

Yesid Reyes Alvarado • David Gallego Arribas

Justicia de Transición en el Acuerdo de Paz suscrito entre el Estado colombiano y la guerrilla de las FARC-EP

Yesid Reyes Alvarado
Editor

Universidad
Externado
de Colombia

Yesid Reyes Alvarado
David Gallego Arribas

**Justicia de Transición
en el Acuerdo de
Paz suscrito entre el
Estado colombiano y la
guerrilla de las FARC-EP**

Yesid Reyes Alvarado
(ed.)

Universidad Externado de Colombia
Centro de Investigación en Filosofía y Derecho

Reyes Alvarado, Yesid, 1960-

Justicia de Transición en el Acuerdo de Paz suscrito entre el Estado colombiano y la guerrilla de las FARC-EP / Yesid Reyes Alvarado, David Gallego Arribas ; Yesid Reyes Alvarado (ed.). -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. 2020. : ilustraciones, gráficos ; 21 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587904796

1. Delitos políticos -- Aspectos jurídicos - Colombia 2. Justicia transicional - Colombia 3. Conflicto armado - Colombia 4. Proceso de paz -- Colombia I. Reyes Alvarado, Yesid II. Gallego Arribas, David III. Universidad Externado de Colombia IV. Título

343 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca EAP.

diciembre de 2020

ISBN 978-958-790-479-6

© 2020, YESID REYES ALVARADO (ED.)

© 2020, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá

Teléfono (57-1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: diciembre de 2020

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: Santiago Perea Latorre

Composición: María Libia Rubiano

Impresión y encuadernación: Imageprinting Ltda.

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

Diseño epub:

Hipertexto - Netizen Digital Solutions

CONTENIDO

PRÓLOGO

Carmen Eloísa Ruiz López

¿POR QUÉ Y PARA QUÉ SE CREÓ EN COLOMBIA UN SISTEMA INTEGRAL DE VERDAD, JUSTICIA, REPARACIÓN Y NO REPETICIÓN?

Yesid Reyes Alvarado

Introducción

1. Delitos ordinarios y delitos políticos
 - 1.1. Naturaleza del delito político
 - 1.2. Delitos conexos con los políticos
 - 1.3. ¿Todavía se justifica mantener la categoría de delito político?
 - 1.4. Delito político y terrorismo
2. Formas de enfrentar el delito político
 - 2.1. Según la configuración política del Estado
 - 2.1.1. En regímenes democráticos
 - 2.1.2. En regímenes totalitarios
 - 2.2. Según los métodos de solución
 - 2.2.1. Cambios violentos
 - 2.2.2. Cambios pacíficos, radicales y exitosos
3. Limitaciones de la jurisdicción ordinaria respecto de los delitos cometidos durante el conflicto armado colombiano
 - 3.1. Número de delito ocurridos durante el conflicto armado en Colombia

- 3.2. Los delitos del conflicto armado como producto de decisiones colectivas
- 3.3. La verdad en la justicia penal ordinaria
- 3.4. La reparación a las víctimas en la justicia penal ordinaria
- 3.5. Las causas de la delincuencia en la justicia penal ordinaria
- 4. Superación de las limitaciones de la justicia ordinaria frente a los delitos ocurridos durante y en relación con el conflicto armado colombiano
- 5. La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)
 - 5.1. Selectividad
 - 5.1.1. En cuanto a los destinatarios
 - 5.1.2. En cuanto a los delitos
 - 5.2. Estructura
 - 5.3. Funcionamiento
 - 5.4. Autonomía
 - 5.5. Sanciones
 - 5.5.1. Finalidad y necesidad
 - 5.5.2. Clases

Referencias

JUSTICIA DE TRANSICIÓN Y MEDIDAS PREMIALES EN COLOMBIA.
ANÁLISIS DE SU LEGALIDAD INTERNACIONAL Y BREVE EXCURSO SOBRE
EL PROBLEMA AGRARIO COMO UNA DE LAS CAUSAS DEL CONFLICTO
ARMADO

David Gallego Arribas

Introducción. Cuestiones generales de la Justicia de Transición

- 1. Derecho a la verdad
- 2. Derecho a la justicia

- 2.1. Los delitos políticos y conexos. Amnistías, indultos y medidas equivalentes
- 2.2. Los crímenes más graves contra la comunidad internacional. Sistema de sanciones propias y alternativas
- 2.3. Análisis de la legalidad internacional
- 2.4. Derecho a la reparación y a la no repetición
- 3. La cuestión agraria en Colombia
 - 3.1. Cuestiones generales
 - 3.2. Un breve repaso histórico: violencia y estructura agraria en Colombia
 - 3.3. Sobre la necesidad de la Reforma Rural Integral

Conclusiones

Referencias

NOTAS AL PIE

PRÓLOGO

Uno de los temas de mayor importancia para Colombia en los últimos años, si es que no el más relevante, ha sido la firma del Acuerdo de Paz, suscrito por la guerrilla de las FARC-EP y el Estado colombiano, así como la consecuente creación del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, implementado como mecanismo de transición (Justicia de Transición) para superar las masivas violaciones de derechos humanos. Pese a la evidente necesidad de crear este mecanismo, ha sido preciso justificarlo y, con ello, ahondar en las características del conflicto armado en que tuvieron lugar tales violaciones. Esa importante y necesaria tarea de justificación se aborda en el presente libro, escrito por Yesid Reyes Alvarado y David Gallego Arriba.

La obra que presentamos a los lectores está compuesta por dos trabajos en los cuales, de manera independiente, se da respuesta a interesantes interrogantes planteados por los autores respecto a problemas propios de la Justicia de Transición para Colombia.

En el primer texto, de la autoría de Yesid Reyes Alvarado y que aborda la estructura y la articulación del sistema transicional, se expone cómo fue concebido el componente de justicia creado para el periodo de transición. En el mismo resulta de particular interés la justificación de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), encargada de asumir el conocimiento de todos los delitos ocurridos durante y en relación con el conflicto armado; con redacción de muy

fácil lectura, se demuestra que su creación se justifica en cuanto mecanismo transitorio de aplicación de justicia y útil para facilitar la obtención de la paz, sin impunidad.

Una vez planteado el interrogante: ¿por qué y para qué se creó en Colombia un Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición?, el autor procede a fundamentar, estructurar y desarrollar la no existencia de una disyuntiva entre impartición de justicia y obtención de la paz. En un proceso de paz, como el vivido por Colombia, el concepto de justicia no puede ser restringido ni identificarse con la jurisdicción penal ordinaria, sus procedimientos y sistemas de sanciones; Reyes Alvarado realiza precisiones desde los fundamentos de una y otra jurisdicción, para demostrar que el propósito de estas difiere. Para ello, se ocupa de diferenciar entre delitos ordinarios o comunes y delitos políticos, como punto de partida, y nos conduce a entender por qué se hace necesario acudir a herramientas diferentes al derecho penal tradicional para poder lograr el fin último de verdad, justicia, reparación y no repetición.

Resulta de especial interés la manera como se resuelve qué ocurre con el delincuente político –como en el caso de los miembros de las FAR-EP– que además comete crímenes comunes, y que puede ser amnistiado en aquella condición y por los respectivos crímenes: ¿puede además ser amnistiado por los delitos comunes, pueden ser entendidos estos como conexos, existe diferencia si se trata o no de máximos responsables? ¿Se justifica la existencia de la categoría delito político, frente a la naturaleza de los Estados modernos? Otro interesante aspecto que desarrolla el texto de Reyes Alvarado es si se diferencia el delito político del terrorismo; de ser este el caso, en dónde trazar la frontera, y también si pueden concurrir la condición de

rebelde y la de terrorista; o si, por el contrario, la consolidación de una lucha internacional contra el terrorismo conlleva la desaparición del delito político. Como puede concluir el lector, se trata de un escrito que fundamenta y resuelve los más interesantes y actuales interrogantes derivados de la implementación del Acuerdo Final de Paz, así como del componente justicia que se desprende del mismo.

Con impecable sentido lógico, el texto estructura la forma en que los Estados enfrentan el delito político, a partir de (i) su configuración sociopolítica -regímenes democráticos o totalitarios- y (ii) la magnitud que alcance esa criminalidad. Los factores descritos serán determinantes para establecer si el delito político se puede afrontar por la jurisdicción ordinaria o si, por el contrario, se hace necesario acudir a mecanismos transitorios, en los que se parta de una solución negociada, que lleve consigo un menor uso del derecho penal, justificado por la naturaleza misma de la delincuencia de origen político a la que se pretende juzgar y por las concesiones a las que se ven obligadas las partes que buscan el fin del conflicto.

Dada la complejidad de los delitos cometidos por la delincuencia política -grupos armados, pluralidad de autores, pluralidad de delitos- en el marco de un conflicto, el autor, de manera pertinente, plantea el interrogante sobre si el sistema de la jurisdicción ordinaria, diseñado para delitos comunes, estaría en capacidad de procesar y juzgar los múltiples crímenes ocurridos con motivo del conflicto armado, o si se enfrenta a limitaciones estructurales, y de ser así, cuáles serían las de más peso y qué alternativas surgen especialmente ante la dificultad de investigar crímenes aislados que corresponden a contextos

complejos, con multiplicidad de autores y delitos, propios de un conflicto armado.

Como suele suceder ante las limitantes, y con el sentido de superar lo insuperable, el texto expone cómo gestionar las limitaciones de la jurisdicción ordinaria, frente a los retos que comporta juzgar los delitos ocurridos durante y en relación con el conflicto armado, especialmente, para que se garanticen los derechos de las víctimas en el juzgamiento adelantado en contextos de gran complejidad. No obstante lo anterior, se desarrollan alternativas de justicia que reducen esa complejidad, mecanismos para aplicar la selectividad; es así como Reyes Alvarado acude en su exposición a otros sistemas selectivos, implementados en conflictos estudiados en el plano comparado, con lo que de manera didáctica demuestra la conveniencia de su aplicación centrada en los delitos más graves y representativos, y respecto de ellos, frente a los intervinientes determinantes en el contexto del conflicto; este es, sin duda, uno de los principales fundamentos del componente justicia, en la estructura del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición implementado como mecanismo transicional.

Una vez se reduce la complejidad y se llega a la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), como mecanismo selectivo, que permite superar limitaciones de la jurisdicción penal ordinaria, resulta de particular interés la exposición que aborda Reyes Alvarado del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, sistema creado como mecanismo transitorio, en el que solo la JEP cumple funciones judiciales, y en el que los otros componentes (Comisión de la Verdad; Mecanismo de Reparación y Garantía de No Repetición, más la Unidad de

Búsqueda de personas dadas por desaparecidas) se coordinan y articulan. Este sistema, considera el autor, debería ser denominado “Mecanismos de superación (o de elaboración) del pasado”. Lo anterior se complementa con una sucinta pero esclarecedora exposición sobre cómo está compuesto y debe ser entendido el Acuerdo de Paz suscrito en La Habana entre el Estado colombiano y la guerrilla de las FARC-EP.

Una vez se ofrece claridad sobre la estructura y la manera como debe ser entendido el Acuerdo de Paz, así como el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, en donde el componente judicial (JEP) es solo un aspecto del mismo, el texto aborda de manera detallada el estudio de la JEP como justicia selectiva –tanto en cuanto a sus destinatarios como a sus delitos–, y, para concluir, presenta al lector la composición de la JEP: su estructura interna, así como su autonomía, límites y el sistema de sanciones a imponer.

La segunda parte del libro la constituye el texto de David Gallego Arribas. El autor aborda el estudio de la justicia de transición y las medidas premiales en Colombia, y explica cómo quedó estructurado el componente de justicia del Acuerdo de Paz, a la vez que incorpora un análisis de su legalidad internacional; incluye asimismo en su estudio una referencia al problema agrario como causa del conflicto armado en Colombia.

Gallego Arribas toma como punto de partida la insuficiencia del derecho penal como instrumento de solución ante la confrontación de intereses, y expone el reto que representa satisfacer los derechos de las víctimas, haciendo énfasis en los elementos de justicia y no

repetición, en donde la justicia de transición surge como mecanismo que va más allá del derecho penal ordinario.

Hechas las precisiones anteriores, aborda el derecho a la verdad individual y a la verdad colectiva, al igual que resume las disposiciones de perdón contenidas en el Acuerdo de Paz, para luego establecer su posible armonización legal dentro del “derecho a la justicia” de las víctimas. Especial atención merece la respuesta que el autor da a los interrogantes respecto de si son aceptables las amnistías bajo el prisma del derecho penal internacional y, de ser así, en qué supuestos y bajo qué circunstancias. De otra parte, se cuestiona sobre si es posible atenuar la responsabilidad penal por los crímenes más graves contra la comunidad internacional, y ante esta posibilidad se pregunta qué condiciones se deben cumplir. Es de resaltar la importancia de los interrogantes planteados y trabajados en el texto, pues tales cuestionamientos son la base de las discusiones más actuales en el ámbito del derecho penal internacional, a los que se suelen vincular consecuencias con relevancia frente a la competencia de la Corte Penal Internacional.

Luego del estudio relativo a la legalidad internacional, Gallego Arribas aborda las garantías de no repetición, tema que une en su desarrollo con el de la Reforma Rural Integral. Con extraordinaria capacidad de síntesis, el autor realiza un interesante repaso histórico sobre la violencia relacionada con la estructura agraria en Colombia, y resume la relevancia que la lucha por la tierra y la consecuente marginación económica y social de los campesinos tuvo en el origen y desarrollo del conflicto armado en nuestro país, a la vez que plantea los retos que ello implica en la implementación del Acuerdo de Paz de La Habana.

Superar los obstáculos de un doloroso conflicto armado para llegar a la paz no es fácil, demanda, entre otras virtudes, compromiso, voluntad, inteligencia y coraje. Libros como el que presentamos contribuyen al proceso de reconciliación; ayudan a entender el porqué del sistema creado y exponen su fundamento; aportan a la construcción de salidas para nuestra sociedad y a la reflexión sobre la necesidad y la manera de dejar memoria de lo sucedido. Por ello, todo nuestro reconocimiento al trabajo académico desarrollado por Yesid Reyes Alvarado y David Gallego Arribas y materializado en esta obra.

Los aportes de Yesid Reyes Alvarado a la ciencia del derecho penal son múltiples. En esta ocasión contribuye de nuevo a nuestro campo, así como a la reflexión más amplia por parte de la sociedad colombiana, al unir su conocimiento teórico y su formación dogmática con la experiencia de haber ejercido como ministro de Justicia y del Derecho en la fase de los diálogos entre el Estado colombiano y las FARC-EP; proceso que continuó apoyando incluso con posterioridad a la firma del Acuerdo Final de La Habana. El conocimiento por él adquirido ha sido plasmado en su contribución académica, con la que aporta a la discusión de teóricos y prácticos. David Gallego Arribas, a su turno, con visión de investigador y doctorando, realiza su contribución científica a la discusión, para lo cual no se limita a la teoría; ha realizado una estancia de investigación en nuestro país, lo que le ha permitido desarrollar una mirada en perspectiva, y acá nos comparte sus resultados.

El Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia aporta con esta obra valiosos elementos a la comprensión de quienes quieran conocer y profundizar en los orígenes y funcionamiento de

la Jurisdicción Especial para la Paz, como parte del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición incorporado en el Acuerdo de Paz firmado por el Gobierno colombiano y las FARC-EP. El permanente apoyo al trabajo académico del rector de la Universidad Externado de Colombia, doctor Juan Carlos Henao, unido a la labor del equipo del Departamento de Publicaciones, ha sido fundamental para la publicación de esta obra.

Carmen Eloísa Ruiz López

Directora

Centro de Investigación en Filosofía y Derecho

Universidad Externado de Colombia

¿POR QUÉ Y PARA QUÉ SE CREÓ EN COLOMBIA UN SISTEMA INTEGRAL DE VERDAD, JUSTICIA, REPARACIÓN Y NO REPETICIÓN?

YESID REYES ALVARADO*

INTRODUCCIÓN

Una de las críticas que con mayor frecuencia se hace al proceso de paz firmado en el año 2016 entre el Gobierno colombiano y la antigua guerrilla de las FARC-EP es la de haber creado una Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) encargada de asumir el conocimiento de todos los delitos ocurridos durante y en relación con el conflicto armado¹.

Se ha afirmado que con esta decisión muchos de esos crímenes quedarán en la impunidad, bien sea porque no resulten seleccionados para ser objeto de investigación y juzgamiento o porque, siéndolo, sus autores terminen condenados a sanciones considerablemente inferiores a las que para esos mismos delitos se prevén en la legislación ordinaria. A raíz de estos cuestionamientos se planteó la existencia de una supuesta disyuntiva entre la aplicación de justicia y la obtención de la paz, que fue tácitamente admitida por el entonces presidente de Colombia, Juan Manuel Santos, al afirmar que en el proceso de paz con las FARC-EP la gente tendría que aceptar un sacrificio de justicia para lograr la paz². Creo que tanto la tácita utilización que en esa crítica se hace de la noción de impunidad³ como la formulación del dilema paz-justicia solo son admisibles a partir de un concepto restringido de justicia, que la

identifique con la jurisdicción penal ordinaria y, concretamente, con los propósitos que a través de ella se pretenden conseguir.

Para comprender por qué puede ser necesario recurrir a herramientas distintas del tradicional derecho penal para superar las masivas violaciones de derechos humanos derivadas de un conflicto armado es conveniente tener en cuenta que existe una importante diferencia entre los llamados delitos ordinarios y los políticos, dado que estos tienen su razón de ser en el cuestionamiento de la estructura social del Estado en el que tienen lugar. Como se expondrá a continuación, el derecho penal no es el instrumento más adecuado para enfrentar cualquier manifestación del delito político; en función de qué tan radicales y generalizadas sean las conductas constitutivas del delito político, y dependiendo de cuál sea la estructura del Estado al que se pretende cambiar mediante el uso de la violencia, el derecho penal puede no ser la herramienta adecuada para enfrentarlo.

Dadas las características del conflicto armado en Colombia, del que las FARC-EP fueron un actor importante hasta finales de 2016, la utilización del sistema penal ordinario para investigar y juzgar todos los delitos ocurridos durante su prolongada existencia, así como para restablecer los derechos de las víctimas (en especial el derecho a la verdad), y para procurar que esos hechos no volvieran a repetirse, resultaba cuando menos cuestionable. Por eso, con la firma del Acuerdo de Paz entre el Estado colombiano y la entonces guerrilla de las FARC-EP se recurrió a la creación de un Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, que fuera

apto para conseguir los propósitos que persigue la llamada Justicia Transicional.

En lo que sigue, se expondrán las diferencias entre el delito político y el ordinario, a la vez que se mostrarán las opciones teóricas que existan para enfrentar este último; ellas pueden cambiar dependiendo de la configuración política del Estado en el que los mismos tienen ocurrencia, y de los mecanismos a los que se recurra para hacerlo. Después de esta presentación general, se abordará el estudio de las limitaciones estructurales de la justicia penal ordinaria frente a la naturaleza y la magnitud del conflicto armado colombiano, las cuales desaconsejaban recurrir a ella. A continuación, se expondrán las características del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición creado en el Acuerdo de Paz firmado con las FARC-EP, con el que se busca enfrentar de mejor manera la delincuencia asociada al conflicto armado; finalmente, se explicará la estructura y funcionamiento de la Jurisdicción Especial para la Paz como uno de los componentes del referido Sistema.

1. DELITOS ORDINARIOS Y DELITOS POLÍTICOS

Para comprender en qué medida el derecho penal ordinario puede ser una herramienta útil dentro de un proceso de transición con el que se busca superar un conflicto armado conviene remontarse a la antigua diferencia entre los llamados delitos ordinarios y los delitos políticos. Aquellos se caracterizan por ser conductas que si bien contrarían el ordenamiento jurídico, no ponen en cuestionamiento la estructura social, política y económica del Estado dentro del cual tienen ocurrencia; por el contrario, como con

frecuencia sucede en los delitos contra el patrimonio económico, los delincuentes ordinarios suelen aprovecharse de la configuración del Estado para cometer sus crímenes; por eso esta particular forma de delincuencia (los delitos contra el patrimonio individual) es difícilmente concebible en regímenes comunistas en los que esté proscrita la propiedad privada.

En este sentido resulta válido afirmar que, desde sus orígenes, los Estados cuentan con que al interior de ellos ocurrirán conductas delictivas que no ponen en riesgo su existencia, por lo que, de alguna manera, se asume anticipadamente la opción de convivir con ellas, lo que no significa tolerarlas; por eso, desde su creación, los Estados cuentan con unos códigos penal y de procedimiento penal, así como con un aparato jurisdiccional encargado de investigar los hechos punibles que se cometan, y de sancionar a quienes incurren en ellos.

Los llamados delitos políticos, por el contrario, se caracterizan por atacar contra los elementos configuradores del Estado, bien sea su estructura política, su modelo económico o su configuración social⁴. Cuando el legislador eleva a la categoría de delito comportamientos que atacan contra la existencia o el funcionamiento mismo del Estado, lo que está sancionando son conductas que perturban la operatividad del sistema político imperante⁵; eso explica que se los suela conocer con el nombre de delitos políticos⁶, aun cuando algunas legislaciones (como la colombiana) prefieran referirse a los mismos con el calificativo de delitos contra el régimen constitucional. Esta última denominación es menos precisa porque permite englobar dentro de ella cualquier conducta que afecte derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política (como el homicidio o el secuestro, por mencionar

solo dos de particular trascendencia), y resta importancia al hecho de que quienes los cometen atentan contra los elementos estructurales del Estado⁷; como lo que en realidad persiguen quienes incurren en estos crímenes es alterar de manera sensible el modelo político imperante a través de la utilización de la fuerza⁸, resulta mucho más apropiado referirse a ellos como delitos políticos, en lugar de recurrir al eufemismo de delitos contra el régimen constitucional⁹.

1.1. Naturaleza del delito político

Uno de los asuntos que más debate ha suscitado en este ámbito es el de la naturaleza jurídica del delito político. Si en medio de una disputa por el poder se calificara de delincuente político a quien tiene el respaldo de la mayoría, su existencia estaría ligada a un aspecto puramente cuantitativo¹⁰; hacerlo depender de la sagacidad de quienes encabezan el alzamiento armado¹¹ (para que el número no sea lo decisivo) tampoco parece ser un método apropiado ni practicable. Quizás debido a ello, la principal discusión en la doctrina ha girado en torno a la importancia del aspecto subjetivo de la conducta¹², que mayoritariamente se ha decantado en favor de considerar delincuentes políticos solo a quienes con su conducta persiguen fines altruistas¹³; según esta tesis, cuando se pretende sustituir un sistema degenerado para en su lugar implantar uno acertado, hay un delito político, pero no así cuando se lucha contra un régimen popular para implantar una dictadura castrense¹⁴. Ese fuerte acento en el componente interno de la conducta tiene mucho que ver con el origen histórico del delito político como una forma de luchar contra el absolutismo y

la tiranía, motivos que en aquella época hacían ver como un héroe a quien de esa manera se comportaba¹⁵.

En definitiva, según esta concepción teórica, la diferencia entre los delitos comunes y los políticos radica en que mientras en aquellos se persiguen móviles egoístas y antisociales, en estos los propósitos de sus autores son de naturaleza altruista y social¹⁶. Pese a lo difundida de esta postura (acogida en Colombia tanto por la Corte Constitucional¹⁷ como por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia¹⁸), no parece claro cuáles serían los criterios para calificar un régimen como “degenerado” o “acertado”, ni por qué una dictadura castrense es reprobable y otra ejercida por un civil no lo es; ¿con qué parámetros podría asegurarse que lo que los alzados en armas persiguen es una “revolución” y no una “descomposición”¹⁹, que luchan contra una “minoría regresiva”²⁰, o que sus fines son altruistas o de progreso?

Algunos de quienes defienden esas motivaciones altruistas como un elemento indispensable del delito político señalan que prescindir de él es abrir la puerta para que dentro de esa categoría busquen amparo los terroristas, los criminales de guerra o quienes cometen delitos de lesa humanidad²¹. Esta argumentación parte del supuesto conforme al cual todo lo que haga el delincuente político es un delito político, lo cual no es correcto; quien se alza en armas contra el Estado con el propósito de suprimir el régimen constitucional imperante, sin duda comete una rebelión; pero eso no significa que todo lo que haga para conseguir su propósito (por muy noble que sea, como el derrocamiento de una dictadura opresiva y represiva) pueda ser calificado como delito político; si, por ejemplo, esa persona da muerte a un soldado por fuera de un escenario de combate armado, ataca y causa lesiones o

muertes a terceros ajenos al conflicto, desplaza población civil y comete actos de tortura (por citar solo unos ejemplos), responde por todos estos delitos (incluida la rebelión) mediante la figura del concurso²².

El hecho de que haya perpetrado varios crímenes comunes (en el sentido de “no políticos”) no hace que respecto de él desaparezca el delito político de rebelión; no parece admisible que a quien inicialmente se rebela contra el Estado con buenos motivos le desaparezca ese delito político si posteriormente comete hechos punibles ordinarios²³. Otra cosa es que por la rebelión reciba una sanción reducida (porque así lo establece la ley) y que eventualmente pueda ser amnistiado por ese comportamiento; sin embargo, el tratamiento benévolo por ese delito no es extensivo a los demás en que haya incurrido, de tal manera que deberá ser castigado con las penas ordinarias previstas para esas conductas ilícitas. Eso es precisamente lo que en Colombia ocurre a partir del Acuerdo de Paz firmado con las FARC-EP: los integrantes de este movimiento subversivo serán amnistiados por los delitos puramente políticos que cometieron y por los conexos con ellos, pero deberán responder penalmente por todos los que no tengan tal condición²⁴, como los de lesa humanidad, el genocidio, los crímenes de guerra, la toma de rehenes, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento, el desplazamiento forzado o el reclutamiento de menores, por mencionar solo algunos.

Aun admitiendo que lo determinante para que un delito político surja a la vida jurídica es ese aspecto motivacional de la conducta, todavía quedaría por determinar si esa calificación debe hacerla un espectador objetivo o si le corresponde al propio rebelde²⁵, como inicialmente lo

planteó la Corte Suprema de Justicia²⁶, aunque a renglón seguido negó a los grupos paramilitares su condición de delincuentes políticos con el argumento de que a su juicio (el de la Corte) sus propósitos no eran altruistas²⁷. ¿Con base en qué criterios se debe valorar la existencia de un propósito altruista o de una conducta orientada a conseguir el progreso de la sociedad? ¿No hay acaso en el mundo actual Estados reconocidos por la comunidad internacional que matizan el concepto de tortura a través de eufemismos como el de interrogatorio intensivo, o que mantienen personas en detención preventiva indefinida invocando razones altruistas? ¿No los hay que explotan a sus trabajadores hasta el límite de la esclavitud en aras del progreso?²⁸.

Asumiendo ahora que esa valoración deberían hacerla los jueces y no los propios alzados en armas, todavía quedaría una última pregunta por resolver, y es la relacionada con la perspectiva desde la cual debe efectuarse esa calificación. El tema es importante porque si el análisis se hace desde una perspectiva *ex post* (como suele hacerse) resulta que la conducta solo es delictiva en cuanto quienes la despliegan no consiguen su propósito; desde ese punto de vista el delincuente político siempre es un perdedor, puesto que si triunfa dejará de serlo, asumirá el poder²⁹ y actuará en contra de los vencidos, quienes, a partir de su derrota, podrán ser considerados delincuentes políticos³⁰. Lo apropiado será, entonces, valorar la posible existencia del delito político cuando su ejecución comienza o mientras ella ocurre, pues de lo contrario su configuración quedaría abandonada a la suerte que corran quienes en él participan.

Menos controvertido es actualmente el tema de las sanciones que debe acarrear el delito político, pues,

precisamente debido a la importancia que se suele dar a los móviles que lo acompañan, hace ya mucho tiempo parece haber consenso en cuanto a que deben ser castigados de manera benigna³¹, no solo mediante la imposición de condenas de duración y magnitud reducidas, sino incluso aplicando instrumentos jurídicos como los de las amnistías y los indultos³².

Aun cuando el ejemplo más citado de delito político es el de la rebelión, las legislaciones de cada país acostumbran a hacer referencia a otros, con descripciones diversas, pero manteniendo siempre la premisa de que debe tratarse de conductas que atenten contra la estructura política que sustenta el Estado. La legislación penal colombiana considera como delitos políticos la rebelión³³, la sedición³⁴, la asonada³⁵, la conspiración³⁶ y la seducción, usurpación y retención ilegal de mando³⁷, ninguno de los cuales incorpora en su descripción típica, como ingrediente subjetivo, el actuar guiado por propósitos nobles.

1.2. Delitos conexos con los políticos

A partir de la noción de delito político, la doctrina mayoritaria reconoce que es muy difícil imaginar su comisión sin incurrir de manera paralela en otros hechos punibles³⁸. Una rebelión para derrocar el régimen político imperante es difícilmente concebible sin el empleo de las armas, sin el uso indebido de aparatos y sistemas de comunicación y, en geografías como la colombiana, sin la utilización de vestimenta que permita camuflarse en la vegetación de las montañas y selvas. También es evidente que un grupo revolucionario no puede mantenerse sin medios de financiación que no solo le permitan adquirir el material bélico que utiliza, sino también suministrar

alimentación y otros pertrechos a sus integrantes; como sufragar esos y otros gastos no es posible por vías legales (dado que en sí mismas son organizaciones al margen de la ley a las que no resulta lícito apoyar económicamente), la única opción real que tienen para sufragar los gastos que su propia existencia y funcionamiento demandan es a través de delitos que, siendo comunes, están por ese motivo estrechamente vinculados al de naturaleza política³⁹.

Con fundamento en estas realidades la doctrina admite la existencia de delitos que son conexos con el político⁴⁰, respecto de los cuales resultan aplicables beneficios usualmente reservados para estos últimos, como por ejemplo la amnistía y el indulto⁴¹. Debido a que en América Latina, durante la segunda mitad del siglo xx, se abusó de estas figuras⁴², la comunidad internacional ha venido fijando límites que impiden aplicarlas a conductas punibles de especial significación, como por ejemplo los delitos de lesa humanidad o los denominados crímenes de guerra⁴³. Por el contrario, no es habitual encontrar voces que se opongan al reconocimiento de esa categoría delictiva frente al porte ilegal de armas, el uso de uniformes de la fuerza pública o la utilización ilícita de redes de comunicaciones, para mencionar solo algunos ejemplos⁴⁴, respecto de los cuales no solo se acostumbra a reconocer su condición de conexos con el delito político, sino que se admite la posibilidad de que sean cobijados por amnistías o indultos. En un tercer nivel pueden incluirse conductas punibles cuya conexidad con las de naturaleza política depende de la forma en que hayan sido cometidas; el homicidio es un buen ejemplo, porque mientras el derecho internacional humanitario lo admite como vinculado a una rebelión cuando ocurre en medio de un combate y como parte de un

conflicto armado, le niega esa categoría si se lo comete contrariando las normas que regulan la confrontación armada⁴⁵.

1.3. ¿Todavía se justifica mantener la categoría de delito político?

En los últimos años han surgido nuevas polémicas asociadas al delito político. Algunos se cuestionan si todavía tiene sentido mantenerlo como categoría autónoma⁴⁶, argumentando que si bien ella se justificó en algunas coyunturas históricas⁴⁷, los modernos Estados democráticos de estirpe liberal la hacen innecesaria; se dice incluso que, dados los móviles altruistas que caracterizan al delito político, es un contrasentido tener un régimen constitucional que admita su existencia (con el tratamiento punitivo benigno que le caracteriza), porque eso supone que el Estado admite como moralmente legítima la opción de que se busque su supresión o modificación por la vía armada.

Esta argumentación está edificada sobre el supuesto de que un régimen constitucional, democrático y de estirpe liberal (en abstracto) es la mejor forma de Estado posible, no genera intolerables desigualdades sociales o económicas, y garantiza de manera plena a sus ciudadanos la posibilidad de participar efectivamente en el diseño de las instituciones. Si bien resulta innegable que se trata de un sistema con el que se superan las cuestionables consecuencias negativas que para el ciudadano se derivan de los regímenes totalitarios, no parece apropiado (ni compatible con la concepción liberal que se pretende defender) asumir que el diseño actual de los Estados democráticos liberales es inmejorable⁴⁸ y que, por

consiguiente, están legitimados para imponerse, incluso por la fuerza, sobre quienes de alguna manera cuestionan esa configuración socio-política. De otra parte, debe tenerse en cuenta que la consagración constitucional de un Estado liberal democrático no equivale, en sí misma, a su plena operatividad práctica⁴⁹; por el contrario, resulta perfectamente imaginable la existencia de países en los que no se haya conseguido garantizar integralmente algunos de los derechos formalmente reconocidos en su normatividad constitucional y legal⁵⁰, sin que ello sea razón suficiente para calificarlos como regímenes totalitarios, o para negarles la posibilidad de recurrir a un proceso de transición⁵¹ conservando su estructura constitucional⁵².

Adicionalmente, la consagración legal del delito político deja en claro que se lo cataloga como una conducta punible, es decir, que no se lo tolera como forma válida de perseguir modificaciones a la configuración del Estado, sin que ello impida que, en determinadas situaciones (por ejemplo, el escalamiento de la delincuencia política hasta el nivel de un conflicto armado interno), sea legítimo buscar una solución consensuada mediante la utilización de procesos de transición; adelantar un proceso de paz con delincuentes políticos alzados en armas contra el Estado no pone en duda la coherencia de un régimen liberal democrático (con el argumento de que en él no se negocia con delincuentes políticos sino que se los derrota, incluso por la fuerza⁵³), ni lleva a que en desarrollo de esas conversaciones se deba modificar radicalmente la concepción liberal democrática del Estado en favor de otra, propuesta por los rebeldes.

En Colombia, por ejemplo, cuando menos desde los años sesenta del siglo xx, ha habido organizaciones al margen de la ley que han pretendido tomarse violentamente el poder,

cuyo crecimiento y expansión territorial (especialmente en las zonas rurales) desembocó en un conflicto armado interno. Aun cuando es un país con un régimen democrático, cuya Constitución garantiza la protección de derechos fundamentales, no puede desconocerse que en la práctica sigue habiendo falencias en la implementación de algunas de esas garantías, sin que ello signifique que Colombia sea un Estado totalitario o que su Constitución Política requiera de manera urgente una reforma estructural⁵⁴.

Lo que mostraron las conversaciones de paz realizadas en La Habana entre la antigua guerrilla de las FARC-EP y el Gobierno Nacional fue la existencia de unos ámbitos en los que el Estado no ha desarrollado plenamente algunas de las garantías consagradas en nuestra Constitución, razón por la cual se convino en la necesidad de realizar una reforma rural integral, ampliar y mejorar los espacios e instrumentos de participación política, y ajustar a la realidad nacional la estrategia y los mecanismos que se han venido usando para enfrentar el problema de las drogas de uso ilícito. Durante el proceso de diálogo no estuvo en discusión el régimen democrático, ni la validez de la Constitución Política; en cuanto a los crímenes ocurridos durante y en relación con el conflicto armado, si bien se optó por conceder amnistías a los de naturaleza política y los conexos con ellos, también se acordó que por los demás delitos se debería responder ante un Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, uno de cuyos componentes (la Jurisdicción Especial para la Paz) está concebido precisamente para investigar, juzgar y sancionar a los autores y partícipes de esas conductas⁵⁵.

Esto evidencia que un Estado democrático y de stirpe liberal como Colombia, con una Constitución que consagra