de violencia perpetrados por los grupos guerrilleros en contextos urbanos y que no involucran a las

¹¹¹Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado n.º. 13433 del 27 de agosto de 1999

¹¹²Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado n.º. 13053 del 18 de enero de 2002, MP. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

¹¹³Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado n.º. 12853 del 6 de junio de 2000.

fuerzas militares, la Corte invoca nociones propias del DIH como marco de referencia. Así, tanto al plantear el concepto de combate, como el de actos de ferocidad, barbarie y terrorismo, la Corte se refiere al DIH. Sin embargo, en muchas ocasiones esta invocación al DIH operaba más a un nivel general a través de categorías como las de combate y población civil, que al nivel más detallado de definir infracciones específicas del DIH cometidas por los guerrilleros. Esto se debe a que, según las palabras de la misma Corte, la incorporación de los convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales a la legislación interna, no implicaba que el Estado perdiera la potestad de someter a los combatientes de conformidad con las normas del derecho penal interno, en tanto las normas del DIH “tienen un contenido y finalidad dirigidas a ampliar la cobertura de protección a la humanidad y no a tipificar directamente los delitos ni señalar las sanciones, lo que corresponde al régimen penal de cada país”.

Cabe preguntarse ahora qué pasó con la recurrencia a estas nociones del DIH después de la declaratoria de exequibilidad de la cláusula de exclusión de pena para los delitos cometidos en combate pues, como lo advertí, era esta cláusula la que comportaba una remisión lógica al DIH. El efecto directo del fallo de la Corte Constitucional fue sin duda la punición autónoma de este tipo de delitos. Así, los homicidios de soldados en combate pasaron de ser conductas no punibles, a ser castigadas como homicidios agravados en virtud de la calidad de servidores públicos de los soldados. Sin embargo, esto no implicó que conceptos propios del DIH como los de combate, población civil o combatiente se hayan convertido en irrelevantes en la jurisprudencia de la Corte Suprema. De hecho, uno de los pronunciamientos en los que la Corte precisa de una mejor manera el alcance de la conducta de terrorismo a partir de dichas nociones del DIH se produjo frente a un caso cuyos hechos ocurrieron en mayo de 2000, es decir, cuando ya no operaba la cláusula de exclusión de pena, pero tampoco había entrado a regir el nuevo código con su catálogo de infracciones al DIH.

Se trata de un proceso en el cual una guerrillera fue condenada por el delito de homicidio agravado con fines terroristas. La guerrillera fue acusada de haber participado en un enfrentamiento con el Ejército que se dio luego de un encuentro fortuito en una vía pública y en el que fueron utilizadas distintas armas de fuego y explosivos, dando como resultado la muerte de un soldado y de diez guerrilleros. Según el Tribunal Superior de Bogotá, el homicidio del soldado fue cometido con fines terroristas “por cuanto los

miembros del frente 22 de las 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 rocket”¹¹⁴. El razonamiento del Tribunal se sustenta en un criterio semejante al utilizado en los casos reseñados antes, en tanto el propósito terrorista se infirió a partir de un elemento objetivo de la conducta, a saber, el uso de artefactos explosivos en una vía pública.

Sin embargo, la Corte reprochó que el fallo del Tribunal utilizara tal criterio fuera de contexto. La Corte comenzó por preguntarse si a la luz del DIH “resulta jurídicamente compatible sostener que un homicidio cometido en combate puede ejecutarse con finalidad terrorista”¹¹⁵. Para abordar esta cuestión, retomó 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”. Indicó 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, al paso que los actos terroristas son actos que por definición se cometen en contra de la población civil. De conformidad con la Corte, un acto militar que respete el principio de distinción del DIH no puede calificarse como un acto terrorista. Y en cuanto al tipo de armas utilizadas, precisó que

“es un elemento de juicio que por sí sólo no agota la descripción del tipo penal, pues necesariamente debe estar conectado a la finalidad de provocar o mantener ‘*en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella*’, y que además, esos actos sean materialmente capaces de poner en ‘*peligro la vida, la integridad física de las personas o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de flúidos o fuerzas motrices...*’”. Es decir, que en todo caso, sea la población o un sector de ella, la que inevitablemente se vea afectada”.

¹¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado n.º 21330 del 15 de febrero de 2006, M.P: Edgar Lombana Trujillo.

¹¹⁵ *Ibíd.*

Elementos adicionales del caso, como el que el enfrentamiento se hubiera producido en una vía pública no denotaba, a juicio de la Corte, el propósito de aterrorizar a la población, en primer lugar, porque el sitio del enfrentamiento estaba alejado de esta, y en segundo lugar, porque el acto no fue planeado por la guerrilla, sino que fue el resultado de un encuentro fortuito con el Ejército. De acuerdo con todo lo anterior, la Corte concluyó que el homicidio del soldado se produjo en el curso de un combate, lo cual implicaba *per se* la exclusión de la agravación por la finalidad terrorista.

Este pronunciamiento de la Corte es relevante por varias razones. En primer lugar, porque demuestra la vigencia del DIH como marco de referencia en este tipo de casos incluso después del fallo de la Corte Constitucional, una vigencia que sin duda tiende a afianzarse con la inclusión en el Código Penal del capítulo de infracciones al DIH. En segundo lugar, porque en este fallo las nociones del DIH son utilizadas incluso de un modo más preciso que antes para distinguir los actos de terrorismo de los actos cometidos en combate. Así, el lugar que la Corte da a las nociones de combatiente y población civil para fijar esta distinción despeja algunos puntos ambiguos de su jurisprudencia anterior que podían llegar a justificar la tipificación por terrorismo únicamente en virtud del uso de armas “capaces de causar estragos”, tal como lo hizo el Tribunal de Bogotá en el fallo acabado de reseñar. Esta clarificación es importante a su vez, pues le pone cortapisas a la tendencia por parte de muchos operadores jurídicos de equiparar todo acto de violencia cometido por los actores del conflicto como un acto terrorista, tendencia que sin duda tiene sus raíces en la lógica antiterrorista heredada del estado de sitio, la cual se fortaleció durante los gobiernos de la seguridad democrática en los que se insistió sin pausa en sustituir la noción de conflicto armado por la de amenaza terrorista. Y finalmente, el fallo es importante porque las distinciones que realice la Corte Suprema entre conductas cometidas en combate e infracciones al DIH, están lejos de ser disquisiciones inocuas. 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.

2.3 La línea movediza entre el delito político y el delito común: de la rebelión al concierto para delinquir agravado

El intento fallido de otorgar el carácter de delincuentes políticos a los paramilitares, en el marco de su proceso de desmovilización colectiva, revitalizó el debate judicial sobre el carácter y el alcance del delito político en Colombia. Mediante la ley 975 de 2005 se pretendió ampliar la noción de sedición –uno de los delitos que, al lado de la rebelión y la asonada, hace parte de la tríada de delitos políticos en nuestro ordenamiento jurídico– para encuadrar en esta la conformación o pertenencia a grupos de autodefensa. Así, el artículo 71 de la referida Ley adicionó al artículo 468 del Código Penal el siguiente inciso: “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”. Aunque la imputación tradicionalmente utilizada en el caso de los grupos guerrilleros es por el delito de rebelión, el artículo citado los incluía en esta específica modalidad de la sedición al lado de los grupos de autodefensa, con lo cual se equiparaba el estatus de ambas agrupaciones. Así se desprende con claridad de una de las ponencias del proyecto de la ley 975 en la que se indicaba:

Se hace por eso necesario definir con claridad que la conformación o pertenencia mismas a grupos de autodefensa, y de guerrilla, consisten en un concierto para delinquir con el propósito de interferir de manera transitoria con el adecuado funcionamiento del régimen constitucional y legal. Como sucede con los guerrilleros que pretenden derrocar al régimen, que incurren en el delito de rebelión, los miembros de autodefensas, y los de las guerrillas cuando tienen por propósito suplantar o intervenir transitoriamente en el adecuado funcionamiento de las Instituciones del Estado legalmente constituidas, suplantando a las autoridades, disputándole al Estado el monopolio de la fuerza y de la justicia. En tal virtud, el Código Penal establece que cuando la interferencia con el adecuado funcionamiento del régimen constitucional y legal es permanente, se tipifica el delito de rebelión y, cuando la interferencia con el régimen constitucional y legal es transitoria, se tipifica el delito de sedición.¹¹⁶

En vista de la modificación, la cuestión de la imputación jurídica de la pertenencia a los grupos paramilitares comenzó a ser motivo de controversia entre los jueces. Así, mientras algunos sostenían que la ley 975 había modificado la calificación de la conducta

¹¹⁶Ponencia complementaria rendida el 25 de mayo de 2005, Gaceta del Congreso número 289, septiembre 16 de 2005.

de pertenecer a los grupos paramilitares, de tal modo que ya no era concierto para delinquir agravado –delito en el que antes de la Ley 975 se imputaba la conducta–, sino sedición; otros consideraban que estos delitos eran conductas autónomas y que la ley 975 no había subsumido el concierto en la sedición. La Sala Penal de la Corte Suprema tuvo que mediar en esta controversia al resolver los conflictos de competencia suscitados entre los jueces penales encargados de conocer el punible de sedición y jueces penales especializados encargados de juzgar el concierto para delinquir agravado. Las primeras decisiones sobre este tema fueron adoptadas por la Corte en varios autos proferidos el 18 de octubre de 2005¹¹⁷, en los cuales sentó el criterio que 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 este artículo había subrogado parcialmente el inciso 2 del artículo 340 del Código Penal. Cabe advertir que este segundo inciso consagraba originalmente como una de las modalidades del concierto agravado la de asociarse para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley. Esta modalidad fue suprimida luego por la Ley 1121 de 2006, pero para el momento en que la Corte resolvió estos conflictos de competencia aún se encontraba vigente. La Corte consideró entonces que en virtud del artículo 71 de la Ley 975, cuando el grupo armado ilegal se orientara a interferir en el funcionamiento del régimen constitucional o legal incurriría en el delito político de sedición, mientras que se trataría de concierto para delinquir si el grupo obedecía a finalidades distintas. En decisiones posteriores, la Corte precisó en los siguientes términos los criterios para distinguir estos delitos:

- a) Se está ante el delito de sedición, cuando la conducta imputable al procesado se hace consistir en militar o pertenecer a un grupo armado al margen de la ley, bajo órdenes de un mando responsable, grupo del cual se pueda predicar que ejerce sobre una parte del territorio operaciones militares sostenidas y concertadas, dirigidas bien contra las fuerzas regulares, bien entre los grupos armados irregulares entre sí, con la consecuencia inmediata de impedir el normal funcionamiento del régimen constitucional y legal.
- b) También se tipifica el delito de sedición cuando las conductas específicas ejecutadas por miembros de esos grupos armados irregulares, están razonablemente vinculadas a la realización de los objetivos perseguidos por dicha agrupación y, en tal

¹¹⁷Entre otros puede el auto correspondiente al proceso 24222 del 18 de octubre de 2005 M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

contexto, resulta predicable su relación de medio a fin en el marco de la confrontación armada que sostienen con las autoridades legítimamente constituidas o con los grupos guerrilleros.

c) En cambio, se tipifica el delito de concierto para delinquir cuando el acuerdo para la comisión de delitos indeterminados tiene un fin puramente individual, desligado de las directrices genéricas o específicas que imparta el mando responsable en el escenario de la confrontación armada, o lo que es igual, de las finalidades perseguidas por la organización armada ilegal.

Por ello, se ha dicho, quedan incluidos en esta categoría, no en la sediciosa, quienes hacen parte de bandas o pandillas, o conforman grupos de justicia privada o de sicarios, pues no obstante que ellos acuden a la utilización de las armas, pueden llegar a ejercer cierto control territorial y asumen la forma de una organización con mandos definidos, sus acciones no se enmarcan en la lucha que pretende el derrocamiento del régimen (*guerrilla*), ni tampoco se encamina a la eliminación de dicha disidencia por vía de las armas (*autodefensas*) de suerte que la sola pertenencia a ellos sigue siendo típica del delito de concierto para delinquir agravado.

d) Igualmente, se ha señalado que la nueva modalidad de sedición puede concursar con el delito de concierto para delinquir, cuando no sólo se hace 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 desarrollan acuerdo [sic] privados para la realización de delitos indeterminados desligados del grupo armado ilegal al que se pertenece.¹¹⁸

Y finalmente precisó que

siguiendo directrices trazadas de antaño por esta Sala en torno al delito de rebelión, ahora extensivas a la nueva modalidad de sedición, no es la atrocidad predicable de los actos delictivos efectivamente ejecutados por los miembros de las autodefensas lo que sirve como criterio diferenciador para ubicar su conducta en el delito político o en el de concierto para delinquir previsto en el inciso 2º del artículo 340 del Código Penal, pues, *“...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- ni ahora el de sedición-, sino que habrán de concurrir con éste en la medida en que tipifiquen ilícitos que, entonces, serán catalogados como delitos comunes.”*¹¹⁹

La Corte selló pues el reconocimiento de los paramilitares como delincuentes políticos, en tanto dio por sentado que los grupos de autodefensas obedecían a una finalidad política, cual era la de interferir con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal. Así lo corrobora el que los conflictos de competencia relativos a la pertenencia a

¹¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado n.º 25317 del 18 de abril de 2006, MP. Marina Pulido de Barón.

¹¹⁹ *Ibíd.*

grupos paramilitares fueron resueltos por la Corte encuadrando esta conducta en el delito de sedición.

Sin embargo, en una decisión del año 2007 la Corte cambió su jurisprudencia al respecto. La consecuencia directa de la caracterización de los paramilitares como delincuentes políticos era la aplicación en su caso de los beneficios establecidos en la ley 418 de 1997, como la cesación de procedimiento y el indulto. En virtud de esto, la Corte tuvo que 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. Al hacerlo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia señaló 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. Concluyó entonces la Corte que la pertenencia a grupos de autodefensa no podía encuadrarse en el delito político de sedición.¹²⁰

Entre los fundamentos de su fallo, la Corte hizo una extensa alusión a la naturaleza de los delitos políticos y a su diferencia con los comunes. Indicó que el artículo 71 de la Ley 975 de 2005 era materialmente inconstitucional porque “asimila[ba] indebidamente” estos dos tipos de delitos. Para sustentar esta tesis, la Corte retomó su propia jurisprudencia sobre las diferencias entre el delito político y el concierto para delinquir. En especial resaltó que el primero “tiene ocurrencia cuando se atenta contra el régimen constitucional y legal vigente en búsqueda de un nuevo orden” y puntualizó que “La acción típica del rebelde o sedicioso se encauza a un supuesto fin colectivo de bienestar pues busca derrocar al gobierno legítimo para instaurar uno que cree justo e igualitario o perturbar la operatividad jurídica del régimen vigente”, mientras que “en el concierto se busca la satisfacción de necesidades egoístas, individuales de los asociados pues el responsable de tal injusto se coliga con el propósito de cometer delitos en forma

¹²⁰Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado n.º 26945 del 11 de julio de 2007, MP. Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca.

indiscriminada sin que sea necesaria la producción de un resultado y menos aún, la consumación de un ilícito que concrete el diseño de la concertación”. De acuerdo con estos criterios, la Corte concluyó que era imposible dar el carácter de delito político a las conductas delictivas de los paramilitares, en tanto estas no se orientaban a atentar contra el régimen constitucional y legal vigente, ni obedecían a la búsqueda del bienestar colectivo.

Este giro jurisprudencial tuvo importantes consecuencias en el proceso de desmovilización de las autodefensas pues, como lo explicaré en el siguiente capítulo, obligó al gobierno a rediseñar los mecanismos para la solución de la situación jurídica de los desmovilizados que no ingresaron al proceso penal especial de justicia y paz. Pero además de este efecto concreto sobre el proceso de desmovilización de los paramilitares, la decisión de la Corte es relevante en lo que atañe al tema del delito político y las guerrillas. Tal es así porque, por un lado, la Corte evidenció con este fallo la vigencia de la categoría de delito político en el contexto colombiano, una vigencia que, aunque bastante limitada en virtud del fallo sobre conexidad adoptado por la Corte Constitucional en 1997, tiene implicaciones en vista de eventuales procesos de paz. Y por el otro lado, reafirmó –de modo indirecto– el carácter de delincuentes políticos de los guerrilleros, lo cual se ve con claridad al contrastar este fallo con la jurisprudencia previa de la Corte sobre rebelión y concierto para delinquir en relación con la pertenencia a grupos guerrilleros. Así, el contraste entre el delito de concierto para delinquir y el delito político que realizó la Corte para negar el carácter de delincuentes políticos a los paramilitares, es el mismo que había utilizado en el caso de los guerrilleros pero para llegar a la conclusión contraria, a saber, que su conducta encajaba en el delito político y que la simple pertenencia a una organización subversiva no podía imputarse como concierto para delinquir.

Una decisión paradigmática al respecto fue la adoptada por la Corte Suprema en el 2003¹²¹, en un proceso adelantado contra integrantes de los Comandos Armados del

¹²¹Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado n.º 21639 del 26 de noviembre de 2003, MP. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

Pueblo¹²² que operaban en la comuna 13 de Medellín, quienes fueron vinculados a una investigación por los delitos de rebelión, homicidio, terrorismo y fabricación, tráfico y porte de armas de uso privativo de las fuerzas armadas. En el curso del proceso, el fiscal sustituyó la calificación de rebelión por la de concierto para delinquir, bajo la idea de que el propósito de los acusados “no era derrocar al Gobierno Nacional o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, sino conseguir poder y dinero”, mediante la ejecución de delitos comunes encubiertos “bajo arengas, brazaletes, panfletos, capuchas y uniformes”. Puntualizó el fiscal 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’¹²³.

Esta variación de la calificación de la conducta desató un conflicto de competencias entre el juez penal y el juez penal especializado, el cual fue dirimido por la Corte a favor del primero. Según la Corte, la pertenencia a los Comandos Armados del Pueblo encuadraba en la conducta de rebelión y no en la de concierto, por cuanto las pruebas recaudadas en el proceso indicaban que se trataba de una organización, o bien adscrita al ELN, o bien “tan cercana a la agrupación guerrillera al punto de ser confundida con ésta”. Concluyó entonces que “las conductas genéricas a ellos atribuidas les son imputables en tanto miembros de tales comandos o milicias” y, en tal sentido, al estar inscritas o influenciadas por una organización armada como el ELN “que pretende derrocar al Gobierno Nacional,

¹²²Existen distintas versiones acerca de la naturaleza de estos grupos. Según algunas, se trataba de milicias de las FARC, y según otras, correspondían a una guerrilla urbana independiente formada por disidentes del ELN, pero que en el contexto de la comuna 13 de Medellín operaba en una alianza estratégica con los otros dos grupos guerrilleros. Sobre la primera versión ver: United States Bureau of Citizenship and Immigration Services, *Colombia: Information on the Comandos Armados del Pueblo (CAP) in Medellín*, 27 August 2003, COL03005.ZMI, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3fe0dce14.html> y sobre la segunda: Forrest Hylton (Octubre 2002). *The Occupied Territories of Medellín*, disponible en http://web.archive.org/web/20070610075101/http://www.colombiajournal.org/occupied_medellin.htm#four [ambas consultados el 16 de Septiembre de 2011].

¹²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 21639 del 26 de noviembre de 2003, MP. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente”, la imputación adecuada era por el delito de rebelión.¹²⁴

En esta decisión la Corte presenta dos precisiones sobre el alcance del delito de rebelión como delito político, así como sobre su relación con otras conductas criminales. Dada su relevancia, me permito citarlas en su integridad. Dijo la Corte:

a. El hecho de que una persona pertenezca o haya pertenecido a un grupo (como el M-19) “no lo torna ‘rebelde’ por siempre y frente a cualquier clase de hechos, porque un rebelde puede perfectamente cometer delitos comunes, sin relación alguna con su pertenencia al grupo subversivo y alejado enteramente de los móviles que definen por su aspecto espiritual o ideológico a esa clase de organizaciones: En esos supuestos ya no procede como ‘rebelde’ ni, por tanto, le es dable pretender que se le considere como delincuente ‘político’.” (auto del 23 de octubre de 1990, M. P. Guillermo Duque Ruiz).

Y agregó:

c. “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 para los coasociados en general y sin distinción, mientras que, en principio, la delincuencia política (rebelión, etc.) tiene como objetivo de ataque el aparato estatal” (auto del 23 de octubre de 1990, M. P. Guillermo Duque Ruiz).

De conformidad con estos criterios, la Corte fijó la siguiente regla:

¹²⁴ Es importante advertir que dos meses antes de proferido este fallo, la Corte había resuelto otro conflicto de competencia relacionado también con los Comandos Armados del Pueblo en Medellín. En esa oportunidad, sin embargo, la Corte resolvió que la pertenencia del procesado a estos Comandos encajaba en el delito de concierto para delinquir, no en el de rebelión. Según la Corte, en este caso no se evidenciaba el móvil político por cuanto lo que mostraba el expediente es que este grupo al que pertenecía el procesado, “con el argumento de la ‘guerrilla’ y con el argumento de las ‘autodefensas’... esconde sus reales propósitos, que se corresponden con la criminalidad común, ordinaria”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado n.º21343 del 10 de septiembre de 2003, MP. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. En el fallo adoptado sobre este mismo punto dos meses después, la Corte que en esta ocasión contaba con “elementos de convicción más idóneos para precisar el carácter de la agrupación a la que se encuentran vinculados los procesados”, esto es, los Comandos Armados del Pueblo, por lo cual estimaba “pertinente reflexionar de nuevo sobre el punto”.

“siempre que la agrupación alzada en armas contra el régimen constitucional tenga como objetivo instaurar un nuevo orden, sus integrantes serán delincuentes 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.

Dicho en otros términos, 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.

De lo contrario, se caería en el contrasentido de predicar el concurso entre el concierto para delinquir respecto de **los actos de ferocidad y barbarie** y la rebelión respecto de los que persiguen fines altruistas, sin tener en cuenta que unos y otros fueron realizados debido precisamente a su pertenencia al grupo insurgente y ejecutando las políticas trazadas por la dirección de la organización.

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.

Según este fallo, únicamente se podría hablar de un concurso material entre el concierto para delinquir y la rebelión cuando se milite en la organización subversiva, pero además de eso se realicen otras actividades delictivas por fuera del marco de la organización, como sería el caso, por ejemplo, de guerrilleros que realizaran extorsiones solo para su propio beneficio personal y al margen de cualquier directriz del grupo subversivo al cual pertenecen. El que la organización cometa otros delitos, incluso aquellos que hacen parte de la definición típica del concierto para delinquir agravado como el desplazamiento forzado, el secuestro, el tráfico de estupefacientes o el terrorismo, no transforma el delito político de rebelión en delito común, ni tampoco materializa el concurso entre este delito con el concierto para delinquir, pues como lo indica la Corte en este fallo, estas conductas “se repelen entre sí”. Ahora bien, esto por su supuesto no significa que a los guerrilleros no se les juzgue por la comisión de delitos comunes; el alcance de la tesis es que la pertenencia a la organización subversiva no puede ser catalogada simultáneamente como delito político y como delito común, sino exclusivamente como rebelión.

Vale mencionar sin embargo que la aplicación de los criterios en relación con el posible concurso material entre el concierto para delinquir y la rebelión no ha sido muy clara por parte de la propia Corte Suprema. Así, en una decisión posterior relativa también a las

milicias urbanas de las FARC y el ELN que operaban en la comuna 13 de Medellín, la Corte concluyó que existía un concurso material entre la rebelión, el concierto para delinquir agravado y otros delitos comunes. Siguiendo el planteamiento del fallo anterior, la Corte indicó que para resolver el conflicto de competencias debían desentrañarse tres aspectos:

- a) La pertenencia de los sindicatos a un grupo subversivo, bien sea milicias, guerrilla, comandos populares, etc., que tenga una finalidad política y mediante el empleo de las armas pretenda derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, caso en el cual se habrá tipificado el delito de *rebelión*.
- b) La comisión de delitos inmediatamente relacionados con la militancia política y con la ideología que promulgan, hipótesis donde éstos ilícitos concursarían con la rebelión.
- c) La incursión por miembros del grupo en pluralidad de tipicidades desligadas de la finalidad política, con fines individuales o egoístas, eventualidad que podría configurar el delito de concierto para delinquir.¹²⁵

Lo problemático aparece cuando la Corte aplica tales criterios al caso concreto, pues luego de señalar que en efecto los procesados eran milicianos de diferentes grupos subversivos que pretendían derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, señala que su accionar “no sólo se dirige contra los miembros de la fuerza pública por la confrontación ideológico política, sino que también victimizan al vecindario y la ciudadanía para satisfacer pasiones personales y egoístas, en actos que en nada asemejan un combate, ni tienen que ver con el proselitismo armado”. Por esta razón, la Corte concluye que su proceder encajaba tanto en el concierto para delinquir agravado, como en la rebelión.

Este razonamiento resulta confuso por cuanto no se indica si la justificación de la imputación por concierto para delinquir radica en que los actos contra la ciudadanía cometidos por estos milicianos obedecían al propósito de “satisfacer pasiones personales y egoístas”, o en el simple hecho de que se tratara de actos contra civiles “que en nada asemejan un combate”. La Corte no se pregunta si tales actos eran cometidos por estas milicias como parte de una estrategia propia del grupo subversivo, o si por el contrario los milicianos solo se amparaban en su pertenencia a estos grupos para cometer delitos

¹²⁵Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado n.º 22103 del 19 de mayo de 2004, MP. Edgar Lombana Trujillo.

comunes desligados de la militancia armada. Y al no indagar en este aspecto, finalmente no resulta claro si es la mera naturaleza de los delitos cometidos por los milicianos, o si es su desarticulación del grupo subversivo, lo que sustenta la imputación del concierto para delinquir. Ahora bien, pese a que en esta decisión no resulta clara la aplicación de los parámetros para imputar el concurso entre concierto para delinquir y rebelión, de tal modo que en el caso concreto se genera cierto grado de indistinción entre el delito político y el delito común, en todo caso el criterio jurisprudencial planteado en la sentencia del 2003 se mantuvo.

Sin embargo, en el año 2010, la Corte modificó este criterio en un fallo de casación en un proceso en el que un guerrillero había sido condenado por los delitos de concierto para delinquir agravado con fines terroristas y rebelión¹²⁶. El guerrillero fue judicializado luego de que le fueran encontrados en su poder explosivos de alto poder destructivo que presumiblemente iban a ser utilizados en un atentado con carobombas en la ciudad de Bogotá, orquestado por la Columna Móvil Teófilo Forero de las FARC. El debate jurídico en este caso giró en torno a si era posible la configuración de un concurso material entre las conductas referidas o si por el contrario, como lo alegó el abogado defensor en su recurso de casación, estas se excluían mutuamente de tal modo que el concurso comportaba una violación del principio del *non bis in idem*.

A diferencia de la jurisprudencia anterior según la cual el criterio para definir la configuración del concurso era si el guerrillero había realizado conductas delictivas al margen de las directrices del grupo subversivo, en este caso la Corte sostuvo que “el delito de rebelión puede concursar con el de concierto para delinquir, en la medida en que tengan lugar ciertas circunstancias capaces de escindir la asociación criminal propia de la confrontación armada con el Estado, con la agrupación inherente al referido punible contra la seguridad pública”. Tales circunstancias, sin embargo, no tenían que ver con la inscripción de las conductas en la estrategia de la organización guerrillera, sino con la naturaleza misma de estas.

¹²⁶Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado n.º 34482 del 24 de noviembre de 2010, MP. María del Rosario González de Lemos.

En el caso concreto, la Corte encontró que esa escisión entre atacar contra el Estado y hacerlo contra la seguridad pública se hizo efectiva. En primer lugar, sostuvo que el procesado incurrió en el delito de concierto para delinquir agravado por el propósito de cometer el delito de terrorismo, por cuanto su asociación con otras personas “estaba dirigida a crear zozobra en la comunidad mediante la utilización de carobombas... amén de que corresponde a un ataque indiscriminado y sistemático contra la población civil ajena al conflicto armado interno colombiano, esencialmente protegida por el Derecho Internacional Humanitario”. En segundo lugar, la Corte descartó la aplicación del principio de especialidad¹²⁷ para subsumir el concierto para delinquir en el delito de rebelión, bajo la idea de que aquel es un crimen de lesa humanidad: “el comportamiento de concertarse para planificar y organizar la colocación de carobombas en cualquier sector de la ciudad, dirigidos a atacar de manera sistemática e indiscriminada a la población civil, objeto de protección central en los Convenios de Ginebra de 1949, sin dificultad se ubica dentro de la categoría de crímenes de lesa humanidad”¹²⁸.

Al margen de lo discutible que desde el punto de vista de la dogmática penal resulta que el plan de cometer el atentado no sea analizado como un caso de tentativa del delito de actos de terrorismo (Art. 144 CP), sino como uno de concierto para delinquir agravado, esta decisión resulta problemática en tanto la Corte termina atribuyendo a una misma persona, categorías que según su jurisprudencia anterior se repelían entre sí, a saber, las de delincuente político y delincuente común. Está fuera de discusión que los guerrilleros cometen delitos comunes. Pero una cosa es reconocer que lo hacen y juzgarlos por eso, y otra concluir que la comisión de estos delitos desdibuja por completo el delito político. En el fondo del razonamiento de la Corte está la idea según la cual la planeación de un atentado terrorista por parte de un grupo guerrillero no hace parte del alzamiento en armas en contra del Estado. Este razonamiento es sin embargo problemático, pues el que el objeto de un ataque sea la población civil y no la fuerza

¹²⁷Tratándose del concurso aparente de delitos que ocurre cuando una misma conducta a adecúa a dos o más tipos penales, el principio de especialidad proporciona un criterio de selección para determinar en cuál de los tipos se debe encuadrar la conducta para evitar la violación del *non bis in idem*. Como lo explica la Corte en el mismo fallo, en virtud del principio de especialidad “la ley especial deroga la ley general (*lex specialis derogat legi generali*), dado que uno de los tipos concursantes contiene todos los elementos del otro, pero además, se ocupa de otros aspectos, en cuanto tiene mayor riqueza descriptiva”.

¹²⁸Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado n.º 34482 del 24 de noviembre de 2010, MP. María del Rosario González de Lemos.

militar del Estado no desvirtúa la inscripción de ese acto en el marco de la lucha por derrocar el gobierno o transformar el régimen constitucional o legal vigente. Esto no quiere decir que los delitos cometidos contra civiles se subsuman en el delito de rebelión, sino, reitero, que su comisión no desdibuja el delito político.

Más evidente resulta la inconsistencia de la argumentación de la Corte Suprema si se repara en el modo como incluye dentro de sus fundamentos una sentencia de la Corte Constitucional en la que se plantea la dicotomía entre la delincuencia política y la común. Cita así la Corte Suprema a su homóloga constitucional:

La Constitución distingue los delitos políticos de los delitos comunes para efectos de acordar a los primeros un tratamiento más benévolo con lo cual mantiene una tradición democrática de estirpe humanitaria (...). El Estado no puede caer en el funesto error de confundir la delincuencia común con la política. El fin que persigue la delincuencia común organizada, particularmente a través de la violencia narcoterrorista, es el de colocar en situación de indefensión a la sociedad civil, bajo la amenaza de padecer males irreparables, si se opone a sus proditorios designios. La acción delictiva de la criminalidad común no se dirige contra el Estado como tal, ni contra el sistema político vigente, buscando sustituirlo por otro distinto, ni persigue finalidades altruistas, sino que se dirige contra los asociados, que se constituyen así en víctimas indiscriminadas de esa delincuencia. Los hechos atroces en que incurre el narcoterrorismo, como son la colocación de carobombas en centros urbanos, las masacres, los secuestros, el sistemático asesinato de agentes del orden, de jueces, de profesionales, de funcionarios gubernamentales, de ciudadanos corrientes y hasta de niños indefensos, constituyen delito de lesa humanidad, que jamás podrán encubrirse con el ropaje de delitos políticos (negrillas y subrayas fuera de texto). (C-171-93)

Las subrayas y negrillas que traza la Corte Suprema en esta cita, tanto como aquellas que omite trazar, sirven para resaltar los aspectos problemáticos de su propio fallo. Por un lado, enfatiza la Corte doblemente la palabra “carobombas” y la expresión “constituyen delito de lesa humanidad”, queriendo así reforzar su tesis de que en este caso estamos efectivamente frente a un delito de lesa humanidad. Lo que omite resaltar la Corte, es que su homóloga cataloga como este tipo de delito a la *colocación* de carobombas, no al hecho de concertarse con el propósito de hacerlo. De hecho, ni siquiera la colocación de carobombas constituye per se un crimen de lesa humanidad pues el terrorismo no está considerado como tal en la normatividad internacional. Y si no lo está el delito de terrorismo, mucho menos lo está el de concertarse para cometer este delito.

Por otro lado, subraya la Corte la parte referida al fin que persigue la delincuencia común organizada, que sería el de colocar en situación de indefensión a la sociedad civil, pero omite resaltar la parte anterior en la que se indica que “El Estado no puede caer en el funesto error de confundir la delincuencia común con la política”. Aunque la Corte Constitucional efectuó esta advertencia en relación con la pretensión de extender a los delincuentes comunes ciertos componentes del trato privilegiado reservado a los delincuentes políticos, la misma vale también en el sentido inverso. De hecho, así lo había entendido la Corte Suprema en su jurisprudencia anterior. En efecto, en la decisión del 2007 en la que negó el carácter de delincuentes políticos a los paramilitares, la Corte señaló:

también desde la teoría del delito es fácil constatar las diferencias que existen entre el *delito político* y el *concierto para delinquir*, siendo dicha razón una más entre las muchas que han llevado a los legisladores, nacionales y extranjeros, a diferenciar-la conducta típica y el tratamiento punitivo— entre una y otra clase de punibles, con lo que resulta fortalecida la tesis según la cual resulta impensable que una misma conducta ontológicamente considerada puede adecuarse a dos modelos delictivos diversos, dependiendo de factores extraños a los que deben orientar su definición como delito y el proceso de adecuación típica propiamente dicho.¹²⁹

Con la decisión del 2010 la Corte incurrió precisamente en el contrasentido que había advertido en su jurisprudencia ya citada del 2003, a saber, “predicar el concurso entre el concierto para delinquir respecto de los actos de ferocidad y barbarie y la rebelión respecto de los que persiguen fines altruistas, sin tener en cuenta que unos y otros fueron realizados debido precisamente a su pertenencia al grupo insurgente y ejecutando las políticas trazadas por la dirección de la organización”.

Ahora bien, la raíz de esta problemática decisión de la Corte Suprema, que creó una pendiente resbaladiza que va del delito político al delito común, se encuentra en una controvertida decisión del 2008 adoptada por aquella en el marco del proceso de justicia y paz con los paramilitares, en la cual estableció que el concierto para delinquir agravado constituía un crimen de lesa humanidad¹³⁰. Según la Corte, de conformidad con el

¹²⁹Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado n.º 26945 del 11 de julio de 2007, MP. Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca,

¹³⁰Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado n.º29472 de 10 de abril de 2008, MP. Yesid Ramírez Bastidas

Estatuto de Roma y con varias normas internacionales de derechos humanos¹³¹, “deben ser castigadas en igual medida aquellas conductas preparatorias para la comisión de los delitos que incluyen tanto el acuerdo como el tomar parte en una actividad dirigida a ese fin, como ocurre con el *concierto para delinquir agravado*”¹³². Y estableció que para considerar a los responsables del concierto para delinquir como autores de delitos de lesa humanidad debían concurrir tres elementos: “(i) Que las actividades públicas de la organización incluyan algunos de los crímenes contra la humanidad; (ii) Que sus integrantes sean voluntarios; y (iii) Que la mayoría de los miembros de la organización debieron haber tenido conocimiento o ser concientes (sic) de la naturaleza criminal de la actividad de la organización”¹³³.

Esta decisión de la Corte es muy criticable por lo menos por dos razones. En primer lugar, porque parte de la base según la cual todas las conductas a las que se orienta el concierto para delinquir agravado, según está definido en nuestra legislación, constituyen crímenes de lesa humanidad. Esta idea es sin embargo equivocada. El concierto es agravado también cuando es para cometer delitos como el terrorismo, el tráfico de estupefacientes, la extorsión, el enriquecimiento ilícito o el lavado de activos, ninguno de los cuales constituye crimen de lesa humanidad. Siguiendo el razonamiento de la Corte, podría pensarse que el concierto únicamente constituiría crimen de lesa humanidad cuando es para cometer crímenes como el genocidio, la desaparición forzada o la tortura. Sin embargo, si este fue el sentido del fallo de la Corte, se añadiría una razón más que destacaría la inconsistencia de la decisión que escindió la conducta de rebelión y el concierto para delinquir agravado en virtud precisamente de que este último constituía un crimen de lesa humanidad, por cuanto en ese caso el concierto fue agravado porque era para cometer delito de terrorismo que, como ya lo indiqué, no está definido como crimen de lesa humanidad.

¹³¹ La Corte trae a colación la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

¹³² *Ibíd.*

¹³³ *Ibíd.*

En segundo lugar, contrario a lo que afirma la Corte, el concierto para cometer delitos de lesa humanidad no está definido como un crimen de lesa humanidad en el derecho penal internacional. El único tratado que menciona la asociación para cometer el delito es la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que establece que será castigada “la asociación para cometer genocidios”. Todas las normas restantes citadas por la Corte en apoyo de su fallo, únicamente aluden a formas de participación criminal en la comisión de los crímenes de lesa humanidad, pero no al delito de concertarse para cometerlos.

Con esta última decisión de la Corte, la línea de demarcación entre el delito político y el delito común tiende a desvanecerse y se fortalece la tendencia de caracterizar a los grupos guerrilleros más como asociaciones criminales comunes que atentan contra la seguridad pública, que como organizaciones subversivas que pretenden la transformación del Estado. Esta tendencia ya se rastreaba con claridad en algunas instancias judiciales de menor jerarquía, pero la Corte Suprema había mantenido una línea jurisprudencial que ponía cortapisas a esta disolución del delito político en el crimen común. Por otro lado, si en el 2005 la Corte equiparó transitoriamente los paramilitares y guerrilleros al reconocer en ambos un estatus como delincuentes políticos, y en el 2007 reversó esta equiparación manteniendo solo para los últimos este estatus, en el 2010 aparece otra forma de equiparación, ya no al nivel del delito político, sino al del delito común. En este sentido, todos los pormenores y vicisitudes del proceso de desmovilización colectiva de los paramilitares avizoran los rasgos del escenario de un posible proceso de esta naturaleza con los grupos guerrilleros.

Ahora bien, si se contrasta lo que ha sucedido con esta línea de la Corte en materia de concierto para delinquir y rebelión, con lo que ha sucedido en materia de DIH y terrorismo, la conclusión es paradójica. Por un lado la Corte ha mantenido nociones centrales del DIH como las de combatiente y población civil y ha refinado su análisis a partir de ellas para definir con mayor precisión los elementos necesarios para calificar un acto como terrorista en casos específicos, lo cual contribuye a mantener una relativa vigencia de la figura del combatiente rebelde. Pero por otro lado, la Corte ha abierto una pendiente resbaladiza hacia la disolución del delito político en el delito común que, si no

se morigera un poco con análisis más precisos en relación con el terrorismo y las infracciones al DIH, terminará por arrasar totalmente con la figura del delincuente político.

3. Perspectivas jurídicas frente a un eventual proceso de paz con los grupos guerrilleros

Durante el último lustro, con ocasión de la negociación con los grupos paramilitares, la cuestión del marco jurídico que debe regir en los procesos de paz 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, que fue un aspecto relativamente secundario en las anteriores experiencias de negociación con grupos armados al margen de la ley, adquirió una centralidad inusitada. Dichos estándares no solo 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.

Y mientras ha avanzado este 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, bajo la idea de que se trató de experiencias marcadas por el sello de la impunidad y sin ningún tipo de consideración por 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 toma¹³⁴. Tanto así, que en

¹³⁴En 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

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 de Justicia¹³⁵, 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 capítulo es exponer algunas perspectivas jurídicas frente a un eventual proceso de negociación con los grupos guerrilleros. El capítulo tiene un carácter eminentemente descriptivo, de tal modo que no entra a discurrir sobre la conveniencia o pertinencia del estado jurídico de la cuestión.

El capítulo está dividido en dos partes. En la primera se exponen los estándares internacionales sobre la concesión de amnistías, indultos y otros beneficios penales en procesos de transición; así como el rol de la Corte Penal Internacional y su eventual impacto en un proceso de paz con las guerrillas. En la segunda parte se presenta la normatividad vigente en Colombia, así como los lineamientos de jurisprudencia constitucional.

indultos y perdones sobre este y otros actos terroristas suyos, con lo cual la acción de la justicia o, al menos, el esclarecimiento se vieron limitados”.

¹³⁵ 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; y 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/>.

3.1 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 poder¹³⁶. 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 indulto¹³⁷, 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 al amparo de los cuales se concedieron la amnistía o el indulto a los guerrilleros que hacían parte de estas organizaciones¹³⁸.

Cuadro 3-1: Estatutos de amnistía e indulto para grupos guerrilleros

GRUPO DESMOVILIZADO	ACUERDO DE PAZ	ESTATUTO DE AMNISTÍA O INDULTO QUE	CONDUCTAS EXCLUIDAS DEL BENEFICIO
---------------------	----------------	------------------------------------	-----------------------------------

¹³⁶ Aguilera, Mario (2001). "Amnistías e indultos, siglos XIX y XX", en *Revista Credencial Historia* No. 137, Bogotá.

¹³⁷ 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.

¹³⁸ La información para la elaboración del cuadro fue tomada de: Fundación Ideas para la Paz. Historia de los procesos de diálogo y negociación en Colombia. Amnistía e indulto en Colombia: 1981-2004, en *Boletín de Paz* n° 05, disponible en http://www.ideaspaz.org/secciones/publicaciones/download_boletines/boletindepaz05.htm, consultada el 23 de septiembre de 2010.

		LOS COBIJÓ	
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.
			Delitos atroces,

Milicias Urbanas de Medellín	Celebrado con el gobierno de César Gaviria Trujillo el 26 de mayo de 1994	Ley 104 de 1993	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 estas 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 combate¹³⁹, los homicidios

¹³⁹ 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

cometidos con sevicia o colocando a la víctima en estado de indefensión¹⁴⁰ 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 excluyeron además el delito de genocidio, y la Ley 418 de 1997, en su versión original, excluía también las conductas que configuren terrorismo. No es cierto pues que en los procesos de desmovilización previos al de los paramilitares se concedieron amnistías generales que cubrían toda clase de delitos. A varios guerrilleros desmovilizados que tenían procesos pendientes o habían sido condenados por los delitos excluidos se les negaron los beneficios jurídicos y tuvieron que cumplir en su integridad la pena de prisión, pues en tales casos ni siquiera había rebajas punitivas para dicha clase de delitos¹⁴¹.

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, aunque solo fuera 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 atinente 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

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.

¹⁴⁰ 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.

¹⁴¹ Por solo mencionar un ejemplo, un guerrillero de la Corriente de Renovación Socialista que se desmovilizó bajo el amparo de la Ley 104 de 1993, tuvo que cumplir la pena de 29 años de prisión proferida en su contra por los delitos de homicidio con fines terroristas agravado, tentativa de homicidio y daño en bien. Esta condena se dio por su participación en un atentado con dinamita dirigido contra una patrulla policial que se desplazaba por la ciudad de Medellín, en el cual murieron dos agentes de policía y otro resultó gravemente herido. El Tribunal accedió a conceder la cesación de procedimiento solo por el delito de rebelión pues consideró que los otros delitos, a pesar de ser conexos con este, fueron cometidos fuera de combate y constituían actos de barbarie. La Corte Suprema confirmó esta decisión del Tribunal. Al respecto ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado n.º 12051 del 25 de septiembre de 1996, MP. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

los perjuicios causados a particulares, de tal modo que quedaba abierta la posibilidad de iniciar las respectivas acciones civiles¹⁴².

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”¹⁴³ cuyo principio medular es el respeto y la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en los procesos de transición hacia la paz. Este principio 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, 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?

¹⁴² Así lo dispusieron la Ley 35 de 1982 (Art. 6º), la Ley 49 de 1985 (Art. 7º), la Ley 104 de 1993 (Art. 60) y la Ley 418 de 1997 (Art. 64).

¹⁴³ 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.

En aras de contribuir a la respuesta a las anteriores preguntas, a continuación presentaré los puntos fundamentales del marco jurídico internacional que debe ser tenido en cuenta en el diseño de un mecanismo jurídico para afrontar un proceso de paz con los grupos guerrilleros.

3.1.1 Los estándares internacionales

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 Argentina¹⁴⁴, 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,

¹⁴⁴ 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.

es incompatible con las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por ese Estado el 21 de Agosto de 1990”¹⁴⁵.

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 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”¹⁴⁶. 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).

¹⁴⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1996). *Informe N° 36-96 caso 10.843_Chile*.

¹⁴⁶ 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.

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 vuelvan 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 humanos¹⁴⁷. Las obligaciones de investigación y juzgamiento también se derivan de los Convenios 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 juzgamiento¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Al respecto ha dicho la Corte: “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”. Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, (Ser. C) No. 4, párrs. 166 y 167.

¹⁴⁸ 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).

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 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 retributiva¹⁴⁹ que garanticen un nivel de castigo para los responsables de violaciones a los derechos humanos cometidas durante el conflicto armado¹⁵⁰.

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”¹⁵¹. 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

¹⁴⁹ 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.

¹⁵⁰ 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).

¹⁵¹ Orozco, Iván (2006). *Combatientes, Rebeldes y Terroristas*, 2ª ed., Bogotá: Editorial Temis S.A, p. XXXIX.

castigo, significa, por lo pronto, creer en un mito”¹⁵². 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 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”¹⁵³. 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 inerme, 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 colombiana¹⁵⁴. El otro sustento de la crítica, claramente ligado al 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”¹⁵⁵, 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”¹⁵⁶.

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 beneficios jurídicos en un eventual proceso de paz con las guerrillas.

¹⁵² *Ibíd.* p. XL.

¹⁵³ Orozco, Iván (2005). *Ob. Cit.*

¹⁵⁴ 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.

¹⁵⁵ Orozco, Iván (2005). *Ob. Cit.*

¹⁵⁶ *Ibíd.*

En lo que respecta a la concesión de amnistías¹⁵⁷, 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” de 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 responsables¹⁵⁸.

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 de 2005 afirma:

Los Estados emprenderán investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y adoptarán las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente

¹⁵⁷ 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”.

¹⁵⁸ 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.

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.¹⁵⁹ 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 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

¹⁵⁹En 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).

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 de 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 comunes o cometidos en combate que no comporten graves violaciones al DIH, 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 si, 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 Slye¹⁶⁰

En el caso de Sudáfrica¹⁶¹ 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 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.

Aunque no existe un pronunciamiento de alguna instancia internacional respecto a la validez de la amnistía en Sudáfrica, según algunos documentos del Sistema de Naciones Unidas este modelo no resultaría admisible. Así, en el Principio 28 del Conjunto de

¹⁶⁰ 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.

¹⁶¹ Al respecto ver: *Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report*, Volume Six, 2003, disponible en: <http://www.info.gov.za/otherdocs/2003/trc/>

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”¹⁶². Y al referirse al modelo de transición sudafricano indicó que “aunque la amnistía de Sudáfrica no se puso a 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”¹⁶³.

Algunos autores, sin embargo, defienden la legitimidad de un modelo como este. Por ejemplo, de acuerdo con Robert Slye, la amnistía sudafricana encaja en lo que él denomina “amnistía responsabilizante”, la cual 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

¹⁶² Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2009), *Op. Cit.*, p. 33

¹⁶³ *Ibídem*

generales e incondicionales en las que los rostros de los autores de los crímenes nunca llegan a ser identificados.¹⁶⁴

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. En el contexto colombiano, por ejemplo, Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon han señalado que el único esquema que estaría acorde con las obligaciones internacionales sería uno basado en “perdones responsabilizantes”:

“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”¹⁶⁵.

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 [...]”¹⁶⁶.

El segundo aspecto sobre el cual subsiste un relativo grado de incertidumbre es el de la concesión de indultos. En el Código penal colombiano el indulto es una causal de extinción de la sanción penal (Ley 599 de 2000, Art. 88). A diferencia de la amnistía, no

¹⁶⁴Ronald Slye distingue cuatro formas de amnistías: amnésicas, transaccionales, correctivas y responsabilizantes, de las cuales únicamente las dos últimas están en condiciones de satisfacer los estándares internacionales de derechos humanos. Las correctivas 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 responsabilizantes porque, pese a estar referidas a graves violaciones a los derechos humanos, se sujetan al cumplimiento de ciertas condiciones en materia de verdad y reparación. 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.

¹⁶⁵Uprimny, Rodrigo y Saffon, María Paula (2005). Ob. Cit.

¹⁶⁶Ibíd.

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”¹⁶⁷.

Tal como ya lo indiqué, 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 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 el Conjunto de Principios se refiere 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

¹⁶⁷Oficina 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.

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”¹⁶⁸. 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:

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

¹⁶⁸Ibíd,

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 total¹⁶⁹. (subraya fuera de texto)

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 reaparición 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. Parecería sugerirse así que si las penas se reducen hasta el punto que el castigo efectivamente impuesto no se ajuste a la gravedad del delito, la medida no sería admisible, y se reforzaría a su vez 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

¹⁶⁹ *Ibíd.*, p. 34.

estos últimos aspectos no es absoluta, de tal modo que aún subsiste un margen de discusión al respecto.

3.1.2 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 genocidio¹⁷⁰ y los crímenes de lesa humanidad¹⁷¹, pero solo a partir de noviembre de 2009 la adquirió respecto de los crímenes de guerra¹⁷² pues el gobierno de Andrés Pastrana, con el ánimo de no

¹⁷⁰ “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)

¹⁷¹ “I. 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).

¹⁷² Tratándose de conflicto armado interno, el Estatuto de Roma define los siguientes como crímenes de guerra: “I. 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

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. Así las cosas, 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 presupuesto, 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 llevar a cabo el

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 7°, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3° 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).

juicio”¹⁷³(Art. 17, num. 3º). La competencia de la CPI se activará entonces en caso de que el Estado colombiano no pueda realmente llevar a cabo los procesos por impedimentos objetivos que resulten evidentes.

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 inadmisibles 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 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

¹⁷³ 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 párrafo 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”.

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 enjuiciamiento¹⁷⁴. Por el contrario, Kai Ambos¹⁷⁵ 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 investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar 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”.¹⁷⁶

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

¹⁷⁴Olásolo Alonso, Héctor (2009). *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas; Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, p. 99

¹⁷⁵Ibíd. p. 104.

¹⁷⁶ 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.

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. 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 (septiembre de 2011) 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 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 ese momento el proceso de paralizó, pues en las fechas previstas para la firma del acuerdo Joseph Kony no llegó.¹⁷⁷

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”¹⁷⁸ y que “el mejor modo de detener el conflicto y restaurar la seguridad en la región es arrestar a los altos líderes [del LRA]”¹⁷⁹.

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

¹⁷⁷ La descripción sobre el proceso ugandés ha sido reconstruida a partir de los siguientes trabajos: Pensky, Max (2008). “Amnesty 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%20Sylvana%20Arbia%20Uganda%20Situation.pdf>.

¹⁷⁸ Declaración del Fiscal Luis Moreno-Ocampo, ICC-OTP-20060706-146, disponible en http://www.icc-cpi.int/menu/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200204/press%20releases/statement%20by%20prosecutor%20luis%20moreno_ocampo

¹⁷⁹ *Ibíd.*

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 poder¹⁸⁰, hacen muy difícil pensar 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

¹⁸⁰ 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 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.

de Derechos Humanos de la Fiscalía¹⁸¹—, 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 prisión¹⁸². 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 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

¹⁸¹ 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

¹⁸² 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, radicado n.º 23825, MP. Javier Zapata Ortiz, 7 de marzo de 2007.

asignan prioridades a las gestiones de ataque al “enemigo” o simplemente para el adoctrinamiento o la supervivencia cotidiana del grupo¹⁸³.

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 en un eventual 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–. Teniendo en cuenta esta situación, puede pensarse que 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.

¹⁸³ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, radicado n.º 23825.

3.2 EL MARCO JURÍDICO INTERNO PARA PROCESOS DE TRANSICIÓN

Como lo indiqué al inicio de este capítulo, durante la década de los noventas se expidieron varios estatutos al amparo de los cuales se desmovilizaron distintos grupos guerrilleros. El último de los de su clase fue la Ley 418 de 1997¹⁸⁴, que en su artículo 50 consagró la posibilidad de conceder indulto por delitos políticos y sus conexos, 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 indefensión¹⁸⁵. Tal como estaba redactado originalmente, este artículo mantenía abierta la posibilidad de conceder el indulto por aquellos delitos cometidos en combate que, en virtud de la sentencia C-457 de 1997 pasaron a ser conductas punibles, así como por delitos comunes cometidos en conexidad con la 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 tenían relevancia, sí lo tenían 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 o

¹⁸⁴“Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”.

¹⁸⁵Ley 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...”

delitos conexos con la rebelión que no implicaran actos de ferocidad, barbarie o terrorismo, quedó en principio excluida. Por su parte, la Ley 1421 de 2010 que prorrogó la Ley 418 de 1997, mantiene la posibilidad de declarar la preclusión –en el caso de procesos penales en curso– o conceder el indulto –cuando ya exista sentencia condenatoria– solo por hechos constitutivos de delito político. El otorgamiento de estos beneficios opera tanto en los eventos en que se adelanta 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 doloso 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. La primera es que se avanza en el nivel de precisión de las conductas excluidas de dichos beneficios. 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 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 tomando como base elDIH, en este caso la remisión a las disposiciones internacionales proviene de la misma ley.

Sin embargo, cabe anotar que con la modificación introducida por la Ley 1421 el derecho interno resulta más exigente que los estándares internacionales en materia de concesión de amnistías e indultos. 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 perfidia¹⁸⁶ o el despojo en campo de batalla¹⁸⁷, 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 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:

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.

¹⁸⁶ 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*”.

¹⁸⁷ 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*”.

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.

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 atroces¹⁸⁸. Para los

¹⁸⁸ El fracaso de esta estrategia inicial del ejecutivo ante la decisión de la Corte Suprema de Justicia de negar el carácter de delinquentes políticos a los paramilitares cerrando de este modo la posibilidad de conceder

que sí tuvieran tales requerimientos, la propuesta del gobierno, contenida en el proyecto de ley de alternatividad penal¹⁸⁹, preveía la imposición de la pena ordinaria y de penas alternativas a la prisión¹⁹⁰, 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 tales¹⁹¹, 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. 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

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.

¹⁸⁹ Proyecto de ley estatutaria No. 85 de 2003-Senado.

¹⁹⁰ 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.

¹⁹¹ 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”.

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 hubieran 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 señaló que el tiempo pasado por los desmovilizados en las zonas de concentración no constituía pena 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.¹⁹² 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 víctimas¹⁹³. Es reiterativa la idea de que “las autoridades colombianas

¹⁹² 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”.

¹⁹³ “[...] 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

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 Humanos¹⁹⁴. Y es recurrente también la alusión al Estatuto de Roma como fuente normativa que debe ser tenida 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 comportamientos¹⁹⁵.

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 en el proceso de paz con los paramilitares y marca una clara diferencia con el nivel de compromiso de los jueces con tales exigencias 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 de la Ley 975, en la medida en que esta únicamente fue prevista 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. En este sentido, los

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.

¹⁹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 31539 del 31 de julio de 2009, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

¹⁹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 32022 del 21 de septiembre de 2009, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

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 a algún tipo de obligación en términos de verdad y reparación. 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 975¹⁹⁶. 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”¹⁹⁷.

Este modelo residual de la Ley 975 sufrió un primer embate con la decisión adoptada por la Corte Suprema en el sentido de negar el carácter de delincuentes políticos a los paramilitares. La consecuencia directa de esta decisión fue que los paramilitares ya no podían ser beneficiados con las medidas de cesación de procedimiento e indulto, las cuales estaban previstas únicamente para delitos políticos. Ante la incertidumbre jurídica abierta por esta decisión, 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.¹⁹⁸ 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

¹⁹⁶ 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.

¹⁹⁷ *Ibid.* p. 35

¹⁹⁸ 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.

organización criminal, utilización ilegal de uniformes e insignias y porte ilegal de armas y municiones¹⁹⁹.

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”²⁰⁰. 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.

Estos reparos fueron planteados en una demanda que solicitó la declaratoria de inexecutable 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 provocó 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.

¹⁹⁹ 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”.

²⁰⁰ Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado et. al (2009). Ob. cit. p. 33

Mediante la sentencia C-936 de 2010, la Corte declaró inexecutable tal causal de aplicación del principio de oportunidad. Según la Corte, la norma demandada vulneraba el postulado del orden justo, así como la dignidad y los derechos de las víctimas, en tanto establecía una renuncia unilateral a la investigación sin disponer ningún tipo de exigencias en materia de justicia, verdad o reparación, abriendo de este modo un escenario de impunidad frente a posibles perpetradores de violaciones de derechos humanos.

En vista de que la decisión de la Corte Constitucional 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 2010²⁰¹, 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.

²⁰¹ “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”.

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)

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.²⁰² Sin embargo, este riesgo de un margen de impunidad al parecer resulta inevitable si lo que se pretende es que los desmovilizados hagan una

²⁰² 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).

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 los 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 me interesa 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 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 puestos en duda a la luz de los parámetros definidos por la Corte Constitucional con ocasión del proceso con los paramilitares.

Si al escenario descrito se suma la decisión de la Corte Suprema de Justicia en la cual se admite el concurso entre el concierto para delinquir agravado y la rebelión por hechos cometidos por guerrilleros dentro del marco de la organización subversiva, y aquella en la cual se califica el concierto para delinquir agravado como crimen de lesa humanidad, se llega a la conclusión de que los estándares internos en materia de concesión de beneficios en un eventual proceso de paz con las guerrillas, resultan mucho más exigentes que los estándares internacionales. El modelo que se ha venido consolidando en Colombia en el último lustro a partir de las decisiones judiciales tomadas con ocasión del proceso de desmovilización colectiva de los paramilitares es uno que prácticamente tiende a apuntar a la judicialización total. De conformidad con estos parámetros, en un eventual proceso con las guerrillas, únicamente podría concederse indulto a aquellos que solo tengan condenas por rebelión y, posiblemente –a condición de una reforma a la Ley 418– por delitos conexos que no estén expresamente excluidos. Y aquellos que no tengan ningún proceso abierto tendrían en todo caso que someterse a algún tipo de procedimiento cuasi judicial en el que realicen algún tipo de contribución en términos de verdad y reparación para las víctimas.

4. Conclusiones

Me propuse en este trabajo aportar a la discusión acerca del marco normativo frente a un eventual proceso de negociación colectiva con los grupos guerrilleros. Frente a la complejidad jurídica, política y técnica de esta temática, la presente tesis se concentró en realizar una contribución en dos puntos concretos: dar luces sobre algunas tendencias jurisprudenciales en relación con el juzgamiento de los guerrilleros y presentar un marco de los estándares internacionales y nacionales en materia de justicia transicional, especialmente en lo atinente a la concesión de amnistías e indultos. La correlación entre estos dos puntos apuntaba a avizorar algunos de los retos jurídicos específicos que tendrían que ser afrontados en un eventual proceso de paz con los grupos subversivos.

El primer punto que surge con claridad a partir de la investigación realizada es que las transformaciones en el tratamiento jurídico de la guerra que se dieron a lo largo del siglo XX, tanto a nivel global como nacional, han generado un conjunto de limitaciones normativas, y también una serie de obstáculos frente a procesos de transición negociada de la guerra a la paz. En cuanto a las limitaciones normativas, resulta claro que en virtud de la consolidación del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos, pero sobre todo a raíz de su recepción en el ámbito colombiano por parte de las altas cortes y del empoderamiento de múltiples actores sociales, las restricciones en materia de concesión de amnistías e indultos son ahora mayores. Y en relación con los obstáculos, el giro desde las figuras del combatiente y el delincuente político hacia la del terrorista debilita el alcance del derecho humanitario en la valoración jurídica de las conductas cometidas en el marco de la guerra y favorece un modelo basado en el derecho penal del enemigo, que convierte el escenario judicial en apéndice de la guerra.

Frente a este contexto, las decisiones judiciales, tanto en lo que respecta a la judicialización de los guerrilleros durante el conflicto, como a los estándares de justicia

transicional, resultan determinantes para la definición de los marcos normativos para la paz. La conclusión de la investigación en relación con este aspecto es aunque existen algunas tendencias jurisprudenciales que resultan favorables de cara a un eventual proceso con las guerrillas, en el último lustro, especialmente a raíz del proceso de paz con los paramilitares, se ha empezado a desarrollar una corriente judicial que limita, más allá incluso de los estándares internacionales, las posibilidades de conceder ciertos beneficios necesarios para la viabilidad de una transición exitosa hacia a la paz.

Así, por un lado, la Corte Suprema tiene una línea de análisis en la que conserva nociones centrales del DIH como las de combatiente y población civil. A partir de estas nociones, la Corte ha depurado los criterios para definir con mayor precisión la calificación de un acto como terrorista. Se trata de un punto importante porque, pese a la sentencia de la Corte Constitucional que estableció la punición autónoma de los delitos conexos con la rebelión cometidos en combate, en virtud de esta línea de la jurisprudencia de la Corte Suprema, la figura del combatiente rebelde mantiene una relativa vigencia. De este modo, las distinciones que realiza la Corte entre actos cometidos dentro y fuera de combate, si bien no tienen repercusiones en términos de la definición de la pena, sí resultan relevantes de cara a una eventual concesión de beneficios por delitos políticos y conexos. Adicionalmente, con la depuración de criterios para la calificación de los actos de terrorismo, la jurisprudencia logra escapar a la tendencia de sustitución de la figura del delincuente político por la de terrorista.

Sin embargo, el alcance de esta línea de la jurisprudencia de la Corte Suprema es bastante limitado. En primer lugar, porque la misma no es representativa de los rasgos de judicialización en todas las instancias. En efecto, como se evidencia en las propias reseñas de los fallos de la Corte, existe una tendencia, por parte de los jueces de instancia, de calificar como terrorismo o como actos agravados por la finalidad terrorista, todos los delitos cometidos por los guerrilleros en el marco del conflicto armado. Esta situación es un claro efecto de la indeterminación de la legislación antiterrorista heredada de la época del estado de sitio, así como de la catalogación de los grupos guerrilleros como grupos terroristas, propiciada tras el 11S y fortalecida durante los gobiernos consecutivos de la seguridad democrática.

En segundo lugar, el alcance de dicha línea es limitado por la ruptura jurisprudencial que implicó la decisión adoptada por la propia Corte a finales de 2010, en la que admitió el concurso entre los delitos de concierto para delinquir agravado y rebelión, abriendo así una pendiente resbaladiza hacia la disolución del delito político en el delito común. A esta decisión se suma el otro fallo en el cual la Corte calificó el concierto para delinquir agravado como crimen de lesa humanidad. Si esta perspectiva de la Corte no es rectificadora, sino que tiende a consolidarse y a sobreponerse a la línea que conserva la vigencia relativa de la figura del combatiente rebelde, las posibilidades jurídicas para la concesión de beneficios jurídicos que incluso son admisibles a la luz de los estándares internacionales, como la concesión de amnistías e indultos por delitos políticos y conexos que no constituyen crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, resultarán reducidas en la práctica a su mínima expresión.

A lo anterior se suman los efectos sobre la concesión de tales beneficios de la decisión adoptada por la Corte Constitucional en la que declaró la inexecutable de la aplicación del principio de oportunidad a los paramilitares desmovilizados que no tuvieran procesos penales abiertos por crímenes de guerra o de lesa humanidad. El modelo de beneficios incondicionados previsto en la ley 418 de 1997 en materia de delitos políticos demuestra ahora su fragilidad de cara a los parámetros establecidos por la jurisprudencia constitucional en el proceso con los paramilitares.

La comprensión de este escenario es necesaria para tener claridad acerca de cuáles son algunos de los retos jurídicos que deberán ser afrontados en un proceso con las guerrillas. Sobre este punto, dos son las conclusiones de este trabajo. La primera es que, dado que el modo como se juzgue ahora a los guerrilleros determina parcialmente los límites jurídicos de un proceso de paz, los escenarios de viabilidad para una transición exitosa se construyen desde la misma forma de judicializar la guerra antes de cualquier proceso de negociación. En este sentido, resulta clave el fortalecimiento de las tendencias judiciales en las que se mantiene vigente el delito político y en las que el derecho humanitario constituye un parámetro de valoración central en las conductas cometidas por los guerrilleros.

La segunda es que las restricciones jurídicas más severas a los procesos de paz en Colombia provienen de la jurisprudencia de las altas cortes, más que de las obligaciones

derivadas del marco internacional de los derechos humanos. Así, aspectos frente a los que aún subsiste un cierto margen de duda 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. Pero más aún, la exigencia de judicializar prácticamente a todos los desmovilizados, que se deriva de decisiones como aquella según la cual la mera pertenencia a una organización que cometa crímenes de lesa humanidad constituye en sí misma un crimen de esta naturaleza, comporta un endurecimiento extremo de los estándares de justicia que va más allá de las obligaciones internacionales y de las posibilidades fácticas.

Como puede verse, los aportes del presente trabajo se ubican en el punto de partida de una discusión tan extensa como compleja. El llamado específico es a revisar con perspectiva crítica las tendencias judiciales que se han ido tejiendo en los últimos años tanto en relación con la judicialización de las guerrillas, como en relación con los estándares para procesos de paz, de tal modo que, al lado de la cuidadosa consideración de los derechos de las víctimas, se descubra “a los combatientes allí donde otros sólo ven bestias, criminales o inocentes”²⁰³.

²⁰³ Giraldo, Jorge (2009). *Guerra civil posmoderna*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia y Fondo Editorial Universidad EAFIT, p. 369.

Bibliografía

[1] AGUILERA, Mario. “Amnistías e indultos, siglos XIX y XX”, en *Revista Credencial Historia* No. 137, Bogotá, 2001.

[2] ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR). *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*, 1992.

[3] AMBOS, Kai. *La lucha antiterrorista tras el 11 de septiembre de 2001*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

[4] APONTE, Alejandro. Cómo matar a la justicia en la tarea de defenderla: Estatuto para la defensa de la justicia, en *Análisis Político*, num. 11, septiembre – diciembre, 1990.

[5] APONTE, Alejandro. *¿Derecho Penal del Enemigo o Derecho Penal del Ciudadano? Günther Jakobs y las tensiones de un derecho penal de la enemistad*, Bogotá: Editorial Temis S.A., 2005.

[6] APONTE, Alejandro. *Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*, Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2006.

[7] ARANGO, Rodolfo. “Los desvaríos de la doctrina del mal menor”, en *Jurídicas*, num. julio-diciembre, pp. 11-20, 2005.

[8] ARBIA, Silvana. *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>, 2009 (consultada el 13 de febrero de 2010).

[9] ARIZA, Libardo y BARRETO, Antonio. “La Corte Constitucional frente a la excepcionalidad: diez años de control laxo y discursivo”, en: *Derecho Constitucional: Perspectivas Críticas*, Bogotá: Universidad de los Andes, Legis, 2001.

[10] 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, consultado el 13 de febrero de 2009.

[11] COMISIÓN DE LA VERDAD SOBRE LOS HECHOS DEL PALACIO DE JUSTICIA. *Informe final* disponible en: <http://www.verdadpalacio.org.co/>, 2009 (consultado el 18 de agosto de 2010).

[12] 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

[13] EL TIEMPO , Editorial “Holocaustos y Verdades”, 17 de noviembre de 2006

[14] EL TIEMPO , Sin cese de hostilidades, Farc no serán retiradas de lista de terroristas: VicençFisas. 12 de octubre de 2009.

[15] FERRI, Enrico. *Proyecto Preliminar de Código Penal para Italia*, Madrid: Centro Editorial de Góngora. 1925.

[16] FORREST, Hylton. *The Occupied Territories of Medellín*, disponible en http://web.archive.org/web/20070610075101/http://www.colombiajournal.org/occupied_m_edellin.htm#four, consultada el 16 de Septiembre de 2011, 2002.

[17] FUNDACIÓN IDEAS PARA LA PAZ. Historia de los procesos de diálogo y negociación en Colombia. Amnistía e indulto en Colombia: 1981-2004, en *Boletín de Paz* n° 05, disponible en http://www.ideaspaz.org/secciones/publicaciones/download_boletines/boletindepaz05.htm, consultada el 23 de septiembre de 2010.

[18] GARCÍA, Mauricio. Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957 – 1997, en: Santos, Boaventura de Sousa y García, Mauricio (dirs). *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*, Bogotá: Uniandes, Siglo del Hombre, Colciencias, CES, 2001.

[19] GAVIRIA, José Obdulio. Prólogo. Consecuencias de una errada definición teórica, en Botero, Libardo (comp.) *La estrategia terrorista. Las razones del presidente Uribe para no aceptar la existencia de un conflicto armado interno en Colombia*, Bogotá: Fundación Centro de Pensamiento Primero Colombia, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2007.

[20] GAVIRIA, José Obdulio. Un sólido y robusto cuerpo de doctrina, en Botero, Libardo (comp.) *Crímenes altruistas: las razones del presidente Uribe para abolir el delito político en Colombia*, Fundación Centro de Pensamiento Primero Colombia, 2007.

[21] GIRALDO, Jorge. *Guerra civil posmoderna*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia y Fondo Editorial Universidad EAFIT, 2009.

[22] GÓMEZ, Alfredo. *La reconstrucción de Colombia: escritos políticos*, Medellín: La Carreta Editores, 2008.

[23] GONZÁLEZ CALLEJA, Eduardo. “Ciclos de protesta y ondas de temor. Aportaciones a una propuesta de periodización de la violencia terrorista, en González Calleja, Eduardo

(ed) *Políticas del miedo. Un balance del terrorismo en Europa*, Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2002.

[24] GONZÁLEZ CALLEJA, Eduardo. “Definiciones e interpretación del fenómeno terrorista”, en González Calleja, Eduardo (ed) *Políticas del miedo. Un balance del terrorismo en Europa*, Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2002.

[25] IGNATIEFF, Michael. *El mal menor. Ética política en una era de terror*, Madrid: Taurus, 2005.

[26] JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, “El asesinato de Matteotti y el delito político”, en *Crónica del Crimen*, Buenos Aires: Editora Inter-Americana, 1943.

[27] MINISTERIO DE DEFENSA. Política de consolidación de la seguridad democrática, p. 60, disponible en <http://merln.ndu.edu/whitepapers/Colombia2007.pdf>, consultada el 12 de septiembre de 2009, 2007.

[28] MOVIMIENTO NACIONAL DE VÍCTIMAS DE CRÍMENES DE ESTADO ET. AL. *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, 2009.

[29] OBSERVATORIO INTERNACIONAL DDR-LEY DE JUSTICIA Y PAZ. *Segundo Informe*, Centro Internacional de Toledo para la Paz – CITpax, 2009.

[30] OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Amnistías*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2009.

[31] OLÁSULO, Héctor. *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas; Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2009.

[32] OROZCO, Iván. “Reflexiones impertinentes: sobre la memoria y el olvido, sobre el castigo y la clemencia”, en Rettberg, Angélica (ed). *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, 2005.

[33] OROZCO, Iván. *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*, Bogotá: Editorial Temis, 2ª edición, 2006.

[34] PAZ, Gonzalo. Concierto para delinquir, en *Cuadernillos de Derecho Penal* No. 36, Editorial Universidad Santiago de Cali, 2007.

[35] PENSKY, Max. “Amnesty trial: impunity, accountability, and the norms of international law”, en *Ethics & Global Politics*, Vol. 1, No. 1-2, DOI: 10.3402/egp.v1i1.1816, disponible en <http://www.ethicsandglobalpolitics.net/index.php/egp/article/viewArticle/1816>, 2008.

[36] POSADA, Eduardo. “Delito, democracia y paz”, en Botero, Libardo (comp.) *Crímenes altruistas: las razones del presidente Uribe para abolir el delito político en Colombia*, Fundación Centro de Pensamiento Primero Colombia, 2007.

[37] RESTREPO, Luis Carlos. ¿Conflicto armado o amenaza terrorista? en Botero, Libardo, *La estrategia terrorista. Las razones del presidente Uribe para no aceptar la existencia de un conflicto armado interno en Colombia*, Bogotá: Fundación Centro de Pensamiento Primero Colombia, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2007.

[38] 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, 2008 (consultada el 10 de mayo de 2010).

[39] REYES CUARTAS, José Fernando. “La autoría mediata con aparatos organizados de poder”, en Revista de Derecho Penal y Criminología N° 75, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

[40] RUIS, Mariano. *Evolución del Delito Político*, México D.F: Editorial Hermes, 1944.

[41] SCHMITT, Carl. *Teoría del partisano. Acotación al concepto de lo político*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1966.

[42] SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político. Texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios*, Madrid: Alianza Editorial, 1991.

[43] SLYE, Ronald C.. *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, 2002.

[44] TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION OF SOUTH AFRICA REPORT, Volume Six, disponible en: <http://www.info.gov.za/otherdocs/2003/trc/>, 2003.

[45] UNITED STATES BUREAU OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION SERVICES, Colombia: Information on the Comandos Armados del Pueblo (CAP) in Medellín, 27 August 2003, COL03005.ZMI, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3fe0dce14.html> consultada el 16 de Septiembre de 2011.

[46] UPRIMNY, Rodrigo y Saffon, María Paula. “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, 2005.

[47] UPRIMNY, Rodrigo. Un marco teórico de reflexión sobre los riesgos de las medidas antiterroristas en Colombia, disponible en

http://dejusticia.org/admin/file.php?table=documentos_publicacion&field=archivo&id=3, consultado el 2 de febrero de 2010, 2006.

[48] UPRIMNY, Rodrigo. La sedición del Presidente, en Semana.com, disponible en http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=estado_de_derecho&publicacion=247, consultado el 15 de agosto de 2011, 2007.

[49] UPRIMNY, Rodrigo y SÁNCHEZ, Luz María. “Derecho penal y protesta social” en Bertoni, Eduardo (comp.) *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho Penal y libertad de expresión en América Latina*, Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010.

[50] URIBE, Álvaro. Declaración presidencial del 18 de mayo de 2005, en Botero Campuzano, Libardo (comp.) *Crímenes Altruistas. Las razones del Presidente Uribe para abolir el delito político en Colombia*, Centro de Pensamiento Primero Colombia, 2007.

[51] URIBE, Álvaro. Discurso del Presidente de la República ante la Corte Interamericana de Derechos humanos el 19 de junio, en Botero, Libardo (comp.) *La estratagema terrorista. Las razones del presidente Uribe para no aceptar la existencia de un conflicto armado interno en Colombia*, Bogotá: Fundación Centro de Pensamiento Primero Colombia, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2003.

[52] VALENCIA, Alejandro. *Derecho internacional humanitario. Conceptos básicos. Infracciones en el conflicto colombiano*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007.

[53] WALDMANN, Peter. *Guerra civil, terrorismo y anomia social. El caso colombiano en un contexto globalizado*, Bogotá: Grupo Editorial Norma, 2006.

[54] ZOLO, Danilo. *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*, Madrid: Editorial Trotta S.A., 2007.

[55] 607 RAZONES POR LAS CUALES LAS FARC ESTÁN EN LAS LISTAS INTERNACIONALES DE TERRORISTAS, disponible en <http://www.cancilleria.gov.co/wps/wcm/connect/48107300425f7562bae2bbd5845fbca6/17+607+Razones+Esp.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=48107300425f7562bae2bbd5845fbca6>, consultada el 31 de agosto de 2011.

TEXTOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIA

[56] COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, 2005.

[57] COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE 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., 2005.

[58] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Alicia Consuelo Herrera y otros c. la Argentina, casos Nos. 10147, 10240, 10262, 10309, 10311, informe N° 28/92 del 2 de octubre, 1992.

[59] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Santos Mendoza y otros c. el Uruguay, casos Nos. 10029, 10036, 10145, 10305, 10372, 10373, 10374, 10375, informe N° 29/92 del 2 de octubre, 1992.

[60] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe N° 36-96 caso 10.843 Chile del 15 de octubre, 1996

[61] CONSEJO EUROPEO. Posición Común del Consejo del 27 de diciembre sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo (2001/931/PESC), 2001.

- [62] CONSEJO EUROPEO. Decisión Marco del 13 de junio sobre la lucha contra el terrorismo (2002/475/jai), 2002.
- [63] CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. Resolución 1368 aprobada en su 4370ª sesión, 12 de septiembre de 2001.
- [64] CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. Resolución 1373 aprobada en su 4385ª sesión, 28 de septiembre de 2001.
- [65] CONVENIO II DE GINEBRA para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en campaña, 12 de agosto de 1949.
- [66] CONVENIO II DE GINEBRA para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, 12 de Agosto de 1949.
- [67] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-009 de 1995, MP. Vladimiro Naranjo Mesa.
- [68] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-027 de 1996, MP. Hernando Herrera Vergara
- [69] CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-031 de 1993, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz
- [70] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-127 de 1993, MP. Alejandro Martínez Caballero
- [71] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-241 de 1997, MP. Fabio Morón Díaz.
- [72] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-392 de 2000 MP. Antonio Barrera Carbonell.

[73] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-456 de 1997, MP. Jorge Arango Mejía y Eduardo Cifuentes Muñoz.

[74] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-466 de 1995, MP. Carlos Gaviria Díaz.

[75] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-814 de 2004, MP. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes.

[76] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-936 de 2010, MP. Luis Ernesto Vargas Silva

[77] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Velásquez Rodríguez*, sentencia de 29 de julio, (Ser. C) No. 4. 1988.

[78] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Barrios Altos* (Chumbipuma Aguirre y otros c. el Perú), Fallo de 14 de marzo, serie C, N° 75. 2001.

[79] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PLENA, radicado 98910 de febrero de 1983, M.P. Manuel Gaona Cruz.

[80] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 4 de octubre de 1988, M.P. Jorge Carreño Luengas.

[81] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, radicado n.º 11837 del 4 de febrero de 1999, MP. Fernando Arboleda Ripoll

[82] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, radicado n.º 12051 del 25 de septiembre de 1996, M.P: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

[83] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, radicado n.º 12051 del 25 de septiembre de 1996, MP. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

- [84] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, radicado n.º 12661 del 27 de mayo de 1999, M.P: Nilson E. Pinilla Pinilla.
- [85] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, radicado n.º 13433 del 27 de agosto de 1999, MP. Jorge Córdoba Poveda.
- [86] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, radicado n.º 12853 del 6 de junio de 2000, MP. Nilson Pinilla Pinilla.
- [87] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, radicado n.º 13053 del 18 de enero de 2002, MP. Jorge Aníbal Gómez Gallego.
- [88] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, radicado n.º 21343 del 10 de septiembre de 2003, MP. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.
- [89] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, radicado n.º 17089 del 23 de septiembre de 2003, MP. Edgar Lombana Trujillo.
- [90] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, radicado n.º 21639 del 26 de noviembre de 2003, MP. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.
- [91] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, radicado n.º 22103 del 19 de mayo de 2004, MP. Edgar Lombana Trujillo.
- [92] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, radicado n.º 24222 del 18 de octubre de 2005, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.
- [93] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, radicado n.º 23893 del 26 de enero de 2006, MP. Mauro Solarte Portilla.
- [94] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, radicado n.º 21330 del 15 de febrero de 2006, M.P: Edgar Lombana Trujillo

[95] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, radicado n.º 25317 del 18 de abril de 2006, MP. Marina Pulido de Barón.

[96] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, radicado n.º 26945 del 11 de julio de 2007, MP. Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca.

[97] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, radicado n.º 23825 del 7 de marzo de 2007, MP. Javier Zapata Ortiz.

[98] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, radicado n.º 29472 del 10 de abril de 2008, MP. Yesid Ramírez Bastidas

[99] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, radicado n.º 30442 del 3 de octubre de 2008, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

[100] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, radicado n.º 31539 del 31 de julio de 2009, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

[101] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, radicado n.º 32022 del 21 de septiembre de 2009, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

[102] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, radicado n.º 34482 del 24 de noviembre de 2010, MP. María del Rosario González de Lemos.

[103] GACETA CONSTITUCIONAL número 67, mayo 4 de 1991.

[104] GACETA DEL CONGRESO número 289, ponencia complementaria rendida el 25 de mayo de 2005, septiembre 16 de 2005.

[105] NACIONES UNIDAS. Declaración sobre la concesión de la independencia de los países y pueblos coloniales, Resolución 1514 (XV) del 14 de diciembre, 1970.

[106] NACIONES UNIDAS. Convención para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves del 16 de diciembre, 1970.

[107] NACIONES UNIDAS. Convención para la represión de actos ilegales contra la seguridad de la aviación civil del 23 de septiembre, 1971.

[108] NACIONES UNIDAS. Aplicación de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, Resolución 2908 del 2 de noviembre, 1972.

[109] NACIONES UNIDAS. Convención sobre la prevención y castigo de crímenes contra personas internacionalmente protegidas del 14 de diciembre, 1973.

[110] NACIONES UNIDAS. Convención internacional contra la toma de rehenes del 17 de diciembre, 1979.

[111] NACIONES UNIDAS. Convención para la protección física de los materiales nucleares del 3 de marzo, 1980.

[112] NACIONES UNIDAS. Convención para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima del 10 de marzo, 1988.

[113] NACIONES UNIDAS. Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de protección del 1 de marzo, 1991.

[114] NACIONES UNIDAS. Convenio sobre infracciones y otros actos cometidos a bordo de aeronaves del 14 de septiembre, 1993.

[115] NACIONES UNIDAS. Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas del 15 de diciembre, 1997.

[116] NACIONES UNIDAS. Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo del 9 de diciembre, 1999.

[117] NACIONES UNIDAS. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional del 12 de julio, A/CONF.183/9, 1998.

[118] NACIONES UNIDAS. Convención Interamericana contra el Terrorismo, aprobada en la primera sesión plenaria celebrada el 3 de junio, AG/RES. 1840 (XXXII-O/02), 2002.

[119] NACIONES UNIDAS. “*Un Mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos*”, informe del grupo de alto nivel sobre las amenazas, desafíos y el cambio A/59/565 del 2 de diciembre, 2004.

[120] PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I) del 12 de agosto de 1949, aprobado el 8 de junio de 1977.

[121] PROTOCOLO ADICIONAL DEL ACUERDO DE MONTREAL DEL 24 DE FEBRERO DE 1988.

[122] PROTOCOLO PARA LA SUPRESIÓN DE ACTOS ILÍCITOS contra la seguridad de las plataformas localizadas en la plataforma continental del 10 de marzo de 1988.

[123] US Code