

Fernando Travesí y
Henry Rivera
Marzo 2016

Delito político, amnistías e indultos

Alcances y desafíos

Introducción

Colombia ha sufrido durante más de cinco décadas un conflicto armado interno que ha causado millones de víctimas, pérdidas materiales incalculables y un profundo deterioro de la confianza de los ciudadanos en las instituciones del Estado. Si bien en el pasado ha habido periodos en los que se negó su existencia, reduciéndolo a actos de violencia causados por el terrorismo o el narcotráfico, el Estado ha reconocido y reconoce hoy la existencia de un conflicto armado interno en múltiples leyes, políticas públicas y numerosa jurisprudencia de las más altas cortes.

Este reconocimiento tiene implicaciones de carácter político y jurídico, y supone, en definitiva, la consideración de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP) no como un delincuente común sino como un actor político alzado en armas contra el Estado. Por tanto, su comportamiento criminal quedaría incardinado, en principio, en los tipos penales denominados “delitos políticos”, que en la legislación nacional se definen, en el título XVIII del Código Penal, como “delitos contra el régimen constitucional y legal”¹.

El proceso de negociación entre el Gobierno colombiano y las FARC descansa, precisamente, sobre esta premisa. Del mismo modo, este reconocimiento es también base fundamental para considerar la futura participación de las FARC-EP en la vida política democrática colombiana; tanto en su dimensión colectiva, es decir, como un grupo que hace tránsito de la lucha armada al sistema democrático, como desde la perspectiva individual de aquellos integrantes que lo deseen.

Uno de los puntos cruciales de la negociación ha sido, y sigue siendo, el adecuado tratamiento penal de los distintos delitos cometidos en el marco del conflicto armado. El debate, aún no concluido, ha girado sobre la posibilidad de recurrir a medidas excepcionales como el indulto o la amnistía; sobre los límites que establecen los crímenes internacionales y también sobre las posibilidades y consecuencias jurídicas de la utilización de la figura del delito político y la definición y alcance de los que se pueden considerar sus delitos conexos.

TABLA DE CONTENIDO

Introducción	1
El DIH y los crímenes de guerra	2
El delito político y sus conductas conexas a la luz del ordenamiento jurídico interno	5
Criterios para definir la conexidad con el delito político	11
Otros delitos en relación con el conflicto armado	15
Conclusión	16

El acuerdo de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) establece un complejo sistema con el objetivo de establecer la responsabilidad criminal de los delitos cometidos *durante y en el marco del conflicto*² satisfaciendo los derechos de las víctimas a la justicia y, a la vez, brindando seguridad jurídica a quienes participaron en el conflicto armado.

¹ El código penal colombiano incluye en dicho título las siguientes conductas: Rebelión (art: 467); Sedición (art: 468); Asonada (art: 469); Conspiración (art: 471) y Seducción, usurpación y retención ilegal de mando (art: 472).

² Principio 2º del Acuerdo de la Jurisdicción Especial para la Paz: “Los objetivos del componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición –en adelante SIVJRNR– son satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia, ofrecer verdad a la sociedad colombiana, proteger los derechos de las víctimas, contribuir al logro de una paz estable y duradera y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno, respecto a hechos cometidos en el marco del mismo y durante este que supongan graves infracciones del Derecho Internacional Humanitario y graves violaciones de los Derechos Humanos.

Delito político, amnistías e indultos: Alcances y desafíos

Sobre los autores

Fernando Travesí es Director Adjunto de Programas del ICTJ. Abogado español especialista en resolución de conflictos con amplia experiencia internacional en Justicia Transicional y Derecho Internacional Humanitario, ha trabajado para las Naciones Unidas y el Comité Internacional de la Cruz Roja, entre otros, en Colombia, Túnez, Nepal, Sierra Leona y la Antigua Yugoslavia.

Henry Rivera es investigador especialista del ICTJ-Programa Colombia. Tiene a su cargo el seguimiento al desarrollo normativo y práctico de los modelos de justicia penal que facilitan la rendición de cuentas de crímenes internacionales en Colombia. Trabajó en la Corte Constitucional y se desempeñó como Gestor del Observatorio Internacional sobre el proceso de DDR y la aplicación de la ley de Justicia y Paz, del Centro Toledo para la Paz-CITPax.

El texto del acuerdo, en líneas generales, remite a la aplicación del Derecho Internacional Humanitario (DIH), mencionando expresamente la posibilidad que este ofrece a los Estados de otorgar “la amnistía más amplia posible” al final de las hostilidades. Para ello, la Jurisdicción Especial para la Paz incluye una Sala de Amnistías e Indultos (principio 49), señala la necesidad de determinar con claridad cuáles son los delitos que pueden ser amnistiables o indultables y cuáles no (p.26) y enfatiza la importancia de definir con precisión los criterios de conexión con el delito político (p.38). Aunque el texto del acuerdo apunta incluso unos criterios para definir dicha conexión (p.39) y da otros elementos para la aplicación del sistema, numerosos elementos están aún pendientes de esclarecimiento o precisión. El acuerdo remite a una futura ley de amnistía, que será la encargada de determinar y concretar todos los detalles.

La aplicación de amnistías e indultos es un instrumento válido de acuerdo con el Derecho Internacional y es, por tanto, un recurso apropiado y aceptable para la resolución jurídica de conductas delictivas cometidas en el contexto de un conflicto armado. El ICTJ considera que, siempre y cuando la amnistía se aplique con transparencia y claridad en cuanto a su ámbito material, requisitos, criterios y garantías mínimas y con estricto respeto a los límites establecidos por el propio Derecho Internacional, dicha amnistía puede ser un instrumento clave para el proceso colombiano.

Con el ánimo de hacer su aportación a este debate, el ICTJ ofrece en este análisis algunos planteamientos que pueden contribuir a la conceptualización y desarrollo de la futura ley de amnistía y, por tanto, a la futura implementación de la Jurisdicción Especial para la Paz.

En primer lugar, se recalcará la importancia de aplicar las reglas del DIH como marco idóneo para analizar las cuestiones jurídicas en un contexto de conflicto armado. Teniendo en cuenta, por un lado, las conductas que constituyen crímenes internacionales, y por tanto límites infranqueables para la concesión de amnistías e indultos, y por otro, la posibilidad de conceder dichas medidas especiales a responsables de otros hechos violentos que, de acuerdo con el DIH, se consideren legítimos. En segundo lugar, se presentará una reflexión acerca del delito político y las cuestiones normativas, jurisprudenciales y constitucionales que surgen a propósito de su aplicación en el contexto actual, así como su influencia en la viabilidad de la implementación de la Jurisdicción Especial para la Paz. Finalmente, en tercer lugar, analizaremos los desafíos que presenta la definición de sus delitos conexos y cómo puede contribuir la experiencia internacional a diseñar los criterios pertinentes.

El DIH y los crímenes de guerra

La concesión de amnistías e indultos en Colombia podría abordarse desde, al menos, dos perspectivas jurídicas: la primera, atendiendo a instrumentos internacionales ratificados por Colombia y que forman parte del ‘Bloque de Constitucionalidad’³, como es el caso del Protocolo II, adicional a los Convenios de Ginebra; la segunda, de acuerdo con normas jurídicas de orden interno.

Respecto a la primera vía, el Protocolo II establece en su artículo 6.5 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 armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”.

³ El artículo 93 de la Constitución Política señala: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

La genérica expresión “la amnistía más amplia posible” ha sido objeto de análisis y debate en numerosas ocasiones. Sin embargo, sus límites están hoy claramente definidos en interpretaciones preponderantes y acreditadas entre las que destaca la de la norma 159 del ‘Derecho internacional humanitario consuetudinario’, elaborada por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)⁴, la cual establece que: “Cuando hayan cesado las hostilidades, las autoridades en el poder se esforzarán por conceder la amnistía más amplia posible a quienes hayan participado en un conflicto armado no internacional o a las personas privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, salvo a las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra o que estén condenadas por ello”.

Establecer el límite de la amnistía en los crímenes de guerra está también recogido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en la sentencia contra El Salvador por la masacre de Mozote y otros lugares aledaños. La Corte reitera esta interpretación, estableciendo que la posibilidad de conceder amnistías “no es una norma absoluta, en tanto también existe en el Derecho Internacional Humanitario una obligación de los Estados de investigar y juzgar crímenes de guerra. (...) Por consiguiente, puede entenderse que el artículo 6.5 del Protocolo II adicional está referido a amnistías amplias de quienes hayan participado en el conflicto armado no internacional o se encuentren privados de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, siempre que no se trate de hechos que, como en el presente caso, cabrían en la categoría de crímenes de guerra, e incluso, en la de crímenes contra la humanidad”⁵.

Aunque es mayoritariamente conocido, no está de más recordar en este punto que el Artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra condensa la reglamentación fundamental aplicable a un conflicto armado no internacional y exige a las partes combatientes la aplicación de las mínimas normas humanitarias en él recogidas⁶. Este artículo establece la protección que las partes combatientes están obligadas a garantizar a aquellas personas que no toman parte activa en las hostilidades, es decir, fundamentalmente a la población civil; pero esa protección también se extiende a aquellos miembros de las fuerzas armadas en situación de *fuera de combate*, sea por rendición, detención, por encontrarse heridos o por cualquier otra causa. En consecuencia, la infracción de una o varias de las conductas establecidas en este artículo se considerará crímenes de guerra. Estas conductas son:

- Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y degradantes y la tortura.
- La toma de rehenes.
- Las condenas o ejecuciones dictadas sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables.

Como en cualquier ordenamiento jurídico, la literalidad de los textos legales se complementa con la costumbre y la jurisprudencia. Por ello, de acuerdo con las normas consuetudinarias del DIH, se pueden detallar con más precisión otras conductas que, consideradas violaciones graves de las

4 Aunque tales normas no se encuentren consagradas en tratado internacional alguno, forman parte de la costumbre internacional (fuente de derecho principal) sobre la materia (Derecho Internacional Humanitario). Véase Henckaerts, Jean-Marie, Doswald-Beck, Louise, *El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen I: Normas*, CICR, 2007, pp. 691-694.

5 Véase Corte IDH, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador (Fondo, reparaciones y costas)*, Sentencia del 25 de octubre de 2012, Serie No. 252, párrafo 286.

6 Artículo 3 Común a las 4 Convenciones de Ginebra: “Las 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 cualesquiera otra causa, serán, en todas las circunstancias tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto se prohíben, en cualquier tiempo y lugar por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; la toma de rehenes; los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos (...)”.

normas del Protocolo Adicional II, y que complementando su artículo 3, se consideran también crímenes de guerra:

- Convertir a la población civil en objetivo directo del ataque militar
- El saqueo
- La violencia sexual⁷
- La limpieza étnica
- La desaparición forzada
- El desplazamiento forzado de población civil por causas que no sean imperativo militar y/o destinadas a aumentar su seguridad
- Ordenar la “guerra sin cuartel”⁸
- La realización de experimentos médicos con personas retenidas
- El ataque deliberado a personal o instalaciones médicas o religiosas
- El reclutamiento forzado o utilización para las hostilidades de menores de 15 años
- El ataque a bienes culturales cuando estos no constituyan objetivo militar
- La apropiación de bienes de la parte contraria cuando no constituya necesidad militar
- El ataque deliberado a personas, objetos o instalaciones involucradas en operaciones de asistencia humanitaria, misiones de mantenimiento de la paz o merecedoras de protección de acuerdo con el DIH
- El dar muerte o herir al contrario usando perfidia
- La utilización de armas prohibidas
- Los ataques indiscriminados o los que se lleven a cabo a sabiendas de que causarán excesivas pérdidas o daños en la población civil
- La utilización de escudos humanos
- La esclavitud
- El castigo colectivo
- El uso de hambrunas como método de guerra, así como el impedimento de la ayuda médica para la supervivencia.

Todas las conductas mencionadas hasta aquí⁹ violan la protección que merece y debe garantizarse a la población civil o a los miembros de las partes combatientes fuera de combate y, por tanto, se consideran crímenes de guerra y a veces pueden calificarse de crímenes de lesa humanidad o genocidio, por lo que en ningún caso serían susceptibles de ser amnistiados.

Aplicar este límite con claridad nos permitirá definir el otro universo de conductas que, *a sensu contrario*, sí podrían ser objeto de un tratamiento especial, permitiéndonos aproximarnos con más certeza a la aplicación de medidas especiales como la amnistía y el indulto con sujeción estricta a las reglas del DIH. Así, podrían otorgarse medidas especiales favorables a aquellas conductas que se ajusten a las normas y principios esenciales del DIH¹⁰: distinción, proporcionalidad, mayor protección y respeto a los emblemas protectores y a los límites y prohibiciones para seleccionar objetivos militares y armas. Principios que no solo son aplicables durante la ejecución de la acción armada, sino que deben observarse también en su planificación y en los momentos previos y posteriores a las acciones militares. Por tanto, todos los actos de guerra y las conductas cometidas en medio de las hostilidades, incluyendo la muerte en combate, las lesiones, la retención de miembros y la apropiación de bienes de la parte contraria y los daños incidentales proporcionales a la ventaja militar, serían susceptibles de amnistía e indulto siempre que se hubieran ejecutado con la debida sujeción al Derecho Internacional Humanitario.

⁷ Entendiendo que no sólo se alude a la violación, sino a la esclavitud sexual, la prostitución o la esterilización forzada o el embarazo forzado.

⁸ Entendiendo por esta la orden de realizar una operación militar sin “dejar supervivientes”.

⁹ Algunas de las conductas de esta lista, como por ejemplo la esclavitud o la utilización de escudos humanos, están catalogadas por la costumbre y la jurisprudencia bajo la categoría de “tratos crueles y degradantes”.

¹⁰ Incluso cuando en la legislación colombiana sean calificadas como graves infracciones en contra de personas y bienes protegidos por el DIH, como se razonará más adelante.

No obstante, el universo de conductas resultantes de un conflicto es siempre más complejo y, de hecho, el acuerdo que da forma a la JEP engloba diferentes categorías de delitos que son relevantes para esta discusión y cuya definición no es ni simple ni automática: el delito político; los delitos que pueden ser considerados conexos al delito político; los delitos que pueden considerarse cometidos en el marco y en relación con el conflicto armado; y, finalmente, los delitos comunes.

Aunque a veces estas categorías puedan parecerse e incluso superponerse, el éxito, la transparencia y la claridad de la aplicación de una amnistía dependerán, en gran medida, de la capacidad para diferenciar unos de otros; ya sea mediante el establecimiento de unos parámetros claros que puedan aplicarse de manera más general en algunos casos, como mediante un análisis individual y detallado, para aquellos casos que lo requieran, resultado de la aplicación de unos criterios definidos de antemano.

De estas categorías nos ocuparemos a continuación.

El delito político y sus conductas conexas a la luz del ordenamiento jurídico interno

El delito político no tiene una definición categórica o inequívoca en el ordenamiento jurídico colombiano. En el código penal no se incluye una definición de dicho delito, sino que bajo el título XVIII, “de los delitos contra el régimen constitucional y legal”, directamente se procede a la tipificación de algunas conductas específicas. Concretamente las siguientes:

- Rebelión (Artículo 467. *Rebelión*. Los que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, incurrirán en prisión de seis (6) a nueve (9) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.)
- Sedición (Artículo 468. *Sedición*. Los que mediante el empleo de las armas pretendan impedir transitoriamente el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigentes, incurrirán en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.)
- Asonada (Artículo 469. *Asonada*. Los que en forma tumultuaria exigieren violentamente de la autoridad la ejecución u omisión de algún acto propio de sus funciones, incurrirán en prisión de uno (1) a dos (2) años.)
- Conspiración (Artículo 471. *Conspiración*. Los que se pongan de acuerdo para cometer delito de rebelión o de sedición, incurrirán, por esta sola conducta, en prisión de uno (1) a dos (2) años.)
- Seducción, usurpación y retención ilegal del mando (Artículo 472. *Seducción, usurpación y retención ilegal del mando*. El que, con el propósito de cometer delito de rebelión o de sedición, sedujere personal de las fuerzas armadas, usurpare mando militar o policial, o retuviere ilegalmente mando político, militar o policial, incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años.)

Pese a la ausencia de una definición del delito político, no obstante, es amplia la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional que acota y precisa su naturaleza. Por ejemplo, sin desviarnos ni ir más lejos del asunto que nos ocupa, la sentencia de constitucionalidad del denominado ‘Marco Jurídico para la Paz’¹¹ se refirió a la conceptualización del delito político afirmando en su análisis que “En materia jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia en sentencias de 1950 y 1990 estableció, en líneas generales, que los delitos políticos eran aquellos que tenían como fin el mejoramiento de la dirección de los intereses públicos, en contraste con los delitos ordinarios que se definían como aquellos con fines egoístas, alejados enteramente de los móviles que definen por su aspecto espiritual o ideológico a esa clase de organizaciones, refiriéndose a los grupos insurgentes”.

11 Acto legislativo 1 de 2012.

En la misma sentencia, la Corte Constitucional cita también su propia jurisprudencia, en la que indicó que “Los delitos políticos son susceptibles de amnistía o indulto precisamente porque en la realización del tipo penal va envuelta una motivación supuestamente altruista, en la que el sujeto activo pretende modificar la sociedad para su mejoramiento. Existe una diferencia básica respecto del móvil del delito ordinario, en la que el actor siempre obra guiado por fines egoístas y muchas veces perversos”¹². “En conclusión, el concepto de delito político carece de una definición unívoca de rango constitucional, toda vez que hasta ahora esta se ha centrado en la oposición a los delitos comunes u ordinarios y en su conceptualización por vía de exclusión. En materia legal, comprende los delitos de rebelión, asonada y sedición, careciendo, sin embargo, de un alcance más definido.”¹³

Aunque, como vemos, el móvil o la motivación altruista del responsable parece ser un primer criterio para la definición de aquellos que se consideran delitos políticos, existe claridad y facilidad para poder aplicar amnistías e indultos de manera más expedita a las conductas tipificadas como tales en el Código Penal; esto es por rebelión, asonada, sedición, conspiración y seducción, usurpación y retención ilegal del mando. Del mismo modo, y dado que en la práctica el ejercicio de estas conductas está generalmente asociado a otros delitos diferentes, que cuentan con sus tipificaciones específicas por fuera del epígrafe del delito político, estas pueden también gozar de una conexión directa o “absoluta” con el delito político. Nos estamos refiriendo a conductas tales como fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones (Artículo 365); fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas (Artículo 366); espionaje (Artículo 436), pánico (Artículo 355), entre otras.

Establecer la conexidad de estas conductas clásicas y tradicionalmente asociadas al delito político no debiera generar mayores dificultades ni complejos debates legales. Por tanto, esta primera lista de conexidades tendría que ser un primer paso relativamente fácil para poder analizar a continuación la conexidad con el delito político de otros casos que, como veremos después, tienen mucha más complejidad y requieren dosis mayores de análisis y discusión. Una discusión cuyo marco, además, no está claramente limitado ni por la ley ni por la jurisprudencia.

Efectivamente, tal y como también ha señalado la Corte Constitucional, “no existe un contenido definitorio/axial/esencial del cual pueda deducirse una restricción de la libertad del constituyente derivado al momento de determinar qué conductas tienen conexidad con el delito político para los precisos efectos de facilitar la reincorporación a la comunidad política de quienes, como resultado de un proceso de paz, sean seleccionados y condenados”¹⁴.

El acuerdo de la Jurisdicción Especial para la Paz ya da algunas pistas sobre la intención de las partes a la hora de desarrollar esta discusión, pues señala, en su principio n° 26, la aplicación del “principio de favorabilidad para el destinatario de la amnistía o indulto”. De hecho, según el texto del acuerdo, la aplicación de este principio debería llegar hasta todos los casos para los que “no exista en el derecho internacional una prohibición de la amnistía o indulto respecto a las conductas de las que se hubiere acusado”.

El límite que se establece es, efectivamente, muy amplio. Tanto que en una primera conclusión se podría pensar que, en la práctica, la discusión legislativa sobre la conexidad con el delito político podría resolverse simplemente devolviéndose al límite tajante de los crímenes internacionales. El legislador, como se ha dicho anteriormente, goza de un amplio margen de discrecionalidad que, a su vez, puede ampliarse mediante la aplicación de este *principio de favorabilidad*. De hecho, este margen es considerado por la Corte Constitucional, incluso, como una ventaja:

12 Salvamento de Voto. Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional, Sentencia C-052 de 1993, M.P. Jaime Sanín Greiffenstein.

13 Corte Constitucional, Sentencia C-577 de 2014. M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

14 *Ibidem*. Subrayado fuera del texto.

“La ausencia de parámetros en la materia estudiada, lejos de ser contraproducente, se considera positiva, en tanto crea un margen de apreciación del Estado que le permite adaptar su regulación a las específicas necesidades que pueden surgir en los procesos que, en pos de un objetivo como la paz, requieran la adopción de marcos de justicia transicional, en los que siempre jugará un papel protagónico la reconciliación”¹⁵.

Si bien existe una clara base constitucional y un amplio consenso doctrinal y jurisprudencial para que los responsables de delitos políticos, incluyendo los que aquí hemos llamado de conexión directa, puedan recibir un trato más benévolo que el delincuente común y por tanto beneficiarse de amnistía e indultos (lo que puede incluir también excepciones ventajosas a la hora de aplicarles el régimen de inhabilidades para desempeñar alguna función pública o, inclusive, de ocupar cargos de elección popular que acompaña a muchas sentencias penales condenatorias¹⁶), el consenso puede ir perdiendo fuerza, e incluso tambalearse, según se avance en definir el resto de delitos cuya conexidad es menos obvia. Es más, es posible que el debate se tope con cuestionamientos relacionados con límites constitucionales y de la jurisprudencia nacional que este documento quiere anticipar, y en la medida de lo posible resolver, antes de adentrarse en el análisis de los diferentes criterios que pueden usarse para definir la conexidad con el delito político.

Algunos límites jurisprudenciales

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, además de reiterar la prohibición de aplicar amnistías o indultos a delitos de carácter internacional, ha señalado también en reiteradas ocasiones otros límites para la concesión de beneficios y para establecer la conexidad con los delitos políticos. Son los que se conocen internamente como delitos de *“ferocidad y barbarie”*, los cuales se utilizan en la legislación y en la jurisprudencia nacional para referirse, usando otros términos, a los crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y graves violaciones a los DDHH.

Sin embargo, otras líneas interpretativas y jurisprudenciales también han aplicado estos calificativos a delitos de terrorismo, secuestro y narcotráfico, que se han tipificado por medio de leyes ordinarias. Las futuras leyes que desarrollen y establezcan el marco de implementación de la Jurisdicción Especial para la Paz deberán detenerse a resolver estas diferencias y contradicciones expidiendo marcos normativos aclaratorios.

Tal y como parece anticiparse desde el principio n° 40, párrafo segundo del acuerdo de la JEP, la ley de amnistía deberá realizar un ejercicio de armonización técnico-jurídica de determinados tipos penales colombianos para agruparlos y calificarlos de acuerdo al DIH. Tal sería el caso de las categorías de *“ferocidad y barbarie”*, que la nueva normativa podría acotar para ligarlas exclusivamente a los delitos de carácter internacional; excluyendo así su aplicación, como ocurre actualmente, a otros tipos penales ordinarios que deben ser analizados en todos sus matices.

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ Algunos de los referentes constitucionales sobre el delito político son, por ejemplo, los siguientes: Constitución Política de Colombia. Artículo 35, Inc. 3, sobre la extradición: “la extradición no procederá por delitos políticos”; Artículo 179, numeral 1º, sobre las inhabilidades para ser congresista “No podrán ser congresistas (...) Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad excepto por delitos políticos o culposos”; Artículo 232, numeral 3, sobre las calidades “[p]ara ser magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado se requiere: (...) No haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad excepto por delitos políticos o culposos”; Artículo 299, Inc. 3, sobre composición y elección de las Asambleas Departamentales y sus diputados: “Para ser elegido diputado se requiere ser ciudadano en ejercicio, no haber sido condenado a pena privativa de la libertad con excepción de los delitos políticos o culposos y residir en la respectiva circunscripción electoral durante el año inmediatamente anterior a la fecha elección”; Artículo transitorio número 18: relativo a elección de gobernadores “Mientras la ley establece un régimen de inhabilidades para los gobernadores en las elecciones del 27 de octubre de 1991 no podrán ser elegidos como tales (...) Quienes en cualquier época hayan sido condenados por sentencia judicial a pena privativa de la libertad con excepción de quienes lo hubieran sido por delitos políticos o culposos”.

Por ejemplo, la calificación e interpretación del secuestro también debería revisarse de acuerdo a las disposiciones del DIH, según el cual la retención de miembros de la fuerza pública no se consideraría como secuestro en tanto que resulta legítimo tomar cautivos de la parte contraria de acuerdo al derecho de la guerra. Lo anterior, no obstante, no exime de la obligación de respetar otras normas del DIH relacionadas con el tratamiento y condiciones de la retención. Por otra parte, es importante destacar que el DIH también excluye taxativamente la retención de civiles, dado que, de acuerdo con el artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra, se considera una infracción grave, entre otras, del principio básico de distinción, lo cual la haría equivaler a un crimen de guerra y la tipificaría penalmente como secuestro.

Otro debate importante gira alrededor del delito de narcotráfico y las posibilidades de que sea susceptible de algún tratamiento especial o beneficioso. El principal problema que debe resolverse para abordar esta discusión reside en que, en Colombia y a diferencia de otras legislaciones, el tipo penal de narcotráfico abarca todo tipo de actividad relacionada: la siembra, el cultivo, la producción, la comercialización y el consumo de estupefacientes. En la misma línea de razonamiento, las normas estatutarias que desarrollen la concesión de amnistías e indultos y desarrollen la JEP, deberían delimitar y reconocer las diferencias entre esas conductas. Sin embargo, los retos relacionados con el delito de narcotráfico no se resolverían completamente con esta (más que necesaria) distinción normativa.

Efectivamente, en el caso de que una conducta de narcotráfico se demostrara “en relación con el conflicto” y en esa medida susceptible de ser considerada “conexa con el delito político” (cuyos criterios para ello, como se ha dicho, analizaremos más adelante) y cumpliera los requisitos para que su responsable fuera amnistiado o indultado, existen otros escollos jurisprudenciales y normativos que deben analizarse y resolverse con anterioridad.

Así pues, Colombia firmó y ratificó la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988, la cual establece en su artículo 3, numeral 10, que “a los fines de la cooperación entre las Partes prevista en la presente Convención, en particular la cooperación prevista en los artículos 5, 6, 7 y 9, los delitos tipificados de conformidad con el presente artículo no se considerarán como delitos fiscales o como delitos políticos ni como delitos políticamente motivados, sin perjuicio de las limitaciones constitucionales y de los principios fundamentales del derecho interno de las Partes”.

Aunque es importante aclarar que este instrumento internacional no forma parte del ‘bloque de constitucionalidad’, de su firma y ratificación, realizada por Colombia en 1994, se desprenden una serie de obligaciones internacionales. Y si bien Colombia planteó reservas y declaraciones interpretativas frente a varias de las cláusulas del tratado, el párrafo 10 del artículo 3 de la Convención arriba mencionada no fue objeto específico y directo de ninguna de ellas.

Posibles indicios de solución se pueden vislumbrar en la primera declaración interpretativa sobre el tratado, en la que Colombia indicó que: *“Ninguna parte de la Convención podrá interpretarse en el sentido de obligar a Colombia a adoptar medidas legislativas, judiciales, administrativas, o de otro carácter que vulneren o restrinjan su sistema constitucional y legal o vayan más allá de los tratados en que sea parte contratante el Estado colombiano.”*¹⁷

En la misma sentencia que determinó la constitucionalidad de la ley que aprobó dicha convención, la Corte Constitucional, citando uno de los fallos de mayor relevancia de ese tribunal¹⁸ estableció que “la posición de supremacía de la Constitución sobre las restantes normas

17 Véase la ley 67 de 1993, por medio de la cual se aprueba la “Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988, en su apartado denominado “DECLARACIONES”.

18 La sentencia T-006 de 1992.

que integran el orden jurídico, estriba en que aquella determina la estructura básica del Estado, instituye los órganos a través de los cuales se ejerce la autoridad pública, atribuye competencias para dictar normas, ejecutarlas y decidir conforme a ellas las controversias y litigios que se susciten en la sociedad, y al efectuar todo esto funda el orden jurídico mismo del Estado. La Constitución es el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados”.

En otras palabras, en caso de que se produjera un conflicto entre una obligación internacionalmente vinculante y una disposición de orden interno de carácter constitucional, la aplicación de la jurisprudencia expresada en el párrafo precedente podría resolver dicho conflicto a favor de la norma interna.

Una mención especial merece también el caso de terrorismo, cuya definición suele ser objeto de interpretaciones diversas por parte de los operadores judiciales, debido también, en cierta medida, a que actualmente existe una gran cantidad de tratados internacionales que conceptualizan el terrorismo de manera diferente¹⁹. Esta misma diversidad en la definición de terrorismo se ve reflejada también en el Código Penal Colombiano, en el que se utilizan expresiones tan dispares como “ataques indiscriminados o excesivos” (art 144) o “valiéndose de medios capaces de causar estragos” (art. 343); o se incluye un ambiguo espectro de bienes como “edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices” (art 343).

La variedad de criterios, y por tanto la confusión en las interpretaciones, podría ser resuelta no obstante con sencillez adoptando la recomendación del Comité Internacional de la Cruz Roja. De acuerdo con este organismo, los actos de terrorismo son esencialmente actos cometidos en tiempo de paz²⁰ y, generalmente, constituyen un tipo penal que se ha ido ampliando progresivamente como “resultado de doctrinas o decisiones políticas destinadas a descalificar a los adversarios no estatales llamándolos «terroristas», (lo que) constituye, posiblemente un obstáculo para futuras negociaciones de paz o para la reconciliación nacional”²¹. Así, los actos contra personas o bienes civiles que se producen en un contexto de conflicto armado y que a menudo suelen tipificarse como terrorismo deberían ser tratados como graves infracciones del DIH o crímenes de guerra. Optar por una definición de terrorismo en paralelo a la aplicación del DIH no deriva en un mayor margen de protección a la población civil, ya que está absolutamente claro que el DIH prohíbe expresamente los ataques directos y deliberados a la población civil, así como, en general, los ataques indiscriminados y/o desproporcionados. Por otra parte, puede además crear contradicciones, puesto que el término terrorismo implica que dicho acto es “siempre ilícito” y, en consecuencia, que debe ser objeto de enjuiciamiento, mientras que en una guerra existen actos de violencia lícitos siempre y cuando se produzcan de acuerdo a los principios y dentro de los límites del DIH.

Por tanto, aferrarse exclusivamente a las definiciones de terrorismo de la ley nacional, como las mencionadas, podría convertirse en un importante obstáculo, pues puede abonar la tendencia simplista de calificar como “terrorista” todas las acciones cometidas en el marco del conflicto,

19 El terrorismo en el ámbito internacional ha sido tratado en distintos instrumentos internacionales, como: el Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (Tokio, 1963); Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (La Haya, 1970); Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Montreal, 1971); Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra jefes de Estado, diplomáticos, representantes de organizaciones internacionales (1973); Convención internacional contra la toma de rehenes (1979); Convención sobre la protección física de los materiales nucleares (1980); Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (1988, 2005); Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental (1988) Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (1998), etc.

20 Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, segunda edición, Oxford University Press, Oxford, 2008.

21 Comité Internacional de la Cruz Roja. “*El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*”. N. Rattle (Presidencia), XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja celebrada en Ginebra, Suiza, 2011, p. 57. Consultado en: www.icrc.org/spa/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-es.pdf

impidiendo la aplicación de los criterios y principios del DIH para determinar qué actos violentos pueden ser lícitos y cuáles no.

Además de los limitantes jurisprudenciales hasta aquí expuestos, la futura ley de Amnistía y la legislación complementaria que deberá desarrollarse para la implementación de la Jurisdicción Especial para la Paz también deberán afrontar y resolver otras cuestiones relacionadas con la conexidad, especialmente, las que tienen que ver con las inhabilitaciones políticas de quienes finalmente resulten condenados por tales delitos. Unas cuestiones que, como presentamos a continuación, tienen implicaciones constitucionales.

Otras cuestiones de índole constitucional

En el año 2004 se introdujo una reforma del artículo 122 de la Constitución estableciendo que: “sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular ni elegidos ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente o por interpuesta persona contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior”.

Esta reforma consagra una estricta limitación para el ejercicio de las funciones públicas y la participación política. Sin embargo, su alcance fue estudiado posteriormente por la Corte Constitucional, que en su sentencia C-986 de 2010 dispuso que “... el legislador no tenía por objeto disponer con dicha norma una inhabilidad para el ejercicio de la función pública para las personas condenadas por delitos políticos. Antes bien, la intención del constituyente derivado era aplicar la inhabilidad para los responsables de la pertenencia, conformación o financiación de grupos armados ilegales, en tanto punibles por delitos comunes, en especial aquellos relacionados con crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, graves infracciones al derecho internacional humanitario o a los derechos humanos”.

Si bien el concepto de la Corte Constitucional sobre la aplicación del artículo 122 clarifica que las restricciones allí contenidas no se aplicarán a quienes fueran hallados responsables de la comisión de delitos políticos, debe recordarse, como expusimos anteriormente, que el ordenamiento jurídico colombiano no contiene una definición exacta del delito político, que la concreción de las conductas conexas es también un reto que aún debe afrontar la futura ley de amnistía y que también habrá que definir los criterios aplicables para determinar la conexidad.

Estas ambigüedades superpuestas, y la multiplicidad de interpretaciones que suscitan, pueden suponer un alto nivel de incertidumbre para la participación política de los futuros excombatientes que puedan ser condenados por crímenes internacionales. Aunque la reforma constitucional conocida como Marco Jurídico para la Paz y su correspondiente sentencia de revisión permitieron construir con éxito una interpretación diferenciada sobre los efectos de la conexidad con el delito político, para así facilitar la participación política de los excombatientes sin que necesariamente estos fueran beneficiarios de amnistías e indultos por todos los delitos por los que ostentaran responsabilidad, esta enrevesada salida podría resultar riesgosa en términos de certitud y sostenibilidad.

Una solución jurídica sólida para resolver esta limitación sería emprender una reforma sustancial del artículo 122 de la Constitución que, de acuerdo con el resto del sistema que pretende establecer la JEP, permitiría la participación y habilitación política en relación con todos aquellos delitos que fueran tratados y sancionados.

Criterios para definir la conexidad con el delito político

Expuestos ya los debates jurídicos preliminares sobre la conceptualización y necesidad de armonización de determinados tipos penales que deben resolverse para poder desarrollar una ley y un marco jurídico de amnistía claro y transparente, tanto para las víctimas y la sociedad colombiana como para los que serían beneficiados de estas medidas especiales, queda pendiente determinar cómo establecer las conductas conexas al delito político.

Como se ha expuesto reiteradamente hasta aquí, no hay una definición exacta del delito político a nivel nacional ni tampoco existe ningún instrumento de derecho internacional ampliamente reconocido que haya definido de forma estricta, expresa y clara el concepto de delito político. No obstante, como vimos anteriormente, algunas conductas consideradas de conexión directa o absoluta no plantean problemas significativos. Sin embargo, existen muchos otros casos en los que la conexión es relativa. Esto es, son aquellos en los que los delitos cometidos son delitos ordinarios cuya relación con el delito político no es directa, ni a menudo clara, pero que han sido cometidos en apoyo y respaldo, o para fomentar y promover, el objetivo del delito político. Estos delitos se encuentran “en una zona gris” que es necesario aclarar.

Distintas experiencias internacionales han tenido que afrontar este mismo problema: definir cuándo y qué tipo de conductas, que serían consideradas delitos comunes, al realizarse como medio para lograr el fin de los delitos políticos podrían considerarse delitos conexos.

Las mayores consideraciones que se han formulado al respecto en el ámbito internacional se encuentran contempladas en el campo de la cooperación judicial internacional y más concretamente en materia de extradición. En este contexto, la comisión de delitos políticos suele considerarse una excepción para la extradición y, de hecho, así se ha promulgado en una gran cantidad de tratados de extradición bilaterales e incluso en legislaciones nacionales de todo el mundo²². Sin embargo, esta aparentemente generalizada uniformidad de criterio no termina de resolver las cuestiones hasta aquí planteadas, pues la incertidumbre sobre la definición permanece en todos estos textos. Efectivamente, “dado que las leyes de extradición y los tratados casi nunca definen el concepto de delito político, su definición es, consecuente e invariablemente, una cuestión de interpretación judicial y discrecionalidad administrativa. Además, la decisión de si un determinado delito se considera o no de carácter político la toma de forma unilateral el Estado requerido”²³.

Por tanto, dado que incluso, “[n]inguna de las estipulaciones relativas al delito político en los tratados incluye siquiera una definición de la palabra ‘político’, la expresión ‘delito político’, ha sido objeto de análisis e interpretaciones por tribunales desde mediados del siglo XIX”²⁴ con el fin de determinar su contenido y los delitos políticos “relativos”, esto es, aquellos delitos comunes que pueden considerarse conexos al delito político.

A tal fin, “los tribunales han desarrollado varios tests para determinar si ‘el nexo entre el crimen y el acto político es suficientemente cercano... [para que el crimen sea considerado] no extraditable”²⁵. Es decir, para comprobar si existe una relación lo suficientemente estrecha entre el delito común y el delito político como para que sea considerado conexo.

22 VAN DEN WIJNGAERT, Christine. *The Political Offence Exception to Extradition. The delicate problem of balancing the rights of the individual and the international public order*. Kluwer Academic. 1980. ISBN 90-268-1185-3.

23 Traducción informal. VAN DEN WIJNGAERT, Christine. *The Political Offence Exception to Extradition: Defining the issues and searching a feasible alternative*. Informe presentado en el Seminario Internacional sobre Extradición, International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences. Noto, junio de 1983, p. 744. Consultado en:

<http://rbdi.bruiant.be/public/modele/rbdi/content/files/RBDI%201983/RBDI%201983-2/Etudes/RBDI%201983.2%20-%20opp.%20741%20C3%A0%20754%20-%20Christine%20van%20den%20Wijngaert.pdf>

24 Traducción informal. Corte de apelaciones de los Estados Unidos de América, Circuito Noveno. William Joseph Quinn v. Glen Robinson. Nº 83-2455, 18 de febrero de 1986, párrafo 52. Consultado en: <http://openjurist.org/783/f2d/776/quinn-v-robinson>

25 *Ibid.*, traducción informal, párrafo 54.

A manera de ejemplo, podrían mencionarse aquí las experiencias internacionales más conocidas:

- El Test francés de la ‘objetividad’: Desarrollado por la Corte de Apelaciones de Grenoble en el caso ‘Giovanni Gatti’ de 1947²⁶. Indica que un delito común sería conexo al político, “solo si este lesiona directamente los derechos del Estado”²⁷. Es decir que este test, únicamente termina considerando como delitos políticos aquellos donde el Estado o el orden constitucional vigente son el sujeto pasivo de la acción reprochada. La ventaja de este test es que, por sus limitaciones, no permite abusos ni cuestiones interpretativas, y los responsables de delitos comunes no quedarían protegidos por presuntas motivaciones políticas²⁸.
- Test suizo de la ‘proporcionalidad’: “En contraste con el tradicional test francés, los tribunales suizos aplican otro que examina la motivación política del perpetrador pero que requiere también: a) O bien una consideración de las circunstancias que rodearon la comisión del crimen; b) O bien una proporcionalidad entre los medios y los fines políticos o la predominancia de los elementos políticos sobre los elementos del delito común”²⁹. Como puede apreciarse con facilidad, este test implica un alto grado de subjetividad, al dejar a la valoración y criterio del juzgador la predominancia o ‘proporcionalidad’ de los medios y los fines en cada caso.
- Test americano de la ‘incidencia’: Consiste en determinar si la acción o conducta presuntamente política fue “complementaria” y formó parte de un movimiento de orden y de carácter político más amplio. “Por ejemplo, el caso Mackin, de 1980, en el que la tentativa de homicidio de un soldado británico en Irlanda del Norte por un miembro de IRA fue considerada política porque estaba conectada en general con la situación de conflicto en Irlanda del Norte”³⁰, o el caso *Sindona*, relativo a una quiebra fraudulenta que fue considerada delito común y no político, porque no tenía ninguna relación con el conflicto político italiano³¹.

Como se observa en los tres casos expuestos, el complejo debate sobre la definición de los delitos políticos y sus conexos no puede darse sin considerar los contextos en los cuales se desarrollan los hechos. En el caso de Colombia, además de la existencia de un largo conflicto, degradado y solapado con otros muchos elementos de criminalidad, se debe tener también en cuenta que la figura del delito político y la aplicación de sus consecuencias jurídicas han sido a lo largo de los años objeto de constantes variaciones interpretativas que, en ocasiones, entran en tensión con las reglas del DIH.

- El acuerdo del componente de Justicia firmado en la Habana, en su principio 39, establece dos tipos de criterios para establecer la conexidad con el delito político, uno de tipo incluyente y otro de tipo restrictivo. Sin pretender aquí interpretar/descifrar la intención de las partes firmantes ni las palabras del acuerdo que tratan de desarrollar cada uno de esos criterios, sino más bien teniendo en cuenta los razonamientos expuestos en este documento, se presentan a continuación una serie de criterios, internacionalmente utilizados, para determinar si el delito común puede considerarse conexo, o no, con el

26 Ob. cit., VAN DEN WIJNGAERT, Christine. “The Political Offence Exception to Extradition: Defining the issues and searching a feasible alternative”, p. 745.

27 Ob. cit., Corte de apelaciones de los Estados Unidos de América, Circuito Noveno. *William Joseph Quinn v. Glen Robinson*, párrafo 55.

28 GARCÍA-MORA, Manuel R. “The Nature of Political Offenses: A Knotty Problem of Extradition Law”. *Virginia Law Review*, vol. 48, nº 7, noviembre de 1962, pp. 1226-1257.

29 Ob. cit., Corte de apelaciones de los Estados Unidos de América, Circuito Noveno. *William Joseph Quinn v. Glen Robinson*, párrafo 56.

30 Traducción informal. Ob. cit., VAN DEN WIJNGAERT, Christine. “The Political Offence Exception to Extradition: Defining the issues and searching a feasible alternative”.

31 Corte de Apelaciones de los Estados Unidos de América, Segundo Circuito, *Sindona v. Grant*. 21 de marzo de 1980. Consultado en: <http://uniset.ca/other/cs4/619F2d167.html>

delito político³²: *La motivación del infractor es un deseo de desafiar u oponerse al Estado de alguna manera.*

A pesar de la falta de definición, sí es unánime, conforme a la doctrina nacional e internacional, que el carácter primigenio del delito político (a pesar de su aparente obviedad), es el deseo de oponerse y/o desafiar al Estado. Por ello, por ejemplo, la Corte de Apelaciones del 9º Distrito de los Estados Unidos dictó que uno de los criterios para determinar el carácter político de un delito es el ‘*uprising component*’, que podría traducirse por ‘componente de rebelión o alzamiento’ y que en palabras de ese tribunal se describe como “-un esfuerzo por alterar o abolir el gobierno que controla sus vidas (...) y cuando ha existido un nivel de violencia determinado y cuando aquellos comprometidos en esa violencia están buscando conseguir un objetivo particular”³³.

· *Las acciones del infractor tienen por objetivo el Estado en vez de intereses privados*

Sobre este criterio puede señalarse que “[l]os delitos políticos puros carecen de los elementos esenciales de un delito ordinario, como la malicia, ya que el infractor actúa meramente como un agente de un movimiento político o partido, sin dañar ningún derecho privado, sino únicamente derechos públicos del Estado”³⁴.

· *El delito ocurre en el contexto de una inestabilidad política*

En una de las obras históricas del derecho penal anglosajón (‘History of the Criminal Law of England’), Sir James Fitzjames Stephens explica -como fue citado en el fallo *In Re Castioni*- que el significado de las palabras ‘carácter político’ en el marco de la mayoría de los tratados de extradición que incluyen como excepción el delito político, es que este debe formar parte de inestabilidades, disturbios o perturbaciones políticas³⁵.

· *Las acciones del infractor están próximas a su objetivo (en otras palabras, hay un vínculo claro entre el delito y el propósito político)*

Este criterio es la base del ‘test francés de la objetividad’ y en parte del ‘test suizo de la proporcionalidad’, donde los motivos, fines y objetivos políticos son fundamentales. Es decir, el infractor comete la conducta como medio para alcanzar el fin que considera legítimamente superior. Tal y como lo argumenta Mahmoud Cherif Bassiouni³⁶: “[Para] asegurar sus instituciones, las sociedades han ideado leyes diseñadas para castigar a aquellos que de alguna forma proscrita intenten afectar su existencia o sus funciones. Dichas leyes pueden ser diseñadas para prevenir cambios de forma absoluta o para prevenir cambios a través de ciertos medios. El mero hecho de que esas leyes fueran promulgadas para proteger un determinado interés social presupone que hubo un juicio de valor respecto al bien que se busca preservar o proteger. Paradójicamente, quienes violan esas leyes están comprometidos con la causa de cambiar el *status quo* protegido y, por lo tanto, no consideran su conducta como reprochable (...) de hecho el infractor políticamente motivado niega la legitimidad de la ley que viola y alega observancia a un principio legitimante superior”³⁷.

32 DONALD, Jeanne Ann. “Prosecution or persecution?: Political offenders and the 1951 convention refugee definition”. UMI Dissertation Services. Thesis (LL.M). York University, 1996. Consultado en: www.refugee.org.nz/ChapterTwo.htm

33 Traducción no oficial. William Joseph QUINN, Petitioner-Appellee, v. Glen ROBINSON, United States Marshal For the Northern District of California, Respondent-Appellant. N° 83-2455. Defendido y presentado el 11 de julio de 1984. Fallo del 18 de febrero de 1986. Consultado en: www.uniset.ca/other/cs4/783F2d776.html

34 GARCÍA-MORA. M. R. “The Present Status of Political Offences in the Law of Extradition and Asylum”, *University of Pittsburg Law Review*, vol. 14. 1953, página 371.

35 Traducción informal, en *Re Castioni*. Divisional Court. 1 Q.B. 149. 1891. Consultado en: <http://www.uniset.ca/other/cs4/18911QB149.html>

36 Presidente del Comité de Redacción de la Conferencia Diplomática para el establecimiento de una Corte Penal Internacional y Presidente Emérito del ‘International Human Rights Law Institute’ de la Universidad DePaul de Chicago.

37 Traducción no oficial. BASSOUNI, Mahmoud Cherif. “Ideologically Motivated Offenses and the Political Offenses Exception in Extradition - A Proposed Juridical Standard for an Unruly Problem”. *DePaul University. DePaul Law Review*, vol. 19, n° 2, invierno de 1969, Artículo 2, p.

· Las acciones de un infractor son proporcionales a su propósito

Es decir, las acciones tienen algún grado de efectividad en el apoyo al delito político y dañan, en lo mínimo posible, intereses privados.

“La acción debería formar parte o estar vinculada con una situación de conflicto político; y tendría que haber una proporcionalidad entre la acción y el objetivo político de la misma (delitos extremadamente graves normalmente no cumplen esta condición; en el caso de asesinatos los tribunales requieren incluso que el crimen debe ser la última ratio, por ejemplo el último y único medio posible para alcanzar el objetivo político al que se apunta); debe haber también un cierto nivel de efectividad en el acto, por lo que ‘este debería ser instrumental hacia conseguir el objetivo político’³⁸. Es, efectivamente, de este modo como se da fundamento y justificación jurídica a los delitos políticos relativos de acuerdo al ya mencionado ‘test suizo de la proporcionalidad’, en el que se “examina la motivación política del infractor y las circunstancias que rodean la comisión del crimen aplicando uno de dos estándares: la proporcionalidad entre los medios y los fines políticos o la predominancia de los elementos políticos sobre los elementos del delito común”³⁹.

Los criterios hasta aquí mencionados no conforman una lista exhaustiva. Para discernir la conexidad de un delito ordinario con el delito político se han analizado también, en otros casos, cuestiones como si en el Estado en el que se ha cometido el delito existen métodos pacíficos para efectuar cambios políticos, si el responsable del delito recibiría un juicio justo y un castigo proporcional (recuérdese que estas discusiones se dan en asuntos de extradición), etc.

Es primordial establecer con claridad los criterios utilizables para determinar qué delitos ordinarios pueden considerarse conexos con el delito político y cuáles no. Especialmente si prestamos atención a que la existencia y actuación de los grupos guerrilleros no se ha limitado a combates y enfrentamientos con la fuerza pública o agencias de seguridad del Estado. Para su existencia, organización y manutención, así como para la planeación, preparación y ejecución de las acciones militares dirigidas a la consecución de sus objetivos o fines, los integrantes de las guerrillas realizan multitud de acciones, muchas de las cuales podrían considerarse delitos ordinarios si se analizaran de manera independiente y ajena al contexto. Por ejemplo, la consecución de recursos económicos y logísticos o la consecución y utilización de medios de transporte y armamento, contrabando etc. El análisis y la aplicación de los criterios mencionados determinará si esas conductas pueden considerarse conexas al delito político y, en caso positivo, ser objeto de amnistías e indultos, aunque constituyeran delitos comunes *per se*.

La ley de amnistía que se diseñe deberá por tanto optar por una serie de criterios para el análisis. Si bien los criterios puramente objetivos pueden resultar *a priori* más sencillos en su aplicación, bien pareciera también que un simple *test de objetividad* no sería capaz de abordar satisfactoriamente todos los supuestos que, debido a la longevidad y complejidad del conflicto colombiano, deberán enfrentarse en la práctica. En consecuencia, un análisis interpretativo más completo, en el que se combinen los criterios sobre motivación, proporcionalidad, proximidad, etc., puede resultar más apropiado para la multiplicidad de conductas que deberán resolverse.

228 Consultado en: <http://via.library.depaul.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3002&context=law-review>

38 Traducción no oficial. VAN DEN WIJNGAERT, Christine. “The Political Offence Exception to Extradition: Defining the issues and searching a feasible alternative”. Informe presentado en el Seminario Internacional sobre Extradición, International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences. Noto, junio de 1983, p. 748. Consultado en: <http://rbdi.bruylant.be/public/modele/rbdi/content/files/RBDI%201983/RBDI%201983-2/Etudes/RBDI%201983.2%20-%20opp.%20741%20%C3%A0%20754%20-%20Christine%20van%20den%20Wijngaert.pdf>

39 Traducción no oficial. KIELSGARD, Mark Dell. “The Political Offense Exception: Punishing Whistleblowers Abroad”. EJIL: Talk! Blog del European Journal of International Law, 14 de noviembre de 2013. Consultado en: www.ejiltalk.org/the-political-offense-exception-punishing-whistleblowers-abroad/

La suma importancia de definir y aplicar correctamente estos criterios se debe también a la necesidad de mantener la figura del delito político fiel a sus objetivos. Es decir, evitar que mediante unos criterios de conexión laxos o vagos, conductas criminales cometidas para el beneficio propio o provecho personal sean objeto de medidas excepcionales beneficiosas tales como el indulto o la amnistía. Se pretende, en definitiva, evitar que cualquier delincuente común u organización criminal pudiera alegar la condición de delincuente político para obtener beneficios penales por conductas que deben ser investigadas, juzgadas y sancionadas por la justicia ordinaria. Evitar que el proceso de amnistía termine siendo una posibilidad práctica de impunidad para delitos ordinarios o criminalidad común organizada, sea nacional o internacional.

Otros delitos en relación con el conflicto armado

Hasta aquí hemos razonado que la aplicación del DIH establece un límite claro para la concesión de amnistías e indultos (los crímenes internacionales); hemos analizado cuestiones constitucionales y jurisprudenciales que deberían ser consideradas y resueltas por las futuras leyes que den desarrollo legislativo al componente de justicia de los Acuerdos de La Habana, y hemos presentado los principios fundamentales del delito político y los elementos que pueden considerarse para establecer la conexidad, absoluta o relativa, con otras conductas criminales.

No obstante, el texto del acuerdo que crea la Jurisdicción Especial para la Paz menciona en numerosas ocasiones expresiones como “hechos cometidos en el marco del conflicto” (p. 2), “delitos relacionados con el conflicto armado y en ocasión de este” (p.32), “conductas cometidas con ocasión, por causa y en relación directa o indirecta con el conflicto armado”, (p.33) etc., sobre las que es necesario también detenerse y aportar algunas reflexiones.

Con estas expresiones se estarían caracterizando aquellos hechos que no forman parte directa de la conducción de hostilidades (con lo que no serían del ámbito interpretativo directo del DIH) y que tampoco podrían considerarse delitos políticos o conexos, aunque, por haberse cometido en relación con el conflicto, podrían ser objeto de un tratamiento jurídico especial.

La idea de otorgar a los “hechos relacionados con el conflicto o en ocasión de este” un tratamiento jurídico especial y, en su caso y si procede, beneficios penales, está en conformidad con la “amnistía más amplia posible” del Protocolo II de Ginebra, pues, en realidad, el DIH Humanitario no hace nunca referencia a los delitos políticos, sino solamente a los “hechos relacionados con el conflicto”.

Sin embargo, el análisis de si un hecho delictivo, un delito ordinario, “está relacionado con el conflicto o en ocasión de este” es, de nuevo, un análisis subjetivo y una cuestión interpretativa. Este amplio concepto no está definido con claridad en el DIH ni tampoco es objeto de precisiones en los “Comentarios del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949”⁴⁰. No obstante, existen algunas fuentes de Derecho Internacional que pueden aportar ideas y criterios que, extrapolándose adecuadamente, pueden resultar de utilidad para el caso colombiano.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH no ha definido con claridad el ámbito de aplicación material (es decir, las conductas precisas) del DIH y del Derecho Penal Internacional frente a hechos motivados o relacionados con el conflicto armado. Aunque sí se ha hecho eco de la complejidad y la dificultad de armonizar la justicia penal con una paz negociada en el conocido voto concurrente del

40 ICRC. “Comentario del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949”. Revisado y coordinado por Yves Sandoz, Christophe Swinarski y Bruno Zimmermann. Consultado en: www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/comentario-protocolo-ii.htm#4

Magistrado García-Sayán⁴¹ (tal como lo sería el tomar decisiones relacionadas con hechos que se encuentran en esa ‘zona gris’ entre el conflicto armado y otros crímenes sin relación con el mismo) no ha brindado, sin embargo, una explicación más amplia de lo que se entiende por los hechos motivados por el conflicto o relacionados con él.

No obstante, en decisiones posteriores la Corte ha mostrado desarrollos en la incipiente conceptualización de los hechos que deben entenderse en el marco y contexto del conflicto armado. Uno de ellos es el señalado por la Corte en la Sentencia de la Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, en el que aún de manera abstracta se indica: “el derecho internacional humanitario debe ser aplicado por las partes en el marco de conflictos armados no internacionales, siempre y cuando los hechos correspondan a situaciones que se producen con ocasión y en desarrollo del conflicto”⁴².

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

Por su parte, el Tribunal Internacional para Ruanda siguió la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y llegó a conclusiones similares sobre este asunto. De esa forma, en la decisión contra Jean Paul Akayesu (alcalde de Taba, Ruanda entre 1993 y 1994⁴³), reza: “[d]ebe haber un nexo entre las violaciones y el conflicto armado”⁴⁴, de forma adicional a la línea construida por el derecho penal internacional en la materia, el TPIR especifica que el término ‘nexo’, “no debe ser entendido como algo vago o indefinido”⁴⁵ sino que “una conexión directa entre los crímenes alegados (...) y el conflicto armado debe ser factualmente establecida.”⁴⁶

Conclusión

La implementación del componente de justicia de los Acuerdos de La Habana alcanzado por el Gobierno Colombiano y las FARC-EP requiere un considerable desarrollo legislativo que permita, principalmente, ofrecer un sistema claro y transparente a las víctimas y a la sociedad colombianas, así como un procedimiento equitativo y carente de incertidumbres a los responsables de delitos que serán competencia de la JEP.

Sin entrar a analizar otros componentes de la Jurisdicción, este documento se ha centrado en analizar algunos de los retos y desafíos iniciales para la conceptualización y reglamentación de las medidas excepcionales de amnistías e indultos.

Basados siempre en la claridad, imperativa y unánime, de que los crímenes internacionales no pueden ser objeto de estas medidas, el análisis del resto de las conductas criminales que han sucedido en “el contexto del conflicto armado colombiano” y que han cometido a lo largo de más de cincuenta años múltiples actores requiere cierta categorización jurídica y normativa para poder hacer a estos acreedores de medidas beneficiosas como las amnistías o los indultos.

Basándose en los razonamientos expuestos, el ICTJ propone una serie de enfoques que puede facilitar el desarrollo normativo de la ley de amnistía y el trabajo de la futura sala que tendrá la competencia de analizar y decidir sobre los casos.

41 Opinión concurrente del magistrado Diego García-Sayán. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. 25 de octubre de 2012, párrafo 26: “un conflicto armado y la solución negociada del mismo abre varios interrogantes y plantea enormes exigencias jurídicas y éticas en la búsqueda de la armonización entre justicia penal y paz negociada”.

42 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, 30 de noviembre de 2012, nota al pie 254.

43 United States Holocaust Memorial Museum. “Ruanda: La primera condena por genocidio”. Consultado en: www.ushmm.org/wlc/es/article.php?ModuleId=10007280

44 Traducción no oficial. Tribunal Penal Internacional para Ruanda. *Fiscal vs. Jean-Paul Akayesu*. Sala de Apelaciones. 1 de junio de 2001, párrafo 438. Confirmación de *Kayishema @ Ruzindana*. Sala de Juicios. 21 de mayo de 1999, párrafo 169.

45 Traducción no oficial. Tribunal Penal Internacional para Ruanda. *Fiscal vs. Clément Kayishema @ Obed Ruzindana*. Sala de Juicios, 21 de mayo de 1999, párrafos 185-190.

46 *Ibidem*.

Agradecimientos

El ICTJ agradece el apoyo generoso de la Embajada de Suecia.



- El primero, sobre los casos ajustados estrictamente a las reglas del DIH, que no exige un amplio desarrollo de la noción del delito político, pero que, partiendo del presupuesto de la prohibición de conceder amnistías e indultos a crímenes internacionales, considera que se podrían aplicar esas medidas especiales a las acciones de violencia legítima ejecutadas de acuerdo a las normas y principios del DIH, como se razonó en el primer apartado de este documento.
- El segundo, sobre los delitos políticos tipificados como tales en el código penal colombiano, que pueden ser objeto de una amnistía general *de iure*.
- El tercero, sobre los delitos conexos al delito político considerados puros o absolutos, los cuales pueden ser igualmente parte de una amnistía como la mencionada en el punto anterior.
- El cuarto, sobre los delitos conexos al delito político considerados relativos, los cuales deberán ser objeto de análisis, en aplicación de unos criterios definidos, como, por ejemplo, los expuestos.
- El quinto, sobre las conductas que sin ser consideradas parte del desarrollo directo de las hostilidades ni ejecutadas en el teatro de operaciones militares, ni tampoco tener posibilidad de conexidad con el delito político, pueden ser consideradas “en el marco y relación del conflicto armado”; las cuales requerirán un análisis interpretativo que puede aplicar algunas fuentes disponibles del derecho internacional o, por analogía, criterios mencionados para establecer la conexidad con el delito político (proporcionalidad, inmediatez, contexto, etc.) y que pueden ser objeto de medidas de tratamiento jurídico especial.

Todo ello, claro está, previa aclaración de las contradicciones jurisprudenciales, armonización de tipos penales y clarificación de los conflictos normativos que la ley de amnistía, o legislación complementaria de rango suficiente para ello, deberá abordar con prioridad para superar los actuales obstáculos a los que se enfrentaría este sistema.